

LA PROTECCION
JURIDICO-
ADMINISTRATIVA
DEL PATRIMONIO
CULTURAL VASCO

JOSEBA IÑAKI SOBRINO ARANZABE

2008

INDICE DE LA OBRA

| | |
|---|-----|
| INDICE | 2 |
| ABREVIATURAS | 13 |
| PRELIMINAR | 15 |
| | |
| 1. PRECISIONES CONCEPTUALES | 18 |
| | |
| 1.1 PATRIMONIO CULTURAL, PATRIMONIO HISTORICO O HISTORICO-ARTISTICO: LA CUESTION DE LA DENOMINACION. | 20 |
| 1.2 CULTURA Y NACIONALIDAD: LA CULTURA VASCA ... | 29 |
| 1.2.1. Aproximaciones a un concepto de cultura | 31 |
| 1.2.2. Cultura y nacionalidad: la cultura vasca | 41 |
| 1.3 CULTURA Y PATRIMONIO: UN CONCEPTO DE PATRIMONIO CULTURAL | 57 |
| 1.4 PATRIMONIO CULTURAL Y NACIONALIDAD | 67 |
| 1.4.1. El patrimonio común de la humanidad | 68 |
| 1.4.2. El patrimonio nacional | 73 |
| 1.5 PATRIMONIO CULTURAL Y NATURAL | 82 |
| | |
| 2. EL DERECHO HUMANO AL DISFRUTE DEL PATRIMONIO CULTURAL | 85 |
| | |
| 2.1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CULTURALES | 85 |
| 2.2. LOS DERECHOS CULTURALES Y EL ENFOQUE ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS | 101 |

| | |
|---|------------|
| 2.3. LOS DERECHOS CULTURALES COMO AUTENTICOS DERECHOS HUMANOS | 110 |
| 2.3.1. La crítica a la consideración de los derechos culturales como auténticos derechos humanos | 111 |
| 2.3.2. La defensa de la consideración de los derechos culturales como auténticos derechos humanos | 113 |
| 2.3.3. Algunas consideraciones sobre la distinción entre los derechos humanos | 115 |
| 2.3.3.1 La dificultad de la diferenciación. | 115 |
| 2.3.3.2 La cuestión de la justiciabilidad. | 118 |
| 2.3.3.3 La crítica referida al relativismo cultural. | 121 |
| 2.3.3.4 El valor jurídico y la positivación de los derechos culturales | 123 |
| 2.3.4. Los derechos culturales como derechos colectivos | 125 |
| 2.4. HACIA UNA DECLARACION DE DERECHOS CULTURALES: EL PROYECTO DEL GRUPO DE FRIBURGO | 134 |
| 2.5. ELEMENTOS Y CARACTERISTICAS DEL DERECHO AL DISFRUTE DEL PATRIMONIO CULTURAL | 138 |
| 2.5.1. La titularidad del derecho | 138 |
| 2.5.2. El contenido mínimo del derecho | 147 |
| 2.5.3. Los sujetos pasivos | 151 |
| 2.5.4. Los obstáculos al ejercicio del derecho | 152 |
| 3. LOS ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PROTECCION JURIDICA DEL PATRIMONIO CULTURAL VASCO | 156 |
| 3.1. EL ORIGEN DEL CONCEPTO DE PATRIMONIO | 156 |
| 3.2. EL ORIGEN DE LOS TERRITORIOS HISTORICOS VASCOS Y LA EVOLUCION DE SUS INSTITUCIONES POLITICAS REPRESENTATIVAS | 159 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 3.3. | LAS NORMAS JURIDICAS DE PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL VASCO EN EL REINO DE NAVARRA Y EN LOS TERRITORIOS FORALES | 188 |
| 3.4. | LA REAL SOCIEDAD BASCONGADA DE AMIGOS DEL PAIS Y EL PRIMER ESBOZO TEORICO DE UNA POLITICA PROTECTORA DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL PAIS VASCO | 210 |
| 3.5. | LA APLICACION DE LA NORMATIVA ESTATAL EN EL PAIS VASCO DURANTE EL PERIODO DE UNIDAD CONSTITUCIONAL | 215 |
| 3.5.1. | La situación previa. | 215 |
| 3.5.2. | La legislación estatal sobre patrimonio cultural en el periodo de unidad constitucional..... | 217 |
| 3.5.3. | La protección del patrimonio cultural vasco en la época de unidad constitucional..... | 225 |
| 4. | LA ARTICULACION COMPETENCIAL DE LA PROTECCION JURIDICA DEL PATRIMONIO CULTURAL VASCO EN EL ESTADO ESPAÑOL | 238 |
| 4.1. | LA DISTRIBUCION COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO | 238 |
| 4.1.1. | El patrimonio cultural en la Constitución española y el Estatuto de Autonomía del País Vasco | 239 |
| 4.1.2. | La jurisprudencia constitucional en relación con la distribución de competencias sobre patrimonio cultural entre el Estado y las Comunidades Autónomas | 241 |
| 4.1.3. | Las posiciones de la doctrina en relación con la jurisprudencia constitucional sobre la distribución competencial | 248 |
| 4.1.3.1. | La tesis de J.M. Alegre Avila. | 263 |
| 4.2. | LA DISTRIBUCION COMPETENCIAL EN EL AMBITO INTERNO DE LA C.A.P.V. | 268 |

| | |
|---|------------|
| 4.2.1. La distribución competencial en el Estatuto de Autonomía y la Ley de Territorios Históricos | 269 |
| 4.2.2. La Ley de Patrimonio Cultural Vasco y su delimitación competencial. | 270 |
| 4.2.3. La delimitación competencial de la L.P.C.V. y el respeto al régimen foral y los derechos históricos de los territorios forales | 277 |
| 4.2.4. El desarrollo reglamentario de la L.P.C.V. y la delimitación competencial | 299 |
| | |
| 5. LA L.P.C.V. Y EL REGIMEN JURIDICO DE PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL VASCO | 302 |
| | |
| 5.1 LA ESTRUCTURA DE LA NORMA. | 302 |
| 5.2. CONCEPTO Y EXTENSION DEL PATRIMONIO CULTURAL | 304 |
| | |
| 5.2.1. La definición legal del patrimonio cultural en el derecho estatal y autonómico comparado | 304 |
| 5.2.2 Consideraciones acerca de la definición legal del patrimonio cultural vasco | 314 |
| | |
| 5.3. LOS ORGANOS CONSULTIVOS EN LA PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL | 321 |
| | |
| 5.3.1. Los órganos consultivos en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco | 321 |
| 5.3.2. Los órganos consultivos en las restantes normas relativas al patrimonio cultural | 323 |
| | |
| 5.4. LOS REGIMENES DE PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL VASCO | 326 |
| | |
| 5.4.1. La definición legal de los regímenes de protección en la ley estatal y en perspectiva autonómica comparada | 326 |
| 5.4.2. Consideraciones acerca de la definición legal de los regímenes de protección del patrimonio cultural vasco | 335 |
| 5.4.3. Los procedimientos de inclusión de bienes en los regímenes de protección | 345 |

| | |
|--|-----|
| 5.4.3.1. El procedimiento de inclusión de los bienes en el Registro de Bienes Culturales Calificados | 345 |
| 5.4.3.2. El procedimiento de inclusión de los bienes en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco | 367 |
| 5.4.4. El régimen general de protección de los bienes calificados e inventariados | 371 |
| 5.4.4.1. El deber general de conservación | 371 |
| 5.4.4.2. Obligaciones específicas de los titulares de derechos sobre bienes calificados e inventariados | 378 |
| 5.4.4.3. Obligaciones específicas de los titulares de bienes culturales calificados | 392 |
| 5.4.4.4. Las facultades de las Diputaciones Forales y el Gobierno Vasco | 400 |
| 5.4.5. El régimen específico de los bienes culturales calificados | 450 |
| 5.4.5.1. Las intervenciones sobre bienes culturales calificados en la L.P.C.V | 450 |
| 5.4.5.2. El régimen de protección de los bienes inmuebles y el planeamiento urbanístico | 463 |
| 5.4.5.3. Los criterios de intervención sobre bienes calificados en la normativa autonómica comparada | 466 |
| 5.4.6. El régimen específico de los bienes inventariados | 470 |
| 5.4.7. La situación de los bienes culturales no calificados ni inventariados | 480 |
| 5.4.8. Los bienes culturales calificados de titularidad de las Administraciones Públicas | 483 |
| 5.4.9. La protección de los conjuntos monumentales | 488 |
| 5.4.9.1. El régimen legal | 488 |
| 5.4.9.2. La Sentencia 342/03, de 23 de Abril, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y la protección del patrimonio cultural vasco | 494 |
| 5.4.9.3. La protección de los conjuntos monumentales en normativa autonómica comparada | 507 |
| 5.4.10. La declaración de ruina y el derribo de bienes culturales | 513 |
| 5.4.10.1. La declaración de ruina y el derribo de bienes culturales en la L.P.C.V. | 513 |

| | |
|---|------------|
| 5.4.10.2. La declaración de ruina y el derribo de bienes culturales en el Decreto 306/1998, de 10 de Noviembre, del Gobierno Vasco | 516 |
| 5.4.10.3. Consideraciones acerca del régimen jurídico de la declaración de ruina y el derribo en la legislación vasca | 521 |
| 5.4.10.4. La declaración de ruina y el derribo en la legislación de las restantes C.C.A.A. | 541 |
| 5.4.11. La protección específica de los bienes de naturaleza mueble | 546 |
| 5.4.11.1. La protección de los bienes muebles en la L.P.C.V. | 546 |
| 5.4.11.2. La protección de los bienes muebles en la normativa de las restantes C.C.A.A. | 551 |
| | |
| 5.5. EL PATRIMONIO CULTURAL EN EL PLAN VASCO DE CULTURA | 560 |
| | |
| 5.6. EL PLAN DIRECTOR DE DIGITALIZACION, PRESERVACION Y DIFUSION DEL PATRIMONIO CULTURAL VASCO | 580 |
| | |
| 6. LA PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL Y LA ORDENACION DEL TERRITORIO EN EL PAIS VASCO | 584 |
| | |
| 6.1. LA CONEXION LEGAL ENTRE EL PATRIMONIO CULTURAL Y LA ORDENACION DEL TERRITORIO | 584 |
| | |
| 6.2. EL PATRIMONIO CULTURAL EN LAS DIRECTRICES DE ORDENACION TERRITORIAL | 585 |
| | |
| 6.3. EL PLAN TERRITORIAL SECTORIAL DEL PATRIMONIO CULTURAL VASCO Y LA PROTECCION DEL PATRIMONIO | 590 |
| 6.3.1. El Avance del P.T.S. y su ámbito competencial | 590 |
| 6.3.2. Consideraciones específicas en torno a la distribución competencial en materia de patrimonio cultural según la normativa vigente | 593 |

| | |
|---|------------|
| 6.3.3. Consideraciones en torno al Plan Territorial Sectorial y el sentido de su utilización en la protección del patrimonio cultural | 599 |
| 6.3.4. El borrador del P.T.S. del Patrimonio Cultural de la C.A.P.V. y las modificaciones que reclama | 604 |
| 6.3.4.1. Observaciones sobre la Memoria del P.T.S | 604 |
| 6.3.4.2. Observaciones sobre las Normas de Ordenación | 620 |
| 6.4. LOS DECRETOS DE ACTUACIONES PROTEGIDAS EN REHABILITACION DEL PATRIMONIO URBANIZADO Y EDIFICADO | 631 |
| 6.5. LOS INSTRUMENTOS URBANISTICOS Y DE ORDENACION DEL TERRITORIO EN LA LEGISLACION PATRIMONIAL DE LAS RESTANTES C.C.A.A. | 645 |
| 6.6. LAS TECNICAS URBANISTICAS DE PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL | 651 |
| 6.6.1. Las técnicas de planeamiento | 651 |
| 6.6.2. Técnicas de gestión y disciplina | 652 |
| 7. LA PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL Y EL MEDIO AMBIENTE: LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS COMO EJEMPLO PARADIGMATICO | 654 |
| 7.1. LA CONCURRENCIA NORMATIVA | 654 |
| 7.2. LA LEY DE PROTECCION Y ORDENACION DE LA RESERVA DE LA BIOSFERA DE URDAIBAI Y LA PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL | 656 |
| 7.3. LA APLICACION EN EL AMBITO DE LA RESERVA DE LA BIOSFERA DE URDAIBAI DE LA LEY DE PATRIMONIO CULTURAL VASCO | 660 |
| 7.4. LAS DIVERGENCIAS ENTRE LA LEY 5/1989 Y LA L.P.C.V. | 663 |

| | |
|---|------------|
| 7.5. LA RELACION ENTRE LA LEY DE PROTECCION Y ORDENACION DE LA RESERVA DE LA BIOSFERA DE URDAIBAI Y LA L.P.C.V. | 669 |
| 7.6. EL PLAN RECTOR DE USO Y GESTION DE LA RESERVA Y SU APLICACION A LA PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL | 674 |
| 7.6.1. La naturaleza del Plan | 674 |
| 7.6.2. Las estrategias y directrices generales de protección de la Reserva | 677 |
| 7.6.3. La normativa de desarrollo del Plan Rector | 679 |
| 7.6.4. Las normas de actuación directa y el régimen de uso del suelo | 680 |
| 7.7. UN CASO PARADIGMATICO: EL YACIMIENTO ARQUEOLOGICO DE FORUA | 689 |
| 7.8. CONCLUSIONES EN TORNO A LA ARTICULACION DEL REGIMEN JURIDICO DE LA L.P.C.V. Y EL DERIVADO DE LA LEY 5/1989 | 691 |
| 8. LA PROTECCION DE DIVERSOS PATRIMONIOS ESPECIFICOS | 710 |
| 8.1. LA PROTECCION DEL PATRIMONIO ARQUEOLOGICO | 710 |
| 8.1.1. El concepto de patrimonio arqueológico | 710 |
| 8.1.1.1. El concepto de patrimonio arqueológico en la legislación de las demás C.C.A.A. | 713 |
| 8.1.2. Las actividades arqueológicas | 714 |
| 8.1.2.1. Las actividades arqueológicas en la legislación de las restantes C.C.A.A. | 718 |
| 8.1.3. El regimen jurídico de las actividades arqueológicas en la L.P.C.V. | 721 |
| 8.1.4. Los espacios arqueológicos | 728 |
| 8.1.5. Los hallazgos casuales | 732 |
| 8.1.6. El depósito de bienes arqueológicos y paleontológicos | 737 |

| | |
|--|-----|
| 8.1.7. La Normativa Foral de autorización de intervenciones arqueológicas. El Decreto Foral 62/1998, de 12 de Mayo, de la Diputación Foral de Bizkaia | 744 |
| 8.1.8. El régimen jurídico de las actividades arqueológicas en la legislación de otras C.C.A.A. | 770 |
| 8.1.9. Las normas internacionales de protección del patrimonio arqueológico | 776 |
| 8.1.9.1. La Convención sobre la Protección del Patrimonio Subacuático de 2001 | 776 |
| 8.1.9.2. El Convenio Europeo de Protección del Patrimonio Arqueológico de 1969 | 787 |
| | |
| 8.2. LA PROTECCION DEL PATRIMONIO ETNOGRAFICO ... | 791 |
| 8.2.1. Una reflexión sobre la etnografía | 791 |
| 8.2.2. Concepto y régimen jurídico del patrimonio etnográfico en la C.A.P.V. | 796 |
| 8.2.3. El concepto de patrimonio etnográfico en la legislación estatal y la de otras C.C.A.A. | 799 |
| 8.2.4. La Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial | 806 |
| | |
| 8.3. LA PROTECCION DEL PATRIMONIO DOCUMENTAL ... | 813 |
| 8.3.1. Consideraciones específicas sobre la situación de este patrimonio | 813 |
| 8.3.2. El concepto de patrimonio documental en la L.P.C.V. | 817 |
| 8.3.3. El concepto de patrimonio documental en la L.P.H.E. y la legislación de otras C.C.A.A. | 820 |
| 8.3.4. El régimen jurídico del patrimonio documental en la L.P.C.V. | 829 |
| 8.3.5. El Decreto 232/2000 de 21 de Noviembre, Reglamento de Servicios de Archivo y Normas Regulatoras del Patrimonio Documental en el País Vasco | 838 |
| 8.3.6. El régimen jurídico del patrimonio documental en la L.P.H.E. y la legislación de otras C.C.A.A. | 846 |
| 8.3.7. La protección internacional del patrimonio documental: el programa “Memoria del Mundo” y las Directrices para la Salvaguarda del Patrimonio Documental de la UNESCO | 856 |
| 8.3.8. El Anteproyecto de Ley de Archivos de la C.A.P.V. .. | 864 |

| | |
|--|------------|
| 8.4. LA PROTECCION DEL PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO | 872 |
| 8.4.1. El concepto de patrimonio bibliográfico en la L.P.C.V. | 873 |
| 8.4.2. El concepto de patrimonio bibliográfico en la Ley de Bibliotecas de la C.A.P.V. | 876 |
| 8.4.3. El concepto de patrimonio bibliográfico en la legislación estatal y la de otras C.C.A.A. | 882 |
| 8.4.4. El régimen jurídico del patrimonio bibliográfico en la L.P.C.V. | 894 |
| 8.4.5. El régimen jurídico del patrimonio bibliográfico en la Ley de Bibliotecas | 899 |
| 8.4.6. La distribución competencial y la Decisión 5/2006 de 3 de Octubre, de la Comisión Arbitral del País Vasco | 902 |
| 8.4.7. El régimen jurídico del patrimonio bibliográfico en la legislación estatal y la de otras C.C.A.A | 905 |
| 8.5. LA PROTECCION DE OTROS PATRIMONIOS. | 913 |
| 8.5.1. La protección del patrimonio industrial | 913 |
| 8.5.1.1. El concepto de patrimonio industrial y los retos a que se enfrenta su protección. | 913 |
| 8.5.1.2. Evolución de la conciencia y protección del patrimonio industrial en la C.A.P.V. | 922 |
| 8.5.2. La protección del patrimonio audiovisual | 931 |
| 8.5.2.1. El concepto de patrimonio audiovisual y su génesis histórica | 931 |
| 8.5.2.2. La protección del patrimonio audiovisual | 936 |
| 8.5.3. La protección del patrimonio informático. | 941. |
| 8.5.3.1. Las Directrices para la Preservación del Patrimonio Digital | 942 |
| 9. INSTRUMENTOS DE GESTION DE LA PROTECCION: LOS SERVICIOS DE ARCHIVOS, BIBLIOTECAS Y MUSEOS | 951 |
| 9.1. LOS SERVICIOS DE ARCHIVOS | 951 |
| 9.1.1. Los servicios de archivo en la L.P.C.V. | 951 |

| | |
|--|-------|
| 9.1.2. El Reglamento del Sistema de Archivo de la Administración General e Institucional de la C.A.P.V. | 955 |
| 9.1.3. Los archivos en la L.P.H.E. y la legislación de las C.C.A.A. | 965 |
| 9.2. LOS SERVICIOS DE BIBLIOTECAS | 973 |
| 9.2.1. Las bibliotecas en la L.P.C.V. | 973 |
| 9.2.2. La Ley 11/2007 de 26 de Octubre, de Bibliotecas de Euskadi | 976 |
| 9.3. LOS SERVICIOS DE MUSEOS | 984 |
| 9.3.1. Los museos en la L.P.C.V. | 984 |
| 9.3.2. La Ley de Museos de la C.A.P.V. | 992 |
| | |
| CONCLUSIONES | 1.009 |
| INDICE DE LEGISLACION | 1.032 |
| INDICE DE JURISPRUDENCIA | 1.040 |

ABREVIATURAS

| | |
|---------|---|
| AA.VV. | Autores varios |
| AEP | Area de Especial Protección |
| ANABAD | Confederación de Asociaciones de Archiveros, Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas de Aragón |
| ARI | Area de Rehabilitación Integrada |
| AVPIOP | Asociación Vasca de Patrimonio Industrial y Obra Pública |
| BIC | Bien de Interés Cultural |
| BOB | Boletín Oficial de Bizkaia |
| BOPV | Boletín Oficial del País Vasco |
| CA | Comunidad Autónoma |
| CAE | Comunidad Autónoma de Euskadi |
| CAV | Comunidad Autónoma Vasca |
| CAPV | Comunidad Autónoma del País Vasco |
| CCAA | Comunidades Autónomas |
| CCAAA | Consejo de Coordinación de las Asociaciones de Archivos |
| CCI | Comité Consultivo Internacional |
| CIA | Consejo Internacional de Archivos |
| COVASAD | Comisión de Valoración, Selección y Acceso a la Documentación |
| COVASED | Comisión de Valoración y Selección de Documentación |
| CSIC | Consejo Superior de Investigaciones Científicas |
| DA | Disposición Adicional |
| DAFO | Debilidades, Amenazas, Fortalezas y Oportunidades |
| DD.HH. | Derechos Humanos |
| DF | Distrito Federal |
| DOCE | Diario Oficial de las Comundades Europeas |
| DOT | Directrices de Ordenación Territorial |
| DUDH | Declaración Universal de los Derechos Humanos |
| EAPV | Estatuto de Autonomía del País Vasco |
| EE.UU. | Estados Unidos de América |
| EZLN | Ejército Zapatista de Liberación Nacional |
| FIAF | Federación Internacional de Archivos Fílmicos |
| FIN | Fondos de Interés Nacional |
| FJ | Fundamento Jurídico |
| ICOM | Consejo Internacional de Museos |
| IEPHA | Instituto Estatal de Patrimonio Histórico y Artístico de Minas Gerais |
| IFLA | Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas |
| INA | Instituto Nacional de Audiovisuales |
| INCUNA | Aociación Arqueología Industrial, Patriomonio Cultural y Natural, Máximo Fuertes Acevedo |
| IRARGI | Centro de Patrimonio Documental del País Vasco |
| ISBN | Inteernational Standard Book News |
| IVAP | Instituto Vasco de Administración Pública |
| JJGG | Juntas Generales |

| | |
|---------|--|
| LEB | Ley de Bibliotecas de Euskadi |
| LEF | Ley de Expropiación Forzosa |
| LORAFNA | Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra |
| LOTPV | Ley de Ordenación del Territorio del País Vasco |
| LPAC | Ley del Procedimiento Administrativo Común |
| LPCV | Ley de Patrimonio Cultural Vasco |
| LPHE | Ley de Patrimonio Histórico Español |
| LTH | Ley de Territorios Históricos |
| MN y ML | Muy Noble y Muy Ilustre |
| NTIC | Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación |
| OBE | Obligación Bibliotecaria de Euskadi |
| OIT | Organización Internacional del Trabajo |
| ONG | Organización No Gubernamental |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| OSCE | Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa |
| PCV | Patrimonio Cultural Vasco |
| PER | Plan Especial de Rehabilitación |
| PESI | Plan Euskadi en la Sociedad de la Información |
| PGOU | Plan General de Ordenación Urbana |
| PHAC | Patrimonio Histórico, Artístico y Científico |
| PHE | Patrimonio Histórico Español |
| PNUD | Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo |
| PRUG | Plan Regulador del Uso y Gestión |
| PTS | Plan Territorial Sectorial |
| RD | Real Decreto |
| RO | Real Orden |
| RR.OO | Reales Ordenes |
| RSBAP | Real Sociedad Bascongada de Amigos del País |
| SNAE | Sistema Nacional de Archivos de Euskadi |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TICCIH | Comité Internacional para la Conservación del Patrimonio Industrial |
| TH | Territorio Histórico |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |
| TSJPV | Tribunal Superior de Justicia del País Vasco |
| TT.HH | Territorios Históricos |
| UCD | Unión de Centro Democrático |
| UE | Unión Europea |
| UNESCO | Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura |
| URG | Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca |

PRELIMINAR

Creo necesario comenzar este trabajo realizando una declaración de intenciones. Mi primera relación con la cuestión de la protección jurídica de los bienes culturales data de mi primera experiencia profesional en la Administración. Tuve el placer de trabajar durante cuatro años en el Servicio de Patrimonio Histórico de la Diputación Foral de Bizkaia. Fui, más en concreto, el primer Técnico de Administración General con que contó dicho Servicio tras la aprobación de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco en 1990 que realizó el deslinde efectivo entre las competencias que debían corresponder al Gobierno Vasco y, principalmente, las que debían estar residenciadas en las Diputaciones Forales.

Tomé parte por tanto en el diseño inicial de los procedimientos que debía seguir la tramitación de expedientes en materia de protección del patrimonio cultural y hasta en algún, finalmente nonnato, intento de desarrollo reglamentario general de la L.P.C.V.

Esta primera conexión con la materia tuvo su continuación en la actividad lectiva de “*Legislación Cultural*” en el Diploma de Especialización en Arte Contemporáneo Vasco de la Universidad de Deusto durante varios cursos y en la de responsable del Area de Patrimonio Cultural en el Master de Derecho Civil Foral y Derecho Autonómico Vasco de la misma institución, salpicada además con la participación en esporádicos cursos o conferencias de menor duración organizados por el Instituto Vasco de Administración Pública (I.V.A.P.), el Colegio de Abogados de Bizkaia o la Diputación Foral de este Territorio, con diversos informes solicitados por la administración y algún que otro artículo publicado en revistas (KOBIE, RIEV) o en Actas de Congresos (I Congreso de Patrimonio Industrial Vasco).

La actual condición de funcionario de Administración Local en el Area de Cultura, Educación, Euskera y Deportes del Ayuntamiento de Barakaldo me permite mantener una relación más indirecta, pero no por ello inexistente, con los bienes culturales vascos y los problemas que suscita su adecuada protección.

Si hay que encontrar en esta trayectoria la fuente de interés y motivación para realizar esta tesis, también hay que deducir de ella los condicionantes. Estamos ante la labor de un trabajador de la administración pública, que ha desempeñado sus funciones en todos los niveles administrativos de la C.A.P.V. (también en el Gobierno Vasco), pero que carece de experiencia profesional, más allá de la lectiva, fuera de ellos.

La perspectiva desde la que trabaja es la de alguien que, si puede criticar la política desarrollada en uno u otro aspecto por alguna o todas las administraciones, lo hace sin embargo siendo consciente de las dificultades a que se enfrentan (que ha conocido en muchos casos en primera persona).

La obra es deudora de otras varias que se han realizado con anterioridad sobre objeto parcialmente coincidente, la bibliografía dará cumplido testimonio de ello. Esta existencia de insuperables tratamientos anteriores de la materia ha hecho acotar el ámbito de análisis. Particularmente hay que referirse, con carácter general, a la obra de Juan Manuel Alegre Avila, *“Evolución y Régimen Jurídico del Patrimonio Histórico”*, de 1994, y con carácter más ceñido a una parte del patrimonio vasco, lo que llama *“el patrimonio inmobiliario histórico”*, a la de Jose María Abad Liceras, *“La protección del patrimonio inmobiliario histórico en el ordenamiento jurídico vasco”* de 2002.

La primera es obviamente referencia obligada desde la inevitable ligazón de la legislación cultural vasca a la regulación estatal, principalmente derivada de la Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985. Además la ausencia de competencia autonómica sobre determinados aspectos de la tutela de los bienes culturales, como puede ser su régimen de exportación o su defensa penal, hace que sea aplicable en todos sus extremos al patrimonio cultural vasco lo que establece la normativa estatal, objeto de amplio y detallado análisis en la obra del profesor Alegre Avila y en otras también muy destacadas como las de Barreda o López Bravo.

La obra de Abad Liceras se refiere en una parte sustancial al mismo objeto que la presente, por lo que también es hito obligado. Se trata además, con el consiguiente mérito pionero, del primer análisis de la normativa tuteladora autonómica vasca, a partir del cual los siguientes analistas podemos enfocar la cuestión desde la coincidencia o desde la discrepancia, favorecidas ambas por la exposición clara de su parecer.

La existencia de testimonios de esta naturaleza y envergadura condiciona cualquier obra posterior. La creatividad y originalidad mínima exigibles a los trabajos sucesores, hace que deba eludirse el tratamiento detallado de aquellos aspectos de la materia en que se coincide absolutamente con las tesis anteriormente expuestas, más allá de cómo introducción al examen de otros, y que deba hacerse hincapié principal en las discrepancias, de modo y manera que puede quedar en el lector una imagen parcialmente desenfocada.

Observará en todo caso el lector que eso no va en detrimento de la extensión de la obra. No cabe ni imaginar a donde hubiese podido llevarnos un intento de reproducir análisis tan exhaustivos como el de Alegre, añadido al contenido que realmente le hemos dado.

La obra contiene reflexiones sobre los conceptos fundamentales que delimitan los contornos de la materia objeto de análisis, cultura, patrimonio y vasquidad.

Una observación en todo caso es necesaria sobre este último, porque la opción escogida por el autor quizá pueda parecer que no encaja con el desarrollo que luego recibe en la práctica.

Aunque consideremos como patrimonio cultural vasco (y dejando a un lado ahora las consideraciones que luego se exponen sobre la territorialidad como criterio de adscripción) el conectado con cualquiera de los territorios aludidos por el lema "zazpiak bat", esto es los incluidos en la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra en el Estado Español y por "Iparralde" en el Francés, el desarrollo normativo autónomo de la tutela patrimonial es distinto en todos ellos. (Aunque haya menores diferencias entre los ámbitos del Sur del Bidasoa desde la promulgación de la Ley de Patrimonio Cultural de Navarra de 2005).

Dada la inexistencia de instituciones de autogobierno en la zona vasca del Estado Francés, y por tanto de normativa propia, el análisis de la protección del patrimonio cultural vasco en Iparralde nos obligaría a hacer referencia a la legislación general francesa, que lo desconoce por completo, integrándolo, al menos a efectos normativos, en el francés como cualquier otro.

Hemos considerado que ese análisis, hecho de forma rigurosa, extendería en exceso este trabajo y que excedía la capacidad y los medios con que cuenta el autor. Quiere esto decir que reconocemos de partida una cierta asimetría entre lo prometido en el título y lo ofrecido en las páginas que lo siguen. A otros les corresponderá, en su caso, llenar el vacío.

Es precisa otra observación al respecto; sin perjuicio de que haya alusiones a la regulación navarra, tanto en lo que hace a los antecedentes históricos como a esa misma ley vigente antes citada, y sin que haya que deducir de ahí, como se verá claramente en la posición del autor expresada en diversos apartados, significado político alguno, el análisis se centra fundamentalmente en la regulación de la C.A.P.V.

No solo se trata de la que afecta primordialmente al autor en su desempeño profesional como residente en ella, sino que ofrece en conjunto, (incluidos los Territorios Históricos) mayor variedad y ha sido objeto de análisis previos más detallados (José María Abad, por resaltar el ejemplo más destacado).

La estructura de la tesis merece asimismo una pequeña explicación. El autor no quería limitarse, con ser ya un contenido suficientemente extenso, al examen de los aspectos regulados por la Ley de Patrimonio Cultural Vasco o las sucesivas leyes y proyectos que han ido apareciendo durante el largo período de elaboración. Estimaba preciso realizar algún análisis del fundamento de la protección, de si la tutela de los bienes puede caracterizarse como derecho humano y, en su caso, de qué carácter. De ahí surge el capítulo dedicado al derecho humano al disfrute del patrimonio cultural,

considerado como uno de los derechos culturales a que se refiere el Pacto Internacional que garantiza su defensa.

También parecía que examinar la protección del patrimonio cultural vasco no podía hacerse de forma descontextualizada de una trayectoria institucional histórica que no está tan solo presente en la peculiar organización institucional de la C.A.P.V. Merecía por tanto la pena realizar una pequeña investigación, siquiera fuese lo somera que cabe exigir a una tesis que es de Derecho y no de Historia, sobre los antecedentes históricos de la tutela administrativa del patrimonio cultural vasco y el grado en que la cuestión estuvo presente en las épocas anteriores en que los vascos del sur del Bidasoa disponíamos de la capacidad de promulgar nuestras propias normas. Esto exigía a su vez proporcionar una panorámica, siquiera también muy general y sencilla, sobre la evolución de las instituciones vascas, que permitiese encuadrar su política respecto al patrimonio.

No cabe desconocer además la íntima conexión que existe entre la protección del patrimonio cultural y la ordenación del territorio. Esta última debe tomar en consideración la existencia de los bienes culturales e introducir su tutela entre sus fines prioritarios. De no hacerse así se abre una vía extremadamente peligrosa para los bienes que no cuenten con protección específica, e incluso también para estos últimos en función de la sensibilidad que el planificador urbanístico pueda manifestar hacia ellos.

Pueden ser frecuentes las colisiones entre lo establecido en estas normas pertenecientes a distintos sectores del Derecho Administrativo, lo que exige exponer al menos las líneas básicas del problema y un intento de diagnóstico acerca de su virtualidad real en el ámbito de la C.A.P.V.

Otro ámbito de potencial colisión entre las normas tuteladoras del patrimonio cultural y las que protegen otros intereses es el de los espacios protegidos por sus características medioambientales destacadas.

Es preciso, en primer lugar, referirse a la cuestión de la interrelación entre ambos patrimonios, de los espacios comunes que comparten y las diferencias que permiten singularizarlos, y posteriormente atender a la resolución de los conflictos que pueden surgir allí donde existen bienes culturales en un espacio medioambientalmente relevante.

Dada la experiencia de su gestión, a partir de la ley de creación de 1989, (anterior a la L.P.C.V.) disponemos de un ejemplo paradigmático en nuestra Comunidad Autónoma, el de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai, en el marco del cual han surgido algunas controversias sobre las que poseemos incluso pronunciamientos judiciales.

A partir de ahí, el autor ha estimado oportuno, finalmente, seguir el guión establecido por la propia Ley de Patrimonio Cultural Vasco, es decir analizar primero la definición legal del patrimonio y la distribución competencial entre las diferentes administraciones, proseguir con la clasificación de los bienes culturales y los distintos regímenes de protección en que se incardinan, con su complejo elenco de derechos, obligaciones y facultades de intervención administrativa, y, continuar posteriormente, dado que al contrario que Abad Liceras no hemos pretendido ceñirnos a un elenco determinado de bienes, con el análisis específico de cada uno de los patrimonios singulares (arqueológico, etnográfico, documental, bibliográfico, museístico...) a que se refiere la L.P.C.V.

1. PRECISIONES CONCEPTUALES

1.1 PATRIMONIO CULTURAL, PATRIMONIO HISTORICO O HISTORICO-ARTISTICO: LA CUESTION DE LA DENOMINACION

Hemos escogido como título de este trabajo, “*La protección jurídico-administrativa del patrimonio cultural vasco*”. Sobre el alcance de la protección jurídico-administrativa y la relación entre patrimonio y nacionalidad haremos extensas precisiones en capítulos posteriores de este trabajo, pero resulta preciso en primer lugar denominar de alguna manera el protagonista principal de la tesis, ese que sin perjuicio de lo que señalaremos más adelante en torno a ésta y otras definiciones describe la Ley de Patrimonio Cultural Vasco¹ en su artículo 2.1 como integrado por “*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*”.

Hemos ya visto que la L.P.C.V. se decanta por utilizar la denominación “**Patrimonio Cultural**”. No es éste el caso de la ley estatal de 1985, titulada como Ley del Patrimonio Histórico Español.² No se trata pues de una materia respecto de la que se haya consensuado hasta el presente un único título.

Echando un vistazo al Derecho Comparado encontramos una notable variedad de rúbricas. Así en Italia la normativa vigente se refiere a la “*protección del patrimonio arqueológico, artístico e histórico nacional*”³, y al “*fomento en el ámbito del patrimonio histórico-artístico*”⁴. En Francia, La Ley “Malraux”⁵ tiene por objeto, “*favorecer la conservación del patrimonio artístico nacional*”. En Portugal la Ley 13/85 lleva por título, “*Ley de Bases del Patrimonio Cultural Portugués*” y el Decreto-Ley 164/97, de “*Patrimonio Cultural Subacuático*”. La Constitución de Andorra alude al “*patrimonio histórico, cultural, y artístico*” y las de la Federación de Rusia y Bulgaria “*al patrimonio histórico y cultural*”, por citar dos de las más recientes.

En Holanda la normativa se refiere a los “*monumentos históricos*”, lo mismo que en Suiza, y finalmente, por referirnos a normas de ámbito territorial equiparable “*velis nolis*” al de la Comunidad Autónoma del País Vasco, el Decreto del Consejo Flamenco de 17 de Noviembre de 1982 tiene por rúbrica “*De la protección del patrimonio cultural mueble*”, el land alemán de Baden-Wurtemberg cuenta con una ley

¹ Ley 7/1990 de 3 de Julio

² Ley 16/1985 de 26 de Junio

³ Ley de 1 de Marzo de 1975

⁴ Ley de 2 de Agosto de 1982

⁵ Ley 68-1251 de 31 de Diciembre de 1968

sobre “*protección de los bienes culturales*”⁶ y fuera ya de Europa, la provincia sudamericana del Chaco cuenta con una Ley de “*Protección del patrimonio cultural y natural*”.⁷

Fuera ya del ámbito europeo, la mayoría de las modernas constituciones de los países latinoamericanos, se refiere al “*patrimonio cultural*”. Así sin afán de exhaustividad las de Argentina, Ecuador, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela. Incluso algunas otras se caracterizan por emplear también esta denominación, siquiera sea junto a otras diferentes. (Nicaragua, Panamá...). Son realmente excepcionales los casos en que se acude a rúbricas no referidas al patrimonio cultural o al histórico. (Uruguay, “*tesoro cultural*”, por ejemplo)

En lo que hace al ámbito internacional, o más propiamente supraestatal, el Convenio de la Haya de 1954 se refiere a “*la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado*”, lo mismo que los estatutos del Centro Internacional de Estudio de los Problemas Técnicos de Restauración y Conservación⁸, la Convención de París de 1970 prohíbe “*la importación, exportación, y transferencia ilícita de bienes culturales*”, el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea⁹ (Art.36 original) se refiere a la “*protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional*”, y la Convención de la Unesco, celebrada en París en 1970 llama a la “*protección del patrimonio mundial cultural y natural*”.

De este mismo ámbito emanan posteriormente, la Convención “*sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural*” de 1972, la “*Recomendación relativa a la salvaguarda de los conjuntos históricos y su función en la vida contemporánea*” de 1976, la referida al “*intercambio internacional de bienes culturales*” del mismo año, la que tiene por objeto “*la protección de los bienes culturales muebles*” de 1978, o la Convención de París “*sobre la protección del patrimonio cultural subacuático*” de 2001.

Tampoco las normas básicas que fundamentan la Unión Europea dejan de pronunciarse sobre la cuestión. Así, por ejemplo, el Tratado de Amsterdam que en su artículo 151.1 se refiere al deber de la Comunidad de respetar “*el patrimonio cultural común*” y en el apartado segundo de este mismo artículo a que la Comunidad deberá apoyar y complementar las acciones de los Estados Miembros entre otras áreas en la “*conservación y salvaguarda del patrimonio cultural de importancia europea*”.

Es sin duda el Consejo de Europa la institución supraestatal de la que más normas dimanen en relación con la materia. Ya en 1963 su Asamblea Parlamentaria solicita que se emprendan acciones “*para lograr la salvaguarda del patrimonio arquitectónico europeo*”, en 1969 establece un “*Comité de monumentos y sitios*”, y

⁶ Ley de 2 de Marzo de 1974

⁷ Ley 4076 de 1995.

⁸ Adoptados en la reunión de París de 7 de Marzo de 1958

⁹ Tratado de Roma de 1957

designa 1975 como “*Año del patrimonio arquitectónico*”. En el Congreso de Amsterdam de ese mismo año se proclama la “*Carta Europea del Patrimonio Arquitectónico*”.

También se aprueba en su seno en 1969 un “*Convenio para la protección del patrimonio arqueológico*”.¹⁰ Posteriores son la Convención de Granada de 1985 para la salvaguarda del patrimonio arquitectónico, la de La Valeta de 1992 referida al arqueológico y diversas resoluciones y recomendaciones de las que destacaremos la 709/1979, relativa al papel de las asociaciones independientes en la conservación del patrimonio artístico, por emplear esta denominación de naturaleza más global y omnicompreensiva.

En el ámbito interno del Estado español las Comunidades Autónomas ostentan con carácter general importantes competencias normativas en relación con la materia. Casi todas ellas disponen de normas de rango legal o reglamentario que deben referirse a la misma utilizando alguna de las denominaciones que estamos analizando. Desde la pionera Ley 3/1987 de 18 de Marzo, de Medidas de Fomento del Patrimonio Histórico de las Islas Baleares, hasta la Ley 14/2005 de 22 de Noviembre de Patrimonio Cultural de Navarra, constituyen un variado elenco las leyes y decretos protectores del patrimonio cultural.

En cuestión de denominaciones son básicamente dos las utilizadas, por un lado la de “*patrimonio cultural*” por la que se decantan las C.C.A.A. de Euskadi, Catalunya, Galicia, Valencia, Aragón, Asturias (a partir de la Ley 1/2001 de 6 de Marzo, del Patrimonio Cultural)¹¹ y Navarra y por otro la de “*patrimonio histórico*”, que siguiendo a la Ley estatal adoptan las de Andalucía, Murcia, Castilla-La Mancha, Madrid y Canarias.¹² La C.A. de Castilla-León¹³ utiliza la de “*patrimonio histórico-artístico*”, la de Islas Baleares utiliza alternativamente las dos primeras¹⁴ y la de La Rioja, las utiliza todas, “*patrimonio cultural, histórico y artístico*”, de forma manifiestamente impropia¹⁵.

En una primera aproximación podemos detectar fácilmente que las C.C.A.A. que poseen otra lengua co-oficial además del castellano se decantan por la

¹⁰ Convenio de Londres de 6 de Mayo de 1969

¹¹ Ley 7/1990 de 3 de Julio, de Patrimonio Cultural Vasco, Ley 9/1993 de 30 de Septiembre, de Patrimonio Cultural Catalán, Ley 8/1995 de 30 de Octubre, de Patrimonio Cultural de Galicia, y Ley 4/1998, del Patrimonio Cultural Valenciano.

¹² Ley 1/1991 de 3 de Julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía, Decreto 98/1989 de 22 de Septiembre, de conservación, o enriquecimiento del Patrimonio Histórico de interés para el Principado de Asturias, Ley 4/1990 de 11 de Abril, de Medidas de Fomento del Patrimonio Histórico de la Región de Murcia, Ley 4/1990 de 30 de Mayo, del Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha, Ley 10/1998 de 9 de Julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid y Ley 4/1999 de 15 de Marzo de Patrimonio Histórico de Canarias.

¹³ Decreto 273/1994 sobre competencias y procedimiento en materia de Patrimonio Histórico-Artístico.

¹⁴ Ley 3/1987 de 18 de Marzo ya citada, Decreto 94/1991 de 31 de Octubre, de creación (entre otros) del Inventario de Patrimonio Cultural Mueble y Decreto 17/1992 de 27 de Febrero sobre la “*Red de Técnicas del Patrimonio Histórico*”

¹⁵ Ley 7/2004 de 18 de Octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja.

denominación “*patrimonio cultural*”, (con la excepción de Baleares en una línea cambiante), mientras que las restantes prefieren mayoritariamente la referencia a la historicidad. No creemos que sea ninguna casualidad. La existencia de “culturas” distintas a la castellana o española que se desean amparar a través del manto protector de la norma, puede ser uno de los motivos que estén detrás de la preferencia por el primer término.

Pero no es el único criterio diferenciador. Las normas anteriores a la ley vasca, primera que rompe con la denominación de referencia de la L.P.H.E., utilizan todas ellas la denominación de ésta (casos de Baleares y Murcia) mientras que en las posteriores existe un mayor equilibrio. (Con la importante salvedad de las leyes de Madrid, Canarias y La Rioja, las últimas parecen decantarse por la denominación “cultural”).

Dejando a un lado las referencias a patrimonios específicos (arquitectónico, arqueológico...) podemos encontrar básicamente dos tendencias en cuanto a las denominaciones que emplean los diferentes instrumentos normativos en todos los ámbitos; la de referirse por un lado a los “*bienes culturales*” sin englobarlos en un concepto que agrupe su pluralidad o referirse yuxtapuestos a los diversos patrimonios, y la de emplear diversos adjetivos, cultural, histórico, artístico, histórico-artístico... en torno a la noción de patrimonio, que parece reivindicar a la vez su condición de elementos valiosos por un lado y una pertenencia distinta a la que puede derivarse del concepto civil de propiedad por otro.

La noción de “*bienes culturales*” provoca confusiones a menudo, derivadas de su utilización en diversos sentidos, uno amplio comprendiendo el elenco de elementos dotados de los valores a que aludía la L.P.C.V., y uno más estricto, referente a los bienes protegidos en determinados regímenes jurídicos. Esto ha motivado como veremos diversas polémicas doctrinales en torno al concepto y su naturaleza y alcance.

Este hecho y el que apreciamos en el concepto de patrimonio matices que creemos conviene tener siempre presentes al tratar esta materia, nos hace preferir la segunda opción y nos obliga a su vez a analizar cual de los adjetivos es el que mejor le acompaña para referirse con carácter global al objeto de la tesis.

En esta línea, Fernández de Larrinoa ya ha escrito que “*se observa que hay una tensión entre dos definiciones de patrimonio... una obedece a una concepción histórico-artística del patrimonio, donde los criterios que regulan la calificación de un bien como patrimonio son estéticos, físicos y monumentales... otra es fenomenológico-cultural o intencional...lo anterior quiere decir que junto con la histórico-artística, hay una definición de patrimonio que enfatiza la utilidad que un elemento de la cultura tiene en términos de servicio social y/o beneficio empresarial*”.¹⁶

¹⁶ FERNANDEZ DE LARRINOVA K. “*Los Andoa: nativos de la Amazonía ecuatoriana*” en IX Jornadas de Urdaibai sobre Desarrollo Sostenible. Ed. Gobierno Vasco. Bilbao. 2004, pag. 156.

Decíamos en otro lugar¹⁷ que los antecedentes legislativos en el Estado Español apoyan la referencia al “*patrimonio histórico-artístico*”. Particularmente la Ley de 1933¹⁸ que ha estado en vigor hasta la promulgación de la L.P.H.E. en 1985, se refería al “*patrimonio histórico-artístico nacional*”, aunque el Real Decreto-Ley de 1926 tuviese por rúbrica “*sobre la protección y conservación de la riqueza artística*”. Con esta tradicional referencia al arte acaba la L.P.H.E., que se refiere solo al patrimonio histórico.

No compartimos por tanto el criterio expresado en el preámbulo de la Ley de Patrimonio Cultural de Asturias en el que se sostiene que “*esta denominación se inserta plenamente en la tradición jurídica de la legislación española de protección del patrimonio histórico*”; es por el contrario muy reciente, incluso en el ámbito doctrinal. No cabe menos que coincidir con Prieto de Pedro en que “*es un hecho innegable que en la legislación del presente siglo y sobre todo a partir de la tercera década, han sido los adjetivos histórico y artístico los de uso dominante*”.¹⁹

En Derecho Europeo Comparado no cabe ninguna duda de que el término “*patrimonio histórico y/o artístico*” ha creado escuela. Ahí están la Constitución italiana de 1947, la Ley Malraux o la ley italiana de 1975 para acreditarlo, aunque no se trate ni de una tendencia unánime, ni de la que predomina, según hemos visto, en las últimas legislaciones.

Bittencourt, un autor no europeo, se siente en condiciones de afirmar que “*desde que se consolidó en Francia a lo largo del XIX la noción de patrimonio histórico no se ha parado de expandir...imbricada en el concepto de monumento, la idea de patrimonio histórico ha sido casi sinónimo de un conjunto de objetos y prácticas asociadas a la cultura erudita, o que presuponían una dicotomía que relegaba a la cultura popular.*” Sin embargo “*tal división, la mayoría de las veces completamente artificial, fue puesta en cuestión a partir de la segunda mitad del siglo pasado, por el desarrollo de la noción de patrimonio cultural, que tiende a englobar y sustituir a la de patrimonio histórico*”.²⁰

En un contexto de revalorización de las culturas no occidentales, consecuencia de la descolonización, de lucha contra el racismo y los prejuicios y de desaparición de manifestaciones culturales asociadas a las sociedades tradicionales en un proceso de industrialización rápido y muchas veces desordenado, “*historia y arte dejan de ser pensadas como dos caras de una misma moneda, pasando a ser vistas en museos pluridisciplinares como la cara integrada de una moneda multidimensional*”.²¹

¹⁷ SOBRINO ARANZABE J.I. “*La Ley de Patrimonio Cultural Vasco y su conexión con la legislación urbanística*”. Rev. Kobie nº 24. (1997), pags.171-194

¹⁸ Ley 29/1933 de 13 de Mayo.

¹⁹ Citado en ANGUITA VILLANUEVA L.A. “*La protección jurídica de los bienes culturales en el Derecho Español*” en Ius et Praxis, año 10, nº1. (2004), pag.14.

²⁰ BITTENCOURT J. “*Patrimonio Cultural na atualidade- uma historia de possibilidades e tensões*”. Pag.1. [www. ivt-rj.net/museus-patri/artigo](http://www.ivt-rj.net/museus-patri/artigo) (Todas las citas de este autor en traducción de J. Sobrino).

²¹ Ibidem, pag. 1.

De todos modos, y aunque este es otro debate en el que entraremos posteriormente, *“la expansión de la noción de patrimonio cultural nos coloca ante nuevas contradicciones. Al mismo tiempo que se exigen cuidados crecientes para la preservación, se exige también que el conjunto de bienes preservados sea autosostenido, lo que significa en muchos casos integrar los conjuntos protegidos en la dinámica socioeconómica de las comunidades de las que forman parte. Se ha tornado en lugar común decir que preservación implica integración, y que el patrimonio debe tener un uso que lo articule con procesos más amplios de desarrollo.”*²²

En torno a esta cuestión de la denominación, la doctrina española mantiene posiciones diversas.

Mientras Benitez de Lugo y Guillén²³ se decanta por definir la materia como *“Patrimonio Cultural”*, en la línea de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco de 1990, lo mismo que López Bravo²⁴, y Montes del Castillo y García Castaño manifiestan preferir también esta denominación proponiendo el tratamiento del patrimonio *“no como una suma de elementos sino como una compleja operación de relaciones”*, como un *“todo complejo”* referido al concepto de *“cultura”*²⁵, Anguita Villanueva opta por el término *“bien cultural”*, *“dotado de unas notas de elasticidad y amplitud de que carecen los demás”*²⁶ y también Álvarez Álvarez²⁷ coincide con el de patrimonio cultural o en todo caso en el de *“patrimonio histórico-artístico”*.

Abad Liceras propone sin embargo el concepto de *“Patrimonio Cultural Histórico-Artístico”*²⁸ como comprensivo tanto de *“la noción del género al que el patrimonio histórico-artístico pertenece (el ámbito cultural en general) como a las especies que, tradicionalmente, mejor identifican la órbita conceptual a que pertenecen (el campo histórico y artístico)*, y Alegre Avila realiza una extensa defensa del concepto de *“patrimonio histórico”* empleado en la Ley de 1985, que merece a nuestro juicio un análisis más detallado.

Álvarez señala textualmente que *“suelo emplear el término Patrimonio Cultural probablemente por influencia de las declaraciones internacionales. La solución que creo menos justificada es la elegida por nuestra Ley de 1985 que opta por Patrimonio*

²² Ibidem, pag. 2.

²³ BENITEZ DE LUGO Y GUILLEN F. *El Patrimonio Cultural Español. Aspectos jurídicos, administrativos y fiscales*. Ed. Comares. Granada. 1995.

²⁴ LOPEZ BRAVO C. *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*. Ed. Universidad de Sevilla. 1999.

²⁵ MONTES DEL CASTILLO, A. y GARCIA CASTAÑO F.J. *Difusión del patrimonio cultural*. www.ugr.es/

²⁶ ANGUITA VILLANUEVA L.A. *“La protección jurídica de los bienes culturales en el Derecho Español”* en *Ius et Praxis*, año 10, nº1. (2004), pag.14.

²⁷ ALVAREZ ALVAREZ, J.L. *Sociedad, Estado y Patrimonio Cultural*. Ed. Espasa Calpe. Madrid. 1992.

²⁸ ABAD LICERAS J.M. *La protección del patrimonio inmobiliario histórico en el ordenamiento jurídico vasco*. Ed. IVAP. Oñati. 2002, pag. 19.

Histórico.” Si nos remitimos simplemente al elenco de resoluciones y declaraciones de la UNESCO sobre la materia no puede menos que reconocerse el hecho. Añade que no puede considerarse más importante el aspecto histórico que el artístico, sino que son dos aspectos complementarios.

Hay, por último, a su juicio una serie de acontecimientos y realizaciones que son historia y no están comprendidos en el “Patrimonio” del que hablamos. Y por otra parte *“el Patrimonio del que hablamos comprende el Patrimonio Artístico contemporáneo y hasta las creaciones de los artistas vivos.”*

Alegre Avila²⁹ empieza por reconocer que la terminología utilizada por la L.P.H.E. puede conducir a equívocos, específicamente derivados de la denominación legal de la materia, Patrimonio Histórico Español, *“como fórmula comprensiva del objeto que regula la denominación particularizada que el propio texto legal lleva a cabo de concretos bienes integrantes de aquel.”*

Así dice, *“el término patrimonio resulta individualizado por su aplicación a específicos grupos de bienes dotados de autonomía léxica en virtud del calificativo que singulariza a aquel (Patrimonio documental, arqueológico, etnográfico...). En cambio el legislador no ha considerado conveniente consagrar una denominación unitaria para comprender aquellos bienes que justamente han constituido el núcleo esencial de la normativa reguladora.....que venía refiriéndose a ellos como los bienes integrantes del Patrimonio Histórico-Artístico.*

A su juicio, con la supresión del término *“artístico”* el legislador ha pretendido superar el marco vigente con anterioridad a la Ley, que *“identifica el sector aquí considerado con los bienes muebles e inmuebles de carácter histórico, artístico, o histórico-artístico strictu sensu, ampliar la extensión del concepto englobando...lo que figuraba antes en cuerpos normativos diferenciados, y dejar sentado que los bienes muebles o inmuebles cualificados por su interés o valor histórico-artístico no constituyen sino una categoría de entre los que configuran el Patrimonio Histórico en sentido amplio”.*

El legislador habría prescindido de la denominación genérica que *“debiera en buena lógica haber sido la de Patrimonio Histórico-Artístico”*, porque *“haber consagrado esta denominación u otra similar para recalcar terminológicamente la singularidad de estos bienes, habría sin duda puesto en tela de juicio el propósito unificador que trasluce la adopción del término Patrimonio Histórico”* y *“habría devaluado la individualidad de los (bienes) que integran los denominados Patrimonio Arqueológico, Patrimonio Documental y Bibliográfico y Patrimonio Etnográfico, conclusión ciertamente no querida por el legislador”.*

²⁹ ALEGRE AVILA J.M. *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid. 1994, tomo I, pags. 327-329

No sería para Alegre Avila “*la perspectiva puramente monumental, artística o estética que, de un modo u otro subyace a la categorización de Patrimonio Histórico-Artístico, el eje nuclear de las preocupaciones de la hora presente, sino el propósito confesado de posibilitar que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo*”.

Este es en síntesis el alambicado elenco de argumentos que avalan en opinión del ilustre letrado del Tribunal Constitucional, la pertinencia de la denominación escogida por el legislador de 1985.

En otra ocasión³⁰, y más en concreto confrontando dicha rúbrica con la de “Patrimonio Cultural” que hemos confesado preferir, sostenía este autor que los defensores de esta última “*confundían el todo con la parte*”, siendo así que la materia regulada por la L.P.H.E. no dejaría de ser sino una parte tan solo de lo que comúnmente entendemos por cultura.

Por nuestra parte consideramos que la L.P.H.E. si que escoge una denominación genérica para referirse a la materia que nos ocupa. No podía además ser de otro modo en la rúbrica de una Ley que debe referirse de alguna manera al objeto de que trata.

Con ella, por otra parte, además de los equívocos que ha puesto Alegre de manifiesto, puede conducirnos al de entender que es el histórico el valor único, o al menos el preeminente, de entre los que señala la Ley como desencadenantes de la pertenencia de un bien al Patrimonio Histórico Español, consecuencia ésta si que creemos no querida por el legislador, que equipara en el articulado (art.1.2.) dicho interés con los restantes, artístico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico y técnico.

Es muy expresivo a este respecto el Preámbulo de la L.P.C.V. cuando justifica su preferencia por el concepto de “patrimonio cultural” en que “*el término cultura es más apropiado y válido para englobar todas las cuestiones que la misma regula (patrimonio histórico, archivos, bibliotecas y museos)* -aquí a la hora de aportar ejemplos el legislador vasco no está especialmente afortunado y vuelve a utilizar los conceptos de forma confusa- *y por entender que el concepto de cultura es más amplio que el de historia, dentro del cual éste también queda englobado como un elemento más*”.

De escogerse, como la L.P.H.E. hace, un adjetivo vinculado a alguno de los intereses en cuestión, lo lógico hubiese sido acudir al más omnicompreensivo de todos ellos, (el “*histórico-artístico*” como reconoce Alegre), que además de su

³⁰ ALEGRE AVILA J.M. “*La protección jurídica del Patrimonio*”. Jornadas sobre “La Protección del Patrimonio Cultural” organizadas por la Asociación de Técnicos de Museos de Euskalherria. Bilbao. 1999. Ponencia inédita.

tradicionalidad cuenta con la ventaja de aglutinar las dos perspectivas más caracterizadoras de los elementos que integran el conjunto cuya definición se pretende.

Quizá sea cierto que la L.P.H.E. pretenda evitar la identificación tradicional del patrimonio histórico español con un elenco de bienes determinado, que es al que ahora priva de denominación singular, pero eso ya se consigue en el articulado, desde la definición del artículo 1.2, pasando por el tratamiento específico de esas categorías de bienes un tanto ajenos a esa cierta visión tradicional aludida, y sin necesidad de pagar el precio de referirse como patrimonio histórico español a elementos que en ocasiones nada tendrán de históricos y en otras valores propios, ajenos o muy por encima de su trayectoria histórica.

Ninguno de los argumentos que utiliza Alegre en defensa de la denominación legal constituye un reproche a la de “*Patrimonio Cultural*”. Tan solo el del todo y la parte adquiriría relevancia opositora, si no fuese porque es esgrimible incluso con mayor legitimidad, como ya hemos visto, contra la denominación por la que se decanta este autor.

Si es cierto, como más adelante analizaremos, que la cultura es mucho más que lo que pretenden regular la L.P.H.E. y demás leyes análogas, no lo es menos que su configuración como “patrimonio”, que también veremos de quien y con qué sentido, permite delimitar los contornos de nuestra materia de manera tan útil, como para privar de virtualidad al único reproche que se le ha opuesto con algún fundamento. Particularmente para hacer frente al argumento de que el principal patrimonio cultural (el idioma) es ajeno a esta regulación legal, olvidando que salvo en supuestos muy específicos (patrimonio etnográfico quizá), vamos a estar refiriéndonos con la noción al soporte material más que al elemento inmaterial de la cultura, en el que situaríamos al idioma.

Si el propósito denominativo del legislador era esencialmente unificador, ¿ qué mejor término que el (cultural) que engloba todos y cada uno de los motivos (intereses) por los que un elemento se constituye en objeto de regulación de dicha Ley?. No se podrá oponer que se devalúe con el término “cultural” cualquiera de los patrimonios que después se individualizan, pues todos ellos pueden reconocerse en el mismo.

Si la perspectiva puramente monumental, artística o estética subyace en la denominación “patrimonio histórico-artístico”, (¿ y no así, por el contrario, en la de patrimonio histórico ?), y no es ese el “*eje nuclear de las preocupaciones de la hora presente*”, (expresión que nos revela cómo es perfectamente posible compaginar poesía y derecho), sino posibilitar el mayor disfrute en términos cuantitativos y cualitativos de los elementos en cuestión, ¿ de qué sino de cultura estamos hablando ?¿ De qué sino de disfrute, no ya de lo que los bienes nos relatan en relación con su propia historia o con la ajena, sino de todas y cada una de las sensaciones que son capaces de producir en quienes acceden a ellos ?

La legislación más avanzada y buena parte de la doctrina se decantan por considerar “patrimonio cultural” como la denominación más adecuada de la materia sobre la que va a versar este trabajo, y nosotros no podemos menos que coincidir con ellas.

1.2 CULTURA Y NACIONALIDAD: LA CULTURA VASCA³¹

La palabra “cultura” *“se ha convertido en una de las más comunes de nuestro vocabulario general”*³². Sin embargo, Borofsky sostiene acertadamente que *“no siempre queda claro cual es el concepto fundamental al que se hace referencia”*, ya que se habla de cultura nacional indonesia (podríamos trasplantar el ejemplo a la cultura española) y al mismo tiempo de otras culturas existentes en Indonesia como la javanesa, batak o balinesa, y dentro de estas de algunas otras subdivisiones, y se pregunta *¿cómo es posible que el término cultura se aplique a todos estos grupos al mismo tiempo? Por otra parte, se oyen referencias a la cultura de la violencia, de la pobreza, de las drogas, de la anorexia o de la jet set. ¿ Cómo interpretar estas expresiones ? En palabras del intelectual ghanés Appiah, “hemos llegado a una situación en la que se oye la palabra cultura y hay que recurrir al diccionario”*.³³

Este hecho no es ni mucho menos contradictorio con el que denuncia Méndez Rubio, *“es sorprendente la escasa atención que comparativamente se le viene prestando a la cuestión de la cultura como problema social en publicaciones y foros de debate”*³⁴, simplemente nos exige un esfuerzo especial a quienes nos sentimos llamados a expresar nuestras inquietudes sobre el particular; aunque como señala Palerm *“puede advertirse que el concepto de cultura es más fácil de percibir, casi intuitivamente a partir de una definición sencilla, que lo es de definir de forma exacta, precisa y completa”*. Resulta *“más fácil (veremos que no tanto) la descripción en concreto de una cultura y su división en categorías formales”*.³⁵ Sin duda esto tiene que ver con el hecho de que *“toda creación cultural es una creación particular, esto es, una de las posibles...no existe la cultura...por eso precisamente, siempre son posibles varias, muchas”*³⁶

Si vamos a referirnos a la “cultura vasca”, siquiera sea como preludeo a nuestra primordial referencia al patrimonio cultural vasco, va a ser éste uno de los puntos

³¹ Además de la bibliografía expresamente citada, sobre cultura y nacionalidad puede consultarse:

KYMLICKA W. *Ciudadanía multicultural*. Ed. Paidós. Barcelona. 1996.

MOUFFE CH. (ed) *Dimensions of Radical Democracy : Pluralism, Citizenship and Community*. Ed. Routledge. Londres. 1992.

RAWLS J. *El liberalismo político*. Ed. Crítica. Barcelona. 2004.

³² BOROFSKY R. . *“Posibilidades culturales”* en Informe Mundial sobre la Cultura-2000. Naciones Unidas.

³³ Ibidem.

³⁴ MENDEZ RUBIO A. *¿ Qué pasa con la cultura ?*. Rev. Inguruak, nº 21. (1998), pag. 73.

³⁵ Citado en RUBIO DE URQUIA G. *“El Patrimonio Bibliográfico Vasco”* en I Seminario sobre Patrimonio Bibliográfico Vasco. Ed. Gobierno Vasco-Fundación Sancho el Sabio- Vitoria-Gasteiz. 2005, pags. 19-20.

³⁶ ETXEBERRIA X. *Sociedades multiculturales*. Ed. Mensajero. Bilbao. 2004, pag.17.

capitales de los que tendremos que ocuparnos, el de si existe una “*cultura vasca*” y en su caso como se procede a la definición de los elementos que la integran.

Algún autor ha considerado que cultura “*es un concepto que rechaza las definiciones*”³⁷, otro que “*es ya lugar común decir que hay un sinnúmero de definiciones de cultura*”³⁸ y la UNESCO ha podido encontrar más de 300 definiciones diferentes referidas al mismo, (algunas de tan dudosa utilidad por su vaguedad como la de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo, “*forma de convivencia*”) y que tiene cientos de definiciones pero “*ninguna de validez absoluta o de aceptación general*”,³⁹ lo que constituye un evidente y gráfico testimonio de su inaprehensibilidad. (No es una sensación nueva por otra parte, Kroeber y Cluckholm, ya en 1952, encontraron 160 definiciones diferentes, solo en el ámbito anglosajón).

Un prestigioso intelectual como Julio Caro Baroja “*después de haber escrito un librito que se llama nada menos que Análisis de la Cultura y de haber leído tratados de la ciencia que se denominó Culturología..*” confesaba que si le preguntaran qué es la cultura, daría “*una contestación clara, concreta y precisa: lo ignoro*”.⁴⁰

Goodenough ha añadido que “*el término cultura se caracteriza por su diferente significado para diversas personas a lo largo de la historia*”, (de forma más acentuada de lo que le es propio a cualquier concepto analizado con una perspectiva de tiempo y lugar lo suficientemente amplia) y Parsons que “*en la teoría antropológica no existe lo que podría denominarse un acuerdo generalizado respecto a la definición de cultura*”.⁴¹

Podemos pues acercarnos al concepto desde múltiples perspectivas y enfoques, con la casi total seguridad de que estaremos dejando de lado algunos importantes rasgos y privándole de parte de su potencial y capacidad de explicación.

Amezaga ha realizado un detallado análisis de las limitaciones de buena parte de los discursos a través de los que los investigadores se han acercado al fenómeno, el de la cultura culta vs. cultura popular, el de la cultura como consumo, el de la cultura popular como cultura de clase (proletaria) el de la cultura nacional y su fundamental ingrediente étnico, y el del análisis a través del eje tradición/modernidad.

Sin embargo, amén de exceder a la capacidad del autor definir con precisión el concepto de cultura, tampoco es el objeto de esta tesis, si no es como encuadre de algunos de los problemas a que se enfrenta la definición del propio concepto de

³⁷ ZALLO R. “*Problemas en la construcción de la cultura vasca*” en A.A.V.V. Euskadi en la Unión Europea. Fundación Sabino Arana. 1994, pag. 478.

³⁸ ETXEBARRIA X. op. cit. pag. 29.

³⁹ PAGOLA R. M. “*Europa, mosaico cultural*” en ibidem, pag. 490.

⁴⁰ CARO BAROJA J. *El laberinto vasco (1977-1988)*. Caro Raggio Ed. Madrid. 2003, pag. 111.

⁴¹ Citados por BOROFSKY R. op. cit. pag. 2.

patrimonio cultural, la determinación de los elementos que lo integran y la legitimación para adoptar decisiones en torno a los mismos.

No obstante y dado que estamos intentando acercarnos al concepto de patrimonio cultural y determinar lo que el adjetivo aporta en el presente caso, no estará de más que hagamos alguna referencia a los intentos previos de dotarle de significado.

1.2.1 Aproximaciones a un concepto de cultura.

El concepto de cultura, nos dice Keating, *“tiene una variedad de significados...entendido de forma estrecha se refiere a las artes y al ocio, ya sea elitista o popular... más generalmente, puede entenderse como el conjunto de marcos, valores y normas perceptivas que se utilizan en la vida social; como forma en que una sociedad se ve a si misma y como un filtro para interpretar lo que ve...los dos significados están conectados en el sentido de que el arte y el ocio suministran símbolos de identidad y representaciones simbólicas de las normas sociales.”*⁴²

De modo general, *“al no existir una definición vinculante, cultura puede entenderse de diversas maneras: de manera estrecha como actividades creativas, artísticas o científicas o bien, en sentido lato, como una suma de actividades humanas, la totalidad de valores, conocimientos y prácticas”*⁴³.

Algo parecido sostiene Galasso *“se refiere por un lado a las sensibilidades, a los comportamientos, a los símbolos, a las distintas representaciones, a los valores o doctrinas morales y funcionales, a las costumbres, a las normas y prescripciones, a las creencias, a las ideas y a la praxis jurídica, a los conocimientos en los campos más variados, a los mitos, a las instituciones y ritos, y, en fin, a todo el patrimonio moral e intelectual de una comunidad en su despliegue social y en las correspondientes maneras de manifestarlo, comunicarlo y transmitirlo”*.

Por otro lado, *“la noción de cultura se refiere a la llamada cultura material, es decir a las manufacturas, a los utensilios, a los procedimientos de producción e intercambio, al mobiliario y atuendo doméstico y público, al cuadro de los materiales utilizados en las actividades propias, a los medios de transporte y comunicación, es decir a todo el patrimonio y a todo el cuadro técnico y operativo de la comunidad”*⁴⁴.

Va extendiéndose urbi et orbi la convicción de que *“la cultura no es solo cultura en el sentido de acumulación o conservación de conocimientos abstractos”*⁴⁵, y de que *“es urgente la necesidad de salvar el dualismo mantenido entre la tendencia que*

⁴² KEATING M. *“Cultura, identidades colectivas y desarrollo”*. Rev. Inguruak, nº 18. (1997), pags. 20-21.

⁴³ SYMONIDES J. op. cit. pag. 3.

⁴⁴ Citado en RUBIO DE URQUIA G. op. cit. pag.21.

⁴⁵ MENDEZ RUBIO A. op. cit. pag. 74.

*entiende la cultura como vida específicamente artística e intelectual”, como “el nivel más alto de calidad intelectual y estética según criterios supuestamente universales y eternos”, y la que “ve en ella un conjunto abierto de prácticas semióticas, de procesos sígnicos e ideológicos, socialmente determinados y determinantes, componentes activos de las relaciones sociales que registran y proyectan modos de vida concretos”, en suma “toda actividad o valor en sociedades o grupos determinados según principios históricos”.*⁴⁶

Representante de esta última tendencia es Fujita Alarcón cuando define cultura como *“la manera como el hombre (físicamente como individuo y como grupo) con sus necesidades, maneja los recursos que existen en el medio ambiente (naturaleza), transformándolos por medio del trabajo (individual y colectivo) en el que se expresa la tecnología a través de instrumentos que son objetos nacidos de la ciencia, que es la suma de conocimientos adquiridos, vía la observación y aplicados a la realidad y que se hallan sancionados y aceptados socialmente”*⁴⁷, definición como se puede apreciar de difícil inteligibilidad, o Montes del Castillo y García Castaño cuando la entienden como *“el conjunto de elementos cognitivos, comportamentales y objetuales de un determinado grupo humano”.*⁴⁸

Coincide con esta premisa Williams, que detecta dos tipos principales de conceptos de cultura, el que *“subraya el espíritu conformador de un modo de vida global...que es más evidente en las actividades específicamente culturales: el lenguaje, los estilos artísticos, las formas de trabajo intelectual...”* y el que *“destaca un orden social global”* dentro del cual una cultura *“se considera como el producto directo o indirecto de un orden fundamentalmente constituido por otras actividades sociales”* y concluye que *“la convergencia entre ambos tipos de conceptos es necesaria, pero aún lo es más una profundización que permita, sobre todo en el segundo tipo, el análisis de procesos parciales de la actividad cultural”.*⁴⁹

De todos modos, aun y cuando el concepto deba recoger *“tanto las modalidades de expresión cultural propiamente dicha como los diferentes modos de ocupar el tiempo de ocio”*⁵⁰, hay que ser consciente de que *“el término cultura no queda así totalmente definido, ya que las modalidades de expresión cultural e incluso los modos de ocupar el tiempo libre no son únicas ni estáticas, sino que varían de una sociedad a otra, de un grupo a otro e incluso en el tiempo.”*⁵¹

⁴⁶ Ibidem, pag. 81.

⁴⁷ FUJITA ALARCÓN F.F. *“El Patrimonio cultural”*. Boletín Andinas nums. 1-2-3. Gabinete de Arqueología Social (GARSOC). Lima. www.unitru.edu.pe/arg pags. 1-2.

⁴⁸ MONTES DEL CASTILLO A. y GARCIA CASTAÑO F.J. op.cit. pags .2-3.

⁴⁹ WILLIAMS R. *“Cultura. Sociología de la comunicación y del arte”*, citado en DOMINGUEZ I. *“La sociología de la cultura y el debate sobre la cultura vasca”*. Rev. Inguruak, nº4. (1988), pag. 24.

⁵⁰ ISPIZUA, M. *“Equipamientos urbanos colectivos y necesidades culturales”*. Rev. Inguruak, nº 9. (1994), pag. 121-122.

⁵¹ Ibidem, pag. 122.

Hay quien se ha limitado a señalar que la cultura “*es conocida comúnmente como modo de vida*”.⁵² O “*una ética*”.⁵³ Oigamos a Herskovits, “*una cultura es el modo de vida de un pueblo; en tanto que una sociedad es el agregado organizado de individuos que siguen un mismo modo de vida*”⁵⁴.

La Congregación General de los Jesuitas la ha definido como “*la manera en que un grupo humano vive, piensa, siente, se organiza, celebra y comparte la vida*”⁵⁵.

Rocher la considera “*un conjunto trabado de maneras de pensar, de sentir y de obrar más o menos formalizadas, que aprendidas y compartidas por una pluralidad de personas, sirven de modo objetivo y simbólico a la vez, para constituir a esas personas en una colectividad particular y distinta*”⁵⁶ y Kardiner escribe que “*en todo lugar en que encontramos grupos organizados de seres humanos, encontramos una regularidad y una organización habituales en las relaciones entre los diversos individuos; encontramos también maneras organizadas de enfocar el mundo exterior con el fin de obtener satisfacciones esenciales para el desenvolvimiento de la vida; por otra parte, encontramos también formas organizadas de conducirse con respecto a los procesos del nacimiento, del crecimiento, del desarrollo...cada vez que esos métodos organizados persisten y se transmiten, nos encontramos con una cultura*”.⁵⁷

Como señala Domínguez, ésta y las similares definiciones omnicomprendivas, tienen como común denominador “*el entendimiento de la cultura como un fenómeno colectivo con incidencia en todas las actividades sociales y transmitido de generación en generación, aunque no de forma biológica*”.⁵⁸

Por hacer mayor referencia a definiciones de autoría colectiva, el I.E.P.H.A. nos dice que cultura “*e o conjunto de atividades e modos de agir, costumes e instruções de um povo...e o meio pelo qual o homem se adapta as condições de existência transformando a realidade...e um processo em permanente evolução, diverso e rico...e o desenvolvimento de um grupo social, uma nação, uma comunidade; fruto do esforço coletivo pelo aprimoramento de valores espirituais e materiais*”.⁵⁹

Los componentes del Grupo de Friburgo, en su “*Proyecto de Declaración sobre los Derechos Culturales*” han considerado conveniente señalar que “*el término **cultura**, comprende los valores, las creencias, las lenguas, los conocimientos y las artes, las tradiciones, las instituciones y los modos de vida mediante los cuales una persona o un*

⁵² DOMINGUEZ I. op. cit. pag. 23.

⁵³ RUBIO DE URQUIA G. op. cit. pag. 25.

⁵⁴ Citado en Ibidem, pag. 20.

⁵⁵ Congregación General XXXIV de la Compañía de Jesús. Decreto IV, nº1, citado en “*La globalización*”. Joseph. F. Mária i Serrano. Cuadernos Cristianisme i Justícia, nº 103, (Diciembre.2000).

⁵⁶ ROCHER G. *Introducción a la sociología general*, citado por DOMÍNGUEZ I. op. cit.. pags. 23-34

⁵⁷ KARDINER A. *L'individu dans sa société*. Ed. Gallimard. Paris. 1969, pag. 77, citado en FORNE J. *Las dos caras del nacionalismo*. R&B Ediciones. Donostia. 1995.

⁵⁸ DOMINGUEZ I. op. cit. pag. 24.

⁵⁹ www. iepha.mg.gov.br.sobre_cultura.

*grupo expresa los significados que otorga a su existencia y a su desarrollo”, que la expresión “**identidad cultural**” “es comprendida como el conjunto de las referencias culturales por las cuales una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser reconocido; la identidad cultural implica las libertades inherentes a la dignidad de la persona e integra, en un proceso permanente la diversidad cultural, lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto” y por último que se entiende por **comunidad cultural** “un grupo de personas que comparten referencias culturales constitutivas de una identidad cultural común, cuya preservación y desarrollo consideran esencial para su dignidad humana, con respeto de los derechos humanos”.*

Hay quien también ha detectado una evolución en el uso del término, que permitiría distinguir “*dos acepciones de cultura: a saber el viejo significado de cultura y el nuevo significado de cultura*”, por un lado la que “*se extiende a lo largo de entidades de pequeña escala y con límites reconocidos y reconocibles, con características definidas e invariables... y que a su vez produce y es producida por individuos homogéneos*” y la que “*pone el acento en la posibilidad de que las identidades culturales no sean inherentes ni estáticas, ni estén limitadas, sino que, por el contrario, sean dinámicas, fluidas y construidas en situaciones, tiempos y lugares particulares*”.⁶⁰

Tendremos siempre presentes estas nociones siquiera sea como referencia de encuadre de la cuestión de la que estamos tratando. Con una advertencia metodológica imprescindible para el lector; excluimos “*ab initio*” el tratamiento de las cuestiones relacionadas con la lengua, por más que constituya, como no podía ser de otro modo, uno de los elementos más destacadamente integrantes del patrimonio cultural de cualquier colectividad. (Si no el que más). Su dimensión requiere un tratamiento específico que excede de las posibilidades materiales y capacidades del autor y del ámbito razonable de que puede ocuparse esta tesis.

Tomaremos como punto de partida el hecho de que hay dos actitudes fundamentales, dos concepciones ideológicas diferentes a la hora de enfrentarse al hecho cultural, un punto de vista “*espiritualista*”, que se centra “*en el origen e historia de una determinada cultura*” y “*conlleva la maximización del esfuerzo en el rescate de la cultura*” y un punto de vista “*materialista*” según el cual sería “*la expresión, el resultado de unas relaciones sociales entendidas en sentido global o desde las prácticas culturales y creativas que se dan en una comunidad*”⁶¹.

Zallo considera que “*quizás el punto de vista más adecuado es aquel que tomando un punto de partida materialista de la cultura,-tal cual es como relación social actual- planteo un punto de llegada espiritualista, subjetivo, finalista: construir la identidad*”. Esta concepción conlleva tres elementos operativos; “*la cultura como memoria histórica...a nadie se le escapa la importancia de la **cultura-rescate** decisiva para la conformación de la memoria histórica...y que permita anclajes de la propia*

⁶⁰ MUNIATEGI E. “*Sobre la inclusión de los hijos de la inmigración en las sociedades europeas. Los disturbios franceses del 2005*”. Artículo inédito, pag. 6.

⁶¹ ZALLO R. op. cit. pag. 478.

*identidad, la cultura-relación social abierta a los grupos sociales y a las influencias y la cultura-producto” que debe jugar en el mercado.*⁶²

En palabras de Keating *“una cultura arraigada en un particularismo étnico, puede mantener una solidaridad grupal, pero proporciona una base débil para la solidaridad territorial a menos que el territorio sea étnicamente homogéneo”*⁶³, lo que es desde luego escasamente habitual y va a serlo aún en menos en un futuro que nos anuncia desplazamientos de los seres humanos extremadamente sencillos y frecuentes. Para este autor, *“una cultura abierta y adaptativa es el mejor instrumento para reconciliar la necesidad de la acción colectiva con los imperativos de la competencia en el mercado en un mundo de libre comercio”*.⁶⁴

López Bravo distingue un concepto genérico de cultura, *“la memoria hereditaria no genética de la humanidad”*, es decir *“el conjunto de prácticas y de conductas sociales inventadas y transmitidas dentro de un grupo social: lengua, ritos, cultos, religión, vestido, hábitat, saber técnico-científico, artesanía etc”* y uno más específico *“la tradición de un grupo humano determinado, un modo de vivir aprendido de los miembros de ese grupo y compartido por ellos”*.⁶⁵

Para uno de los primeros padres de la Antropología, Edward Burnett Tylor, es *“aquel todo complejo de conocimientos, creencias, arte, moral, ley, costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre por su condición de miembro de la sociedad”* y para otro de los más destacados, B. Malinowsky *“un conjunto de respuestas a las necesidades elementales del hombre”*⁶⁶

Borofsky considera que en realidad *“la cultura es un concepto, no una realidad”*. Se trata de *“una idea desarrollada en los dos últimos siglos”* que *“carece de sustancia o sabor, aunque es posible tocar o saborear muchas cosas que calificamos como cultura”*.⁶⁷

La cultura es de hecho *“una construcción intelectual utilizada para describir (y explicar) un complejo conglomerado de comportamientos, ideas, emociones y obras humanas”*. Expresa además con frecuencia *“una contradicción...por una parte desde una perspectiva histórica incluye un programa político de homogeneización...afirma la identidad de un grupo estableciendo límites a su alrededor...por otra parte si se examinan con detenimiento las pautas de comportamiento que se trata de delimitar, se observa que en realidad no son acotables y, lo que es más, cambian constantemente. Intentar trazar tales límites equivale a tratar de poner puertas al campo”*.⁶⁸

⁶² Ibidem, pag. 480.

⁶³ KEATING.op. cit. pag. 23.

⁶⁴ Ibidem, pag. 32.

⁶⁵ LOPEZ BRAVO C. *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*. Ed. Universidad de Sevilla. 1999, pag. 24.

⁶⁶ Citados en Ibidem, pags. 24-25

⁶⁷ BOROFSKY R. op. cit. pag. 1.

⁶⁸ Ibidem, pag.1.

Goodenough, por recoger una última definición de fuente prestigiosa, nos informa de que cultura es *“lo que uno debe conocer (saber o creer) para comportarse aceptablemente de acuerdo a las normas de los demás”*.

Austin Millán⁶⁹, siguiendo a R. Williams, ha pretendido sintetizar la controversia enunciando varias acepciones diferentes del término, la sociológica, la antropológica, la estética o humanista y la psicoanalítica. Para la antropológica la cultura *“indica una forma particular de vida, de gente, de un período o de un grupo humano”*, y es en este sentido en el que podremos hablar de cultura vasca o española. La concepción estética o humanista de la cultura *“describe trabajos y práctica de actividades intelectuales y específicamente artísticas, como en cultura musical, literatura, pintura, escultura, teatro y cine”*. En esta línea, Austin asume la noción de Fischer de que se dice que un individuo tiene cultura, *“cuando se trata de designar a una persona que ha desarrollado sus facultades intelectuales y su nivel de instrucción”*.

Sociológicamente nos referiríamos a la cultura, según este autor, como *“el concepto abstracto que describe procesos de desarrollo intelectual, espiritual y estéticos”* o en palabras de Fischer *“el progreso intelectual y social del hombre en general, de las colectividades, de la humanidad”*. La escuela psicoanalítica entiende por último que *“la cultura humana comprende por una parte todo el saber y el poder adquirido por los hombres para dominar las fuerzas de la naturaleza; y por otra, todas las organizaciones necesarias para fijar las relaciones entre ellos”*.

La Declaración de Ciudad de México sobre Políticas Culturales de la UNESCO de 1982 señala que *“cultura podría ahora ser el conjunto global de características distintivas espirituales, materiales, intelectuales y emocionales que caracterizan una sociedad o grupo social ... incluye no solo las artes y las letras, sino también los modos de vida, los derechos fundamentales de los seres humanos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”*⁷⁰.

Por referirnos, finalmente, a un concepto con respaldo institucional público en la C.A.P.V., el Plan Vasco de Cultura la define como *“el conjunto de respuestas de gestión del entorno y de las relaciones sociales en los ámbitos simbólico, comunicativo y de valores, que permite la interacción social y un sentido de reconocimiento o pertenencia a un grupo”*.⁷¹

⁶⁹ AUSTIN MILLAN T.R. *“Para comprender el concepto de cultura”* en UNAP.Educación y Desarrollo, nº1.(Marzo.2000). <http://members.lycos.co.uk.tomaustin/ant/cultura.htm>

⁷⁰ TONIATTI R. *“Los derechos del pluralismo cultural en la nueva Europa”* en Revista Vasca de Administración Pública, nº58. (2000), pag.29.

⁷¹ Plan Vasco de la Cultura. Gobierno Vasco. Servicio Central de Publicaciones. Vitoria-Gasteiz. 2004, pag. 15.

La conclusión del debate antropológico la resume López Bravo señalando que *“cultura es en antropología un término complejo que comprende un vasto campo de contenidos”* y que *“lo cultural es el fenómeno más genuinamente humano”*, la *“gran brecha mental entre el hombre y los animales”* a la que alude White⁷².

El drama del jurista es que en sede de conceptos a los que se atribuyen consecuencias jurídicas, en sede de derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas en particular, esta realidad innegable supone un evidente riesgo para la seguridad jurídica, y un evidente lastre para la operatividad del concepto cultura y de los que mantienen una relación íntima con él, como el de patrimonio cultural, en el ámbito del Derecho. No hay que olvidar lo evidente, que *“el alcance de los derechos culturales depende también de la comprensión del término cultura”*.⁷³

De ahí que la necesidad de hacerlos jurídicamente útiles nos obligue, aún aceptando lo que Borofsky y otros autores expresan y el riesgo que Zallo aprecia respecto de la cultura vasca, a intentar un esfuerzo clasificador y definidor, condenado en gran medida a constituir una *“fictio iuris”*, eso si, quizá no mayor que tantas otras a través de las cuales se conecta el Derecho con la realidad tal y como es definida por otras disciplinas científicas.

Un problema adicional para el operador jurídico, atado todavía con cadenas que resulta difícil de romper al principio de territorialidad del Derecho, es el que señalan diversos autores, citemos a Borofsky por todos ellos, de que *“ninguna cultura está aislada”*, de que toda cultura influye y recibe influencias de las demás.

El concepto de cultura es esencialmente relacional. *“Aunque la retórica contemporánea pueda hacer pensar que cada cultura es una entidad original, hay abundantes datos que demuestran que consiste en una mezcla sutil de influencias autóctonas y ajenas...en opinión de Kroeber, puede afirmarse que la cantidad de materiales culturales de origen externo que se acumula gradualmente en una cultura suele exceder a los originados dentro de ésta”*.⁷⁴

No es necesario recurrir a algunos de los para nosotros lejanos ejemplos de este autor, para verificar la evidencia. Quien negaría la relevancia de la trikitixa (acordeón diatónico) en la cultura musical vasca moderna e incluso su aportación original al mundo a través de artistas como Kepa Junkera, y sin embargo cuán acreditado resulta que se trata de un instrumento musical importado hace apenas un siglo a nuestra tierra.

Sobre la fluidez de la cultura tampoco hay demasiado que objetar. *“La cultura de un país no es estática ni invariable...se encuentra en un constante estado de flujo”*⁷⁵

⁷² LOPEZ BRAVO C. op. cit. pags. 26-27.

⁷³ SYMONIDES J. op. cit. pag. 3.

⁷⁴ BOROFSKY R. op. cit. pag.3.

⁷⁵ *Nuestra diversidad creativa*. Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo. 1995, pag. 24.

No podía ser de otro modo si es el resultado de experiencias y comportamientos de sujetos y grupos cuyos componentes varían constantemente. *“Nunca se detienen las culturas: cada persona aporta nuevas obras e imágenes que se funden en los ríos de la historia”*.⁷⁶

“El pasado para que conserve su significado, debe tener sentido en un presente en constante cambio” concluye Borofsky a este respecto, *“es posible mostrarse de acuerdo con la misión de los estados-nación (superar las diversidades locales y ofrecer una identidad nacional) pero por su propia concepción, esa unidad (percibida como un todo homogéneo inalterable y delimitado) plantea contradicciones imposibles de superar...las ideas, tradiciones y productos humanos son con frecuencia combinaciones de elementos internos y externos”* y *“estos elementos suelen ser variables”*.⁷⁷

Sin embargo podemos considerar con H. Rosales, que el análisis cultural remite a unos determinados ámbitos de significación, **los procesos de socialización, adaptación y aprendizaje**, *“la cultura incluye la capacidad y las modalidades de adaptación a la realidad, con las cuales se supervive y se aprehende la sociabilidad...la cultura es ese sentido práctico de la realidad que permite la reproducción social”*, **las dimensiones imaginarias, sueños y utopías**, *“ la cultura es utopía...incluye la adquisición de herramientas para cuestionar y distanciarse de las formas aprendidas de adaptación a la realidad...el derecho de soñar”*, **las capacidades nemotécnicas y la autorreferencialidad**, *“la cultura como memoria...es raíz, ligadura, registro sedimentado de lo que se ha hecho, de lo conseguido y de lo perdido, es el registro de todo lo que no se pudo ser y que quizás algún día se logre ser, es memoria viva, memoria actuante o memoria virtual...también es pasado, es un sentido del pasado, de todo lo que somos y de lo que podemos ser a partir de lo que fuimos”* (en conocido aforismo euskérico “izan direlako gara, garalako izango dira”), y **las formas expresivas de representar el mundo**, *“la cultura, incluye todos los lenguajes creados para hacer sentido...con ellos se define el pasado, se imagina el futuro y se vive el presente”*.

Un modelo de análisis cultural para este autor debería comprender un enfoque relacional, una indagación lingüística, una contextualización espacio-temporal, el análisis de los procedimientos de formalización y finalmente una práctica hermeneútica *“que permita reconstruir creativamente el sentido global del objeto, práctica o discurso analizado”*⁷⁸

Maliandi ha reflexionado también profundamente en torno a la identidad cultural.

⁷⁶ ARIZPE L. *¿ Qué es la cultura ?* www.crim.unam.mx/cultura

⁷⁷ BOROFSKY R. op. cit. pag. 4.

⁷⁸ ROSALES H. *“De la subjetividad a la cultura”*. www.crim.unam.mx/cultura, pags. 8-10.

La identidad sincrónica equivale para este autor a *“la posesión de caracteres diferenciales que se agregan a los inevitables caracteres comunes con otras cosas. Nada puede ser pensado como lo que es sino en razón de esa combinación de caracteres diferenciales y caracteres comunes”*. Identidad y diferencia mostrarían en este sentido *“su necesaria complementariedad”*.⁷⁹

La identidad diacrónica se refiere en cambio a *“la conservación o permanencia en algo de sus propios caracteres a través del tiempo, que invariablemente introduce cambios”*. Identidad es así lo que sobrevive a estos, también desde este punto de vista de forma complementaria a la diferencia. La identidad en cada ser humano implica su diferencia con los demás, pero para que alguien se reconozca como diferente de otros, *“tiene que presuponer a esos otros, tiene que reconocerlos como diferentes de si”* por lo que *“la afirmación de la propia identidad solo es posible si va asociada al reconocimiento de la identidad de los otros...la identidad de cada uno, en suma depende de la identidad de los demás”*.⁸⁰

No solo los individuos sino también las comunidades *“se identifican mediante comparaciones más o menos expresas”*. Cada comunidad está integrada por individuos que *“se reconocen entre si por rasgos comunes, ausentes en miembros de otras comunidades, que sin embargo constituyen el punto de referencia que les permite identificar sincrónicamente la propia”*.

La identidad diacrónica de las comunidades reside sobre todo en la tradición, *“es decir en un patrimonio común que se transmite en el tiempo y que por tanto el presente conserva del pasado, pese a los inevitables cambios”*.⁸¹

Considera este autor que *“toda identidad y toda diferencia son axiológicamente ambiguas y hacen menester el equilibrio y la convergencia. Esto quiere decir que si no es posible (a causa de la conflictividad) una optimización de los aspectos positivos, conviene desde el punto de vista de la razonabilidad, minimizar los negativos. Los aspectos negativos (egocentrismo, esquizofrenia, etnocentrismo, desorden, neofobia, irresponsabilidad, anquilosamiento, amnesia cultural) están ligados siempre a alguna forma de desequilibrio”*. Estimular la convergencia de los aspectos positivos (autoconocimiento, autocrítica, cohesión grupal, pluralismo, responsabilidad, creatividad, tradición, renovación) brinda en cambio una oportunidad a las posibilidades de compensación, aún cuando imposibilite la optimización de cualquiera de ellos”.⁸²

⁷⁹ MALIANDI R. *“Derechos humanos y convergencia cultural”*. Rev. Hechos y Derechos. www.derhuman.jus.gov.ar/hechos, pag. 1.

⁸⁰ Ibidem, pag. 2.

⁸¹ Ibidem, pag. 2.

⁸² Ibidem, pag. 5-6.

Es desde luego evidente que *“la convergencia es equilibrio, una especie de marcha sobre la cuerda floja, o sobre el filo de la navaja, ya que siempre se está ante las diversas tendencias unilaterales (sincrónicas y diacrónicas) a la exageración de la identidad o de la diferencia”*.

Pero la convergencia de culturas *“tendría sentido en aquellas que tiendan a trascender su particularidad sin negarla. Hay que mostrar la posibilidad del reconocimiento de un ámbito cultural universal, no particularizado, pero dependiente de los particularismos culturales. A su juicio, “es importante señalar la complementariedad entre la cultura universal y la afirmación de las identidades culturales particulares”*. La convergencia...consistiría no solo en la aceptación de los derechos humanos, sino también en su interpretación como derechos que no se agotan en una particularidad, pero que dependen del respeto y reconocimiento (un paso más que el mero respeto) de las particularidades, y esto tanto en el nivel individual como en el cultural. Los derechos humanos, en la globalización, tienen que ser compatibles con la convergencia de culturas particulares, aunque no de aquellas, que justamente se basan en el rechazo de las demás. Y la convergencia de culturas por su parte solo es posible mediante una adecuada convergencia entre lo particular y lo universal (convergencia sincrónica) y entre el cambio y la permanencia (convergencia diacrónica).⁸³

Por nuestra parte consideramos especialmente clarificador el enfoque que Etxeberria reelabora a partir de las ideas de Paul Ricoeur; articulación compleja de tres niveles, el de los instrumentos, constituido por el conjunto de medios y mediaciones que permiten a una colectividad crear nuevos bienes, el de las instituciones que regulan las relaciones entre los seres humanos desde el punto de vista normativo y el ético simbólico, integrado por las costumbres, las tradiciones o memoria viva de la comunidad y el conjunto de imágenes y símbolos referidos a la visión del mundo, la dimensión de lo sagrado, los sistemas de valores, la relación con la naturaleza y la concepción del tiempo, entre otros.⁸⁴

O el de San Salvador del Valle, Goytia y Rodríguez Larrauri⁸⁵ que diferencian la cultura como identidad colectiva, como hecho cultural público, como sector económico e instrumento de regeneración urbana y como identidad individual o cultura-consumo.

En el primer sentido la cultura constituiría en palabras de Solé Turá *“el conjunto de valores colectivos que definen la identidad de un país como conjunto...como pueblo”*⁸⁶, su consideración como hecho público derivaría en un derecho cívico a favor del cual se deben proveer servicios, y además se habría convertido en un elemento

⁸³ Ibidem, pag. 9.

⁸⁴ ETXEBARRIA X. op. cit. pag.30.

⁸⁵ SAN SALVADOR DEL VALLE R., GOYTIA PRAT A. y RODRIGUEZ LARRAURI M. *“¿Cuál es el papel de la cultura en nuestra entidad local ?”* Jornadas de Formación para Responsables Municipales de Cultura. Instituto de Estudios de Ocio. Universidad de Deusto. 1999.

⁸⁶ Citado en SAN SALVADOR DEL VALLE R., GOYTIA PRAT A. y RODRIGUEZ LARRAURI M. op. cit. pag. 3.

fundamental para el desarrollo económico, en un activo en el proceso de reconversión de los espacios urbanos y un sector económico en si mismo.

Por último “last but not least” estaría el ámbito de las normas, valores y costumbres estrictamente individuales como necesario objeto de análisis al referirnos a la cultura.

En cualquier caso no cabe olvidar que “*el significado moderno de cultura es relativamente reciente*”.⁸⁷

Hasta finales del siglo XVI mantenía su originaria significación agrícola y es la Sociología Clásica, según nos señala López Bravo, la que empieza a contraponer las ciencias culturales o del espíritu como referidas a “estructuras ideales de sentidos objetivados”, las que tratan del sentido de los hechos reales más que propiamente de sus circunstancias, frente a las de la naturaleza, caracterizadas por lo contrario.

1.2.2 Cultura y nacionalidad: la cultura vasca⁸⁸

No es ni mucho menos reciente la preocupación por verificar la existencia de una cultura “vasca”, lo que inevitablemente lleva acarreada una reflexión sobre su esencia. Diversos autores se han ocupado de la cuestión, siquiera sea desde perspectivas diferentes a la jurídica, desde la que también se hace preciso incidir en ello si queremos realmente desentrañar el alcance jurídico de los derechos y obligaciones ligados al

⁸⁷ LOPEZ BRAVO C. *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*. Ed. Universidad de Sevilla. 1999, pags. 21-22.

⁸⁸ Sobre la cuestión de la cultura y la nacionalidad vasca puede consultarse, además de las obras citadas expresamente:

DE BLAS GUERRERO A. *Nacionalismos y naciones en Europa*. Ed. Alianza Universidad. Madrid.1994.

HERMET G. *Histoire des nations et du nationalisme en Europe*. Ed. Seuil. Paris.1996.

KYMLICKA W. *Fronteras territoriales*. Ed. Minima Trotta. Madrid. 2006.

LAPONCE J. *Languages and their territories*. University of Toronto Press. Toronto. 1987.

NICOLSON H. *El Congreso de Viena*. Ed. Sarpe. Madrid. 1985.

OBIETA CHALBAUD J.A. *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*. Ed. Tecnos. Madrid. 1985.

PACKER J. y MYNTTI K. *The protection of ethnic and linguistic minorities in Europe*. Ed. Abo Academy University.Turku. 1993.

PEREIRA CASTAÑARES J.C. y MARTINEZ LILLO P.A. *Documentos básicos sobre historia de las relaciones internacionales 1815-1991*. Ed. Complutense. Madrid. 1995.

PETSCHEN VERDAGUER S. *Minorías lingüísticas de Europa Occidental: documentos (1492-1989)*. Ed. Parlamento Vasco. Vitoria-Gasteiz. 1990.

PRIETO SANCHIS L. *Tolerancia y minorías: problemas jurídicos y políticos*. Ed. Universidad de Castilla La Mancha. Cuenca. 1996.

RAWLS J. *El liberalismo político*. Ed. Crítica. Barcelona. 2004.

RUIZ VIEITEZ E. *La protección jurídica de las minorías en la historia europea*. Ed. Universidad de Deusto. Bilbao. 1998.

SANMARTI ROSET J.M. *Las políticas lingüísticas y las lenguas minoritarias en el proceso de construcción europea*. Ed. IVAP. Oñati. 1996.

concepto. Nuestra inquietud en el presente caso, lo recordaremos una vez más, es adjetiva, instrumental, porque es el concepto de “*patrimonio cultural*” el que constituye nuestro objeto de análisis, pero la estrecha conexión entre ambos obliga a referirse a la materia en este momento del trabajo.

Una primera consideración vendría a llamar la atención sobre si analizar la interrelación entre cultura y nacionalidad tiene realmente algún sentido. En un doble plano. Primero en el que apunta Domínguez cuando sostiene que “*en la época de la cultura transnacional, bajo el dominio pleno de los productos de las industrias culturales, cualquier nostalgia en la acción cultural, sea esta una política cultural formal o sea una nueva discusión sobre el ámbito y los contenidos de la cultura vasca, no son sino obstáculos para un auténtico conocimiento de su actual realidad*”.⁸⁹

Y también desde luego en la línea en que Innerarity señala que “*los conceptos de que disponemos para describir y calificar no son apropiados para el mundo plural, amalgamado, irregular, cambiante y discontinuo en el que vivimos... se trata de un mundo que no puede describirse adecuadamente como una clasificación de pueblos, como un sistema de estados, como un catálogo de culturas o una tipología de las formas de gobierno*”.⁹⁰

O dicho de otro modo, aunque no con menos brillantez por este filósofo vasco, “*los sistemas de elevada complejidad han puesto radicalmente en crisis el ideal de que los fenómenos pueden ser por completo divisados, comprendidos y manejados*”, “*no vivimos en un mundo de objetividades consistentes e indiscutibles, ordenado por representaciones y regido por un pensamiento que pueda entenderse a si mismo como una representación neutra de la realidad exterior*”, “*ha cambiado la medida de lo real que pasa a ser algo más plural y menos sólido de lo que pretendieron los dogmáticos y los objetivistas*” o “*el desmoronamiento del mundo territorialmente delimitado, ideológicamente polarizado y administrado por una burocracia exacta ha dado al traste con determinadas esperanzas, pero también se ha llevado consigo las peores ilusiones, revelando la compleja realidad de la sociedad*”.⁹¹

Comencemos por reconocer que “*el debate sobre la cultura vasca está, desde sus inicios, mantenido, alentado y condicionado por su carácter político, esto es ideológico*”⁹² y que está estrechamente ligado a la vigencia del nacionalismo (tanto vasco como español y francés) que para algunos estudiosos constituye un fenómeno cultural que adquiere forma política.

Pero hagamos notar en todo caso que éstas son características universales en cualquier reflexión sobre la cultura (también si nos referimos a la “española”, a la

⁸⁹ DOMINGUEZ I. op. cit, pag. 29.

⁹⁰ INNERARITY GRAU D. “¿ Tiene futuro el nacionalismo ?” Rev. Hermes, nº1 (Abril 2001), pags. 54-55.

⁹¹ INNERARITY GRAU D. *La sociedad invisible*. Ed. Espasa-Calpe. Madrid. 2004, pags.15-17.

⁹² DOMINGUEZ I. op.cit, pag. 21.

“francesa” o la “maorí”) y que no contaminan de forma inherentemente negativa el debate, tan solo nos obligan a ser conscientes de que están ahí.

En la medida en que intentamos relacionar dos de los conceptos más discutidos en el ámbito de las ciencias sociales, dos de los que más literatura polémica generan, tan solo se incrementará exponencialmente el abanico de cuestiones controvertidas, de ámbitos condicionados por la subjetividad previa del autor, de interpretaciones que se ofrecen libremente y que en el moderno supermercado de las ideas puede uno asumir si el precio es de su agrado.

En todo caso discrepamos radicalmente de Domínguez en cuanto a que discutir sobre el ámbito y contenidos de la cultura vasca sea un obstáculo para “*un auténtico conocimiento de su actual realidad*”.

El debate y la confrontación de pareceres nunca nos alejan del conocimiento de la realidad, nos acercan a él, y si a lo que se refiere es a que determinados debates “desvían” la atención y las energías respecto de cuestiones de mayor enjundia, como parece que sostiene, “...*sin proceder a un estudio pormenorizado de los procesos de creación, producción, difusión y consumo de cultura en Euskadi* (por cierto ¿ es Euskadi el único ámbito definidor de lo que es “cultura vasca” ? ¿Cuál es el ámbito territorial que entiende subsumido bajo este concepto ?) y que así se llega “*de manera inevitable a la perpetuación de un debate que paulatinamente se va alejando de la realidad y, por tanto, tornándose estéril*”⁹³, siempre se está a tiempo de no participar en él y dedicarse a aquellas.

Serían especialmente enfoques a superar en este análisis, el **positivista**, que “*simplemente registra situaciones históricas y vigentes, las sanciona como objetivas y únicas reales y las convierte en factor normativo para el pensamiento y la acción*”, lo que en sede patrimonial se traduciría en una mera actitud conservacionista de los hitos de la memoria histórica popular y de los vestigios culturales, y que conduce en el caso vasco a negar la posibilidad de una identidad cultural colectiva, “*en nombre de la evidente existencia de subidentidades culturales*” (este autor parte de la premisa previa que más adelante analizaremos de que “*hay que entender como producción cultural vasca todo lo que se produce en Euskadi*”), y el **etnicista**, subjetivista y voluntarista que limita la historia a la que reafirma el hilo étnico, y que “*finalmente estratifica a la propia sociedad,...cuestionando incluso el carácter vasco de la literatura vasca en castellano...*”⁹⁴.

Este enfoque “*buscaría definir –y normativizar- los hipotéticos rasgos de un cambiante estilo vasco dentro de unas coordenadas permanentes en la historia o de una única estética vasca*”. Pero “*no se trata ni de recuperar ni de renunciar a la identidad colectiva...la fase actual es de desarrollo de la identidad colectiva*”.

⁹³ Ibidem, pag. 28.

⁹⁴ Ibidem, pag. 481-482.

Una cultura “no se define a si misma por oposición a lo foráneo, sino que de hecho sintetiza vivencias y experiencias internas y externas”. En el caso vasco además se puede hablar de una “identidad colectiva abierta y en formación”.⁹⁵

Hace ya más de medio siglo que Manu de la Sota escribía que “el pueblo vasco –como han observado diversos autores- ha pasado a través de las edades apropiándose elementos de otras civilizaciones, adornándose con ellos, pero sin mixtificar o desfigurar su estructura fundamental”. A juicio de este autor, “este extraño poder de asimilación y resistencia al mismo tiempo es el que ha permitido al diminuto pueblo vasco conservarse intacto (lo que es un tanto discutible, por decirlo finamente; nada es tan inmune al transcurso del tiempo y al contacto humano) en sus rasgos fundamentales”⁹⁶.

Un hipotético intento de “construir la nación y la cultura nacional sobre bases exclusivamente étnicas, en la lógica de la exclusión de una parte del nosotros, tentación que sigue estando presente, terminaría en fracaso, además de ser incompatible con la lógica del Estado de Derecho y la construcción de la ciudadanía...otra cosa distinta es que en la construcción nacional inevitablemente se imponga un proyecto hegemónico que, de todos modos, debe legitimarse socialmente para reproducirse”.

Sin embargo no debemos olvidar, como muy bien señala Pagola que “es comprensible que al hablar de culturas concretas se fije en lo que es diferenciador, precisamente por lo que la cultura tiene de identificadora, y no hay identidad en lo común sino en lo que caracteriza y distingue”, aunque esto “no debe hacer olvidar cuanto supone de limitación de una realidad infinitamente más rica” y que “siempre existirá el peligro de que la insistencia en lo particular lleve al olvido de lo general y de que el esfuerzo en potenciar lo diferenciador conduzca a un rechazo más o menos consciente de lo que nos une al resto de Europa”⁹⁷, o del mundo, se podría añadir.

En todo caso una de las cuestiones básicas a la hora de hablar de culturas específicas y singulares es en qué consiste esa especificidad.

Goiriena de Gandarias, respecto de la cultura vasca, tras rechazar que se encuentre en los derechos humanos, en un sistema político de democracia pluripartidista etc, dado que “estas cosas son comunes a toda Europa”, se pregunta si reside en la lengua propia, en las instituciones políticas particulares que han preservado esa cultura a lo largo del tiempo,...y Pagola responde que “si algo nos ha caracterizado es que la lengua nos ha permitido mantenernos como cultura propia, como pueblo, a pesar de todas las relaciones interculturales que nos han venido vía Europa...nos ha hecho mantener nuestra identidad y nuestro propio ser”.⁹⁸

⁹⁵ Ibidem, pags. 482-485.

⁹⁶ DE LA SOTA ABURTO M. *En torno al carácter vasco*. Ed. Ekin. Colección Abiatu. Bilbao. 1991, pag. 142.

⁹⁷ PAGOLA R. M. op. cit, pag. 491.

⁹⁸ Ibidem, pag. 552.

De todas maneras entendemos que determinar si existe una cultura vasca y que elementos la integran, con todo lo difícil que pueda ser acercarse a un criterio que goce de general asentimiento, no es una cuestión baladí sino todo lo contrario, un presupuesto tan fundamental que nos conduce a estar tratando de cosas diferentes, en tantas controversias que aparentemente se refieren a los mismos términos. En este marco es evidente que los procesos a que se refiere este autor juegan un papel fundamental, por más que se encuentren extramuros de lo que pretendemos analizar en este trabajo.

Los “peligros” a que puede conducir la utilización de la noción de identidad, y que denuncia el propio Domínguez citando a Mattelart y Delcourt, no nos pueden conducir a arrojarla al cesto de los papeles, a ocultar la cabeza bajo el ala, y a olvidar que sigue estando ahí, dando contenido a lo que expone. Si la cultura vasca no existe, ¿cuál es el objeto de tantas reflexiones ?

Es aquí donde la reflexión de Innerarity adquiere pleno sentido; *“la fragmentación del mundo convierte en una quimera la representación de la identidad como una totalidad armónica y sin disonancias, con una territorialidad compacta y unas tradiciones aseguradas... tan irreal resulta la concepción del mundo al modo de un mosaico de culturas independientes como la idea de una división clara del mundo según la muestra regular de los estados nacionales,...la yuxtaposición de distintos modos de vida y de comunidades que no pueden ser tratadas de manera uniforme es una característica irrenunciable de la cultura contemporánea”*⁹⁹.

El corolario lógico de este planteamiento es la tesis del autor de que *“aunque se afirme con tono solemne el principio de territorialidad, el espacio político está sometido actualmente a una gran incertidumbre...probablemente sea exagerado hablar del fin de los territorios; pero no cabe duda de que la gravedad del espacio nacional ha cedido el paso a una territorialidad difusa, ambigua y versátil”*¹⁰⁰.

Puede afirmar entonces que *“la concepción naturalista del territorio olvida su condición de artificio social y se incapacita para pensar otra configuración del espacio...por eso me parece tan necesario insistir en la pluralidad de los modos de territorialidad...el territorio no es un dato objetivo sino un artificio...por eso tiene una diversa significación en las distintas culturas”*.

Y ello le conduce finalmente a sostener que *“el territorio no es una finalidad en si; está más bien al servicio de determinadas finalidades”* y en que *“la difusión del principio de territorialidad no ha consagrado el triunfo de lo universal sobre lo particular o de la modernidad sobre la tradición, sino que ha dado simplemente a una particularidad triunfante el aspecto de un principio universal”* y también a señalar que *“en la concepción territorial de la sociedad, la cultura y el estado las diferencias son*

⁹⁹ INNERARITY GRAU D. op. cit. pag. 54.

¹⁰⁰ Ibidem. pag. 56.

esencializadas”, que “buena parte de los problemas que plantean las políticas de la identidad se deben a que todavía manejan conceptos que están condenados a sucumbir frente a la riqueza y el dinamismo de las sociedades contemporáneas” y que “afortunadamente la vida es más poderosa que sus normas, menos rígida, más favorable a que principios distintos compartan un mismo espacio o a que se pueda ser varias cosas al mismo tiempo”, “nadie pretende que el territorio haya sido pura y simplemente abolido...pero esta crisis es tan radical que ya no permite considerarlo como eje del nuevo orden internacional”.¹⁰¹

Es enormemente sugerente el planteamiento del filósofo navarro. Pero el jurista sigue teniendo que dar un contenido operativo a los conceptos de que se sirve, todo lo insuficientes e incapaces de aprehender la realidad que se quiera, y justificar su virtualidad, y planteamientos de esta naturaleza se sitúan hoy por hoy, mucho más en el ámbito de la “*lege ferenda*”, en el que también buceamos, en cierta medida, a lo largo de esta tesis, que en el de la “*lege data*”.

Seguimos enfrentados a la necesidad de precisar los criterios en base a los que justificamos la existencia de una cultura vasca, que si existe deberá tener rasgos que la singularicen en alguna medida con respecto de otras con las que pueda compartir rasgos comunes. No solo por lo que señala Pagola, sino porque el concepto solo se sostiene en tal caso. Es sin embargo un buen punto de partida para referirse a las insuficiencias y problemas de los criterios a través de los que se ha tratado de definir la “cultura vasca” y de relacionar los elementos que la integran.

Domínguez critica los intentos de definición en función de parámetros étnicos, “*hablar de cultura vasca, euskaldun o castellana, entendidas como modos de vida diferenciados de una comunidad o grupo étnico es una forma de referirse a la cultura desde un punto de vista que, por amplio, resulta a nuestro entender inoperante*”, sin embargo esta inoperatividad le lleva a calificar el debate de estéril y no proponer criterio alternativo alguno, con lo que la amplitud se incrementa hasta el infinito.

Desde el punto de vista del jurista, más operativo es un criterio, todo lo limitado que se quiera, que ninguno.

Diversos autores conectan la vasquidad cultural con la nacionalidad, (llamémosla así) del autor de la obra. De este modo Dentici escribe que “*la música vasca es simplemente la escrita por un vasco*”¹⁰², en la misma línea, la escritora Toti Martínez de Lecea defiende que “*soy una escritora vasca aunque escriba en castellano...me molesta que únicamente se nos defina por la lengua, mi trabajo nunca va a ser igual que el de un autor extremeño aún compartiendo el mismo idioma...me considero escritora vasca igual que los que lo hacen en euskera*”.¹⁰³ S. Torrado, a cuya obra nos referiremos en varias ocasiones en este apartado, también coincide, “*se*

¹⁰¹ Ibidem. pags. 60, 63 y 65. Del mismo autor, *La sociedad invisible*, pags.102-105.

¹⁰² DENTICI N. “*Música y lengua vasca*”. *Rev. Hermes*, nº 2. (Julio 2001), pag. 101.

¹⁰³ MARTINEZ DE LECEA T. en *El Correo*, 22 de Abril de 2005.

entiende este concepto (cine vasco) como el cine realizado por vascos, independientemente del lugar de producción”.¹⁰⁴ (Aunque de manera no muy coherente se refiera en otra parte de su trabajo a que sigue el criterio del profesor De Pablo de incluir “las obras producidas en el País Vasco y las que, realizadas fuera de Euskadi, hayan sido llevadas a cabo por realizadores originarios de Euskadi”, que considera “el más socorrido en los últimos años”.)¹⁰⁵ Una variante de este criterio, que nos introduce en otra controversia, es la que propugna el director Montxo Armendariz, “es el cine que fundamentalmente se hace o se produce por personas que se sienten absolutamente vascas”¹⁰⁶.

El criterio relativo a la vasquidad del autor goza de un amplio respaldo consciente o inconsciente (en muchos casos detrás de posturas que pretenden eludir el posicionamiento explícito se observa de forma harto diáfana) entre los agentes culturales vascos. Un resumen simple y claro de la tesis lo proporciona el escritor Juan Bas¹⁰⁷ “literatura vasca es la hecha por vascos... solo hay dos clases de literatura: la buena y la mala” Aunque también hay quien lo rechaza expresamente denunciando “la confusión deliberada entre el cine vasco y el cine en el que participan vascos”¹⁰⁸. La insuficiencia de este criterio, en cualquier caso, es patente.

En primer lugar porque lo que es un exponente de cultura no es tanto el autor en si mismo cuanto su creación o actividad, por lo que parece criterio poco adecuado el de definir el agua por la fuente de la que mana. Y sobre todo porque se define la cultura en función de un criterio absolutamente ajeno al hecho cultural en si mismo, la adscripción nacional del autor. Estamos ante un criterio manifiestamente reo de la inoperancia que Domínguez detectaba anteriormente, del que J. Giménez denuncia además su diferente utilización en función del ámbito territorial, al albur de los intereses políticos predominantes, “se ve con naturalidad como escritores vascos a los que escriben en castellano... pero ¿ consideran en Francia como vasca a Marie Darrieussecq ?”.¹⁰⁹

La relación de la “nacionalidad” del autor, y empleo conscientemente el término en sentido diferente al que estrictamente le confiere el ordenamiento jurídico español, con la creación cultural, (y de forma coherente con el objeto de este trabajo, recordemos, acercarnos al “patrimonio cultural”, nos centraremos a partir de ahora en la dimensión creativa de la cultura) no es tan manifiesta como pueda parecer.

Puede desde luego no corresponder la adscripción nacional con la que derivaría de una elección libre y racional del autor, en función de sus sentimientos. Dicho de otro modo, puede ser forzada y no voluntaria.

¹⁰⁴ TORRADO MORALES S. *El cine vasco en la bibliografía cinematográfica (1968-2007)*. Ed. Universidad de Deusto. San Sebastián . 2008, pags.21 y 34.

¹⁰⁵ Ibidem, pag.100.

¹⁰⁶ ARMENDÁRIZ M. en Deia, 24 de Diciembre de 2008.

¹⁰⁷ BAS J. en El Correo, 12 de Marzo de 2003.

¹⁰⁸ AMIGO A. en Deia, 19 de Septiembre de 2002.

¹⁰⁹ GIMENEZ J. en El Correo, 12 de Marzo de 2003.

Pero es que además la definición legal de la vasquidad, la única de que disponemos, es la derivada del Estatuto de Autonomía del País Vasco (art.7 “a los efectos del presente Estatuto tendrán la condición política de vascos quienes tengan la vecindad administrativa, de acuerdo con las Leyes Generales del Estado en cualquiera de los municipios integrados en el territorio de la Comunidad Autónoma... los residentes en el extranjero, así como sus descendientes, si así lo solicitaren, gozarán de idénticos derechos políticos que los residentes en el País Vasco, si hubieran tenido su última vecindad administrativa en Euskadi siempre que conserven la nacionalidad española”) en conexión con lo dispuesto al respecto en el Código Civil, que no recoge todo el ámbito de lo que sociológicamente, y más allá de controversias políticas, se reconoce habitualmente como vasco.

El hecho cultural vasco, definido en clave territorial se da también en, al menos, una parte del territorio de lo que hoy es la Comunidad Foral de Navarra, y en territorios pertenecientes al estado francés e incluso fuera de estos ámbitos. Si vamos a considerar cultura vasca la que dimana de un autor “vasco”, ¿ nos atenemos a esta definición territorialmente limitada de la vasquidad ?

¿ Es legítimo que una parte de los “vascos”, por los imperativos que se quiera, se apropie de la capacidad definitoria del concepto, no ya en relación con los derechos políticos a ejercer en un territorio determinado sino con la de la definición de los integrantes de un hecho cultural que nunca ha entendido de fronteras ?

No es una preocupación exclusiva de quien suscribe; por poner un solo ejemplo adicional, Guadalupe Rubio de Urquía ha dejado escrito que “*la denominación pueblo vasco, contenida e implícita en el de colectividad vasca y asociada a los conceptos cultura, identidad y despliegue histórico, parece –recuérdese más tarde que digo ya parece- quedar circunscrita a los tres Territorios Históricos que actualmente integran la Comunidad Autónoma de Euskadi*”. Sin embargo, -continúa- “*sabemos, o por lo menos pensamos algunos con cierto fundamento, que esto no es exactamente así, que la denominación tiene una referencia histórica y cultural más amplia*”. Y se pregunta finalmente, “*¿ Como conciliar, entonces, ambas realidades a los efectos que nos ocupan ?*”¹¹⁰

Por otra parte un aspecto tan mudable como el de la residencia, ¿ es realmente válido y operativo a la hora de otorgar la pertenencia a la cultura vasca ? Si el autor procede a cambiar de residencia y la traslada fuera del ámbito de la C.A.P.V., y no haré mayores referencias sobre lo sencillo que resulta hoy en día, ¿ dejan obra y autor de pertenecer a la cultura vasca”? ¿ Hay que proceder a analizar caso por caso la “nacionalidad” de que gozaba el autor en el momento de producción de cada obra concreta, para fundamentar la vasquidad cultural de la misma ?

¹¹⁰ RUBIO DE URQUIA G. “*El Patrimonio Bibliográfico Vasco*” en I Seminario sobre Patrimonio Bibliográfico Vasco. Ed. Gobierno Vasco-Fundación Sancho el Sabio. Vitoria-Gasteiz. 2005, pag. 13.

Pero la regulación jurídica de la vasquidad sitúa la posesión de la nacionalidad española como presupuesto previo de ésta. Y esto nos sumerge desde luego en otro posible marco de controversia. ¿ La posesión de uno u otro pasaporte o carnet de identidad es realmente tan determinante a estos efectos ?. Quienes realicen su producción cultural en municipios de la Comunidad Autónoma (por poner el ejemplo más gráfico) e incluso lleven residiendo largos años en ellos, ¿ pueden legítimamente ser distinguidos de quienes viven y trabajan a su lado y pueden incluso compartir parámetros estilísticos, por el hecho de disponer de documentación administrativa distinta ?

Siendo criterio tan mudable como el de la residencia el definidor como hemos visto de la condición de vasco, de modo y manera que se puede ser vasco incluso durante un solo año, ¿ una continuada de muchos años carece de valor frente al a veces anecdótico hecho de ser extranjero por no haber nacido en territorio de soberanía española y no haber optado después por esta nacionalidad en detrimento de la anterior ?.

Si el criterio legal que determina la condición jurídica personal de vasco parece manifiestamente inadecuado para proceder a definir en función del mismo pertenencias al hecho cultural vasco, ¿ nos acogemos a definición distinta de vasco ? ¿ Cual es la que proponen quienes se declaran partidarios de este criterio ? ¿ Es vasco el habitante de determinados territorios con independencia de su nacionalidad legal ?

¿ Una vez adquirida tal condición, no se pierde nunca con independencia de la mutación de la residencia ? ¿ Se es vasco simplemente en función de otros criterios, el “ius sanguinis” quizá, el hecho cada día más anecdótico del nacimiento... ?

Hay un supuesto por último en el que una definición de este tipo es además intrínsecamente problemática, el de la obra cultural de autoría colectiva. ¿ Que sucede si definida la cultura vasca en función de la nacionalidad del autor, nos encontramos ante obras realizadas por autores de diferente nacionalidad, y no me refiero únicamente a la legal ? El criterio en este caso se convierte en escasamente operativo, salvo que recurramos a artificios como acogernos a la nacionalidad mayoritaria (¿ Qué pasa si los autores son únicamente dos ?) o lo combinemos con algún otro de los que vamos a analizar acto seguido. ¿ Cabe presuponer, por otra parte, que obras como las cinematográficas son de autoría individual y derivar de la condición de vasco o no del director la de la obra ? Y si son de autoría colectiva ¿ cómo lo medimos, a través de la condición de la mitad más uno de los intervinientes, o solo de la de algunos, directores, actores, guionistas.... y en tal caso en virtud de qué privilegiamos su labor?

Un segundo criterio definidor es el expuesto por Zallo, en el sentido de considerar elementos integrantes de la cultura vasca los producidos en Euskadi. (Euskalherria quizá, para quienes no consideren como el que firma que el concepto de Euskadi se extiende a los 6 territorios históricos vascos). Cine vasco, sería en opinión de los defensores de este criterio, por ejemplo los estudiosos J. M. Unsain¹¹¹, S.

¹¹¹ TORRADO MORALES S. op. cit. pag.86.

Zunzunegui¹¹², C. Roldan¹¹³ o A. Amigo, y en palabras de éste, “*el que tiene una producción fundamentalmente vasca*”¹¹⁴, o en opinión de un cineasta no totalmente coincidente, J. Medem, “*aquel que se produce en Euskadi y es realizado por vascos, tanto en euskera como en castellano*”.¹¹⁵

Además de los problemas anteriormente señalados con respecto a la determinación del ámbito territorial de la vasquidad, (para cualquier nacionalista vasco diferente desde luego de la legalmente reconocida en el Estado español y de la no reconocida en el francés) este criterio se enfrenta también a dificultades adicionales. En primer lugar confiere al territorio una importancia decisiva, en un momento en que cada vez es menos relevante en relación con la cultura. (También respecto de otros aspectos de la vida). No hay más que aludir al planteamiento de D. Innerarity, cuyas líneas maestras ya hemos referido.

Y fundamentalmente tropieza con la dificultad de determinar el territorio de producción de la obra en muchos de los casos. Ni que decir tiene que en el ámbito virtual de la World Wide Web la cuestión se complica sobremanera. No hay que olvidar que muchas de las producciones culturales, todas salvo aquellas en que el soporte constituye uno de los elementos definidores de la obra y se encuentra intrínsecamente ligado al territorio, son fácilmente trasladables (son “bienes muebles”) y reciben en algunos de los traslados aportaciones singulares, que pueden incluso enriquecer, (también lo contrario obviamente, pero no nos interesa el supuesto a estos efectos), su dimensión cultural.

Incluso cuando puede determinarse sin lugar a dudas el lugar de producción, existen incógnitas no solucionadas. ¿ Por qué en la producción de un mismo autor, por poner un ejemplo, deben establecerse distinciones y considerar sus obras pertenecientes a diferentes culturas, por el hecho de que las produjese, pensemos que accidentalmente, en lugares diferentes ? ¿ Por qué deben considerarse integrantes de la cultura vasca producciones que tienen, un accidente ajeno por completo a obra y autor (imaginemos una obra producto de la espera en un aeropuerto o en la impersonal e indiferenciable habitación de un hotel) como única y exclusiva vinculación a la vasquidad ? ¿ Aporta realmente algo a la producción cultural el lugar de producción por si solo, sin conexión con otros aspectos ? Hay autores que conscientes de la insuficiencia del criterio han considerado que “*no existe cine vasco, pero en compensación tenemos vascos de cine*”.¹¹⁶

Es innegable la eficacia jurídica del criterio como corolario del principio de territorialidad del Derecho que limita la competencia de los órganos legislativos y las Administraciones Públicas, pero también lo es que científicamente deja muchas incógnitas por resolver y se enfrenta con dificultad a casos que se producen cada vez

¹¹² Ibidem, pag.91.

¹¹³ Ibidem, pag.106.

¹¹⁴ Citado en TORRADO MORALES S. op. cit. pag.30.

¹¹⁵ Ibidem, pag.30.

¹¹⁶ AGUIRRE J. Citado en Torrado Morales S. op. cit. pags. 109-110.

con mayor frecuencia como consecuencia de esa pérdida de importancia del territorio en la vida de los ciudadanos de buena parte del globo.

La acusación de “estatismo” frente a la dinamicidad de la vida y la consideración de la cultura como proceso, que realizan entre otros Domínguez e Innerarity desde perspectivas diferentes, adquiere aquí pleno sentido. Sin embargo comprobará el lector posteriormente que el autor, rehén de la operatividad jurídica, se verá obligado también a recurrir a él a la hora de sustentar la noción de “patrimonio”.

Una posibilidad a la que se ha recurrido constantemente para intentar superar las dificultades que para definir la cultura vasca (y cualquier otra) nos plantean los anteriores criterios, es la de buscar en la producción cultural que reconocemos como tal, elementos comunes, rasgos identificativos que nos permitan caracterizar a las obras que los poseen como integrantes de nuestra cultura.

Es el camino al que se oponía Domínguez por considerarlo por amplio, poco operativo y conducente a un debate estéril, y que sin embargo se encuentra en la lógica de la propia existencia del concepto; si existe la cultura vasca es porque es diferente en alguna medida de las restantes, diferencias que por supuesto será posible detectar con mayor o menor dificultad, y porque los elementos que la integran reúnen alguna o algunas características comunes que los homogeneizan y los singularizan al mismo tiempo respecto de los que forman parte de otras, a partir de una naturaleza cultural esencialmente común.

Sin embargo es un camino no exento de dificultades.

Pese a que es evidente que hay al menos un elemento singular capaz de sustentar por sí mismo una identidad cultural diferenciada como es el idioma propio, el euskera; no es posible a estas alturas de la película conceder a lo generado en torno a él, o con él como instrumento, el monopolio de la vasquidad.

Aunque su evidente sencillez siga atrayendo a muchos de los que reflexionan sobre el particular. *“El debate sobre el cine vasco es el de siempre. Esto es, si es el que se hace en euskera, el hecho en Euskal Herria el de los profesionales de allí...Para mi la lengua es fundamental...”*¹¹⁷, *“parece claro, yo al menos siempre lo he entendido así, que el sistema literario específicamente vasco es el que constituyen los escritores euskéricos y los textos escritos en euskera...los textos castellanos de autores vascos se inscriben en el sistema de la literatura castellana y funcionan con mayor o peor fortuna en el interior de ese sistema”*¹¹⁸, *“ nunca discutiré qué es la literatura vasca...es la que está escrita en euskara...lo difícil es hablar del lenguaje del cine porque es más*

¹¹⁷ BERASATEGI J.B. en Deia 17-09-2002. Traducción del autor.

¹¹⁸ LASAGABASTER J.M. citado por ALDEKOA I. *Historia de la Literatura Vasca*. Ed. Erein. Donostia. 2004, pag.9.

complicado”¹¹⁹, “me refrendan, dicho sea de paso, en mi propuesta de que otro criterio para identificar el cine vasco como tal –más allá del lugar de nacimiento de sus cineastas o domicilio de sus productoras- bien podría ser el referente al código de su escritura (es decir, sería cine vasco aquel cuyo visionado e interpretación exigen que los espectadores recurran al imaginario colectivo vasco –código común que compartimos todas las personas integrantes de la comunidad vasca- para su descodificación”)¹²⁰.

I. Nuñez lo expone de la siguiente manera “se podría denominar cine vasco a aquel cine que, hecho por una persona o grupo de personas que no necesariamente tienen que ser vascas, aborde los problemas existenciales, económicos, humanos y sociales del pueblo vasco, que busque una estética y un lenguaje propio que lo diferencie de los demás, no solo por su cualidad idiomática, en este caso el euskera, sino por el establecimiento de un lenguaje narrativo cinematográfico propio que asuma la tradición y las preocupaciones culturales de vanguardia”.¹²¹

Como síntesis del estado de la cuestión en lo referente a esta última disciplina, Roldán Larreta señala que (a partir de los años ochenta) “se impone una solución que apaga, poco a poco el debate... se entenderá por cine vasco aquel producido en el País Vasco independientemente del idioma utilizado, de la temática tratada, o de la ideología del autor”.¹²² Conclusión que también asume como communis opinio, con algún matiz no despreciable, Casilda De Miguel, “cine hecho por una productora vasca con personal y dinero vasco”¹²³, y que en caso de reflejar la realidad, no soluciona a nuestro juicio el problema.

No nos resistimos, sin embargo, a exponer una posición ya antigua, la de J.L. Bengoa¹²⁴, que consideraba que una película para ser vasca debía cumplir tres condiciones, que el tema, la música y el idioma fuese vasco. Ni siquiera la lengua constituía pues aval suficiente por si sola.

Y por completar con referencias a otros tiempos y disciplinas artísticas, veamos lo que en 1914 señalaba ya una figura histórica del teatro vasco, Avelino Barriola, “desde hace algún tiempo se habla en nuestro país de teatro vasco, y se tiene la pretensión de constituirlo con obras escritas en una lengua que no es la vasca..no puede aceptarse en buena ley semejante contrasentido..ese teatro extraño a nuestra lengua podrá ser de ideas vascas, de tendencias vascas, de aspiraciones vascas, podrá reflejar con relativa fidelidad nuestras costumbres, usos, prácticas, virtudes, vicios, en una palabra, toda nuestra vida peculiar y característica; pero, para ser considerado como teatro vasco, le faltará siempre el elemento fundamental, esencial e indispensable: la lengua, principal característica de nuestro pueblo..todos los teatros

¹¹⁹ ZUNZUNEGI S. en El Mundo del País Vasco. 12-09-2001

¹²⁰ ARGOTE R. “Inmigración en el cine vasco: bofetadas filmicas a la división tradicional entre ellos y nosotros” en Rev. HERMES. nº19. (Marzo-2006), pag. 27.

¹²¹ Citado en TORRANO MORALES S. op. cit. pag.29.

¹²² ROLDAN LARRETA C. Periódico Bilbao nº 180. (Marzo 2004), pag. 36.

¹²³ Citada en TORRADO MORALES S. op. cit. pag.157.

¹²⁴ Citado en Ibidem, pag.260.

*del mundo se distinguen por la lengua que cada uno emplea, no ha de ser el vasco una excepción a la ley general”.*¹²⁵

La obra producida en la lengua propia no puede contar, sin embargo, con el monopolio de la vasquidad, en primer lugar porque desde hace ya muchos siglos hay otras lenguas que han pasado a formar parte de la identidad cotidiana de los vascos, de su vida y anhelos y por tanto también de sus manifestaciones culturales, como son principalmente el castellano y el francés, y en segundo lugar porque hay expresiones culturales no ligadas directamente a una u otra lengua (pensemos en aquellas en que no aparece expresamente en la obra) sino a lenguajes (permítaseme el uso poco científico de esta distinción) y formas distintas, y a veces universales, de comunicar.

Es cierto que la cultura euskaldun, la que tiene al euskera como vehículo de expresión, será ingrediente fundamental e indiscutible de la “cultura vasca” en cualquier intento de delimitación que se realice; nada tan propio y singular podemos ofrecer los vascos al mundo, y que por si misma ya justifica que se pueda hablar con propiedad de una “cultura vasca”, pero no constituye exclusivamente por si sola la “cultura vasca”.

Narcis Comadira, relevante escritor y artista catalán es especialmente claro a la hora de exponer su particular criterio sobre la cuestión, *“las literaturas se definen mediante las lenguas...los que escriben en lengua española son escritores españoles y los que escriben en lengua catalana son escritores catalanes...a mi me parece que esa es la tradición...ahora si quieres hacer una definición digamos política, entonces todo el mundo que escribe en el ámbito del estado español es un escritor español y, por lo tanto, yo, aunque escriba en catalán soy un escritor español...de la misma forma que, si todos los que viven en Cataluña son catalanes, los escritores de aquí, escriban en la lengua que escriban, también son escritores catalanes...eso, claro, es un lío...creo que tenemos que seguir con la definición clásica y aceptar que una literatura se define por la lengua en que está escrita...eso quiere decir que los escritores que escriben en castellano dentro de Cataluña son catalanes escritores, pero nunca escritores catalanes...esta es la diferencia”.*¹²⁶

V. Alexandre le apostilla en la misma línea, *“si las literaturas que existen en el mundo no se definieran por la lengua en que están escritas, sino por el país donde viven sus autores, como pretenden algunos escritores catalanes que escriben en español en Cataluña, Paul Bowles sería un escritor marroquí y no inglés, Tom Sharpe, que vive y escribe seis meses de cada doce en el Baix Empordá tampoco sería inglés sino catalán, y Pere Calders sería en buena parte un escritor mexicano”.*¹²⁷

No cabe duda de que este es el criterio que implícitamente asumen las historias de la literatura vasca de los catedráticos Sarasola y Mitxelena y la del profesor Aldekoa, en las que no encontramos referencia alguna a Unamuno o Baroja, o los estudios de D.

¹²⁵ URKIZU P. *Historia del teatro vasco*. Ed. Orain. 1996, pag. 5.

¹²⁶ ALEXANDRE V. *Yo no soy español*. Deria Editors. Barcelona. 2003, pags. 330-331.

¹²⁷ *Ibidem*, pag. 331.

Jesús M^a de Leizaola sobre la poesía vasca, en los que no aparecen referencias a Blas de Otero, Gabriel Celaya o Ernestina de Champourcín.

La cuestión está suscitando controversia en ámbitos incluso internacionales, como ha puesto de manifiesto la decisión de la Feria de Frankfurt de incluir a los autores que escriben en castellano como representantes de la cultura catalana, invitada especial en la Feria del Libro de 2007, frente a la decisión del Parlament que pedía a la Generalitat la defensa de la posición contraria¹²⁸.

Más allá de este elemento lingüístico singularmente definidor, resulta difícil encontrar otro con un potencial semejante.

El encontrar un específico “know how”, un estilo o modo especial de hacer las cosas, (“*no existe una forma vasca o andaluza de narrar*”¹²⁹) unas características culturales comunes que expliquen más allá del tópico, “*el vasco corto en palabras, y en hechos largo*”, la huida del barroquismo, la practicidad, el aprecio por la oralidad, (que deviene en manifestaciones culturales como el bertsolarismo, singulares y singularmente relevantes pero no exclusivas, he ahí repentistas, decimistas, trovadores... en el universo cultural), es un esfuerzo que a los juristas nos proporcionará escaso fruto, pues siempre dejará numerosos casos-límite y flancos abiertos. Aunque hay quien considera que existe “*una poética y una sensibilidad vascas*”.¹³⁰

No compartimos con Domínguez que sea un debate estéril, y no es en ningún caso un esfuerzo inútil. Es imprescindible para conocernos mejor a nosotros mismos y para conocer mejor nuestras manifestaciones culturales. Incluso aunque no pueda proporcionarnos ni un criterio potencialmente delimitador por sí mismo, ni un concepto al nivel de las exigencias de certidumbre y seguridad del jurista, nos ayudará a disponer de caracteres que, con la acumulación de información que proporcionarán en conjunto, permitirán acercarnos al objetivo perseguido en un gran porcentaje de casos.

Pese a que, legítimamente, haya quienes concluyen que “*no hay una literatura vasca sino muchas literaturas vascas...expresadas en euskera y castellano, escritas por autores que muchas veces no tienen casi nada en común, esas obras son herederas de tradiciones literarias múltiples*”¹³¹ o que “*por el contenido de mis libros yo puedo estar más cerca de un escritor finlandés que de otro de mi generación que se exprese en euskera*”¹³², eso es algo que puede señalarse respecto de la cultura vasca del mismo modo que respecto de cualquier otra, cuya existencia, amparada adicionalmente quizá

¹²⁸ Prensa del 29 de Junio de 2005. A modo de ejemplo, El Confidencial Digital. [www. ElConfidencialDigital.com](http://www.ElConfidencialDigital.com)

¹²⁹ HEREDERO C.F. en Ibidem. (Referencia al cine)

¹³⁰ TOLENTINO J. en Ibidem.

¹³¹ FONTOVA N. y COCA C. en El Correo, 12 de Marzo de 2003.

¹³² LERTXUNDI A. en Ibidem.

solo por unas fronteras políticas internacionalmente reconocidas, no se pone en cuestión ni dentro ni fuera del ámbito de la misma.

Ejemplo gráfico de las dificultades que suscita determinar la nacionalidad de la obra cultural en algunos casos, y por escoger únicamente uno, es el derivado de lo que disponía el artículo 2 (hoy ya derogado) de la Ley 15/2001 de 9 de Julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y el Sector Audiovisual, que disponía que *“tendrán la nacionalidad española las obras realizadas por una empresa de producción española, o aquellas realizadas por una empresa de un Estado miembro de la Unión Europea, o del Espacio Económico Europeo, establecida en España, a cuyas obras sea expedido por órgano competente certificado de nacionalidad española, previo reconocimiento de que cumplen los siguientes requisitos:*

- a) *Que los autores de la película sean españoles o nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, al menos, en un 75 por 100.*
- b) *Que las personas integrantes de los equipos técnicos y artísticos que participen en su elaboración tales como los actores, los directores de producción, de fotografía, de sonido, de montaje, de decorados y de vestuarios sean, al menos, en un 75 por 100, españoles o nacionales de Estados miembros de la Unión Europea.*
- c) *Que la película se realice preferentemente en su versión original en castellano o cualquiera de las demás lenguas oficiales españolas.*
- d) *Que el rodaje, salvo exigencias del guión, la posproducción en estudio y los trabajos de laboratorio, se realicen en territorio de Estados miembros de la Unión Europea”*

Además, también tendrán la consideración de películas españolas, *“las realizadas en régimen de coproducción con empresas extranjeras, de acuerdo con las condiciones exigidas a tal efecto por la regulación específica sobre la materia o por los correspondientes convenios internacionales, y los que afectan a la Comunidad Iberoamericana de Naciones”*.

Dejando a un lado las manifiestas imprecisiones e incorrecciones de la redacción, que pueden incluso dejar lugar a un cierto cachondeo en torno a si se puede ser español al 75% (no es lo mismo que el 75% o más sean españoles que ser españoles en un 75%), el elenco de criterios recogido, la imprecisión sobre si deben reunirse todos ellos simultáneamente o basta con alguno o algunos de ellos, la indefinición en torno al momento en que deben cumplirse (cuando se inicia la película, cuando se finaliza, a lo largo de todo su proceso de elaboración, cuando se solicita la declaración....), la presencia de salvedades tipo *“exigencias del guión”* que solo creíamos útiles para justificar desnudos, y especialmente la alusión constante a la nacionalidad de otros Estados (por ejemplo los de la Unión Europea) muestra gráficamente la dificultad de la tarea y a la vez la distancia que en determinados casos

puede haber entre lo legalmente reconocido como “nacionalmente español” y lo que realmente tiene conexiones firmes con lo que usualmente se entiende por españolidad.

La técnica utilizada en esta norma no es además un ejemplo aislado. La Ley 25/1994, de 12 de Julio, que “*incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552 de la Unión Europea sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva*”, establece lo que debe entenderse por obra europea en este ámbito.

Concretamente el artículo 5 dispone que “*tendrán la consideración de obras europeas las obras originarias de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados terceros europeos que sean parte del Convenio Europeo sobre la televisión transfronteriza del Consejo de Europa en las que un 51% del total de autores, intérpretes, técnicos u otros trabajadores que participan en ellas residan en alguno de los Estados mencionados*”, debiendo además cumplirse alguna de estas otras condiciones, “*estar realizadas por uno o más productores establecidos en uno o varios de dichos Estados*”, “*tener una producción supervisada y controlada por uno o varios productores establecidos en alguno o algunos de los Estados citados*”, o “*financiar su coste total de producción mediante la contribución mayoritaria de productores establecidos en dichos Estados, en supuestos de coproducción, siempre que ésta no sea controlada por uno o varios productores establecidos fuera de los mismos*”. Pueden aplicarse, desde luego, al caso, las reflexiones apuntadas anteriormente.

El Plan Vasco de la Cultura, documento inspirador de la política autonómica en este terreno, sostiene, y con él vamos a coincidir, la existencia de la cultura vasca que define en términos de “*resultado procedente de la cultura nuclear heredada, de las culturas integradas como propias y de la cultura de la ciudadanía vasca actual y en su conjunto*”.

De la primera “*se derivan una historia, idioma, símbolos, instituciones, arte, modos de vida en evolución..*”. De las segundas “*se derivan el enriquecimiento y otros idiomas*”. De la tercera, “*la diversidad, la síntesis y la redefinición constante*”.¹³³

Hay, de todos modos, aún, según confiesa, “*problemas de delimitación e identificación social y de construcción viable de la cultura vasca*”¹³⁴. No podemos menos que mostrarnos nueva y finalmente de acuerdo.

¹³³ Plan Vasco de la Cultura, op. cit. Pag.17.

¹³⁴ Ibidem. Pag.17.

1.3 CULTURA Y PATRIMONIO: UN CONCEPTO DE PATRIMONIO CULTURAL

Frente al concepto de cultura, que ha sido fundamentalmente objeto de análisis desde perspectivas científicas diferentes de la del Derecho, y sobre cuyas implicaciones jurídicas ya hemos visto que se extiende una nebulosa muy extensa, el concepto de patrimonio es un concepto esencialmente jurídico, un concepto con una ya larga tradición ligada a conceptos tan básicos en la ciencia jurídica como los derechos y las obligaciones.

Esto, como se verá, va a dar pie a que intentemos en relación con él avanzar más allá de lo que lo hemos hecho al analizar la relación entre la cultura y la nacionalidad.

Estamos además doblemente obligados a ello; por ser el específico objeto de la tesis y porque, en el marco de la C.A.P.V. como en el del resto de las Comunidades Autónomas del Estado Español, es fuente legal específica de derechos y obligaciones exigibles por los ciudadanos.

En todo caso deberemos ser conscientes, como señala Bendala Galán, de que *“cualquier definición del patrimonio implica como el mismo término indica, una delimitación, una limitación con fronteras que, en último término, constriñen su significación, quizá con resultados negativos para lo que se pretende, y con mutilaciones o desmembraciones que no corresponden a su verdadera naturaleza, cuando nos referimos a nuestro patrimonio en un sentido global y genérico.”*¹³⁵ En palabras de López Bravo *“delimitar con exactitud y etiquetar con rigidez las manifestaciones culturales es tanto como cercenar la propia cultura”*.¹³⁶

No menos necesario es ser conscientes de que el concepto, como todos evoluciona con las sociedades que lo utilizan, *“sin duda, actualmente consideramos patrimonio aquello que no lo era hace un par de generaciones, y ¿quien sabe lo que será patrimonio en medio siglo ?”*¹³⁷

¹³⁵ BENDALA GALAN M. *“Los conjuntos arqueológicos y sus contextos ante las exigencias de los nuevos tiempos”* en Cursos sobre el Patrimonio Histórico 5. Actas de los XI Cursos sobre Patrimonio Histórico. Ed. Universidad de Cantabria-Ayuntamiento de Reinosa. 2001.

¹³⁶ LOPEZ BRAVO C. *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*. Ed. Universidad de Sevilla. 1999, pag. 19.

¹³⁷ PALACIOS MENDOZA V. *Patrimonio arquitectónico en la Cuadrilla de Campezo-Montaña Alavesa. Elementos menores*. Ed. Gobierno Vasco-Diputación Foral de Alava-Cuadrilla de Campezo Montaña Alavesa. Vitoria-Gasteiz. 2003, pag. 17.

Ariño Villarroya nos proporciona una interesante exposición sobre la evolución histórica del concepto.¹³⁸ Desde su origen romano ligado al “pater familias” a quien pertenecía como es conocido “todo” lo de la casa, hasta pasar a significar en el Diccionario de la Real Academia “*hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes*” y luego designar cualquier conjunto de bienes dotado de valor económico.

Pero como concepto jurídico nos interesa especialmente su acepción usual, “*conjunto de bienes económicamente valorables, agrupados por su común pertenencia a un sujeto o afectos a un fin*” y su evolución desde el origen vinculado al derecho privado hasta trasplantarlo al del público, para aludir a un conjunto de bienes que forman parte del acervo de la sociedad.

Este autor, citando a Vaquer señala que “*el patrimonio cultural no es patrimonio en sentido técnico estricto y parece una contradictio in terminis... aunque hay que añadir en todo caso que se trata de una contradicción fructífera y bienvenida, ya que permite aprehender la naturaleza singular de los bienes culturales y ordenar su uso social*”.¹³⁹

No estamos seguros de que en realidad sea así. Creemos que el concepto de patrimonio, como el de propiedad, no llevan en si mismos implícita, consideración alguna acerca de la naturaleza individual o colectiva de sus titulares.

Cabe un patrimonio común, del mismo modo que es conocida, desde que existe el ser humano, la propiedad común.

Y si la contradicción deriva de considerar la cultura como un ámbito sobre el que es imposible atribuir derechos y obligaciones, llegamos a la misma conclusión. No es diferente al urbanismo, al medio ambiente, o a cualquier otro en general de los ámbitos del Derecho Público, con la salvedad del mayor o menor desarrollo de su tratamiento por parte de la ciencia jurídica. Existen los derechos culturales individuales, como creemos hartamente demostrado, y defendemos en este trabajo que también los colectivos.

No solo eso. Estamos convencidos de que el concepto de “patrimonio” aplicado al objeto cultural de esta tesis es un hallazgo especialmente afortunado. Es un concepto especialmente adecuado y útil, en la medida en que creemos que nos va a permitir solucionar algunos de los problemas de definición que hemos reseñado en relación con el de cultura, y específicamente cuando introducimos respecto de este la variable de “nacionalidad”.

¹³⁸ ARIÑO VILLARROYA A. *Construcción del patrimonio cultural e identidad en la sociedad del riesgo y de la información*. Universidad de Valencia., pag. 5.

¹³⁹ *Ibidem*, pag. 6.

Como señala López Bravo *“los conceptos de Patrimonio Cultural, Histórico, Artístico o Arquitectónico devienen en el siglo XX realidades jurídicas objeto de atención singularizada, tanto en el plano interno de los ordenamientos estatales como en el externo, el correspondiente a los organismos supragubernamentales o supraestatales y tanto a escala regional como planetaria”*¹⁴⁰.

Su consideración legal y jurisprudencial en estas escalas nos va a permitir obtener conclusiones, no ya solo respecto de su tratamiento en un ordenamiento jurídico particular, sino incluso del análisis comparado.

Estamos en un momento histórico que Ariño califica como “boom del patrimonio” entendido como *“una nueva forma de configurar la relación con el pasado”*, frente a la tradición, ya no suficiente, como forma de reproducción social, *“se inventa el patrimonio cultural para asegurar la conectividad y continuidad intertemporal, y se movilizan ruinas y edificios, danzas y leyendas, indumentarias, en suma, bienes culturales, para construir una genealogía esencial para la legitimidad política, es decir se convoca la memoria al servicio de la identidad colectiva...el patrimonio es el nombre con que ahora queremos dotar a determinados objetos y formas del pasado de un estatuto y significado particular, que es al tiempo una modernización de la tradición y algo radicalmente distinto de ella”*¹⁴¹.

El patrimonio en contraposición a la tradición, *“es esencialmente público, está separado de la instrumentalidad de la vida cotidiana,...supone una conciencia de la distancia sustancial entre el presente y el pasado, depende de una conciencia del riesgo que es intrínseca a la propia modernidad y comporta entre otros tipos, la reflexividad técnica... no existe como una propiedad física de los objetos que se encontraría agazapada a la espera del reconocimiento social.”*¹⁴².

Este autor considera que *“esta mirada sobre los bienes culturales es pues una construcción social y histórica (sic) que nace con la modernidad”* . Citando a J.L. García, cree también que *“no tiene nada que ver con otro fenómeno más universal que es la tendencia de los seres humanos a conservar sus propias formas de vida”*.¹⁴³ Tampoco estamos seguros de que su tesis a este respecto no esté necesitada de matices.

No pretendemos negar que esta práctica histórica sea *“la proyección de una mirada inédita sobre objetos que tuvieron originalmente otros fines y que de ahora en adelante serán valorados como testimonios del pasado”*, pero si que sea exclusivamente *“hija de la modernidad”*¹⁴⁴.

¹⁴⁰ LOPEZ BRAVO C. op cit, pag. 29.

¹⁴¹ ARIÑO VILLARROYA A. op. cit. pags. 1-4.

¹⁴² Ibidem, pag. 4.

¹⁴³ Ibidem, pag. 6.

¹⁴⁴ Ibidem, pag. 6.

García Fernández ya señala que “*el derecho medieval contiene elementos suficientes para hablar de una ordenación heterogénea de las materias del actualmente denominado Patrimonio Histórico; se trata de normas jurídico-públicas con fines de policía de la construcción o de control de los muebles de valor simbólico, que en ningún caso se extienden a regular aspectos hoy considerados fundamentales, como el disfrute de los bienes culturales, el dominio de los mismos y la organización administrativa*”¹⁴⁵.

Nada hay que oponer a la calificación de la actividad legislativa medieval, nuestro propio análisis de la vasca lo pone también de manifiesto. Sin embargo discrepamos con el considerar una diferencia de grado la regulación actual de dichos aspectos.

En primer lugar por inexistente o muy escasa en lo que se refiere al disfrute real del patrimonio cultural por el común de los ciudadanos; escasos los derechos, menor aún su exigibilidad y diferimiento hasta épocas mejor dotadas de recursos, son algunas de las características de nuestras normas que hacen que habida cuenta del tiempo transcurrido y el conocimiento acumulado en todo él, no puedan encontrarse tales diferencias de grado.

La regulación del dominio y la organización administrativa son tan diferentes en la actualidad con respecto al XVIII e incluso al XIX, siglos en los que la propiedad privada era poco menos que intocable, que si acudiésemos a estas diferencias como criterio delimitador, deberíamos renunciar a buscar antecedentes legislativos a la moderna labor normativizadora y disentir del mismo modo de la prácticamente unánime conclusión de la doctrina española en torno al origen dieciochesco e ilustrado de la normativa protectora del patrimonio cultural.

Pero es que además, los avances producidos, incluso en la última década tan solo, en el orden del análisis de los elementos protegibles (patrimonio industrial y especialmente intangible) obligan a ser especialmente generoso con los antecesores. Algunos de los “aspectos fundamentales” de la regulación de la protección están hoy plenamente sujetos a debate, como comprobará el lector de la presente tesis, en un proceso dinámico cuya evolución estamos lejos de poder prever.

Podemos estar de acuerdo con que la consideración del patrimonio cultural sea algo más que “*la tendencia a la conservación de las propias formas de vida*”, (parece bastante claro, cuando en muchos avatares bélicos se llegó ya hace siglos a respetar determinados elementos, no ya por la conservación de las propias formas de vida sino por su valor artístico o simbólico, incluso para el enemigo) pero considerar a la modernidad como su único padre (o madre) nos parece un exceso de valoración de la aportación del ser humano contemporáneo y simultáneamente una minusvaloración de los esfuerzos de nuestros ancestros.

¹⁴⁵ Citado en LOPEZ BRAVO C. op cit. pag. 90.

En primer lugar habría que cuestionar el propio concepto de la modernidad, aunque es terreno que excede nuestro objeto de reflexión, pero especialmente desde la óptica de considerar que desde el siglo XVIII en el que esta corriente doctrinal ubica el nacimiento del concepto y la idea que implica, se ha mantenido un mismo discurso, diverso además en su esencia con respecto al de épocas anteriores.

La “mirada”, por utilizar terminología de estos autores, que tienen en la actualidad muchos de los estudiosos del patrimonio cultural es sustancialmente distinta de la de los ilustrados del XVIII. Quizá tanto como ésta pudiese serlo con respecto a la de los griegos de la era de Pericles, los egipcios en el esplendor de Alejandría, o los chinos en tantas y tantas dinastías.

No solo se ha ampliado enormemente el ámbito de la mirada (el patrimonio industrial y el patrimonio oral por ejemplo son aportaciones que se consolidan a finales del XX) sino que ha cambiado también indudablemente la forma de mirar.

No solo ha aumentado el número de elementos hacia los que se mira sino también el número de personas que miran y los instrumentos a través de los que lo hacen.

Y si han cambiado tantos y tantos aspectos esenciales en el proceso, la pregunta es obvia; ¿ es tan sustancial entonces la diferencia, la ruptura que se produce en el XVIII con respecto a los períodos anteriores ? Cabe cifrar con tanta exactitud el momento de precipitación de sedimentos, que son sin duda fruto de una acumulación continuada durante no sabemos con exactitud cuanto tiempo ?

¿ Realmente, incluso hoy en día, podemos en determinados sectores o con referencia a determinados patrimonios encontrar diferencias tan sustanciales entre los motivos por los que procedemos a su conservación, y las actuaciones que desarrollamos con tal finalidad, (salvada la obvia diferencia de medios técnicos) y las que se desarrollaban en la Edad Media por poner un ejemplo ? ¿ Cómo se explica que determinados reglamentos de archivos del siglo XVI sean perfectamente útiles, (o lo hayan sido quizá hasta el nacimiento de internet) a la hora de gestionar archivos “modernos” ? ¿ Como se compatibiliza la visión “rupturista” con evidencias como la que recogen Alvarez Coca y López Gómez respecto de que los principios de las Ordenanzas castellanas de 1588, “*son esencialmente los mismos que la ciencia archivística de nuestros días está enseñando a sus profesionales*”?¹⁴⁶

¹⁴⁶ ALVAREZ-COCA GONZALEZ M. J. y LOPEZ GOMEZ P. “*Hacia un Centro de Formación de Archiveros, Bibliotecarios y Museólogos del País Vasco*” en X Congreso de Estudios Vascos. Ed. Eusko Ikaskuntza. Iruñea . 1987, pag. 262-263.

Bendala Galán expone una posición similar en los siguientes términos: *“comienza así (en el Neolítico) una progresiva complejización del artificio que representa toda cultura, que conduce a la civilización actual en un desarrollo creciente, espoleado por una irrefrenable aceleración del ritmo histórico que hoy produce, como todos captamos, una indudable sensación de vértigo, en medio del cual resultan ser un asidero precisamente, las preocupaciones patrimoniales que ahora nos convocan...nuestra civilización no es otra cosa que el último capítulo (por ahora, añadiríamos) del indicado proceso...pese al empeño de no pocos contemporaneístas por considerar que los hechos que determinan el presente y pueden gravitar sobre el futuro arrancan en lo fundamental del pasado más inmediato, lo cierto es que nuestra historia actual viene determinada por parámetros de tiempo largo,- la longe duree de F. Braudel- que nos imbrican o nos relacionan con esa Antigüedad madura y con tiempos que siguieron en un continuum que las llamadas Edades históricas rompen más artificial que realmente”*. El propio autor reconoce de todos modos que la cuestión daría mucho más que hablar, se trata de un debate que lleva ocupando muchísimos años ya a los historiadores de más renombre.

Con lo que es difícil estar en desacuerdo es sin embargo con que la sociedad de nuestros días *“muestra una eficacia destructiva (aunque quizá transformadora fuese un adjetivo más adecuado) que no tiene parangón con ningún otro momento histórico”* y que la conservación es un modelo de reflexión que supone una *“conciencia del peligro”*¹⁴⁷.

Y es un modelo de reflexión porque el patrimonio *“es siempre una selección, comporta la asignación de valor a algo...aunque las fuentes del valor son múltiples...siempre intervienen expertos dotados de algún tipo de acreditación científica...quienes tienen la capacidad de legitimar o deslegitimar una intervención, una restauración o la producción de un inventario”*.¹⁴⁸

La evolución de la consideración del patrimonio cultural se caracterizaría, según Ariño, a lo largo del XX, *“por su constante extensión, la profundización en su naturaleza al incluir los bienes intangibles, su creciente vinculación y confluencia con el patrimonio natural y la proliferación de agentes activadores del patrimonio y de sujetos referenciales o focos de representación.”*¹⁴⁹

Se ha ido progresivamente ampliando el campo de elementos que incluye, hasta llegar al punto de que en palabras de Hoyau, *“una vez que la noción se liberó de su dependencia de la idea de belleza, cualquier cosa podía transformarse en patrimonio”*¹⁵⁰ y así recoge hoy en Japón en el programa *“Tesoros Nacionales Vivientes”* el reconocimiento especial a personas con determinadas destrezas o conocedoras de técnicas esenciales para la continuidad de elementos del patrimonio intangible, (pensemos aplicándolo a la cultura vasca en el tratamiento que hubiera

¹⁴⁷ ARIÑO VILLARROYA A. op cit. pag. 8.

¹⁴⁸ Ibidem, pag. 8.

¹⁴⁹ Ibidem, pag. 9.

¹⁵⁰ Citado en Ibidem, pag. 10.

merecido Fidela Bernat, la última hablante del euskera propio del navarro Valle del Roncal), o en el “*Proyecto para el Paisaje Sonoro del Mundo*”, la grabación de sonidos en vías de desaparición.

También ha ido adquiriendo mayor relieve la dimensión inmaterial de la cultura en la línea de considerar que “*la interpretación y el acto creador son intangibles: están encarnados en la destreza o técnica de quienes lo realizan*” y que la cultura “*consiste ante todo en un sistema de signos*”.¹⁵¹

Como hemos señalado, *la determinación de qué es y qué no es patrimonio cultural es fruto de una selección y evaluación de aquellas expresiones que simbolizan la experiencia de una comunidad*”¹⁵² que tradicionalmente ha tenido a los Estados como principales protagonistas, (agentes activadores los llama este autor).

Riegl sostiene que “*el carácter y significado de monumentos no corresponde a estas obras en virtud de su destino originario, sino que somos nosotros, sujetos modernos quienes se lo atribuimos*”¹⁵³.

Coincide también Méndez Fonte, “*ninguna de sus representaciones posee en si misma valor alguno; es decir la conformación del patrimonio no parte de valores intrínsecos que podamos buscar en éste, sino que todo cuanto es y puede llegar a significar nos llega a través de una serie de valoraciones culturales...estamos ante un proceso dinámico de carácter cultural, que culmina en la sanción a través de la cual es legitimado cualquier tipo de bien, resignificándolo y convirtiéndolo en patrimonial, es decir somos nosotros quienes, desde un marco cultural compartido, lo dotamos de sentido...los valores patrimoniales son intersubjetivos, puesto que el objeto patrimonial no posee en si mismo valor intrínseco alguno*”.¹⁵⁴

El patrimonio nos dice Méndez “*es una construcción social, cuyo punto de partida fue la propuesta de un subgrupo, poseedor de unas características determinadas que le permitieron llevar a cabo dicha acción*”¹⁵⁵.

A este proceso es el que esta autora, citando a Llorens Prats denomina “*activación patrimonial*”, entendida como “*legitimación de determinados referentes simbólicos*”.

¹⁵¹ Ibidem, pag. 11.

¹⁵² Ibidem, pag. 12.

¹⁵³ Citado en Ibidem, pag. 6.

¹⁵⁴ MENDEZ FONTE R. “*Las activaciones del patrimonio como indicadores de dinámicas sociales*”. Actas Congreso Vasco de Sociología, pags. 382-383.

¹⁵⁵ Ibidem, pag. 383.

¿ Es contradictoria esta posición con la mantenida por Barrero? Esta autora sostiene que *“si bienes culturales son aquellos que nos aproximan al conocimiento de las formas de vivir, pensar y sentir de los hombres en concretas coordenadas de tiempo y lugar, resulta evidente que es ésta una cualificación que depende de las propias características al bien, de sus valores objetivos, con independencia de la significación concreta que adquieren en el mundo de la norma”*.¹⁵⁶

Creemos que no necesariamente.

Si por un lado es una sociedad concreta y específica, tanto en lo espacial como en lo temporal la que confiere un determinado significado y un determinado valor, la que “selecciona” y activa la patrimonialidad de un elenco de elementos, esta selección no es arbitraria sino que responde a características propias y particularmente, singulares, de aquellos.

Aunque tanto en el espacio como en el tiempo se hayan dado y se sigan dando diferencias al respecto, no cabe duda de que respecto a un “núcleo duro” de elementos patrimoniales, se está en camino, como sucede con respecto a los derechos humanos, de un auténtico consenso internacional, si es que no se conseguido ya (salvo excepciones como las que puedan constituir regímenes como el talibán afgano).

El monopolio del Estado respecto de la “activación patrimonial” se ha roto en las sociedades modernas, adquiriendo singular relevancia los eruditos y expertos, que ya no utilizan su capacidad de influencia directa en aquel como único cauce de actuación, y una “comunidad genérica de la humanidad” que actúa por un lado a través de organismos supranacionales como la UNESCO (que construye un catálogo de bienes culturales y naturales cuyo sujeto propietario es la humanidad, elemento muy importante al que posteriormente nos referiremos con más detenimiento) y por otro a través de una sociedad civil que en el mundo del bienestar y la calidad de vida, reclama una democracia participativa también en este terreno y cuyos representantes son las “asociaciones de defensa del patrimonio” y otras O.N.G.

La determinación en definitiva de lo qué es y no es patrimonio cultural es siempre una consideración política, *“no existe una definición ineluctable, cerrada, interna y verdadera de lo que es el patrimonio”*, sino que *“depende del grado de legitimidad y plausibilidad de que gocen las distintas definiciones de la realidad”*.¹⁵⁷

La regulación y tratamiento del patrimonio cultural y del medio ambiente *“son tan paralelos, que puede llegar a hablarse de una analogía, si no de una subsunción de la una por el otro en determinados aspectos”*, existe analogía entre sus fines públicos y *“entre las técnicas jurídicas con que se ordenan ambos espacios; en la génesis de una conciencia social de peligro o de riesgo y las prácticas de conservación y defensa*

¹⁵⁶ BARRERO C. op. cit. pag. 196.

¹⁵⁷ ARIÑO VILLARROYA A. op. cit. pag. 14.

*correlativas*¹⁵⁸ hasta el punto de que en algunos países la legislación incluye, o al menos permite incluir por lo genérico de las definiciones, los bienes ambientales o naturales entre los culturales. No es extraño a juicio de Ariño, si considera, de acuerdo con Prats, que *“los bienes naturales no son más que conjuntos culturalmente seleccionados”*.¹⁵⁹

Conforme a estas características, Ariño Villarroya puede ya definir el patrimonio cultural como *“el conjunto de todos los bienes culturales, tanto si se exteriorizan en forma de uno (cultura material) o muchos soportes corpóreos (obras literarias etc), en forma de actividad (folklore, tradiciones y manifestaciones etnográficas en general) o en forma difusa, a través de todos ellos indistintamente (lenguas), que conforman el acervo de un pueblo y son conservados para transmitirlos a las generaciones futuras”*.¹⁶⁰

No muy discrepante es la definición del I.E.P.H.A. brasileño, *“o patrimonio cultural ...sob a forma de bens imaterais compreende toda a produção cultural de um povo, desde sua expressao musical até sua memoria oral, passando por elementos caracterizadores de sua civilização...sob a forma de bens materiaia, o patrimonio divide-se em dois grupos básicos: bens moveis...e bens imoveis ...e por tanto a suma dos bens culturais de um povo”*.¹⁶¹

Tampoco se alejan de ella demasiado en su genericidad, Montes y García, aunque sea privándole de cualquier referencia o soporte material *“es el conjunto de formas de vida que los diferentes grupos humanos consideran como propias”*¹⁶² o Iniesta, *“es la síntesis simbólica de los valores identitarios de una sociedad que los reconoce como propios”*¹⁶³ o H. Riviere para el que *“son aquellos bienes materiales e inmateriales, sobre los que como en un espejo, la población se contempla para reconocerse, donde busca explicación del territorio, donde está enraizada y en el que se sucederán los pueblos que le precedieron”*.¹⁶⁴

Tres autores vascos, Azcarate, Ruiz de Alegría y Santana, en referencia al patrimonio arquitectónico pero en definición fácilmente extrapolable, lo consideran *“el conjunto de bienes edificados, de cualquier naturaleza, a los que cada sociedad atribuye o en los que cada sociedad reconoce un valor cultural”*.¹⁶⁵

¹⁵⁸ Ibidem, pag. 15.

¹⁵⁹ Ibidem, pag. 15.

¹⁶⁰ Ibidem, pag. 12.

¹⁶¹ www.iepha.mg.gov.br

¹⁶² MONTES DEL CASTILLO A. y GARCIA CASTAÑO F.J. op. cit. pag. 4.

¹⁶³ Citado en SANTANA A. *“Patrimonio cultural y turismo: reflexiones y dudas de un anfitrión”*.

Ciudad Virtual de Antropología y Arqueología. www.naya.org.ar/congreso/ponencia

¹⁶⁴ Citado en FERNANDEZ-BACA R. *“Patrimonio histórico, cohesión social e innovación”* en Andalucía una realidad multicultural. www.junta-andalucia.es.

¹⁶⁵ AZKARATE A., RUIZ DE ALEGRIA M. J., y SANTANA A. *El patrimonio arquitectónico*. Vitoria-Gasteiz. 2003. www.ehu.es.

Barrero se plantea en todo caso “*si es el patrimonio cultural un concepto, una noción que existe en la realidad, de la cual el Derecho la toma otorgándole efectos jurídicos, o si es éste, por el contrario, una creación normativa sin base fáctica alguna.*” En esta tarea, “*el propio significado del bien cultural nos habrá de servir de base*”¹⁶⁶.

La conclusión de esta autora es que el patrimonio cultural es un concepto que “*vive en el propio ámbito de la realidad extrajurídica, de tal manera que cuando la Constitución reclama de los poderes públicos que garanticen su conservación y promuevan su enriquecimiento, está aludiendo a una realidad subyacente cuya existencia en el orden jurídico no precisa, en principio de declaración alguna.*”

(Nos referiremos a este punto con mayor detalle al tratar del carácter constitutivo o declarativo de los actos administrativos al respecto).

En este sentido, añade Barrero, *el texto constitucional no hace otra cosa que acoger un concepto que ya existe en el orden de lo real, sobreponiéndole por razones de interés general un mandato jurídico...la norma fundamental toma, dicho en otros términos, un valor, un interés perteneciente al mundo fáctico, convirtiéndolo en uno de los principios que conforman su sistema de valores.*¹⁶⁷

“Patrimonio Cultural” es por tanto “*en síntesis un concepto metajurídico con referencia a una realidad concreta, realidad incorporada por la Constitución al mundo del Derecho, el cual viene obligado a dotarla de una significación propia y precisa...es un concepto formal, no porque éste sea invención o pura creación del Derecho, sino porque al ordenamiento jurídico corresponde concretar cual es, en cada período histórico, aquella parcela de la realidad de la que pueda predicarse un valor de tal carácter*”.¹⁶⁸

Giannini añade a este respecto que “*quedando abiertos los problemas acerca de lo que ha de entenderse por cultura o civilización, (como creo que hemos dejado de manifiesto en los capítulos anteriores) la noción de bien cultural (y por tanto la de patrimonio, acumulativa del conjunto de ellos) para el jurista no puede ser más que una noción abierta, cuyo contenido viene dado por los teóricos de otras disciplinas*”¹⁶⁹ (lo que no exime en ningún caso a los juristas de la obligación de formularla en términos acordes y operativos para la jurídica).

López Bravo tercia para concluir que “*la definición de bien cultural como testimonio con valor de civilización puede ser asumida como noción jurídicamente válida, a condición de entenderse como una noción no jurídicamente concluyente y*

¹⁶⁶ BARRERO RODRÍGUEZ C. op. cit. pag. 195.

¹⁶⁷ Ibidem, pag. 196.

¹⁶⁸ Ibidem, pag. 197.

¹⁶⁹ Citado en LOPEZ BRAVO C. op. cit. pag. 75.

rigurosamente vinculante”,¹⁷⁰ tesis respecto de la que solo hay que oponer que la vinculatoriedad vendrá sentada por la inclusión de uno u otro concepto, una u otra definición, en los correspondientes instrumentos legales y pronunciamientos jurisprudenciales, sin perjuicio de que definiciones con tal nivel de genericidad sean en sí mismas escasamente concluyentes.

En consecuencia, señala Barrero, “*si la norma fundamental no define al patrimonio cultural, remitiéndonos a un concepto que en el plano extrajurídico tampoco tiene una significación unívoca (o por lo menos más precisa y concreta en su univocidad) habrá que convenir cómo se hace necesaria, desde la propia óptica constitucional, una determinación exacta de los bienes que integran esa realidad...una determinación de aquellos objetos que poseen un valor o interés de tal naturaleza.*”¹⁷¹ Pero en vista de que “*tal función es labor que corresponde al legislador ordinario, que dentro del amplio marco brindado por la Constitución elegirá aquella opción que en cada tiempo considere más adecuada*”, nos referiremos a ello al tratar específicamente de la legislación en cuestión.

1.4 PATRIMONIO CULTURAL Y NACIONALIDAD

Hemos concluido en que el patrimonio es en definitiva un conjunto de elementos, tangibles e intangibles que expresan de manera especial y representativa modos de ser, aportaciones singulares a la cultura universal. Su valor e interés justifica una política tuteladora por parte de los poderes públicos y va a atribuir una responsabilidad preferente a las Administraciones Públicas, dentro de la general de los ciudadanos y los grupos en que se integran, en orden a proveer a su cuidado.

Si esto es así, nos interesará primordialmente en este capítulo delimitar el ámbito de intervención y responsabilidad que debe de corresponder a cada nivel administrativo, local, regional, estatal e internacional, en función de que el patrimonio en cuestión sea de interés o responsabilidad de cada uno de ellos.

Para ello deberemos como es obvio probar la existencia de patrimonios diferentes, de patrimonios a incardinar en ámbitos diversos y sobre los que la responsabilidad de custodia y preservación debe ser atribuida a poderes distintos, y que la “nacionalidad” constituye rasgo distintivo a este respecto. Examinemos en todo caso si existen patrimonios distintos y cual es la relación que debe existir entre ellos.

¹⁷⁰ Ibidem, pags. 75-76.

¹⁷¹ BARRERO C. op. cit. pag. 197.

1.4.1 El patrimonio comun de la humanidad

López Bravo ha escrito que “*todo el ordenamiento jurídico de ámbito internacional está enfocado desde una perspectiva universalista, tomando como eje la idea de una titularidad universal de los valores (histórico, artístico, arqueológico, etnográfico, paleontológico...) y prescindiendo de la titularidad jurídica de los bienes en si. La humanidad, como rotundamente se afirma en los documentos de la UNESCO, considera a los bienes de la cultura un patrimonio común, reconociéndose solidariamente responsable de su conservación. Toda pérdida o destrucción patrimonial que afecte en principio a un solo pueblo o estado constituye un empobrecimiento para la cultura universal y un menoscabo para la humanidad*”¹⁷² y que “*se acepta universalmente que en la adopción de medidas normativas dirigidas a la protección y preservación de los bienes culturales debe prevalecer la atención a la función social de los mismos...al patrimonio cultural y natural debe atribuírsele una determinada función en la vida colectiva, integrándolo en programas de planificación general... no se trata de proteger cualquier bien que imite el pasado histórico, sino solo aquellos que efectivamente sean testimonios de aportaciones históricas a la cultura universal*”¹⁷³.

Creemos nuevamente que la universal aceptación a la que se refiere este autor es en todo caso limitada. La coincidencia doctrinal por muy general que sea, no debe llevarnos a olvidar que es muy diferente la conducta y actitud de los estados y de los ciudadanos a quienes representan. Coincidimos eso si con el profesor andaluz, en la existencia de un “*patrimonio común de la humanidad*” sobre el que toda ella, y por tanto preferentemente los órganos que la representan con carácter universal van a tener especiales responsabilidades de protección.

Son innumerables los documentos en que se alude a este patrimonio común, hemos hecho referencia a muchos de ellos con anterioridad. Tan solo vamos aquí a referirnos a uno, que sobrepasando el marco del “soft law”, deja bien sentada su existencia con el valor que le otorga su ratificación por un importante número de estados, la Convención para la Protección del Patrimonio Cultural y Natural, adoptada en el marco de la 17ª Conferencia General de la UNESCO, en París, en 1972.

Este importante hito legislativo parte de la consideración de que el patrimonio cultural y natural tiene carácter universal, global a nivel de todo el planeta. Su valor supera el plano estatal para convertirse en manifestación de la creatividad humana. El deterioro o desaparición de cualquiera de los bienes que lo integran, constituye un empobrecimiento patente del patrimonio de todos los pueblos del mundo. Así lo señala expresamente el artículo 6, “*...los Estados Partes en la presente Convención reconocen que constituye un patrimonio universal en cuya protección la comunidad internacional tiene el deber de cooperar*”.

¹⁷² LOPEZ BRAVO C. op. cit. pag. 63.

¹⁷³ Ibidem, pag. 64.

Para evitarlo, la Convención crea un sistema de protección universal que podemos sintetizar de la manera que sigue. Se crea en el seno de la UNESCO un *“Comité Intergubernamental de protección del patrimonio cultural y natural de valor universal excepcional, denominado “Comité de Patrimonio Mundial”*. (Artículo 8). Cada uno de los Estados Partes presentara al Comité un inventario no exhaustivo de los bienes del patrimonio cultural y natural sitios en su territorio, y el Comité elaborará a partir de ellos la *“Lista del Patrimonio Mundial”*, una lista de los que se considere que *“poseen un valor universal excepcional siguiendo los criterios que haya establecido”*. (Artículo 11). Asimismo elaborará la *“Lista del Patrimonio Mundial en Peligro”*, integrada por los bienes de la anterior que *“estén amenazados por peligros graves y precisos y cuya protección exija grandes trabajos de conservación”*.

En el año 2003, la Lista del Patrimonio Mundial comprendía 42 elementos ubicados en el Estado español, ninguno de los cuales se encuentra situado en Euskadi, (incluida Navarra), lo que resulta muy significativo de la consideración que el patrimonio vasco recibe a nivel estatal. Desde 1984, primera inscripción de la Mezquita de Córdoba, la Alhambra y el Generalife de Granada, la Catedral de Burgos, el Monasterio y Sitio del Escorial y el Parque y Palacio Güel y la Casa Milá de Barcelona, hasta 2003, inscripción de los Conjuntos Renacentistas de Ubeda y Baeza, ningún elemento vasco ha sido considerado de suficiente enjundia por el Estado para merecer su inclusión. (En 2006 se ha incluido el Puente Transbordador de Bizkaia, como testimonio industrial de indudable valor).

El Comité proporcionará ayuda para su preservación en función de *“la importancia respectiva de los bienes...la necesidad de asegurar una protección internacional a los bienes más representativos de la naturaleza o del genio y la historia de los pueblos del mundo, la urgencia de los trabajos...la importancia de los recursos de los Estados en cuyo territorio se encuentren los bienes amenazados y en particular la medida en que podrán asegurar la salvaguardia de esos bienes por sus propios medios”*. (Artículo 13).

Y para ello *“se crea un fondo para la protección del patrimonio cultural y natural mundial de valor universal excepcional denominado “Fondo del Patrimonio Mundial”*, (art.15), constituido a través de contribuciones obligatorias y voluntarias de los Estados y aportaciones de organismos públicos y privados y de los propios de las Naciones Unidas.

La Convención define el patrimonio cultural mundial, el que hemos denominado *“patrimonio común de la humanidad”* (la terminología no es nuestra evidentemente) de forma notablemente similar a como lo hacen las diferentes legislaciones estatales, nacionales o locales. Lo comprobaremos al tratar de la específicamente aplicable al patrimonio cultural vasco.

Su artículo 1º considera patrimonio cultural los monumentos, entendidos como *“obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o*

estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia del arte o de la ciencia”, los conjuntos, “grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad o integración en el paisaje les de un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia” y los lugares, es decir “las obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico”.

La nota distintiva que caracteriza a los elementos integrantes del patrimonio cultural mundial es pues la posesión de un **“valor universal excepcional”**. Es ésta la cualidad que permite distinguir los elementos que pertenecen en su caso únicamente al patrimonio cultural de un pueblo, de aquellos cuya significación trasciende de dicho ámbito.

La Convención no proporciona ningún criterio objetivo en orden a delimitar cuando existe dicho valor. El único medio de conocimiento (e hipotéticamente prueba) de la posesión de la universal relevancia, es su inclusión por el Comité en la “Lista del Patrimonio Mundial”, inclusión avalada, hay que suponer, tanto por la cualificación científica del órgano y la condición de expertos de sus integrantes, como por el procedimiento a seguir para la inclusión.

Es cierto además que universalidad y excepcionalidad son además características que dejan mucho margen de juego a la subjetividad de quien tiene que apreciarlas y que, dejando a un lado los supuestos en que será difícil la controversia, (pocos) pueden conducir a una interminable disputa si se quiere fundar en la Convención un verdadero sistema de protección jurídica internacional del patrimonio cultural, pero no es situación muy diferente a la que establecen algunas legislaciones estatales y nacionales.

Las denominadas **“Diréctrices prácticas sobre la aplicación de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial”** han intentado desarrollar esos criterios de inclusión exigiendo para la misma *“representar una obra maestra del genio creativo humano” o “ser la manifestación de un intercambio considerable de valores humanos durante un determinado período o en un área cultural específica, en el desarrollo de la arquitectura, las artes monumentales, la planificación urbana, el diseño paisajístico”* , o *“aportar un testimonio único o por lo menos excepcional de una tradición cultural o de una civilización que sigue viva o que desapareció” o “ser un ejemplo sobresaliente de un tipo de edificio o de conjunto arquitectónico o tecnológico o de paisaje que ilustre una etapa significativa o etapas significativas de la historia de la humanidad” o “constituir un ejemplo sobresaliente de hábitat o establecimiento humano tradicional o del uso de la tierra, que sea representativo de una cultura o de culturas, especialmente si se ha vuelto vulnerable por efecto de cambios irreversibles” o “estar asociados directamente o tangiblemente con acontecimientos o tradiciones vivas, con ideas o creencias, o con obras artísticas o literarias de significado universal excepcional”.*

(En este último caso, el Comité considera que solo se justifica la inscripción en circunstancias excepcionales y en aplicación conjunta con otros criterios).

La actuación práctica del Comité, sin embargo, no nos proporciona criterios definidos y homogéneos de actuación, por cuanto más allá de un afán por universalizar territorialmente el elenco de bienes de manera que en cualquier parte del mundo pueda encontrarse alguno, la heterogeneidad de lo incluido es manifiesta, no resistiendo la más mínima evaluación comparativa.

Por poner un ejemplo derivado de la última inclusión realizada, no negaremos la relevancia de los discos originales de canciones del cantante Carlos Gardel, historia viva del tango, o del negativo de la película de D. Luis Buñuel, “*Los olvidados*”, pero sin excesiva reflexión se encontrarán elementos de tanta o más relevancia (en el caso del cine, evidentemente) en el ámbito de la creación artística en ambos géneros, no incluidos en la Lista del Patrimonio Mundial.

Otro ejemplo de reconocimiento de un patrimonio cultural universal es el programa denominado “*Memoria del mundo*” de la UNESCO, definida en las Directrices para la Salvaguarda del Patrimonio Documental¹⁷⁴ como “*la memoria colectiva y documentada de los pueblos del mundo –su patrimonio documental- que, a su vez, representa buena parte del patrimonio cultural mundial*” y que “*traza la evolución del pensamiento, de los descubrimientos y de los logros de la sociedad humana*”. Este programa “*determina el patrimonio documental de importancia internacional, regional y nacional; lo inscribe en un registro, y otorga un logotipo para identificarlo*”. Facilita, además, “*su preservación y el acceso sin discriminación*”.

Por referirnos a nuestro particular objeto de análisis, la ley vasca, ya lo veremos, encomienda a la Administración Pública la inclusión de los bienes culturales en los regímenes de protección, y aunque no deriva exactamente de ahí la pertenencia al patrimonio cultural, en la práctica puede producirse la identificación del patrimonio cultural con el administrativamente declarado como tal, y no se proporcionan criterios objetivos de calificación, más allá de un garantista procedimiento que permite múltiples alegaciones y la intervención de un consejo asesor de “*expertos*”. Situaciones por tanto sorprendentemente análogas para quienes tanto hincapié hacen en la condición naciente de la protección internacional pública de los derechos económicos, sociales y culturales.

Acreditada, creemos, suficientemente la existencia del “*patrimonio común de la humanidad*” en el derecho internacional, reconocida incluso por el Tribunal Constitucional (STC 17/1991, Fundamento Jurídico 2º) conviene reflexionar siquiera sea someramente sobre la fundamentación teórica de la misma y las consecuencias que pueden, o deben, extraerse de ella.

¹⁷⁴ Memoria del Mundo: Directrices (Edición revisada 2002). Paris. UNESCO, 2002, pag.1.

La principal de todas ellas es la derivada de algo que ya hemos señalado con anterioridad y que está en íntima relación con el propio concepto de cultura, que *“la fragmentación del mundo convierte en una quimera la representación de la identidad como una totalidad armónica y sin disonancias, con una territorialidad compacta y unas tradiciones aseguradas... tan irreal resulta la concepción del mundo al modo de un mosaico de culturas independientes como la idea de una división clara del mundo según la muestra regular de los estados nacionales,...la yuxtaposición de distintos modos de vida y de comunidades que no pueden ser tratadas de manera uniforme es una característica irrenunciable de la cultura contemporánea”* en palabras de Innerarity.

Ninguna cultura está aislada. Toda cultura influye y recibe influencias de las demás, el concepto de cultura es esencialmente relacional, y ya hemos citado a Kroeber y su opinión de que la cantidad de materiales externos acumulados gradualmente en una cultura suele exceder a los generados dentro de ésta; sin perjuicio de que lo verdaderamente relevante no sea tanto el material de partida, cuanto el resultado de su elaboración específica y singular.

Esto ocasiona que la consideración como patrimonio, es decir como objeto sobre el que se tienen particulares derechos y respecto del que eventualmente se derivan especiales responsabilidades, de un pueblo o nación en concreto, constituya una apropiación en buena medida indebida de algo que no necesariamente le pertenece, al menos en exclusiva, y respecto del que no puede proclamarse titular por el mero hecho, a veces fruto del azar, de que el elemento en cuestión se encuentre ubicado en su ámbito territorial.

Es evidente que la mayor o menor gravedad de la apropiación depende de dos factores; el uso que se haga de la misma, la restricción del derecho universal de disfrute que suponga, y la relevancia o dimensión cultural de los elementos.

Es éste el otro factor que fundamenta teóricamente la existencia de un patrimonio cultural común de la humanidad; el hecho de que las aportaciones más relevantes de la creatividad humana lo son al conocimiento general de todos los seres humanos, a todos les pueden ofrecer inspiración y deleite, trascienden de las circunstancias temporales y territoriales que rodearon su nacimiento.

Mientras que las creaciones más relevantes lo hacen para todas las personas, determinados elementos solo ofrecen esa posibilidad a personas con especiales dotes (expertos o especialistas) o a quienes mantienen una específica ligazón sentimental con el proceso creativo o las características de la obra creada.

Es por ello, además de por evidentes razones de eficacia, derivadas de la virtualidad del principio de subsidiariedad, por lo que se justifica asimismo, desde el punto de vista teórico, que junto a ese patrimonio común de la humanidad existan

patrimonios de menor ámbito, estatales o nacionales y eventualmente locales, y podamos hablar de un patrimonio cultural italiano, alemán, español o vasco.

La línea distintiva entre estos patrimonios menores y el universal la sitúa la Convención antes citada en torno al valor universal excepcional. Es obviamente una apelación a la subjetividad, aunque ya hemos visto que no muy distinta de las obrantes en algunas otras legislaciones.

En todo caso, y aún pudiendo recurrir a los criterios más objetivos que nos proporcionan algunos ordenamientos estatales, adaptados a la naturaleza y carácter de los elementos cuyo disfrute se pretende garantizar, no nos parece hoy por hoy desacertado que el consenso científico internacional articulado a través de órganos como el Comité del Patrimonio Mundial, sea el que vaya marcando criterios de delimitación que no nos corresponde a nosotros ofrecer en este marco.

1.4.2 El patrimonio nacional

Tal y como hemos visto en relación con el significado del término “cultura”, parece difícil encontrar una definición, que permita establecer barreras, fronteras o mecanismos de determinación precisa de si un elemento pertenece o no a una cultura determinada o si lo hace a varias simultáneamente. Es muy posible que tampoco sea deseable ni necesario, si no es en virtud de un prurito clasificador que puede no justificar, si no proporciona una especial utilidad, el esfuerzo y la posible amputación de perspectivas o valores a elementos a los que se prive de la inclusión en categorías con las que mantengan conexiones de cierta enjundia.

El concepto de patrimonio con el que nosotros trabajamos, conlleva la atribución a los titulares de particulares derechos en relación con los bienes (veremos en otro apartado cual es el contenido básico del derecho al disfrute del patrimonio cultural) y de especiales responsabilidades en orden a la preservación de los mismos y de sus valores. Esta conexión si que justifica a nuestro juicio que el esfuerzo clasificador que puede resultar superfluo o inconveniente en relación con la cultura, no lo sea tanto referido al patrimonio.

La seguridad jurídica, la delimitación precisa de responsabilidades y el ejercicio legítimo de los derechos exigen la determinación de sobre qué elementos recaen, so ena de privarlos de contenido y reducirlos a mera retórica vacía autocomplaciente.

Un primer problema relacionado con la definición del patrimonio nacional es el de la imposibilidad de utilizar en su delimitación el criterio que nos ha servido (de mejor o peor manera) para definir el patrimonio común de la humanidad, el del valor universal excepcional.

Imposibilidad parcial como veremos, ya que en alguna medida es el que intra stato van a utilizar muchas de las legislaciones como mecanismos de protección, la atribución a órganos de “expertos” con diferente carácter (normalmente con carácter de propuesta que sustenta después el acto administrativo), pero imposibilidad inter stato en la medida en que carecemos de órganos internacionales de arbitraje en este sentido y los expertos si tuviesen que decidir sin criterios objetivos prefijados, no dejarían de estar contaminados por su identidad nacional y su condición de jueces y parte.

Si que el criterio nos va a servir para distinguir el patrimonio universal o común del nacional, pero no hoy por hoy, para distinguir entre unos nacionales y otros.

Si descartamos la utilidad presente del referido nos vemos obligados, como es lógico, a buscar otros criterios delimitadores. En esta tarea no es posible desconocer las diferentes características que presentan dos tipos de patrimonio, el mueble y el inmueble. Mientras es el primero el que mayores problemas genera en este sentido, dado que es la movilidad, la posibilidad de ser transportado y ubicado en diferentes lugares, la característica que lo define por esencia, el segundo se caracteriza por su ligazón territorial, su ubicación fija e inamovible (salvo complicadas operaciones de traslado) y la dificultad de desconectarlo del ámbito territorial en el que surge.

El patrimonio inmueble ofrece por tanto un criterio de adscripción sencillo por un lado y cuyos efectos, desde la tradicional perspectiva de la territorialidad del derecho y la soberanía estatal, son difíciles de obviar.

Sería patrimonio cultural inmueble vasco, español, francés o chino el situado en territorio del estado o nación correspondiente, dejando a un lado lo ya señalado con respecto a los casos en que concurra un “valor universal excepcional”.

Naturalmente la controversia puede surgir aquí cuando nos encontremos ante ámbitos territoriales superpuestos, en cuyo caso el tradicional modo de resolución del conflicto es a través de las reglas de competencia intra o supraestatales (en el caso por poner un ejemplo de cesión de competencias en este terreno a la Unión Europea por parte de los estados que la integran) o en el caso de bienes ubicados en terreno no sujeto a soberanía estatal singular alguna (pensemos en el mar fuera de las zonas de dominio exclusivo, en la Antártida o el Polo Norte, en el espacio exterior, o incluso en otros planetas, por muy utópica que nos pueda parecer aquí y ahora la existencia de patrimonio cultural en tales ámbitos.

En todos estos supuestos habrá que estar a las reglas internacionales que definan la soberanía y administración de dichos espacios, sin perjuicio de que en un principio, y hasta que la actividad de los seres humanos en los mismos alcance niveles de ordinaria cotidianidad, pueda presumirse que cualquier creación cultural humana relevante tenga al menos el “*valor universal excepcional*” de su lugar de creación y pertenezca por tanto al patrimonio común de la humanidad.

Otro foco de posible controversia es el de los territorios de límites no claramente determinados, lo que tratándose de estados va a ocurrir en supuestos muy excepcionales, pero que puede ser más frecuente tratándose de territorios no soberanos y en todo caso cuando las fronteras administrativas no coincidan con las de presencia de una cultura o existencia de un pueblo a caballo sobre aquellas, caso más frecuente de lo que parece por todo lo que ya hemos señalado. Va a ser difícil aquí impedir que elementos similares puedan estar sometidos a diferentes regímenes jurídicos, aún y cuando pudiese predicarse de ellos la pertenencia a un patrimonio cultural común, como no sea a través de instrumentos de cooperación interestatal.

La fundamentación teórica de la adscripción territorial del patrimonio cultural es clara. Cuando el elemento patrimonial surge de manera fija e inamovible en un entorno concreto, éste pasa a formar parte de la obra, que no puede entenderse al margen del mismo, con el que forma una unidad, indisoluble sin merma de los valores del conjunto.

De pocos elementos podrá predicarse con mayor determinación la pertenencia al patrimonio de una comunidad humana como de aquellos que la han visto crecer y transformarse, que han visto a diferentes generaciones que compartían unos específicos rasgos de identidad cultural desarrollar sus actividades vitales y han formado parte, sea incluso con diferente significado, de la vida de todas ellas. Su significado cultural y su interés está además ligado a la población de cuyas actividades creativas y modos de vida nos proporciona testimonio e información.

Su inamovilidad obliga además a tener imprescindiblemente en cuenta, a la hora de garantizar una protección eficaz, las normas jurídicas del lugar de ubicación, las instituciones existentes y la sensibilidad de los habitantes del territorio, elementos todos ellos que abogan en pro de utilizar con carácter general el criterio territorial como elemento de adscripción al patrimonio nacional en el caso del patrimonio cultural inmueble.

El patrimonio mueble carece sin embargo de esa ligazón al territorio como entorno al que se encuentra inseparablemente unido, por más que el territorio pueda también formar parte de la obra, por ejemplo cuando ésta reproduce una determinada imagen del mismo como es el caso de los paisajes. Su movilidad permite que la obra siga proporcionando disfrute y deleite en lugar distinto del de creación y que sus valores e interés no sufran por ello con frecuencia merma alguna. La adscripción a uno u otro patrimonio nacional se ve así privada del vigor de un criterio que ya hemos destacado por su sencillez.

Existen dos diferentes posibilidades a la hora de utilizar criterios de conexión del patrimonio cultural mueble, recurrir a criterios relacionados con la obra, que se refieran a características de la misma, o criterios relacionados con el autor. Frecuentemente se suele recurrir a considerar patrimonio cultural vasco, por ejemplo, a las obras realizadas

por autores que se considere vascos. Así vimos ya que Dentici lo señalaba expresamente en relación con la música y no es ni muchísimo menos el único.

Ya hicimos en otro capítulo referencia a la cuestión y a los problemas que se suscitan en relación con unos y otros criterios. En principio consideramos que no existe necesidad de recurrir con exclusividad a ninguno de ellos sino en la medida en que lo exija la seguridad jurídica, habida cuenta que estamos tratando acerca de puntos de conexión para atribuir derechos y obligaciones. El resultado acumulativo coincidente de la utilización de varios y variados criterios nos proporcionará siempre conclusiones dotadas de mayor legitimidad y fundamentación.

Sin embargo los problemas se suscitan cuando la utilización de varios o variados criterios nos conduce a conclusiones diferentes o incluso contradictorias, incompatibles con esa seguridad que tiende a garantizar el derecho como valor básico y fundamental.

Ello nos obliga a determinar preferencias respecto de los criterios, sin olvidar en ningún caso que lo hacemos no con afán de colocar etiquetas, otorgando o denegando nacionalidades y raíces culturales, sino como mecanismo instrumental para construir un sistema jurídico que contribuya a la mejor garantía posible del derecho de todos los seres humanos a disfrutar del patrimonio cultural y la preservación de los objetos sobre los que recae.

En este sentido consideramos que deben utilizarse preferentemente criterios relativos a la obra frente a criterios referidos a la condición nacional del autor. No solo por mantener una cierta coherencia con los utilizados en la adscripción del patrimonio inmueble, que son enteramente referidos a la obra (y específicamente a su ubicación territorial), aunque desde luego es una razón a tener en cuenta, sino por creer que son más estables y seguros en el tiempo (no nos cansaremos de remarcar la necesidad de que el sistema sea intrínsecamente coherente y carente de contradicciones en la medida de lo posible), que los que se refieren a nacionalidades de los autores que son mudables e incluso muy controvertibles por más documentos acreditativos (documentos de identidad, pasaportes etc) de que se disponga.

No solo eso; si la razón que justifica la consideración de un elemento u obra como patrimonio cultural tiene que ver estrictamente con valores inherentes a la misma, con su calidad, simbolismo, valor testimonial, potencial informativo... parece que deberían ser criterios de la misma naturaleza los que nos guiasen a la hora de la caracterización nacional.

Los criterios referidos a la nacionalidad del autor tropiezan con un doble obstáculo fundamental, el hecho de la frecuente y sencilla mutación de la misma y su dependencia de la voluntad libérrima del creador. La nacionalidad puede cambiarse e incluso más de una vez a lo largo de la vida, adquiriéndose muchas veces algunas ajenas a las raíces culturales de autor y obra.

No parece muy razonable que un régimen jurídico del que derivan derechos y obligaciones a veces de gran relevancia económica, y que debe garantizar una cierta estabilidad y seguridad, se encuentre al albur del “capricho” de quien, por muchos derechos morales o de explotación económica de su creación que tenga, no puede tener la opción de jugar con los terceros.

Se plantea aquí el problema conocido de la atribución de la condición de patrimonio a la obra de creadores vivos, cuyos derechos no pueden desconocerse, pero no es tanto a él al que queremos referirnos, cuanto a la situación conflictiva que se crea cuando un autor gozó de diferentes nacionalidades a lo largo de su vida. ¿ Debe regularse la protección de su obra en función de la nacionalidad que ostentaba en el momento de creación de cada una, incluso si se encuentran ubicadas en un mismo lugar y en manos de idéntico propietario ?

¿ Que ocurre si en algún momento se vio privado de su nacionalidad por causas ajenas a su voluntad o si adquirió la condición de apátrida ? ¿ Que ocurre si ostentando una determinada nacionalidad, mantuvo su residencia permanente en estado distinto y se encuentran en él depositadas todas o buena parte de sus obras ? ¿ Que ocurre en los casos, por ejemplo de las obras literarias, en los que el soporte material es en realidad el elemento menos relevante y el principal, se produce en una lengua ajena al lugar de producción e incluso al de nacionalidad o residencia ?

Tampoco parece excesivamente justificado, si nos atenemos a la práctica común en relación con los bienes muebles, optar preferentemente por el criterio de nacionalidad en la autoría con respecto al de nacionalidad o residencia del poseedor o propietario.

Habitualmente, y a ello nos referimos acto seguido, en lo que hace a bienes muebles lo definitivo en orden al régimen jurídico a que se les somete es el lugar en que se ubican, conectado en la mayor parte de las ocasiones con la nacionalidad o al menos con la residencia de su titular civil. En elementos destinados a la circulación desde su origen, parece un tanto incongruente utilizar como referencia una nacionalidad del autor que puede haber sido ajena a la obra desde el principio, pudo realizarse en otro estado, haber sido inmediatamente adquirida por propietario extranjero y haber mudado de ubicación casi antes incluso de haber nacido.

Demasiadas cuestiones sin respuesta convincente.

Los criterios relativos a la obra cuentan con una ventaja adicional, la de la superior movilidad del bien mueble con respecto a la nacionalidad de creadores en la mayoría de los casos ya fallecidos. Esto permitiría resolver con mayor facilidad los

inevitables casos singulares producto de los imprevisibles e inimaginables azares de la vida, a través del simple traslado del bien en cuestión.

Es ésta una práctica, pese a las reticencias naturales de los depositarios, cada día más frecuente aunque en ocasiones no sea tan solo motivada por factores de protección del patrimonio, (recientemente el caso de la mujer bosquimana devuelta por Francia a Sudáfrica ha constituido un buen ejemplo, pero ahí queda la eterna lucha de Grecia por lograr la devolución de algunos de sus tesoros que se explotan, particularmente, en museos británicos).

Tradicionalmente ha sido un criterio relativo a la obra, el del lugar en que se encontraba, el de mayor predicamento y utilización por más que hayamos ya aludido a su insuficiencia. Sigue siendo todavía hoy un criterio de enorme predicamento toda vez que ningún estado renuncia a poner obstáculos a la circulación de bienes muebles de interés cultural, por más que sea únicamente la actual ubicación en su territorio, no pocas veces, fruto del azar, el único vínculo que relaciona al bien con dicho estado, y aunque sean elementos destinados por naturaleza y voluntad del autor a la libre circulación en el mercado.

Se trata de un criterio insuficiente porque dada la naturaleza movable de estos elementos no garantiza la seguridad jurídica y permite eventualmente que un elemento se vea sometido sucesivamente a regímenes jurídicos diferentes simplemente por su cambio de ubicación, por más que los traslados “ilegales” estén sometidos a reversión a través de tratados internacionales; y porque funda la adscripción patrimonial en un criterio ajeno al fundamento de la protección, a las razones por las que se considera necesario preservar el bien.

Además cada día resulta más sencillo el traslado de los bienes culturales con lo cual se incrementa la dificultad de determinar el lugar de ubicación, desde luego puede ser mucho más veloz cualquier traslado que la aplicación de uno u otro régimen jurídico, y existen cada día más ámbitos, pensemos en internet, en los que resulta extremadamente difícil precisar la localización de cualquier elemento. Si el principio de territorialidad está siendo puesto en cuestión en cada vez más ámbitos de la vida humana por el efecto de la “globalización” informativa y tecnológica, no vemos porque el Derecho va a ser una excepción, anclado en el apego a viejos dogmas que vieron la luz en sociedades diferentes.

Es un criterio, el del lugar de ubicación, guiado quizá por la perspectiva del “mal menor” o avalado por su sencillez y la fuerza singular, fruto de la inveterada tradición, del principio de territorialidad del Derecho, que consolida el azar o la potencia económica de las sociedades más desarrolladas en un contexto histórico determinado; que pretende relegitimar la incorporación ya realizada de los bienes a su patrimonio civil o económico, al suyo o al de sus ciudadanos más pudientes, a través de añadirle una consideración la de “patrimonio cultural propio” que no debería ser adquirible a través del vil metal.

Se trata en definitiva de un principio que favorece la confusión entre el patrimonio puramente civil, adquirido de forma legítima y sobre el que se ostentan determinados derechos en virtud de ello y el patrimonio cultural, entendido como la responsabilidad de velar por su preservación, garantizar su disfrute colectivo e imponer en su caso restricciones a su uso y disposición a su titular patrimonial civil.

En todo caso las alternativas tampoco ofrecen resultados plenamente convincentes. Si con respecto al patrimonio inmueble existía en la mayor parte de los casos una evidente ligazón del bien al territorio, que facilitaba considerar éste como elemento integrante hasta cierto punto del bien, y a la obra como testimonio de lo sucedido en el territorio durante su existencia, no sucede lo mismo con respecto al mueble. Cabría la posibilidad de establecer esa ligazón a través de la conexión del bien con una forma concreta de creación, un “estilo”, que refleje claramente el vínculo del bien con un pueblo o cultura determinada.

Es evidente que éste puede ser un criterio válido en determinados casos, nadie podrá negar la vinculación de unas determinadas costumbres, una determinada indumentaria, unos determinados utensilios, un determinado tipo de construcciones (pensemos en los igloos esquimales), unos determinados objetos hallados a través de la investigación arqueológica, unos determinados estilos artísticos que tuvieron un determinado lugar por epicentro o sede cuasiexclusiva, o incluso unos temas, o un modelo de obras (pensemos en las pirámides o en los moai de la Isla de Pascua) con un pueblo, una cultura o un Estado. En los casos en que pueda acreditarse la vinculación, no cabe duda de que este es un criterio a utilizar, quizá incluso preferentemente, por su íntima conexión con las razones por las cuales el bien es objeto de preservación.

Sin embargo es no menos evidente que no constituye un criterio aplicable con carácter general, que pueden encontrarse otros elementos que formen indudablemente parte del patrimonio cultural de ese pueblo (por utilizar un concepto englobador) y que no respondan a esas características sino a rasgos presentes en culturas circundantes o a formas universales de creación cultural, (esa aportación exterior tan relevante a la que ya hemos hecho mención en varias ocasiones), y que es también posible que aún y cuando ese “estilo” sea propio y característico, puedan encontrarse aplicaciones descontextualizadas que pertenezcan más en virtud de la preferencia de otros aspectos a otros patrimonios culturales. En muchas ocasiones pretender depurar en una obra lo que tiene de vínculo o conexión con un pueblo singular es, como sostenía Domínguez, un esfuerzo estéril, condenado al fracaso.

Hay determinados tipos de bienes culturales muebles en los que hay aspectos que nos permiten acudir a un criterio preferente por su potencial explicativo. Así sucede con los hallazgos arqueológicos, en los que sucede “velis nolis” lo que sucedía con los bienes inmuebles, que existe una conexión que integra bien y territorio de manera que se produce una merma del valor cultural del elemento si se desconecta de la realidad que contribuye a explicar.

Lo mismo sucede con las obras literarias, en las que por un lado el idioma en que se han realizado y por otro su contenido, permiten en muchas ocasiones adscribir las a un patrimonio cultural sin excesivas dificultades, si bien tropezamos aquí con la cuestión de cual es realmente el contenido patrimonial, habida cuenta no ya de la posibilidad sino del destino intrínseco de la obra a ser reproducida.

Item más ocurre con las manifestaciones culturales que se realizan únicamente en un determinado idioma, (pensemos en los bertsolaris o en los tantras) especialmente sino se trata de uno de los idiomas reconocido como lengua oficial en muchos estados, de esos pocos que adquieren carácter de lenguas internacionales.

El patrimonio documental tampoco genera a este respecto excesivas dificultades toda vez que el documento se constituye en elemento integrante de tal por su potencial informador respecto a determinados hechos, que suelen tener sede y protagonistas (en sentido colectivo) definidos. Los elementos integrantes del patrimonio etnográfico por su parte, tienen vinculación tan firme a un pueblo y un territorio que no generan especiales problemas.

En conclusión, podríamos sostener con carácter general que la adscripción de los bienes inmuebles al patrimonio cultural de un determinado pueblo, nación o Estado se realiza en función del lugar en que se encuentren ubicados. Su ligazón al territorio facilita por un lado la aplicación segura y estable de un mismo régimen jurídico si se opta por tal criterio, de forma además plenamente coherente con la condición del entorno territorial como elemento de interés y valor, integrante asimismo del bien, particularmente cuando se trata de un conjunto en el que la patrimonialidad cultural viene derivada de tal, más allá del interés específico y singular de cada uno de los elementos.

Los problemas y las controversias surgen en torno a la adscripción del patrimonio cultural mueble. Un cuadro de P. Picasso, pintor de origen español, nacionalidad francesa y residente pongamos que en Suiza en determinados períodos de su vida , ¿ pertenece al patrimonio cultural español, francés o suizo ? Una obra escrita por V. Nabokov, escritor de origen ruso, nacionalidad estadounidense y escrita en francés, pongamos que en lugar ajeno a cualquiera de estos, ¿ a qué patrimonio cultural pertenece ? Los restos de los galeones españoles naufragados en Florida mientras retornaban desde México con la rapiña de toda Centroamérica, ¿ pertenecen a España, México, E.E.U.U.....o a quien decida la legislación de cual de estos Estados ?

Alguien podrá sostener que no hay porque proscribir la pertenencia simultánea a varios patrimonios culturales y la responsabilidad compartida en su conservación, y no habría nada que oponer si no fuese por la existencia de regímenes jurídicos diversos, que suponen derechos y obligaciones distintos para los particulares y las Administraciones Públicas y ante los que hay que saber a qué atenerse.

En determinados patrimonios las soluciones vienen predeterminadas en la mayoría de los casos por la naturaleza de los elementos que los integran. Con independencia de donde se encuentre el documento, el libro, el escudo o el elemento de que se trate, no cabe duda de que es posible adscribirlo en función de las referencias de su contenido.

Otra cuestión es la de la posible colisión de esta adscripción con los derechos civiles de adquirentes legítimos, supuesto que habrá de resolverse según las reglas de derecho estatal e internacional que resulten aplicables y las dificultades que la territorialidad del Derecho conlleva en estos casos para la preservación, si no se reconoce algún tipo de potestad al Estado en que los elementos se hayan.

La vía de la utilización de mecanismos de colaboración interestatal, dejando a un lado el supuesto de que se trate de elementos que formen parte del patrimonio común de la humanidad, en cuyo caso debería reconocerse competencia sobre ellos a los organismos internacionales, con fundamento y cobertura en los correspondientes tratados internacionales bilaterales o multilaterales, puede ofrecer soluciones razonables a los problemas de este tipo.

Cuando el criterio a utilizar no viene predeterminado de forma nítida por la conexión del mismo con el fundamento de la protección, nos encontramos ante la necesidad de optar entre criterios de naturaleza diversa.

Fundamentalmente entre dos tipos diferenciados, los referidos de una u otra manera al elemento en sí mismo, y los referidos a características personales de su autor (o eventualmente de su propietario o titular de derechos sobre el mismo).

Por motivos de coherencia con el fundamento de la protección, con los criterios escogidos respecto del patrimonio inmueble, y de los ya reseñados bienes muebles en los que su naturaleza conlleva ya una determinada adscripción, consideramos que debe acudirse preferentemente a criterios relacionados con los bienes con preferencia sobre los referidos a las personas relacionadas con ellos.

De entre los varios referidos a los elementos constatamos la insuficiencia del lugar de ubicación como principio de catalogación. Tampoco los restantes criterios utilizables, el “estilo” o presencia de características de la obra que nos permitan conectarla con un pueblo en concreto por ejemplo, resuelven hoy por hoy los problemas de mayor enjundia, o proporcionan soluciones aplicables a todos los casos.

Creemos por tanto que a falta de instrumentos legislativos consensuados internacionalmente, debería utilizarse simultáneamente la combinación de los criterios

de este tipo que contribuya a una mejor conexión del bien con las razones por las que se considera digno de protección, estimulando desde luego la aproximación de las legislaciones nacionales y el establecimiento, hoy por hoy vía tratados, de un régimen jurídico internacional que minimice la inseguridad y los efectos derivados de una diferente adscripción patrimonial en los casos más controvertibles.

1.5 PATRIMONIO CULTURAL Y NATURAL

Hemos observado que la Convención Internacional que tiene por objeto específico la protección del patrimonio cultural no se refiere a éste en exclusiva sino también al natural.

Esto es debido, por supuesto, a que ambos mantienen una evidente relación, en la medida en que algunos de los elementos que integran el cultural, preferentemente desde luego los de carácter inmueble, pueden estar ubicados en entornos que formen parte del patrimonio natural de la humanidad, en la medida en que la conservación de alguno de ellos puede ser en muchos casos exigencia inexcusable para la supervivencia del otro, y en la medida en que pueden ser semejantes los instrumentos a través de los que debe realizarse la protección de ambos.

Sin embargo, todo esto no los identifica ni muchísimo menos, y por ello debemos realizar algunas consideraciones en torno a las diferencias que nos permiten singularizarlos con respecto al compañero de fatigas.

Dice la Convención antes referida que se considerará “patrimonio natural” (art.2) *“los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones, las geográficas o fisiográficas y los lugares o zonas naturales estrictamente delimitadas que constituyen el hábitat de especies animales y vegetales amenazadas y que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico o de la conservación de la belleza natural”*.

Al mismo tiempo se refiere al patrimonio cultural como integrado por tres tipos de elementos, **monumentos**, *“obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones en cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia del arte o de la ciencia”*, **conjuntos** *“ grupos de construcciones aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad o integración en el paisaje les da un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia”* y **lugares** *“ obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico”*.

Simplemente del tenor de las definiciones puede ya concluirse que el patrimonio cultural y natural se refieren a objetos diferentes.

El elenco de elementos que forman parte del patrimonio natural se caracteriza por tener un origen ajeno a la intervención humana, sin perjuicio de que ésta pueda haber surtido algún tipo de efectos sobre él.

(Un caso particularmente claro puede ser el que se produce cuando ha sido la intervención humana la que ha dado lugar a su “descubrimiento” o puesta a disposición del conocimiento humano, caso de las cuevas subterráneas con estalagmitas o estalagmitas.)

Así su interés y valor son generalmente ajenos a la información que puedan proporcionarnos sobre los modos de creación, producción o comportamiento humano, y derivan precisamente de su conservación como fenómenos naturales singulares, pese a la enorme transformación que nuestra actividad ha provocado en la naturaleza. Nos acerca al conocimiento de nuestro planeta, como condicionante espacial y sede material en que se desarrolla nuestra vida, más que al conocimiento de nuestra propia actividad. Las eventuales lesiones que puedan causarse al mismo, perjudican a nuestra especie al mismo tiempo que a las muchas otras con las que compartimos la Tierra, a algunas de forma mucho más directa y relevante que al propio ser humano.

El patrimonio cultural por el contrario es fruto directo de la actividad del ser humano. Exige su intervención creativa como condición “sine qua non” de su existencia, y su interés y valor derivan de la capacidad explicativa de su extensión y potencialidad. Proporciona información relevante sobre los modos de vida y producción de la sociedad en la que surgen, y no tiene origen casual sino que responde a la obra planificadora del genio de quienes lo produjeron.

Atentar contra el mismo no tiene por qué afectar necesariamente en modo alguno a especie diferente al ser humano, ni a las condiciones físicas de vida de éste, sino que tan solo empobrece su conocimiento sobre su propia capacidad, sobre la actividad de quienes le precedieron en el pasado, y dificulta su desarrollo cultural, su progreso en el conocimiento y en la creación de obras y elementos capaces de llenar su sensibilidad con sensaciones placenteras.

Cuestión diferente es que elementos integrantes del patrimonio cultural puedan estar ubicados en ámbitos que forman parte del patrimonio natural. Pese a lo que hemos señalado sobre la relevancia de su conservación “inmaculada” como criterio de primer orden (aunque no exclusivo ni mucho menos) a la hora de determinar la pertenencia al patrimonio natural, pueden encontrarse en él elementos que formen parte del patrimonio cultural, porque no hayan afectado de forma relevante a la preservación de esos valores naturales singulares que lo identifican o porque el entorno a considerar patrimonio

natural, por su dimensión explicativa del fenómeno que lo justifica o para la necesaria garantía de su supervivencia, es mayor del que propiamente mantiene esas características o valores.

También además de ubicarse elementos estáticos pueden desarrollarse actividades dinámicas de los seres humanos en el patrimonio natural de especial relevancia cultural.

De hecho una u otra utilización de ese espacio físico pueden por si solas alcanzar dimensiones patrimoniales desde el punto de vista de la cultura. La controversia puede suscitarse cuando esas actividades culturalmente relevantes producen efectos perniciosos con respecto a la preservación de los valores naturales del entorno en que se desarrollan.

(Lo cual, por antiguas que sean esas manifestaciones puede ser relativamente frecuente, por cuanto la actividad transformadora del ser humano sobre el medio, por más que haya multiplicado enormemente sus efectos en el último siglo, no es un fenómeno reciente, sino ligado a la propia existencia y supervivencia de la especie humana).

En estos supuestos habrá que distinguir cuales son los elementos que integran uno y otro patrimonio y evitar la posible interferencia de las medidas protectoras a adoptar desde uno y otro punto de vista, sobre la base de la colaboración entre los correspondientes responsables y sus técnicas e instrumentos de actuación siempre desde la perspectiva de una visión global inspirada al mismo tiempo en la superior dignidad de la vida humana y en la necesidad de mantener el equilibrio natural de los ecosistemas afectados.

2. EL DERECHO HUMANO AL DISFRUTE DEL PATRIMONIO CULTURAL

2.1 CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CULTURALES

Los derechos culturales no son ni mucho menos unos advenedizos, unos recién llegados al ámbito jurídico. Desde la inicial proclamación de alguno de ellos en las Declaraciones de Derechos de finales del XVIII, pasando por las constituciones de Querétaro y Weimar que *“son las primeras constituciones que formulan expresamente con amplitud y cierto detalle los derechos económicos, sociales y culturales”*, hasta llegar a su *“consolidación definitiva...con los documentos de ámbito universal nacidos al amparo de las Naciones Unidas y con los producidos en el ámbito regional”*, particularmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, su reconocimiento, con carácter controvertido eso sí, goza ya de una larga tradición estatal e internacional.

Un conocido sociólogo, Alain Touraine ha señalado que *“los problemas más visibles y los que dan lugar a los mayores conflictos, dramas y esperanzas, son hoy en día los problemas culturales”* y que *“la reivindicación de los derechos culturales tiene más fuerza que la de los derechos sociales”*.¹⁷⁵

Martínez de Bringas ha sostenido por su parte que *“los ejercicios de definición, clasificación, tipificación y estructuración de lo que son o puedan ser los derechos sociales, han sido desarrollados con gran solvencia y alta plausibilidad por la doctrina”*.¹⁷⁶

Sin embargo, otros autores se han referido a los derechos culturales denunciando que *“son los menos desarrollados por lo que atañe a su alcance, contenido jurídico y posibilidad de hacerlos respetar”*, que suelen calificarse *“como categoría subdesarrollada de derechos humanos”* y que aunque *“suelen enumerarse juntamente con los derechos económicos y sociales, reciben mucha menos atención y con suma frecuencia son completamente olvidados”*.¹⁷⁷

¹⁷⁵ TOURAINE A. *“Iguales y diferentes”* en Informe Mundial sobre la Cultura. Naciones Unidas. 2000. www.crim.unam.mx/cultura/informe. pag.1.

¹⁷⁶ MARTINEZ DE BRINGAS A. *Globalización y derechos humanos*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos nº 15. Universidad de Deusto. Bilbao. 2001. pag. 63.

¹⁷⁷ SYMONIDES J. *“Derechos Culturales: una categoría descuidada de derechos humanos”*. www.unesco.org

Tanto la doctrina, como diversos organismos internacionales¹⁷⁸ han planteado la necesidad de la elaboración de un inventario de derechos culturales.

*“La necesidad de su inventario o en otras palabras codificación, no puede ponerse en tela de juicio. No hace falta crear nuevos derechos, sino dilucidar, clarificar y preparar una lista de los derechos existentes ya proclamados, porque en ninguno de los instrumentos sobre derechos humanos existentes se da una enumeración completa de los derechos culturales y su contenido preciso sigue no estando claro”. Resulta difícil, “encontrar una constitución nacional que al enumerar los derechos económicos y sociales, contenga un capítulo que trate exhaustivamente de los derechos culturales”.*¹⁷⁹

Por otra parte, *“los derechos culturales están dispersos en un gran número de instrumentos, tanto universales como regionales, aprobados por las Naciones Unidas y por los organismos especializados. La carencia de un tratado de codificación o declaración da lugar a diversas maneras de articulación y agrupación. En algunos casos los derechos culturales se presentan como un agregado –como un derecho- el derecho a la cultura, o el derecho a participar en la vida cultural”.*¹⁸⁰ No es difícil coincidir en que *“a nivel supranacional, los derechos culturales siguen siendo una categoría viva, en progresiva evolución”*¹⁸¹.

Como proclama sin embargo el *“Plan de acción para mejorar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”*, del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (Apartado 4) *“la concretización de los derechos económicos, sociales y culturales sigue planteando enormes dificultades, no solo porque es muy poco lo que ha hecho la comunidad internacional hasta el momento, sino también por la complejidad de las cuestiones que han de abordarse.”*

Esta complejidad *“es consecuencia no solo de la naturaleza misma de los derechos, sino también de la enorme desigualdad en los niveles de desarrollo económico alcanzados, los efectos de la mundialización en las economías nacionales y la contracción del papel que desempeña el Estado. Sin embargo estas dificultades no hacen más que destacar la importancia de elaborar métodos constructivos y concebidos con mayor precisión para promover estos derechos. En un mundo en el que no se preste la debida atención a los derechos económicos, sociales y culturales ya no podrán desarrollarse los derechos civiles y políticos. Por consiguiente, esto supone una amenaza para los postulados fundamentales en que se apoya el sistema internacional de derechos humanos....”*

¹⁷⁸ Comisión Mundial sobre la Cultura y el Desarrollo. Informe *“Nuestra diversidad creativa.”*

¹⁷⁹ SYMONIDES J. *“Derechos Culturales: una categoría descuidada de derechos humanos”.*

www.unesco.org.

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ LOPEZ BRAVO C. op. cit. pag. 141.

Esa concretización compleja es la que nos va a ocupar en este capítulo, con respecto al que hemos denominado, “*derecho humano al disfrute del patrimonio cultural*”, derecho a cuya esencia, existencia, naturaleza y características nos vamos a referir, porque asumimos con Symonides, respecto de los derechos culturales, que “*sin que sean reconocidos y observados...no puede garantizarse la dignidad humana ni pueden hacerse plenamente efectivos otros derechos humanos*”.¹⁸²

La Constitución española de 1978 no reconoce expresamente la existencia de un derecho humano al disfrute del patrimonio cultural. Aunque el artículo 44 si reconoce el derecho a la cultura, “*los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho*”, su referencia más directa a la materia es la contenida en el artículo 46, artículo ubicado, con las importantes consecuencias que esa ubicación conlleva, en el capítulo tercero del Título Primero, “*De los principios rectores de la política social y económica*”, y que literalmente dispone que “*los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La Ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.*”

Es ésta línea de considerar el patrimonio cultural como una riqueza a proteger por el Estado, pero sin conectarla inmediatamente con un derecho atribuido a ciudadanos o colectividades la más seguida por las constituciones más modernas.

En Europa son ejemplos de esta tendencia, además de todas las constituciones anteriores a los años 70, la Constitución de Grecia de 1975 y la de Portugal de 1976 en las que sin embargo se hace especial hincapié en la obligación que supone para el Estado, (art. 24.1 de la griega “*constituye obligación del Estado la protección del ambiente natural y cultural*”, art.78 de la portuguesa, “*el estado tendrá la obligación de preservar, defender y aprovechar el patrimonio cultural del pueblo portugués*”) la Constitución de Andorra de 1993, que en su artículo 34 dispone que “*el Estado garantizará la conservación, promoción y difusión del patrimonio histórico, cultural y artístico de Andorra*”, la de Bulgaria de 1991, que señala sucintamente (art. 23) que “*el Estado vela por la conservación del patrimonio nacional, histórico y cultural*” y la de la Federación de Rusia de 1993 que establece (artículo 44.3) que “*toda persona debe preocuparse por el mantenimiento del patrimonio histórico y cultural, y cuidar los monumentos de la historia y la cultura*”, caso especialmente interesante por lo inédito que resulta hacer más hincapié en la obligación de los ciudadanos de proveer al mantenimiento del patrimonio, que en considerarlo derecho que los mismos tienen posibilidad de exigir.

El primer párrafo del artículo reseñado de esta misma Constitución, contiene además una no menos interesante referencia (extremadamente genérica eso si) a que “*toda persona tiene derecho a participar en las actividades culturales y hacer uso de las instituciones de la cultura y el acceso a los valores culturales*”.

¹⁸² SYMONIDES J. op. cit.

Aunque algunos autores han llegado a considerar que “*en el ámbito occidental hay normas constitucionales expresamente tuteladoras de un derecho al patrimonio cultural*”,¹⁸³ poniendo como ejemplo la Constitución Italiana de 1947, “*auténtico paradigma del Patrimonio Histórico-Artístico, del Patrimonio Cultural como valor-guía del constitucionalismo contemporáneo*”,¹⁸⁴ consideramos por nuestra parte que se trata de una visión excesivamente optimista, con independencia del desarrollo legislativo a que posteriormente puedan haber dado lugar.

Recordemos el tenor literal del tan alabado artículo 9 de esta Constitución, “*la república promueve el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica. Tutelará el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación*”, y observaremos que no hay expresa referencia a derecho alguno, ni a sus sujetos, ni a su objeto, contenido o exigibilidad. Encaja esta Norma Fundamental en el marco de las que aquí encuadramos en la tendencia preservadora del patrimonio como principio inspirador de la política estatal.

La Constitución de Brasil de 1988 (artículo 215) proclama sin embargo que “*El Estado garantizará a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y el acceso a las fuentes de la cultura nacional, y apoyará e incentivará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales*”,¹⁸⁵ y su artículo 231 “*reconoce la organización social, las costumbres, lenguas, creencias y tradiciones de los pueblos indígenas y sus derechos a las tierras que han ocupado tradicionalmente*”.¹⁸⁶

Naturalmente y por lo que afecta a nuestro objeto de investigación, habría que determinar si el disfrute del patrimonio cultural es uno de esos derechos culturales, y si en tal condición lo es de “*todos*”, (delimitando quienes son éstos) y en qué medida.

La Constitución de Colombia de 1991 en su artículo 72, la referencia más global a la materia de las varias que contiene, dispone que “*el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La Ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.*”¹⁸⁷

¹⁸³ LOPEZ BRAVO C. op. cit. pag. 138.

¹⁸⁴ Ibidem, pag 138.

¹⁸⁵ V.V.A.A. *Derechos de los Pueblos indígenas*. Ed. Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 1998, pag. 415.

¹⁸⁶ ANAYA S.J. “*Los derechos de los pueblos indígenas*” en GOMEZ ISA F. (dir) y PUREZA J.M. *La protección internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI*. Ed. Universidad de Deusto. Bilbao. 2004, pag. 715.

¹⁸⁷ V.V.A.A. *Derechos de los Pueblos indígenas*. Ed. Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 1998, pags. 417-418.

La vigente Constitución de Cuba (art. 39.h) señala que “*el Estado defiende la identidad de la cultura cubana y vela por la conservación del patrimonio cultural y la riqueza artística e histórica de la nación*”.

La Constitución de México de 1992, en su artículo 4, significativamente ubicado en el capítulo I “*De las garantías individuales*” del Título Primero, señala por su parte que “*la Nación mexicana tiene una composición pluricultural, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas especiales de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado....*”¹⁸⁸

Paraguay en su norma constitucional de 1992 sigue una línea similar. En virtud del artículo 63, “*queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho asimismo a aplicar libremente sus sistemas de organización política, económica, cultural y religiosa...siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución*”, y en virtud del 66 “*el Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas, especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá además a su defensa contra...y la alienación cultural.*”¹⁸⁹

La Constitución de Ecuador por su parte (Art. 62) proclama que “*la cultura es patrimonio del pueblo y constituye elemento esencial de su identidad*” y que el Estado “*establecerá políticas permanentes para la conservación, restauración, protección y respeto del patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza artística, histórica, lingüística y arqueológica...*”

Finalmente, la Constitución de Argentina de 1994 dispone en su artículo 41 (párrafo segundo) que “*las autoridades proveerán a la protección de este derecho (el derecho a un ambiente sano y equilibrado) a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales*”.

Sin embargo no es inédita, aunque si excepcional en derecho constitucional comparado, la consideración expresa del disfrute del patrimonio cultural como derecho humano.

La antigua Constitución de Venezuela, anterior al bolivarismo de Chavez, (art.99) disponía literalmente que “*los valores de la cultura constituyen un bien irrenunciable del pueblo venezolano y un derecho fundamental que el Estado*

¹⁸⁸ Ibidem, pag.423.

¹⁸⁹ Ibidem, pags. 425-426.

fomentará y garantizará, procurando las condiciones, instrumentos legales, medios y presupuestos necesarios”.

La Constitución de Guatemala de 1985 señala en su artículo 58, enmarcado en el capítulo II “*Derechos Sociales*” del Título Segundo “*Derechos Humanos*” que “**Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.**”¹⁹⁰

La Constitución de Nicaragua, tras su reforma de 1995 recoge en su artículo 90 que “*Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen **derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura.** El desarrollo de su cultura y sus valores enriquece la cultura nacional. El Estado creará programas especiales para el ejercicio de estos derechos.* El artículo 180, también en referencia a las Comunidades de la Costa Atlántica, dispone que “*Asimismo (el Estado) garantiza la preservación de sus culturas y lenguas, religiones y costumbres*”.¹⁹¹

La Constitución de Perú de 1993 por su parte, reconoce en el artículo 2.19 que “***toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación***”.¹⁹² Y la de Bolivia de 1994 en su artículo 171 en sede de “*Régimen Agrario y Campesino*”, establece que “*Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, **los derechos sociales económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional...garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.***”

A nivel legislativo, la Ley 13/1985 de 6 de Julio, de Patrimonio Cultural Portugués, en su artículo 2.1 configura como “*derecho y deber de todos los ciudadanos, preservar, defender y valorizar el patrimonio cultural del pueblo portugués*” y la Ley 19253 de 1993 de Chile, la “Ley Indígena”, proclama (art.7) que “*el Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público*” y que “*el Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, que forman parte del patrimonio de la Nación chilena*”.

En el artículo 19 se reconoce a los indígenas “*el derecho a ejercer comunitariamente actividades en los sitios sagrados o ceremoniales, cementerios, canchas de guillatún, apachetas, campos deportivos y otros espacios territoriales de uso cultural o recreativo, que sean de propiedad fiscal*” y en el 28, que el “*reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contemplará:...la promoción de las expresiones artísticas y culturales y la protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena*”.¹⁹³

¹⁹⁰ Ibidem, pag. 407.

¹⁹¹ Ibidem, pags. 410-411.

¹⁹² Ibidem, pag. 429.

¹⁹³ Ibidem, pags. 469-500.

La Resolución n° 3 por la que se aprueba en Panamá el proyecto de Carta Orgánica del pueblo Emberá y Wounaan, que reglamenta la administración de la comarca de tal nombre, creada por la Ley 22 de 8 de Noviembre de 1983, de carácter similar a lo que en el ordenamiento jurídico español sería un estatuto de autonomía, es un documento digno de mención por variados motivos, en relación con la cuestión que nos ocupa.

Si bien no contiene referencias expresas a un “*derecho al disfrute del patrimonio cultural*”, son varios los derechos que reconoce directamente derivados del mismo o íntimamente relacionados con él como por ejemplo el derecho de propiedad intelectual de la música y arte del Pueblo Embera y Wounaan, de titularidad colectiva, dirigido a garantizar su preservación y disfrute, entre innumerables disposiciones garantistas.

Así se encomienda a distintas autoridades tradicionales, “*velar, proteger y sancionar a los que atenten contra la integridad cultural y territorial del Pueblo Embera y Wounaan*” (art.38.18), de donde podemos deducir la existencia de un derecho colectivo a la integridad cultural, “*velar, proteger y conservar los bienes y patrimonio cultural de la Comarca*” (art. 41.13), o “*promover, conservar y proteger el desarrollo de la cultura Embera y Wounaan*”.¹⁹⁴

También se establece que el Congreso General del Pueblo, con respecto a los recursos naturales, “*reglamentará su protección, conservación, uso, explotación y utilización racional, a fin de proteger el Patrimonio Cultural en que se desarrolla el pueblo*” (art.105), y que tendrá también como competencia la “*guarda y protección del Patrimonio Cultural*”, (art.116) así como, junto al resto de órganos y autoridades, “*promover actividades para recuperar y fortalecer la memoria histórica y científica del Patrimonio Cultural*” (art.121) y “*garantizar la custodia, conservación y protección*” de los “*sitios y objetos arqueológicos, documentos históricos, lugares santos, y cualquiera otros bienes que sean testimonios de la grandeza de los antepasados y el origen del Pueblo*” (art.122).

El Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua, Ley 28 de 1987, es harto explícito en su artículo 11 a la hora de reconocer que “*los habitantes de las Comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a:*

2)*Preservar y desarrollar sus lenguas, religiones y culturas.*

5) *La educación en su lengua materna y en español, mediante programas que recojan su patrimonio histórico, su sistema de valores, las tradiciones y características de su medio ambiente...* y en su artículo 12 que “*tienen el derecho de definir y decidir su propia identidad étnica*”.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Ibidem, pags. 505-560.

¹⁹⁵ Ibidem, pags. 563-575.

Un último elenco de normas que se refieren a la cuestión en diversos Estados, son los “*acuerdos de paz*” suscritos entre los respectivos gobiernos y grupos político-militares representativos de comunidades indígenas, particularmente el “*Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas de Guatemala*” suscrito en México D.F. el 31 de Marzo de 1995 entre el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (U.R.N.G.) y el “*Acuerdo de San Andrés de Larrainzar sobre Derechos y Cultura Indígena*”, suscrito el 16 de Febrero de 1996 entre el Gobierno Federal de México y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (E.Z.L.N.).

El primero de ellos, reconoce en su Preámbulo así como en su apartado I.4, “*la identidad y los derechos políticos, económicos, sociales y culturales de los pueblos maya, garifuna y xinca*” y señala que forma parte de la misma “*una cultura común basada en los principios y estructuras del pensamiento maya, una filosofía, un legado de conocimientos científicos y tecnológicos, una concepción artística y estética propia, una memoria histórica colectiva propia...*” (apartado I.2.iv), “*el derecho al registro de nombres, apellidos y toponimias, el derecho a cambiar los nombres de los lugares donde residen,*” (apartado III.3.B), “*el respeto debido a los guías espirituales indígenas, así como a las ceremonias y lugares sagrados*”, (apartado III.3.C.2), “*el valor histórico y la proyección actual de los templos y centros ceremoniales como parte de la herencia cultural, histórica y espiritual maya y de los demás pueblos indígenas*”. (Apartado III.3.D.1)¹⁹⁶

Asimismo se reconoce el derecho de los pueblos mayas, garifuna y xinca “*de participar en la conservación y administración de estos lugares*” (templos y centros ceremoniales de valor arqueológico) y se asume el compromiso de reglamentar el acceso a ellos de manera que se “*garantice la libre práctica de la espiritualidad indígena*”. (Apartado III.3.D.4).

Otro de los derechos explícitamente reconocido en sede de derechos culturales es el “*derecho constitucional al uso del traje indígena en todos los ámbitos de la vida nacional*”. (Apartado III.3.E). Finalmente resulta de notable interés la distinción entre el “*patrimonio cultural indígena*” y el “*patrimonio cultural universal*” (reconocimiento expreso de la existencia de éste) a la hora de determinar las disposiciones a adoptar en relación con los medios de comunicación públicos y privados para promover la difusión y el conocimiento de ambos.

El Acuerdo de San Andrés de Larrainzar de 1996 compromete al Gobierno Federal de México (Documento 1) a promover el reconocimiento del “*derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas*”, que “*se ejercerá en un marco constitucional de autonomía*” que “*permitirá alcanzar la efectividad de los derechos sociales, económicos, culturales y políticos, con respeto a su identidad*”.(Apartado 3).

¹⁹⁶ Ibidem, pags. 585-588.

Establece por otro lado la “*necesidad de avanzar hacia un orden jurídico nutrido por la pluriculturalidad*” y de forma hasta cierto punto novedosa, que “*las modalidades tradiciones de aprovechamiento de los recursos naturales que ponen en práctica los pueblos y comunidades indígenas, forman parte de sus estrategias de legislación, del derecho de los pueblos y comunidades indígenas a recibir la indemnización correspondiente cuando la explotación de los recursos naturales que el Estado realice ocasione daños en su hábitat que vulneren su reproducción cultural*”. (Apartado 4).

También se prevén mecanismos compensatorios para la eventualidad de daño producido e imposibilidad de reparación. En esta línea, el Gobierno asume el compromiso de reconocer en la Constitución las demandas indígenas, “*que deben quedar consagradas como derechos legítimos*” entre ellas (Apartado 5.1.d) “*derechos culturales, para que desarrollen su creatividad y diversidad cultural y la persistencia de sus identidades*”.¹⁹⁷

En el marco de las “*Propuestas Conjuntas de Gobierno y E.Z.L.N. a las Instancias de Debate y Decisión Nacional*” (Documento 2 del Acuerdo), se propone (Apartado II-6) que se modalice y garantice el libre ejercicio del “*derecho a desarrollar formas específicas de organización social, cultural, política y económica*”, y se reconoce como derecho “*la promoción del desarrollo de los diversos componentes de la identidad y patrimonio cultural*” y la de “*las lenguas y culturas, así como sus costumbres y tradiciones, tanto políticas como sociales, económicas, religiosas y culturales*”.

Del mismo modo (Apartado III-3) “*se estima necesario elevar a rango constitucional el derecho de todos los mexicanos a una educación pluricultural que reconozca, difunda y promueva la historia, costumbres, tradiciones y, en general, la cultura de los pueblos indígenas, raíz de nuestra identidad nacional*”, “*se ratifica el derecho a la educación bilingüe e intercultural de los pueblos indígenas*” y se atribuye a los medios de comunicación el carácter de “*instrumentos clave para el desarrollo de sus culturas*” por lo que se reclama una ley que permita a los pueblos indígenas adquirirlos y administrarlos, aunque (Apartado V) sin olvido del “*fomento a la cohesión cultural*”.¹⁹⁸

Entre las reformas legislativas necesarias para estos fines (Apartado V) se señala la de asegurar “*el derecho de los pueblos indígenas a la protección de sus sitios sagrados y centros ceremoniales, y al uso de plantas y animales considerados sagrados de uso estrictamente ritual*”, y la de “*legislar sobre los derechos de los pueblos indígenas al libre ejercicio y desarrollo de sus culturas y su acceso a los medios de comunicación*.”

¹⁹⁷ Ibidem, pags. 605-616.

¹⁹⁸ Ibidem, pags. 624-628.

Específicamente para el Estado de Chiapas, se considera necesaria una reforma constitucional que reconozca y garantice “los derechos fundamentales de los pueblos indígenas”, entre los que se menciona expresamente “el derecho al uso, promoción y desarrollo de sus lenguas y culturas, así como de sus costumbres y tradiciones, tanto políticas como sociales, económicas, religiosas y culturales”, “el derecho a practicar, ejercer y desarrollar sus formas específicas de organización política, económica y social”, “el derecho a la realización de peritajes antropológicos a fin de tomar en cuenta los usos y costumbres o cualquier elemento cultural que pudiera influir en la sentencia”, “el derecho a que se respeten, promuevan y difundan los elementos significativos de la cultura indígena”, y “el derecho al uso del traje indígena”.¹⁹⁹

Entre otras medidas de protección de la identidad cultural indígena que se consideran necesarias está además “la revisión de los programas, libros de texto y materiales didácticos destinados a los niños mexicanos, para que reflejen y propicien el respeto hacia la pluralidad cultural de nuestro País” y que “los libros de historia ofrezcan una información equitativa, exacta e instructiva de la sociedad y cultura de los pueblos indígenas”, “la creación de centros de estudio superiores que fomenten el estudio y la divulgación de la riqueza cultural indígena” y “recomendar a las instancias federales y estatales **la ampliación del concepto de patrimonio** para abarcar las expresiones intangibles de la cultura tales como la música, el teatro, la danza etc”.

Se proclama asimismo que “una condición fundamental del desarrollo cultural es la relación de los pueblos indígenas con la tierra” y que “los saberes de los pueblos indígenas constituyen un acervo importante de su cultura, y son esenciales para el desarrollo de la humanidad en muchísimos ámbitos, como el de la medicina”. Su respeto adquiere así carácter de “criterio fundamental e ineludible en la formulación de las políticas y programas estatales y federales”

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se refiere en su artículo 22 al derecho de toda persona a “obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”, y en el 27 a que “toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”.

En el marco del mismo sistema institucional de Naciones Unidas, el texto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 traduce el mandato de la D.U.D.H. en (art.15) “reconocer el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” y en comprometer a los Estados-Partes a “respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora”.

¹⁹⁹ Ibidem, pags. 632-648

No hay pues referencia expresa en él al patrimonio cultural. Tampoco podemos encontrarla en el coetáneo Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque podríamos entenderla implícitamente incluida en su única referencia a la cuestión, que es la del artículo 27 al derecho de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas *“a disfrutar de su propia cultura y a profesar y practicar su propia religión y a utilizar su propio idioma”*.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, sigue la misma línea, cuando en su artículo XIII dispone que *“toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos”*.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *“Protocolo de San Salvador”*, apenas matiza el reconocimiento anterior añadiendo tan solo la *“vida artística”* a la cultural (¡cómo si fuesen diferentes!) y una mención relevante, eso si, a que entre las medidas que los Estados deberán adoptar *“para asegurar el pleno ejercicio de este derecho”*, figurarán *“las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.”*

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 si que proporciona referencias adicionales. Una primera al derecho de las personas *“a preservar y fortalecer los valores culturales africanos positivos (con la obvia incógnita de lo que hay que considerar positivo y lo negativo en contrapartida) en sus relaciones con otros miembros de la comunidad”*, y sobre todo una expresa al derecho de todos los pueblos a su *“desarrollo cultural con el debido respeto a su libertad e identidad y dentro del disfrute igualitario del patrimonio común de la humanidad”*. (Art.22)

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 también se refiere a los *“derechos culturales”* de dichos pueblos, encomendando a los gobiernos acciones que promuevan su *“plena efectividad, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones”*. (Art.2). En la aplicación del Convenio además se dispone expresamente que *“deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos”*. (Art. 5).

Los Estados firmantes reconocen a los pueblos indígenas, *“el derecho de decidir las propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual”* y el de *“controlar, en lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”*. (Art.7.1) A tal efecto los gobiernos deberán velar porque *“se efectúen estudios... a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente de las actividades de desarrollo”*. (Art.7.3)

Asimismo tienen “*el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias*”, siempre que no sean incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos o con los derechos fundamentales, (art.8) y en virtud de ese derecho deben aplicarse la legislación nacional y modalizarse las sanciones penales.

El Convenio reconoce “*la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios*” (art.13) e impone a los gobiernos firmantes su respeto. Del mismo modo impone reconocer “*como factores importantes del mantenimiento de su cultura*”, la artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia y añade que debe facilitárseles una asistencia técnica y financiera apropiada, “*que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de los pueblos*”. (Art. 23)

Finalmente se dispone que los programas y los servicios de educación “*deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores, y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales*”, (art.27) y los gobiernos deben adoptar “*medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos*”, a efectos de darles a conocer sus derechos y obligaciones.

La Recomendación de la UNESCO sobre el “*Intercambio Internacional de Bienes Culturales*” de 1976, toma como punto de partida el de que “*todos los bienes culturales forman parte del patrimonio común de la humanidad*”, mención casi literalmente repetida por la Recomendación sobre “*La Protección de los Bienes Culturales Muebles*” de 1978 en que se refiere a tales bienes señalando que “*los que representan las diferentes culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad y por está razón cada Estado es moralmente responsable de su salvaguardia ante toda la comunidad internacional*”.

La “*Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional*”, proclamada en 1966 por la Conferencia General de la UNESCO, reconoce asimismo que “*todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su cultura*” (art. I.2) y que “*en su fecunda variedad, en su diversidad y por la influencia recíproca que ejercen unas sobre otras, todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad*”. (Art. I.3).

La cooperación cultural internacional tendría entonces el objeto de “*hacer que todos los hombres tengan acceso al saber, disfruten de las artes y de las letras de todos los pueblos, se beneficien de los progresos logrados por la ciencia en todas las regiones del mundo y de los frutos que de ellos derivan, y puedan contribuir, por su parte, al enriquecimiento de la vida cultural*”, (art. IV.4) y constituiría “***un derecho y un deber***”

de todos los pueblos y todas las naciones, los cuales deben compartir su saber y sus conocimientos”.

La “*Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas*”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 47/135 de 1992, por su parte, dispone que “*los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad*” (Art. 1.1) y especialmente que “*las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo*” (Art. 2.1).

Del mismo modo proclama que “*las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública*” (art.2.2), que esos derechos se pueden ejercer “*individualmente, así como en comunidad con los demás miembros de su grupo, sin discriminación alguna*” (art.3.1), y que “*los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales*” (art.4.2), “*a fin de promover el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías que existen en su territorio*”. (Art.4.4).

Se proclama también, finalmente, que “*las personas pertenecientes a minorías deberán tener oportunidades adecuadas de adquirir conocimientos sobre la sociedad en su conjunto*”. (Art.4.4).

La Resolución de la Asamblea General 54/160 de 2000 sobre “*Derechos Humanos y diversidad cultural*” por su parte reconoce que “*toda cultura tiene una dignidad y un valor que merecen ser reconocidos*” y que “***todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad***”, afirma “*la importancia de todos los pueblos y naciones a mantener, desarrollar y proteger su patrimonio cultural*”, (ejemplo manifiesto de traducción gramaticalmente incorrecta) e insta a los Estados a que “*reconozcan y respeten la diversidad cultural*”.

La Recomendación sobre la Educación para la Comprensión, la Cooperación y la Paz Internacional y la Educación relativa a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en 1974, establece que “*los Estados Miembros deberían promover, en las diversas etapas y en los diversos tipos de educación, el estudio de las diferentes culturas, sus influencias recíprocas y sus perspectivas y modos de vida; a fin de estimular el reconocimiento recíproco de sus diferencias. Este estudio debería, entre otras cosas, dar la debida importancia a la*

enseñanza de los idiomas, las civilizaciones y los patrimonios culturales extranjeros como un medio de promover la comprensión internacional e intercultural.” (Recomendación 17^a).

Finalmente la UNESCO ha aprobado en su 31^a reunión, celebrada en París en Octubre de 2001, una importante “*Declaración sobre la Diversidad Cultural*”, en la que señala que ésta última “*constituye el patrimonio común de la humanidad*” (art.1) y que su defensa “*es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana*” (art.4) y sobre todo la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, de 20 de Octubre de 2005, en cuyo Preámbulo se proclama que “*la diversidad cultural constituye un patrimonio común de la humanidad que debe valorarse y preservarse en provecho de todos*” y se recalca su importancia “*para la plena realización de los derechos humanos y libertades fundamentales*”.

También la Carta de la Unión Europea sobre Derechos Fundamentales, aprobada en la cumbre de Niza, se refiere a ella en su artículo 22, “*la Unión respetará la diversidad cultural, religiosa y lingüística*”, sucinta referencia que no nos permite, pese al criterio contrario de Brezigar, deducir que se haya convertido en un derecho, siendo “*la primera vez que esto ocurre en un documento internacional*”²⁰⁰.

Algún autor ha considerado específicamente “*una contribución original de la UNESCO al desarrollo del concepto de derechos culturales*”, la “*proclamación del derecho a la protección del patrimonio cultural*”.²⁰¹

El documento de clausura de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de Copenhague de 1990, enumera como derecho cultural específico de las personas pertenecientes a minorías nacionales, el de preservar y desarrollar su identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa, lo mismo que la Carta de París para una Nueva Europa derivada de una reunión de la O.S.C.E. del mismo año y la Convención-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales del Consejo de Europa de 1992.

Symonides considera a este respecto que “*el nivel de protección de los derechos culturales de las personas pertenecientes a minorías en Europa es mucho más elevado que el nivel universal*” y que “*de hecho, se puede hablar del surgimiento de un nuevo derecho regional específico en esta esfera.*”²⁰²

No podemos dejar de aludir por último, a documentos que si bien carecen por completo del aval de los correspondientes ordenamientos jurídicos, proporcionan el

²⁰⁰ BREZIGAR B. *El papel de las lenguas minoritarias en Europa: su situación actual y su futuro*. Rev. Hermes, pag. 23.

²⁰¹ SYMONIDES, J. “*Derechos Culturales: una categoría descuidada de derechos humanos*”.

www.unesco.org. Pag. 8.

²⁰² Ibidem, pag. 10.

resultado de la reflexión de expertos muy cualificados o representan el parecer de diversas colectividades humanas carentes de la posibilidad de trasladar su sentir a aquellos.

La Declaración de Barbados *“Por la Liberación del Indígena”* de 30 de Enero de 1971, resultado de un simposium de antropólogos sobre *“Fricción interétnica”*, concluye que *“el Estado debe garantizar a todas las poblaciones indígenas el derecho de ser y permanecer ellas mismas, viviendo según sus costumbres y constituir entidades étnicas específicas”*, y *“el derecho a organizarse y regirse según su propia especificidad cultural”*²⁰³.

La Declaración de Kari-Oca y la *“Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas”* de 1992, emanadas de la *“Conferencia Mundial de los Pueblos Indígenas sobre Territorio Ambiente y Desarrollo”*, proclaman por un lado *“el derecho de los pueblos indígenas a la propia identidad cultural”*, y por otro la existencia de derechos colectivos de los mismos, entre los que se incluyen, *“el derecho a expresar las formas tradicionales de vida”*, *“el derecho a expresar sus formas espirituales de vida”*, *“el derecho a la propiedad territorial como totalidad viviente en relación permanentemente vital con nuestra cultura”*, *“la protección de los sitios sagrados y ceremoniales como patrimonio de los pueblos indígenas y de la humanidad”*, *“la protección del conocimiento tradicional sobre hierbas y plantas y garantía de su transmisión a las futuras generaciones”*, *“la garantía de su derecho a la propiedad intelectual y cultural”*, y *“la protección de los mecanismos de creación artística y artesanal”*, reclamando la creación por las Naciones Unidas de *“un tribunal para revisar la destrucción cultural de los pueblos indígenas”*.²⁰⁴

La Declaración de los Derechos Intelectuales y Culturales de los Pueblos Indígenas de Mataatua (Nueva Zelanda) de 1993, resultado de la I *“Conferencia Internacional”* sobre la materia, proclama que los pueblos indígenas, *“al ejercer sus derechos deben ser reconocidos como los dueños exclusivos de su propiedad cultural e intelectual”*, que *“tienen derecho a crear nuevos conocimientos basados en las tradiciones culturales”* y recomienda *“el regreso de los objetos culturales indígenas a sus dueños tradicionales”*.²⁰⁵

Finalmente la Declaración de Copenhague de 1996, resultado del *“Encuentro Abya Yala”*, *“reafirma que la conservación de la diversidad cultural de nuestros pueblos indígenas es también patrimonio de la humanidad”*. (En la misma línea, también es digna de mención la Declaración de Kuna Yala, Panamá, sobre la creación de un Foro Permanente de los Pueblos Indígenas en la ONU.)

En el ámbito de documentos administrativos que inspiran la política de las instituciones, podemos recoger también la referencia que a la cuestión realiza el Plan

²⁰³GOMEZ ISA F. op. cit. pags. 651-657.

²⁰⁴ Ibidem, pags. 659-671.

²⁰⁵ Ibidem, pags. 673-678.

Vasco de la Cultura que manifiesta que “*la cultura no fue un bien explícitamente protegido por la ley hasta el mismo siglo XX (algo que en alguna medida requeriría matices, según lo que señalaremos en el capítulo referido a los antecedentes de la tutela patrimonial) y que “es a partir de la década de los cuarenta cuando se empiezan a reconocer los derechos culturales: el derecho a la conservación del legado cultural y lingüístico y a preservar la identidad cultural propia, el derecho a la no-discriminación por motivos de pertenencia cultural, el derecho a la libertad de creación, el derecho de autor y de propiedad intelectual y el derecho de acceso a la cultura”.*

La consideración de la cultura “*como derecho social básico es, en consecuencia, una conquista relativamente reciente, que tiene su plasmación en el derecho internacional*”.²⁰⁶

Algunos de estos documentos, de diversa relevancia normativa hacen referencia como hemos observado a “*derechos culturales*”. Otros van más allá, y mencionan expresamente determinados derechos que podemos considerar, “*velis nolis*”, equivalentes al que nos va a ocupar en el presente capítulo, o que se refieren, eventualmente, incluso a parte de su contenido. Otros sin embargo, renuncian a mencionar explícitamente derechos y tan solo imponen en mayor o menor medida a las instituciones correspondientes deberes de fomentar, promover o conservar, la riqueza que constituye el patrimonio cultural, particularmente el propio.

¿ Es en realidad el derecho al disfrute del patrimonio cultural uno de esos derechos culturales ? ¿ Es acaso un auténtico derecho humano en si mismo ? Caso de ser así, ¿ a quien corresponde, es de titularidad individual o colectiva ? ¿ Debe atribuirse, con carácter exclusivo a individuos o grupos que merezcan la consideración de minoría, en los términos en que se maldefinen éstas, como hemos visto, en los documentos internacionales, o es un derecho de todas las personas ?

¿ Cual es el contenido de ese derecho, se refiere tan solo al patrimonio cultural propio, o comprende en alguna medida el patrimonio de otros pueblos o culturas, de dentro o fuera del propio Estado del que se ostenta la condición de ciudadano ? El ejercicio del derecho, más allá de su titularidad , ¿es individual o colectivo ? ¿ Cual es su relación con otros derechos con los que eventualmente mantiene evidentes puntos de contacto, como el que la Constitución española, (art. 45.1) denomina “*derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona*” ?

Sin perjuicio de no pretender agotar la cuestión, que posee envergadura suficiente como para ser objeto específico y exclusivo de otra tesis doctoral, es a algunos de estos extremos a los que intentaremos aproximarnos en las siguientes páginas.

²⁰⁶ Plan Vasco de la Cultura. Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz.2004. pag. 25.

2.2 LOS DERECHOS CULTURALES Y EL ENFOQUE ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS²⁰⁷

Una de las corrientes doctrinales que más ha contribuido a la reflexión en torno al carácter y contenido de los derechos humanos, es la que patrocina lo que ha venido en llamarse “*enfoque estructural*” de los mismos.

En palabras de Gómez Isa²⁰⁸ “*implica un acercamiento al fenómeno de los derechos humanos tratando de identificar los obstáculos estructurales y de carácter global para el adecuado disfrute de esos derechos en la comunidad internacional*”.

En palabras de otro ilustre jurista, T. Van Boven, “*supone analizar los derechos humanos a la luz de los contextos y de las situaciones concretas, no en abstracto*”²⁰⁹.

Martínez de Bringas, en referencia a los derechos sociales, sintetiza este enfoque, “*los derechos sociales son estructurales en cuanto capacitadores y organizadores del bien común...son medios que permiten la supervivencia de la estructura social: garantizan la supervivencia, la libertad y sostenibilidad de los sujetos y colectividades humanas*”²¹⁰.

No son “*medios equiparadores, no tienen una funcionalidad reparadora, ni guardan un momento de subsidiaridad respecto a otros derechos*”, no son “*mediaciones de segundo orden respecto a otras mediaciones de primer orden, como son los derechos civiles y políticos*”.²¹¹

²⁰⁷ Además de la bibliografía citada expresamente puede consultarse sobre la cuestión:
BALLESTEROS J. “*Ecoperonalismo y Derecho al medio ambiente*”. Humana Iura, nº6. (1996).
CANÇADO TRINDADE A. (ed). *Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente*. San José de Costa Rica. 1995
DE CASTRO B. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Universidad de León. 1993.
FERNANDEZ DE CASADEVANTE C. *La protección del medio ambiente en el derecho internacional, derecho comunitario europeo y derecho español*. Ed.Gobierno Vasco. Bilbao. 1991.
JUSTE RUIZ J. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Ed. Mac Graw Hill. Madrid. 1999.
KISS A. “*El derecho al medio ambiente de Estocolmo a Sofía*”. Humana Iura, nº6. (1996).
LOPERENA ROTA D. *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Ed. Civitas. Madrid. 1996.
LOPERENA ROTA D. *Los principios del derecho ambiental*. Ed. Civitas. Madrid. 1998.
ORAA J. y GOMEZ ISA F. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*. Universidad de Deusto. Bilbao. 1997.
PEREZ LUÑO A-E. “*Las generaciones de derechos humanos*”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 10. (1991).
VASAK K. “*Le Droit International de Droits de L’homme* » . Revue des droits de l’homme, vol.1. (1972).

²⁰⁸ GOMEZ ISA F. *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*. Ed. Universidad de Deusto. Bilbao. 1999, pag. 32.

²⁰⁹ VAN BODEN T. “*Human Rights and Development. Rhetorics and Realities*”, citado por GOMEZ ISA, op. cit. pag. 32.

²¹⁰ MARTINEZ DE BRINGAS A. op. cit. pag.65.

²¹¹ Ibidem, pag.65.

Esta línea vincula derechos humanos y desarrollo; “ *si adoptamos un concepto amplio de desarrollo, enfatizando sus dimensiones cualitativas, los conceptos de derechos humanos y desarrollo entran en permanente conexión, configurándose como dos elementos indisociables e interdependientes*”.

Sus postulados están alcanzando un notable reconocimiento internacional, como lo acredita el Proyecto de Resolución sobre el Ejercicio en Todos los Países de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se encuentra sobre la mesa del Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que “*reafirma el vínculo indivisible que existe entre el pleno respeto de los derechos económicos, sociales y culturales y el proceso de desarrollo*” (apartado 3º) y que “*el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, y en particular los derechos económicos sociales y culturales es un proceso dinámico*”.

Tampoco podemos dejar de mencionar el cualificado testimonio de Mary Robinson, Ex -Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “*el derecho al desarrollo lo abarca todo. Exige que se hagan realidad todos los derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales...al adoptar el método de integración de los derechos humanos en el desarrollo humano sostenible, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (P.N.U.D.) promueve las normas internacionales establecidas para proteger los D.D.H.H. de todas las personas*”.²¹²

Cuando vamos a referirnos a un derecho “*cultural*” y como tal ligado a la actividad de personas y sociedades concretas en períodos temporales específicos, y a un derecho respecto del que vamos a defender su carácter supranacional, más allá de fronteras estatales, no cabe duda de que este enfoque reviste un indudable atractivo, por su enorme potencialidad explicadora y fundamentadora de la concepción del mismo que vamos a exponer seguidamente.

Especialmente si se parte de un concepto de los derechos humanos “*esencialmente evolutivo y expuesto a los cambios que se experimentan en las relaciones internacionales*”.²¹³

Como señala Alston, los nuevos derechos humanos, los “*derechos de la solidaridad*”, “*derechos de la tercera generación*” o “*community-oriented rights*” como también han sido llamados, representan el “*dinamismo esencial de la tradición de los derechos humanos*”.²¹⁴

²¹² ROBINSON, M. “*Mensaje de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*” en Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo-1998.

²¹³ GOMEZ ISA F. op. cit. pag. 33

²¹⁴ ALSTON P. Citado por GOMEZ ISA. F. op. cit. pag. 34.

No hay que olvidar que uno de los derechos expresamente citados por Gómez Isa como encuadrables en esta categoría es el “*derecho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad*”²¹⁵ y que de ese patrimonio puede formar indudablemente parte el componente cultural, producto de las experiencias de tal naturaleza acumuladas por los diferentes pueblos e individuos a lo largo de la Historia.

Aunque este autor considera que el concepto de patrimonio común de la humanidad ha sido recogido tan solo en dos tratados internacionales, el “*Acuerdo sobre actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes*” de 1979 y la “*III Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*” de 1982,²¹⁶ ya hemos observado referencias expresas a su componente cultural en la “*Declaración de la UNESCO sobre la Cooperación Cultural Internacional*” en la “*Declaración sobre la Diversidad Cultural*”, en varias de las Recomendaciones mencionadas y en la Resolución de la Asamblea General sobre Derechos Humanos y Diversidad Cultural” e indirectas en otras varias de las normas anteriormente citadas. El equivalente de “*patrimonio mundial*” cuenta incluso con una convención específica dirigida a su preservación como es la “*Convención para la Protección del Patrimonio Cultural y Natural*” de 1972, auspiciada por la UNESCO.

Franco Del Pozo también incluye el “*derecho a la propiedad del patrimonio común de la humanidad*” entre los derechos de la solidaridad o de la tercera generación, de forma diferenciada del derecho al medio ambiente adecuado, que constituye su particular objeto de análisis.²¹⁷

En cualquier caso dentro de la clasificación “*generacional*” de los derechos humanos, de honda raigambre en la doctrina aunque puesta más en cuestión cada día, (el profesor De Castro Cid prefiere un utilizar un criterio objetivo en virtud del que identifica seis grupos de derechos económicos, sociales y culturales, los del trabajo, los propiamente económicos, los de la salud, los de asistencia, los de educación y los específicamente culturales) no hay que olvidar que los derechos culturales han sido considerados “*derechos de la segunda generación*”, en razón de su reconocimiento y positivización expresa en los Pactos Internacionales, lo que nos permite rastrear su fundamentación y desarrollo a partir de los mismos. Este último autor los ha definido además como “*aquellos que cubren la protección de los individuos y los grupos en el ámbito de los vínculos que les unen a su propia herencia cultural*”²¹⁸.

Lo que les sitúa casi al mismo nivel que aquellos a que se refiere Alston y evidencia al mismo tiempo la utilidad en su análisis del enfoque estructural y dinámico, es su escasísima concreción y desarrollo, toda vez que las referencias legales internacionales suelen ceñirse a “*derechos a la cultura*”, “*a la identidad*” o “*a la*

²¹⁵ GOMEZ ISA F. op. cit. pag. 34.

²¹⁶ Ibidem, pag. 37.

²¹⁷ FRANCO DEL POZO M. *El derecho humano a un medio ambiente adecuado*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos nº8 . Ed. Universidad de Deusto. Bilbao. 2000, pag. 14.

²¹⁸ LOPEZ BRAVO C. op. cit. pag. 148.

participación cultural”, conceptos genéricos y susceptibles de interpretaciones muy diversas. Todo ello a pesar de que “*el proceso de reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales tiene inicio en la fase revolucionaria burguesa*”²¹⁹ y de que ya el artículo 22 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 recogía un auténtico derecho cultural, como es el derecho a la instrucción pública.

A este respecto Clavero Arévalo, con cuyas tesis coincidimos, señala que “*me ha llamado la atención la tesis de López Bravo de intentar incardinar el derecho a la cultura en la tercera generación de derechos fundamentales*”²²⁰.

Parte López Bravo de la historicidad de estos derechos, “*y tras la consagración y relativa consolidación de los derechos liberales de la primera generación, la segunda generación se centra en la proclamación de los derechos económicos, sociales y culturales, mientras que la tercera, ante las nuevas necesidades de la vida moderna, se centra en torno a la protección frente al mal uso de la informática, telemática y nuevas tecnologías y frente a la destrucción medioambiental y ecológica y de los bienes culturales.*”²²¹

A este planteamiento opone Clavero que “*lo que si me parece discutible es si sería necesario esperar a la tercera generación para proteger el derecho al patrimonio cultural, cuando pudiera considerarse incardinado este derecho en los de la segunda generación de los derechos económicos, sociales y culturales*”²²².

Es innegable en todo caso que el derecho al acceso a la cultura, como bien sostiene el ilustre catedrático sevillano, “*es un derecho difuso, de contenido difícil de concretar y en ello se diferencia del derecho a la educación que se materializa en prestaciones específicas*”, pero ello no es óbice para que se trate de un derecho internacionalmente reconocido al mismo nivel que los restantes derechos económicos y sociales, muchos de los cuales no están tampoco libres en mayor o medida de problemas de determinación de su extensión y límites.

Pérez Luño ha señalado que los derechos y libertades de la tercera generación “*se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada contaminación de las libertades, término con el que entre algunos autores de la Teoría Social anglosajona se alude a la erosión y degradación del sistema de derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías*”²²³

Sin negar en ningún momento que un determinado uso de las nuevas tecnologías pueda incrementar las amenazas para la preservación del patrimonio cultural, del mismo

²¹⁹ LOPEZ BRAVO C. op. cit. pag. 129.

²²⁰ CLAVERO AREVALO M. “Prólogo” a LOPEZ BRAVO C. op.cit, pag. 12.

²²¹ Ibidem, pag. 12.

²²² Ibidem, pag. 12.

²²³ Citado por LOPEZ BRAVO C. op. cit. pag. 139.

modo que otros de sus usos posibles pueden coadyuvar de forma extraordinaria a ese fin tuitivo, creemos que la erosión o degradación del derecho al disfrute del patrimonio tiene menos que ver con las nuevas tecnologías que con la indeterminación de la extensión y límites del derecho, con la inconcreción de los elementos sobre los que se extiende y los intereses a los que se tiene que oponer. No es por tanto su ubicación en este ámbito, si ésta es la fundamentación y el soporte de la existencia de la “tercera generación”, una respuesta razonable a los riesgos que sobre el derecho se ciernen.

Frosini sin embargo ve en la “tercera generación” una “*tutela jurídica concedida a los grupos representantes de intereses difusos como los intereses ecológicos y medioambientales, así como la existencia de unos derechos sin cuajar en la práctica social y todavía no basados ni regulados en las leyes, recabando de la Sociología Jurídica la tarea de determinación y elaboración crítica de estos derechos*”.²²⁴

Resulta difícil negar desde este punto de vista que se defiendan aquí también “*intereses difusos*”, pero el derecho al disfrute del patrimonio cultural cuenta ya con un cierto bagaje, si no todavía constitucional como hemos visto, si al menos legislativo a nivel estatal e internacional.

López Bravo añade que “*la conexión del sistema de derechos fundamentales con el sistema de las necesidades humanas básicas está en la base del reconocimiento de la tercera generación de derechos humanos: se trata de elevar al plano de los derechos fundamentales positivizados todas aquellas reivindicaciones dirigidas a satisfacer necesidades vitales de índole económica, social o cultural, tal como resultan configuradas por los legisladores al final del segundo milenio*”, en esta línea la educación, la cultura y concretamente el acceso al patrimonio cultural, “*están reconocidos como auténticas necesidades vitales solo parcialmente satisfechas a nivel universal, que deben ser proveídas por el Derecho*”²²⁵.

No nos atreveríamos por nuestra parte a reconocer tan solo a estos derechos de la tercera generación la conexión con necesidades humanas básicas; más aún, creemos que estas necesidades están en la base del propio sistema de derechos humanos desde su génesis, y aunque pueda haber variado lo que unas y otras sociedades consideraban básico en unas u otras épocas, no cabe duda de que tenía conexión directa con las respuestas que se ofrecían a través de la atribución de derechos a las personas.

La pretensión de que el derecho al disfrute del patrimonio fundamental, como reivindicación vital deba ser “*elevado al plano de los derechos fundamentales positivizados*” me parece ya cumplida a nivel de declaraciones internacionales en la anterior generación. Incluso quienes lo ubican entre tan modernísimos derechos reconocen su origen en el constitucionalismo del Estado Social.

²²⁴ Citado en *ibidem*, pag 139.

²²⁵ LOPEZ BRAVO C. op. cit. pag 148.

Cuestión distinta es su constitucionalización en los diferentes ordenamientos estatales, que en muy escasos supuestos es plena y proporciona acceso a todos los cauces procesales de defensa, y el desarrollo de los aspectos básicos del derecho (sujetos, activos y pasivos, objeto...), que tanto en unos como en otros ámbitos se caracteriza por su parquedad.

Por otra parte, si negamos al derecho al disfrute del patrimonio cultural la condición de derecho de la segunda generación, estaremos excluyendo de ésta todos los derechos culturales, refiriéndola tan solo a los económicos y sociales, por motivos que les serían imputables en gran medida a muchos de estos, e introduciendo innumerables dudas sobre la fundamentación de sus soportes de derecho positivo.

Este enfoque estructural de los derechos humanos ha sido objeto de crítica por diversos autores. Se le achaca que la proliferación excesiva de derechos humanos puede acabar erosionando la protección de los ya existentes, que pueden utilizarse para violar los civiles y políticos, especialmente desde una posición que prime excesivamente el interés colectivo, que es en buena medida el rasgo común a los nuevos derechos, con respecto al individual, que suponen introducir el relativismo cultural y un doble standard de derechos humanos, que dependerían entre otros elementos, del diferente grado de desarrollo de cada país y que su objeto es a menudo impreciso, y su protección jurídica imposible o muy difícil de asegurar.²²⁶

Mendez y Chillier por ejemplo, en referencia a las “*supuestas nuevas generaciones de derechos, relacionados con la paz, con el medioambiente, y con el desarrollo*”, sostienen que “*no son estrictamente derechos humanos ni siquiera en el sentido del derecho internacional, ya que no son materia de tratados internacionales de amplia aceptación*”, y proclaman su “*acuerdo con el contenido de estos derechos emergentes en su sentido de lege ferenda*” pero rechazando que estemos “*frente a una nueva generación de derechos*”.²²⁷

En relación con estas posturas, Pérez Luño sostiene que “*negar a esas demandas toda posibilidad de llegar a ser derechos humanos, supondría desconocer el carácter histórico de estos, así como privar de tutela jurídica fundamental a algunas de las necesidades más radicalmente sentidas por los hombres y los pueblos de nuestro tiempo*”.²²⁸ Supondría, en definitiva, incurrir en lo que Martínez de Bringas reprocha a Nozick, concebir la lista de derechos como “*una nómina cerrada y rígida, por tanto poco flexible a las exigencias humanas que se concretan en el espacio y en el tiempo*”²²⁹.

²²⁶ GOMEZ ISA F. op. cit. pags. 33-37.

²²⁷ MENDEZ J.E. y CHILLIER G. “*No relativizar los derechos humanos*” en www.derhuman.jus.gov.ar

²²⁸ Citado en FRANCO DEL POZO M. op. cit. pag. 15.

²²⁹ MARTINEZ DE BRINGAS A. op. cit. pag. 35.

Veremos que en el caso de los derechos culturales, sostenemos por nuestra parte que se trata de derechos que si son objeto de tratados internacionales, siendo desde luego necesario todavía un gran esfuerzo en precisar sus límites, extensión y contenido.

Algunas de las críticas han sido ya respondidas por los defensores de este enfoque en el sentido de considerar que no necesariamente se tiene que producir ese debilitamiento, sino por el contrario un reforzamiento de su indivisibilidad e interdependencia.²³⁰

La Resolución de la ONU sobre Derechos Humanos y Diversidad Cultural ya citada lo afirma expresamente, *“reafirmando que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre si... la comunidad internacional debe... hacer el mismo hincapié en todos ellos”*.

La también aludida Declaración sobre la Diversidad Cultural de la UNESCO no es menos tajante, *“los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes”* (Art.5), lo mismo que la Declaración de 1986 sobre el Derecho al Desarrollo (Art.6.2), o la Declaración de Viena de 1993 (Párrafo 5).

El Protocolo de San Salvador, también mencionado previamente, ya señala en su Preámbulo que los Estados Partes lo adoptan *“considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana....sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”*.

No es distinta la posición de la Unión Europea. El *“Informe Anual sobre los Derechos Humanos en la Unión Europea”* de 1999, por ejemplo, manifiesta (apartado 5.1) que *“la U.E. insiste en que los derechos humanos son, ante todo, universales e interdependientes y están auténticamente relacionados entre si”* y *“en la igualdad de valor de todos los derechos humanos”*.

Añade además que *“en muchos casos ni siquiera es posible clasificar determinado derecho en la categoría de los derechos civiles y políticos o en la de los derechos económicos, culturales y sociales”*, y que (apartado 5.2) *“en realidad los derechos económicos, sociales y culturales tienen muchos denominadores comunes con los derechos civiles y políticos”*.

²³⁰ GROS ESPIELL H. Citado por GOMEZ ISA F. Op. Cit. Pag. 35.

Reconoce del mismo modo que estos derechos *“constituyen una parte vital de los derechos humanos”* y que *“la realización de derechos como los relativos a la sanidad y la seguridad social contribuye al disfrute de los derechos civiles y políticos”*.

Y no acepta, por último, *“los argumentos que privilegian unos derechos sobre otros, como por ejemplo el de que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales se vería obstaculizada por la aplicación de los derechos civiles y políticos”* dado que *“no faltan ejemplos de la interacción de ambos tipos de derechos”*.

Y en este sentido, ya los Pactos y Tratados Internacionales introducen cautelas en relación con la utilización de interpretaciones de determinados derechos para encubrir vulneraciones de otros, lo que viene a reconocer además que el peligro no es exclusivo de estos “nuevos derechos”. Ahí están el artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 46 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos o el 24 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Declaración de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 confirma en su párrafo 5º que *“todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes”* e impone a los Estados que *“debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”*.

No nos resistimos por último a citar la aportación doctrinal de Touraine que sostiene que *“sin la universalidad de los derechos, una cultura se encierra en su diferencia y, a menudo, en la idea de su superioridad”*²³¹, o la López Bravo en el sentido de considerar que *“los derechos culturales permiten desarrollar la universalidad real del conjunto de los derechos del hombre, al posibilitar una mejor comprensión de su inculturación, esto es de la asunción de un determinado derecho del hombre por una determinada cultura”*.²³²

Que el objeto de estos derechos sea impreciso y la protección difícil no debe ser excusa para privarles de tal condición. Flaco favor haría a la humanidad la ciencia jurídica si ante la dificultad del reto respondiese con la huida; lo que debe hacer es poner de su parte el mayor esfuerzo posible para minimizar los riesgos. En todo caso la imprecisión es asimismo una de las circunstancias que introduce oscuros nubarrones en torno a algunos de los derechos humanos civiles “clásicos”, cuyo contenido en el marco de una sociedad globalizada dotada de nuevas tecnologías de inimaginable poder y alcance, se encuentra sometido a controversia constante.

²³¹ TOURAINE A. op. cit. pag. 1.

²³² LOPEZ BRAVO C. op. cit. pag. 144.

Por poner tan solo algunos pocos ejemplos, ¿ estamos realmente seguros de los límites del derecho a la vida en relación con las posibilidades de actuación que ofrecen los avances en las investigaciones biogenéticas ? ¿ El derecho a no ser objeto de experimentos médicos o científicos, en momentos en que se multiplican los defensores de la clonación terapéutica, tiene realmente un contenido preciso e indubitado ?

¿ Cual es en detalle, el trato humano y digno al que es acreedora la persona privada de libertad, está acaso en parte en función de los medios o la cultura de cada Estado, lo que se reprocha tantas veces a los derechos culturales ? ¿ Y qué decir del derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, familia, domicilio y/o correspondencia, cuales son sus límites en un mundo en que los instrumentos para su vulneración son tan amplios y están tan al alcance de cualquiera ?

Si hubiese, item más, que descartar derechos humanos en virtud del difícil aseguramiento de su protección, o de la evidencia de su desprotección en amplias zonas del planeta, el riesgo de acabar completamente con el sistema y retroceder a la ley del más fuerte, pone los pelos de punta al jurista menos sensible.

Coincidimos con lo apuntado por Symonides en el sentido de que el reconocimiento de los derechos culturales de las personas pertenecientes a minorías (hay que entender que si no se refiere al resto de las personas es porque supone que dichos derechos se les encuentran ya reconocidos), “ *no es un riesgo y una fuente de conflicto sino más bien un factor importante de paz y estabilidad... numerosos conflictos internos, especialmente en Europa, están vinculados a las crisis de identidad existentes y a la creación de nuevas crisis con la denegación o el rechazo del derecho a una identidad cultural diferente, y con la negación de la protección de los derechos culturales de las minorías*”²³³.

La crítica referida al relativismo cultural, cuando se trata precisamente de derechos culturales, apunta directamente al meollo de la cuestión. Su evidente sentido en el caso que nos ocupa hace que merezca específica consideración en el siguiente apartado.

²³³ SYMONIDES J. op. cit. pag. 4.

2.3 LOS DERECHOS CULTURALES COMO AUTÉNTICOS DERECHOS HUMANOS²³⁴

Coincidimos plenamente con López Bravo cuando señala que “*son grandes las dificultades existentes para delimitar la categoría propia de los derechos culturales, tanto en el plano de las discusiones doctrinales como en el de su configuración jurídico positiva*”²³⁵.

Ello justifica que echemos una mirada sobre la polémica doctrinal en torno a su existencia y legitimidad en cuanto auténticos derechos humanos, como imprescindible preludeo al desarrollo de los fundamentos y características del derecho al disfrute del patrimonio cultural como genuino derecho humano de todas las personas.

En cualquier caso conviene reiterar que algunos de los análisis críticos adquirirían mayor legitimidad y sentido si diseccionasen con el mismo bisturí los restantes derechos y evaluarasen a luz de ese examen sus consideraciones.

Como en todo caso recuerda Gomez Isa, “*debemos tener en cuenta que los anteriores derechos humanos (se refiere, obviamente, a los reconocidos plenamente con anterioridad) también encontraron fuertes resistencias al tiempo de su proclamación*”²³⁶.

²³⁴ Sobre la cuestión puede consultarse, además de la bibliografía expresamente citada:
AMIN S. *Los desafíos de la mundialización*. Ed. Siglo XXI. México. 1997.
ANDERSON B. *Comunidades imaginadas*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1992.
BECK U. *¿ Qué es la globalización ? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Ed. Paidós. Barcelona. 1998.
CARRILLO SALCEDO J.A. “*El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana*”. Revista Española de Derecho Internacional. vol.XXV. (1972).
CASTELLS M. *La era de la información. La sociedad red*. vol. I. Ed. Alianza. Madrid. 2001.
DIEZ DE VELASCO M. *Las organizaciones internacionales*. Ed.Tecnos. Madrid. 1994.
GARCIA-AMADOR F.V. *El Derecho Internacional del Desarrollo. Una nueva dimensión del Derecho Internacional Económico*. Ed.Civitas. Madrid. 1987.
GARCIA PELAYO M. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Ed.Alianza. Madrid. 1985.
HAYEK F.A. *Derecho, legislación y libertad*. vol.3. Ed. Unión Editorial. Madrid. 1985.
PASTOR RIDRUEJO J.A. “*La protección internacional de los derechos humanos y la cooperación al desarrollo*”. Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. vol.11. (1994).
PELAEZ MARON J.M. *La crisis del Derecho Internacional del Desarrollo*. Ed.Universidad de Córdoba. Córdoba. 1987.
SANTOS B. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Ed. ILSA.Colombia. 1998.
URIBE VARGAS D. *La tercera generación de los derechos humanos y la paz*. Ed. Plaza y Janés. Bogotá. 1996.

²³⁵ LOPEZ BRAVO C. op cit. pag. 133.

²³⁶ GOMEZ ISA F. (dir.) y PUREZA J.M. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Ed. Universidad de Deusto. Bilbao. 2004, pag. 49.

2.3.1 La crítica a la consideración de los derechos culturales como auténticos derechos humanos.

Dado su reconocimiento internacional en normas jurídicas dotadas de vinculación, (auténticos tratados internacionales como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo), y en un amplio elenco de instrumentos menores, no es frecuente encontrar negaciones absolutas de la existencia de los derechos culturales. Algo deben ser cuando tantas normas se refieren a ellos, pero es relativamente frecuente por contra, encontrar opiniones que caracterizan a los derechos económicos, sociales y culturales como meras declaraciones de buenas intenciones, como “*documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado*”.²³⁷

Ojea Quintana por poner un ejemplo, sostiene que “*el largo recorrido que va de la postulación del principio de la indivisibilidad de los derechos humanos a la realidad...descubre los problemas que presentan los derechos económicos, sociales y culturales en su realización y ejercicio efectivos. A diferencia de lo que ocurre con los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales no son referentes de derechos subjetivos susceptibles de reclamación concreta*”.²³⁸

Para este autor “*dado el carácter programático de muchos de estos derechos se torna ilusoria su exigibilidad frente al órgano de justicia interno o internacional; deben lograr un desarrollo progresivo en la medida de los recursos disponibles...por ello carecerían de justiciabilidad*” y esta circunstancia “*se presenta como una profunda diferencia entre las dos categorías de derechos*”.²³⁹

Además los sistemas de protección tomaron caminos distintos según cada categoría de derechos (peticiones individuales exigibles frente a informes periódicos generales de carácter global) y mientras el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos creó un Comité encargado de supervisar su cumplimiento, el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no creó ningún órgano de supervisión.

Son cuatro, según Ojea, por otra parte, los tribunales internacionales que han juzgado personas por violación de los derechos civiles y políticos (Nuremberg, Tokio, Yugoslavia y Ruanda) y “*es muy dificultoso imaginar estas tendencias transportadas al plano de los derechos económicos, sociales y culturales*”.

²³⁷ ABRAMOVICH, V. y COURTIS Ch.. “*Los derechos sociales como derechos exigibles*” . Rev. Hechos y Derechos. www.derhuman.jus.gov.ar/hechos.

²³⁸ OJEA QUINTANA T. “*El problema de los derechos económicos, sociales y culturales*” . Rev.

Hechos y Derechos. www.derhuman.jus.gov.ar/hechos

²³⁹ Ibidem.

Y asimismo desde el punto de vista de la reacción frente a las vulneraciones, “no hay alarma social,...no hay reacción ciudadana por la violación de estos derechos...existe una atención nacional e internacional distinta”.²⁴⁰

La crisis del estado de bienestar no es tan poco ajena a este hecho, “los derechos económicos, sociales y culturales han perdido aún más fuerza vinculante para los estados”. Ojea no niega la importancia de estos derechos, “baste con poner de relieve que son derechos inherentes al concepto mismo de dignidad humana”, pero “es claramente manifiesta la división entre las dos categorías de derechos y la fórmula de los **recursos disponibles** la pone en evidencia. Existen ciertos derechos civiles y políticos que imponen al Estado obligaciones positivas...ahora bien en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, los estados si pueden justificar su incumplimiento en la carencia de recursos disponibles, porque los instrumentos internacionales lo permiten. **Por lo tanto parece ser que la división entre derechos es además jerárquica**”.²⁴¹

El principio de indivisibilidad de los derechos humanos encontraría por último “problemas en el orden de los valores o ético”. La sociedad tiene una percepción dispar de los derechos, los derechos civiles y políticos son derechos que se ejercen naturalmente, sin ningún esfuerzo...en cambio para el goce de los derechos económicos, sociales y culturales es necesario el esfuerzo público y privado para obtener su ejercicio”, y “como esa expectativa se ve constantemente frustrada, los derechos se desprestigian y se corre el riesgo de que se vuelvan irrelevantes para la sociedad y las personas .

A todo esto contribuye además el que pierdan relevancia “porque su carencia la sufre un sector de la sociedad, el más desprotegido, mientras que la transgresión de los derechos civiles y políticos la sufre la sociedad toda, es decir cualquier persona, independientemente del sector del que provenga”.²⁴²

Sin duda son derechos, pero en estas condiciones “y aunque cueste decirlo, aquellos que en algún momento llegaron a calificarlos como meras aspiraciones no aparecen tan alejados de la realidad”.²⁴³

Estas tesis no son desde luego expresiones singulares y aisladas sino que encuentran importante seguimiento en la doctrina. Creemos que quedan perfectamente sintetizadas en lo que expone este autor, sin necesidad de referencias adicionales, pero que son a su vez contradichas por un amplio sector doctrinal con cuyas tesis vamos a identificarnos en mayor medida.

²⁴⁰ Ibidem.

²⁴¹ Ibidem.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ Ibidem.

2.3.2 La defensa de la consideración de los derechos culturales como auténticos derechos humanos.

Otra línea doctrinal (Abramovich y Courtis, por ejemplo) es, sin embargo, extremadamente crítica con esta posición. Para estos autores la división que se fundamenta en el supuesto carácter de obligaciones negativas de los derechos civiles y políticos frente a las obligaciones positivas de los restantes, “*está basada sobre una visión totalmente sesgada y naturalista del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo*”; incluso para los pensadores de la economía política clásica, “*resultaba más que obvia la interrelación entre las supuestas obligaciones negativas del Estado, en especial en materia de garantía de la libertad de comercio, y una larga serie de obligaciones positivas*” (mantenimiento de instituciones políticas, judiciales, de seguridad y defensa).

“Aún aquellos derechos que parecen ajustarse más fácilmente a la caracterización de obligación negativa...conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad.”²⁴⁴.

Recordemos aquí lo que sostiene Samir Amin en torno a que todos los mercados están regulados y no funcionan sino con esa condición y que el problema es saber por quien y cómo se han regulado.²⁴⁵

*“La estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado, y entonces **“las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado más que diferencias sustanciales”**, porque “los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos”. El derecho a la preservación del patrimonio cultural (que estos autores reconocen expresamente como uno de los “derechos culturales”) implica la obligación de no destruir el patrimonio cultural²⁴⁶.*

Contreras Peláez, reconociendo la imposibilidad de la distinción tajante, sitúa la auténtica distinción “*en que en los derechos sociales... la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho,...la inexistencia de la prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho*”.²⁴⁷

²⁴⁴ ABRAMOVICH V. y COURTIS Ch. op. cit. www.derhuman.jus.gov.ar/hechos

²⁴⁵ Citado en MARTINEZ DE BRINGAS A. op. cit. pag.37.

²⁴⁶ ABRAMOVICH V. y COURTIS Ch. op. cit. www.derhuman.jus.gov.ar/hechos

²⁴⁷ CONTRERAS PELAEZ S. “*Derechos Sociales: teoría e ideología*”. Madrid. 1994. Citado por Abramovich y Courtis. Op. Cit. www.derhuman.jus.gov.ar/hechos

“En todo caso la concepción teórica, e incluso la regulación jurídica concreta...ha variado de tal modo que algunos de los derechos clásicamente considerados civiles y políticos han adquirido un indudable cariz social” y con respecto a derechos sociales como los de sindicación y huelga *“la distinción obligación negativa/obligación positiva resulta infértil”*.²⁴⁸

Por otra parte, *“las obligaciones positivas no se agotan en obligaciones que consistan únicamente en disponer de reservas presupuestarias a efectos de ofrecer una prestación”,* sino que *“algunos derechos se caracterizarían por la obligación del Estado de establecer algún tipo de regulación”* o *“la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada”*.²⁴⁹

En algunos casos *“la sola creación de una norma permisiva...resultaría insuficiente para satisfacer plenamente los derechos a los que se alude”,* que requerirían *“un complejo de normas que establezcan consecuencias jurídicas relevantes que se desprendan de ese permiso original”,* en otros *“la obligación exige que la regulación establecida por el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas o les imponga obligaciones de algún tipo, y puede haber supuestos en que “la regulación estatal puede establecer limitaciones o restricciones a la libre asignación de factores económicos por parte del mercado”* o *“cumplir con su obligación proveyendo de servicios a la población, sea en forma exclusiva, sea a través de formas de cobertura mixta”*.²⁵⁰

En definitiva *“el complejo de obligaciones que puede abarcar un derecho es sumamente variado”*. *Los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan justamente por involucrar un amplio espectro de obligaciones estatales”*. Consecuentemente *“es falso que las posibilidades de justiciabilidad de estos derechos sean escasas”* porque *“cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles”*²⁵¹, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas de control de su cumplimiento, hasta la exigencia de ejecución de obligaciones positivas incumplidas. Volveremos sobre este punto más adelante.

Symonides se pregunta por otra parte, si la referencia a *“lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos culturales condicionada por la disponibilidad de los recursos, significa que los Estados tienen solo la obligación de realizar y no la obligación de obtener resultado”*.

El Comentario General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya sostiene que *“las obligaciones contenidas en el artículo 2 incluyen tanto*

²⁴⁸ ABRAMOVICH V. y COURTIS Ch. Op Cit. www.derhuman.jus.gov.ar/hechos

²⁴⁹ Ibidem.

²⁵⁰ Ibidem.

²⁵¹ Ibidem.

las obligaciones de realización como las obligaciones de resultados". El concepto de "logro progresivo", continua este autor, "*reconoce el hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales no puede alcanzarse en un período de tiempo breve*", pero "*no debe malinterpretarse como si privara a la obligación contenido en el artículo 2 de todo contenido significativo*".²⁵²

Dado que el señalado artículo 2 además se refiere tan solo a los derechos mencionados en dicho Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no puede aplicarse respecto de los derechos culturales reconocidos en el de Derechos Civiles y Políticos (art.27, derechos culturales de las personas pertenecientes a minorías, art.19 derecho a la información...) o en otros instrumentos de Naciones Unidas, por lo que "*en la mayoría de los casos, los Estados están obligados a adoptar medidas inmediatas no condicionadas, no condicionadas por los recursos de que se disponga para garantizar su pleno ejercicio*".²⁵³

Un último autor en esta línea, Van Hoof, analiza los derechos en función de unos niveles de obligaciones estatales, obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover respectivamente, ninguna de las cuales puede caracterizarse en términos de obligaciones positivas o negativas o de medio y de resultado.²⁵⁴

La conclusión es clara; "*el debilitamiento de la distinción tajante entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales pone también en cuestión la principal objeción que se apunta contra la caracterización de estos últimos como derechos exigibles*", la de que su exigibilidad o juridicidad "*resulta dudosa ya que la satisfacción...depende de la disponibilidad de recursos por parte del Estado*".

Esta subordinación (condicionante económico) que, "*relativizaría la universalidad de los derechos de marras, condenándolos a ser considerados derechos de segunda categoría*", parte de una identificación de los derechos culturales como obligaciones positivas que dista mucho de ser correcta. Una vez más coincidimos en gran medida con este análisis.

2.3.3 Algunas consideraciones sobre la distinción entre los derechos humanos

2.3.3.1 La dificultad de la diferenciación:

Compartiendo en líneas generales el enfoque de estos autores, hay sin embargo que insistir que en lo que respecta a la distinción clásica entre los tipos de derechos, la que consagran los pactos internacionales entre derechos civiles y políticos y derechos

²⁵² SYMONIDES J. op. cit. pag. 12.

²⁵³ Ibidem. pags. 11-12.

²⁵⁴ VAN HOOFF G. "*The legal nature of Economic, Social and Cultural Rights: A rebuttal of some traditional views*". Citado por Abramovich y Courtis. Op. Cit. www.derhuman.jus.gov.ar/hechos

económicos, sociales y culturales, es difícil realizar consideraciones de conjunto sobre los derechos que comprenden.

Si acudimos por ejemplo al “*Proyecto relativo a una declaración de derechos culturales*” del Grupo de Friburgo, al que más adelante nos referiremos, podemos observar que la inmensa mayoría de los propuestos, implican más bien obligaciones estatales de no hacer, o de remover obstáculos, más que actuaciones propiamente positivas; así el derecho a la elección de la identidad cultural, al respeto de la propia cultura, a acceder a los patrimonios culturales, (de forma más discutible, este derecho si que resultaría un compendio de obligaciones diversas), la libertad de elección de pertenecer o no a una comunidad cultural, el derecho de participar en la vida cultural, el derecho a buscar, recibir y transmitir informaciones, el derecho a corregir y hacer rectificar informaciones culturales erróneas,....

La tesis de que la prestación estatal constituye el núcleo de los derechos culturales, (aunque Contreras expresamente solo la conecta con los sociales) quedaría así sumamente puesta en entredicho, al menos si fuesen estos los que hemos de considerar derechos culturales, salvo en lo que respecta al derecho a la educación, que queda un tanto al margen de lo que constituye nuestro objeto de análisis.

Tampoco revestirían especial simbolismo las tradicionalmente consideradas como “*obligaciones positivas*”, si no es en conexión con otras más importantes, lo que explica que pese a lo que señala Ojea, estos derechos no pierdan relevancia por el hecho de que disminuyan a consecuencia de la crisis del estado del bienestar.

Si alguna crítica puede exponerse a los planteamientos de esta línea doctrinal que seguimos, es sin duda el de la dificultad de exponer conclusiones en torno a unos derechos (los culturales) cuyo elenco, extensión y límites resultan en buena parte desconocidos, a la altura actual de la elaboración doctrinal y jurisprudencial. (De ahí el encomiable esfuerzo del “*Proyecto*” al que anteriormente hemos hecho referencia.)

Algunos autores han sostenido que “*las diferencias entre los derechos relativos a la cultura y el resto de los derechos sociales son notorias...comenzando por una evidente desagregación de los intereses culturales de los ciudadanos, disociación que nace de la carencia de necesidades de carácter cultural asimilables a las necesidades básicas relativas a la subsistencia y que impide su expresión bajo la forma de demandas...en el campo de la cultura, y una vez establecida su diferenciación respecto de lo educativo, las carencias permanecen relativamente indefinidas, difícilmente cuantificables y además sin rasgos que se correspondan con un estrato o grupo social concreto*”.²⁵⁵

²⁵⁵ DOMINGUEZ, I. *Ciudadanía, participación y cultura en las sociedades avanzadas*. Rev. Inguruak, nº 9. 1994, pag. 98.

Se explica en buena medida una aseveración de ésta índole si se parte de un concepto de derechos culturales como “*acciones políticas que intentan mejorar la capacidad de acceso de los ciudadanos a los bienes y servicios culturales, tales como la conservación del patrimonio, la ampliación de los públicos y la descentralización de la gestión cultural*”²⁵⁶

Este autor no nos proporciona sin embargo un elenco de los que entiende por derechos culturales, que podría poner de manifiesto el carácter impropriadamente reduccionista de la definición, en la línea de considerar como hemos visto, no ya el núcleo sino el contenido íntegro del derecho (“*acciones políticas*”) la prestación estatal, olvidando los múltiples supuestos en que no es imprescindible la misma.

Difícilmente podrá defenderse con respecto a buena parte de los derechos culturales expresa o implícitamente reconocidos en los ordenamientos jurídicos estatales, tratados internacionales o “soft law”, que no se refieran a necesidades básicas “*lo que impide su expresión en forma de demandas*”, a menos que queramos limitar lo que entendemos por derechos sociales, a los más fundamentales, los imprescindibles para la mera subsistencia aunque sea desprovista de la mínima dignidad exigible.

Pensemos simplemente en el derecho al respeto de la propia identidad cultural, a poder expresarse en la propia lengua, a no sufrir la imposición de elementos culturales ajenos, y en tantos otros que son a la vez determinantes de la satisfacción de necesidades básicas del ser humano y no exigen necesariamente prestaciones estatales de ningún tipo.

Domínguez se refiere también en apoyo de su tesis a la “*inexistencia de una demanda social clara de cultura*”, a la ausencia de “*planteamientos reivindicadores de una acción pública sobre la cultura, que caso de existir, bien proviene de los grupos económicos implicados o bien es una demanda generalizada e inespecífica equiparable a la demanda de progreso o bienestar, quizás con la excepción de la demanda de equipamientos culturales, sobre todo de carácter deportivo*”²⁵⁷.

Hay que constatar una vez más que este planteamiento identifica derechos culturales con prestaciones públicas (y lamenta además que no exista una demanda más efectiva de las mismas), realizando un diagnóstico que, discutible con respecto a éstas, (habría que ver en qué medida esa demanda inespecífica es tal por la ausencia de criterios doctrinales y jurisprudenciales que definan el alcance del derecho y de procedimientos efectivos para obtener su satisfacción y cumplimiento), creemos equivocado si se refiere también a los derechos culturales que no las exigen.

Sin esa reducción de los derechos culturales a sus componentes más difusos, sin ese olvido del importante componente social de los derechos culturales y de la

²⁵⁶ Ibidem, pag. 97.

²⁵⁷ Ibidem, pag. 99.

naturaleza cultural de los sociales por más que neguemos el relativismo cultural con respecto a su núcleo básico, seríamos mucho más prudentes a la hora de establecer diferencias entre unos y otros, y más aún si de ellas se derivan jerarquías de algún tipo.

2.3.3.2 La cuestión de la justiciabilidad.

A la hora de acreditar la naturaleza auténtica de derechos de los que adjetivamos como culturales, la cuestión de la justiciabilidad reviste una importancia capital. *“Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico de actuar del titular del derecho en el caso de incumplimiento de la obligación debida. Considerar plenamente a un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si –al menos en alguna medida- el titular/acreedor está en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho”*.²⁵⁸

A este respecto es preciso identificar las obligaciones mínimas exigibles a los Estados, y coincidimos con estos autores en que *“es éste quizá el principal déficit tanto del derecho constitucional como del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de normas...cuanto en los escasos aportes doctrinarios al respecto”*.²⁵⁹

Muchos autores coinciden en destacar la falta de acciones o garantías procesales concretas que tutelen los derechos sociales. Las razones esgrimidas apuntan en la dirección del carácter colectivo de muchas de las reclamaciones, la inadecuación de la estructura y de la posición del Poder Judicial para exigir el cumplimiento de obligaciones de disponer de fondos a los poderes políticos, y la desigualdad que generaría el éxito de algunas acciones individuales frente al resto de casos idénticos no planteados judicialmente.

El Defensor del Pueblo Andaluz en su Informe Anual de 1994 señala a este respecto que *“en la medida en que el derecho fundamental que cada ciudadano tiene de acceder a la cultura puede verse limitado por las condiciones de conservación y protección en que se encuentren los bienes que integran nuestro Patrimonio Cultural, cualquier actuación de los poderes públicos orientada a la salvaguardia de esos bienes deviene en una acción de tutela constitucionalmente incluíble dentro de las acciones de protección de los derechos y libertades fundamentales”*.²⁶⁰

²⁵⁸ ABRAMOVICH V. y COURTIS Ch. op. cit. www.derhuman.jus.gov.ar/hechos

²⁵⁹ Ibidem.

²⁶⁰ Citado en LOPEZ BRAVO C. op. cit. pag. 123.

No sabemos de todas maneras en qué medida es conciliable esta postura con lo dispuesto en el artículo 53.3 de la Constitución española en torno a la imposibilidad de su alegación si no es de acuerdo a lo dispuesto en la legislación ordinaria de desarrollo.

En todo caso es inapelable que “*de la inexistencia de instrumentos procesales concretos para remediar la violación de ciertas obligaciones...no se sigue de ningún modo la imposibilidad técnica de crearlos y desarrollarlos*”.²⁶¹

Además, muchas de las violaciones de derechos culturales provienen del incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado, y en estos casos “*resultan perfectamente viables muchas de las acciones judiciales tradicionales*”.

El supuesto que plantea más dificultades es el de incumplimiento por el Estado de su obligación de realizar acciones o tomar medidas, y en caso de incumplimiento general y absoluto es difícil forzar su cumplimiento directo a través de la actuación judicial, que carece de medios compulsivos propios y solo a ella subordinados, y es poco adecuada para la planificación de políticas públicas, pero esta situación es la menos frecuente.

Ya hemos visto que el abanico de actividades estatales posibles es extremadamente amplio. “*Cumplida en parte la obligación de tomar medidas tendentes a garantizar estos derechos, aún en los casos en los que las medidas no impliquen directamente la prestación de servicios por el Estado, queda siempre abierta la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho*”.²⁶²

Especialmente claro es el supuesto en que el Estado preste un servicio de forma parcial, discriminando a sectores de población minoritarios.

Tampoco hay que olvidar que en muchos casos, el incumplimiento puede formularse en términos de violación individualizada y concreta de los derechos de un determinado ciudadano, sin necesidad de apelar a acciones colectivas, y que aún en el caso de decisiones judiciales “*testimoniales*”, no directamente ejecutables, no hay que minusvalorar la relevancia de declaraciones judiciales de que el Estado ha incumplido obligaciones asumidas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, ni su potencial dinamizador de la agenda política y de la formación de políticas públicas.

Finalmente como señalan Abramovich y Courtis²⁶³ “*algunas objeciones...son circulares, ya que lo único que señalan es que los instrumentos procesales tradicionales*

²⁶¹ Ibidem.

²⁶² Ibidem.

²⁶³ ABRAMOVICH V. y COURTIS Ch. op. cit. www.derhuman.jus.gov.ar/hechos

resultan limitados para exigir judicialmente esos derechos” pero nada dicen “acerca de la imposibilidad conceptual de hacer (los) justiciables, sino que ...más bien exige imaginar instrumentos procesales aptos”.

Estos autores sugieren además algunas posibilidades de superar estas objeciones.

En primer lugar a través siempre de la declaración de que la omisión estatal constituye una violación del derecho, lo que tiene, en el peor de los casos, una evidente importancia simbólica, para lo que el uso de indicadores numéricos o estadísticos puede ser de gran ayuda.

En segundo lugar a través de asumir que sin perjuicio de la “*adopción progresiva de medidas*”, el Pacto impone a los Estados “*la obligación de implementar en un plazo razonablemente breve...actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción de la totalidad de las obligaciones*”.

Y por último a través del “*emplazamiento al Estado a realizar la conducta debida, señalada del modo más concreto posible*”, dado que “*la exigencia de un derecho por vía judicial se concreta cuando se establece con precisión la conducta que debe realizar el Estado para reparar dicha violación*” que como mínimo comprende la adopción de las medidas omitidas para salvaguardarlo y la cobertura de los perjuicios causados por la omisión.

Los derechos económicos, sociales y culturales fijan por tanto límites a la discrecionalidad estatal en la decisión de sus políticas públicas. No puede argüirse que la imposibilidad de hecho de ejecutar una sentencia judicial prive de sentido a una reclamación, porque esto llevaría a consecuencias escandalosas si se aplicase a otros ámbitos (deudores insolventes, acciones contra el Estado...)

En resumen, aunque “*existen limitaciones a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe concluir que dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación*”.

En palabras de Alexy “*en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante...el espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución*”.

2.3.3.3. La crítica referida al relativismo cultural.

Junto a la referencia a su controvertida justiciabilidad, otra objeción importante que se opone al reconocimiento efectivo de derechos culturales es la atinente al “*relativismo cultural*” que afecta al contenido, extensión y límites de estos derechos. Quienes la oponen se basan en argumentos como que la vigencia de estos derechos debe ser analizada de acuerdo con el contexto cultural de cada país y no exclusivamente según los parámetros culturales occidentales, y que su contenido por tanto está estrechamente ligado a las tradiciones culturales y consecuentemente es variable por esencia.

Hay que partir desde luego de la constatación de que todos los derechos humanos son culturalmente relativos en alguna medida, y no podía ser de otra manera siendo como son creaciones culturales humanas, pues dentro de un contenido esencial casi universalmente indiscutido, son objeto de interpretaciones diversas en cuanto a su extensión y límites, en función principalmente de las diferentes “*culturas*” (no solo jurídicas) existentes a lo largo y ancho de nuestro planeta.

Nuestro acuerdo con Fastenrath es total cuando sostiene que “*la normatividad relativa es inevitable*” que es inherente a todo sistema jurídico y al Derecho Internacional en particular, tanto por la indeterminación de los conceptos y su diferente significado en las diversas culturas jurídicas, como por la falta de enunciación de elementos fundamentales en su sistema de fuentes, como son la costumbre internacional y los principios generales de derecho, y que en lo que hace a la validez, también hay que admitir un cierto grado de relatividad, en la medida en que no depende solo de la autoridad de la fuente sino de factores extra-legales.²⁶⁴

Sin embargo hay que reconocer que todo esto es particular y preferentemente cierto en lo que respecta a los derechos económicos y sociales y todavía quizá en mayor grado a los culturales. Su propia esencia puede ponerse en cuestión si no se es capaz de responder a esta crítica, por lo que bien merece la pena una reflexión en torno a su naturaleza.

Méndez y Chillier²⁶⁵ destacan “*el valor del relativismo cultural en cuanto afirmación de la diversidad de la riqueza intrínseca de cada cultura*”. Consideran en este sentido que no existe superioridad de ninguna tradición cultural sobre otra, y que “*esta idea de la igualdad intercultural es explícitamente aplicable a la doctrina de los derechos humanos.*”

²⁶⁴ FASTENRATH U. “*Relative normativity in International Law*” Citado por GOMEZ ISA F. op. cit. pags. 72-73.

²⁶⁵ MENDEZ J. E. y CHILLIER G. “*No relativizar los derechos humanos*” en www.derhuman.jus.gov.ar

Los D.D.H.H. no reflejarían en todo caso tradiciones occidentales exclusivamente.

Amartya Sen añade que *“aquellos estados que postulan la existencia de normas culturales contradictorias con una norma universal de los derechos humanos deberían soportar la carga de probar la existencia y vigencia de tales normas”*²⁶⁶ y estos autores matizan que además deberían demostrar su superioridad racional sobre la norma universal y que cada miembro del grupo tiene la opción de elegir si se somete a ella. Apelar al *“derecho a la propia cultura”* para fundamentar normas particulares contrarias a los derechos de las personas, chocaría, por último, con la noción de cambio cultural y esconde muchas veces autoritarismo y deseo de ejercer el poder sin restricciones.

No es legítimo sostener que *“tanto los derechos culturales como el sistema democrático solo son viables en determinados contextos culturales y no en otros”*, que es lo que sucede cuando sosteniendo la absoluta supremacía de los derechos civiles y políticos se reniega del diálogo intercultural, limitando la universalidad de los derechos a determinadas culturas, las dominantes.

Cuestión diferente sería la utilización del relativismo cultural para defender los derechos humanos de los grupos vulnerables, en cuyo caso *“no estamos atacando la universalidad de los derechos humanos, sino dándoles mayor concreción y riqueza de contenido”*.²⁶⁷

En el fondo, no podemos olvidar que la universalidad de los derechos humanos se basa en valores como la dignidad del ser humano, que *“constituye una adquisición permanente de toda la humanidad y trasciende al pensamiento que le ha dado origen”*.

Méndez y Chillier proponen como herramienta de avance el uso del principio de no discriminación. Es un principio que *“cruza transversalmente el ejercicio de todos los derechos humanos y debe cumplir la función de nexo entre los dos grupos de derechos”*. El ejercicio de los derechos contenidos en ambos Pactos Internacionales debería *“ser garantizado en forma igualitaria sin afectar a grupos particulares, por cuestiones culturales o por sus circunstancias socioeconómicas”*.

Coincido con ellos en que se trata de un parámetro de enjuiciamiento de notable eficacia potencial en lo referido al respeto y al ejercicio de la mayoría de los derechos humanos.

²⁶⁶ Citado en Ibidem.

²⁶⁷ Ibidem.

Pero en cualquier caso aunque *“la aceptación del derecho de todas las personas a tener identidades culturales diferentes, el reconocimiento de las especificidades y diferencias culturales suele considerarse una justificación del relativismo cultural”*, este planteamiento es *“no solo erróneo sino también peligroso”*.²⁶⁸

En efecto, *“la aceptación de la idea de que las personas pertenecientes a una cultura no deben juzgar las políticas y valores de otras culturas, de que no existe ni puede existir ningún sistema de valores comunes, de hecho, socava la base misma de la comunidad internacional y de la familia humana”* y en que *“la existencia de diferencias culturales no debería llevar a rechazar ninguna parte de los derechos humanos universales”*.²⁶⁹ Podemos imaginarnos las consecuencias del argumento trasladado a las diferencias individuales entre las personas.

X. Etxeberria lo ha expuesto también de forma convincente.

Hay que afirmar en primer lugar -nos dice- *“para todos los humanos en todas las culturas un núcleo básico principal de los derechos humanos, el que históricamente se ha encarnado en las palabras de dignidad, libertad, igualdad y fraternidad, aunque luego el soporte narrativo-simbólico y determinados matices interpretativos de estas categorías varíen culturalmente”*, en segundo lugar, *“con formulaciones prácticamente unívocas de validez universal, una serie de derechos mínimos básicos y fuertes, en general, aunque no exclusivamente en negativo, que suponen los correspondientes deberes para los estados y los ciudadanos”*, en tercer lugar, *“otra serie de derechos de modo genérico, que inevitablemente tienen marcadas encarnaciones culturales e históricas particulares”*, y por último, derechos que *“pueden considerarse diferenciales en función de las culturas grupales”*.

Se trata entonces de potenciar *“un auténtico diálogo intercultural”*, con el que se apuntará a una universalidad que no será de partida, ni de llegada, *“sino de recorrido, abierta a cambios, a nuevos descubrimientos, a la pluralidad”*²⁷⁰. Algo semejante, velis nolis, a lo que Boaventura de Sousa Santos ha denominado, *“concepción multicultural de los Derechos Humanos”*²⁷¹, fundamentada en una hermeneútica diatópica.

2.3.3.4. El valor jurídico y la positivización de los derechos culturales.

Es imprescindible realizar algunas consideraciones adicionales sobre el valor jurídico y la positivización de los derechos culturales. Convendrá dejar sentado si es o no aplicable al caso la crítica de que *“los derechos humanos se han tendido a ampliar,*

²⁶⁸ SYMONIDES J. op. cit. pag. 13.

²⁶⁹ Ibidem, pags. 13-14.

²⁷⁰ ETXEBERRIA MAULEON X. *Sociedades multiculturales*. Ed. Mensajero. Bilbao. 2004, pags. 85-88.

²⁷¹ GOMEZ ISA F. Y PUREZA J.M. op. cit. pags. 95-122.

quizás sin la debida reflexión, sin rigor y la precisión que deben ser consustanciales al proceso de positivación de nuevos derechos humanos”,²⁷² si estamos concurriendo a un proceso de “inflación de derechos humanos”.²⁷³

Considero con Gómez Isa y Vasak que no pueden concebirse los actuales derechos humanos como una lista cerrada y que las nuevas necesidades van demandando progresivamente la aparición de nuevos derechos, no pueden petrificarse estos en referencia a las amenazas a la dignidad del ser humano de una sociedad y contexto histórico determinados, cuando estos varían, y a la vez en que debe estarse atento *“a la coherencia del Derecho, a su calidad técnica y a la compatibilidad con los principios jurídicos que constituyen el armazón del Derecho Internacional”*.²⁷⁴

En este sentido considero que la objeción antes expuesta afecta menos a los derechos culturales como tales, en razón de su reconocimiento en el Pacto que se refiere a ellos, cuanto a la interpretación concreta de si cualquiera de ellos en concreto, y con qué límites y contenido, se encuentra amparado por las muy genéricas formulaciones de su artículo 15 y la normativa internacional surgida con posterioridad sobre el particular.

En el caso de los derechos culturales, y particularmente como ya veremos en el del derecho al disfrute del patrimonio cultural, creemos que se cumplen las exigencias, el control de calidad, formulado por Alston²⁷⁵.

Se refleja un valor social fundamental, como es el respeto a la identidad cultural individual y colectiva, es relevante en un mundo en el que coexisten diversos sistemas de valores pero en el que todos de una manera o de otra procuran salvaguardar los elementos definidores de esa identidad, constituye una clarísima interpretación de la Carta de las Naciones Unidas, es consecuente con el cuerpo existente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que si bien con un carácter genérico e impreciso lo ha elevado ya expresamente a la condición de derecho humano positivo, es compatible con la práctica general de los Estados, si bien en este caso puede variar la extensión o contenido de dicha práctica, y es finalmente lo suficientemente preciso como para dar lugar a derechos y obligaciones claramente identificables como intentaremos demostrar en los siguiente capítulos.

Es cierto que las recomendaciones de la Asamblea General de la ONU y de la UNESCO que hemos citado anteriormente y que vienen en gran medida a dar cuerpo al contenido de los derechos culturales, forman parte del “soft law”, de los instrumentos jurídicos cuya fuerza obligatoria *“es superior a la de los textos que no tienen ningún valor jurídico, aunque menor que la de los textos revestidos de fuerza jurídica*

²⁷² GOMEZ ISA F. op. cit. pag. 65.

²⁷³ MARCUS HELMONDS S. “*Droits de l’homme et droit au développement*” citado por GOMEZ ISA F. op. cit. pag. 65.

²⁷⁴ FLORY M. “*La formation des normes en Droit International du Developpement*” citado por GOMEZ ISA F. op. cit. pag. 66.

²⁷⁵ ALSTON P. “*Conjuring up new human rights: a proposal for quality control*”. Citado por GOMEZ ISA F. op. cit. pags. 66-67.

obligatoria”²⁷⁶, pero no lo es menos que junto a ellas hay reconocimientos explícitos en auténticos tratados internacionales, como el Pacto de 1966 o las diversas convenciones.

Y tampoco hay que olvidar que, en palabras de Fastenrath “*es hora de que el positivismo legal libere al soft-law y otros instrumentos informales del oprobio de necesariamente debilitar el hard-law. El soft-law es un instrumento que proporciona comprensiones acerca de la existencia de las normas, su formulación e interpretación*”.²⁷⁷

En sede de interpretación del contenido, extensión y límites de un derecho que entendemos positivizado, cuya aceptación se ha convertido en una auténtica “*opinio necessitatis*”, aunque solo fuere como el “*derecho a participar en la vida cultural*” del tantas veces citado artículo 15, y entendiendo el espíritu que inspira su posición, no podemos estar de acuerdo con Virally cuando considera que “*el rol de la doctrina debe ser una descripción científica, independiente, neutral, lejos de tomar partido, del derecho positivo, de la lex lata, distinguiéndola rigurosamente de la lex ferenda*”.²⁷⁸

No ya por que entendamos que el espíritu y finalidad no solo es criterio perfectamente válido, sino imprescindible a la hora de proceder a la interpretación de las normas, sino porque entendemos que el papel de la doctrina, que nunca es neutral, sino resultado de los múltiples “*a priori*” que concurren en la personalidad de quienes la hacen nacer, es describir científicamente, actuar con independencia y a la vez tomar honestamente partido, contribuyendo a forjar el mayor consenso posible sobre la *lex ferenda*, como primer paso para convertirla en *lex lata*.

Sin embargo intentaremos acreditar en las sucesivas páginas que los derechos culturales y entre ellos, el derecho humano al disfrute del patrimonio cultural, tienen mucho más de *lex lata* que de *lex ferenda*.

2.3.4 LOS DERECHOS CULTURALES COMO DERECHOS COLECTIVOS

Hemos observado anteriormente que diversos de los textos normativos citados se refieren a determinados derechos culturales como derechos colectivos, “*de los pueblos indígenas*” (Constituciones de Paraguay y Perú por ejemplo), “*de las comunidades*” (o de algunas de ellas, Constituciones de Guatemala y Nicaragua), “*de los pueblos indígenas y tribales*” (Convenio 169 de la O.I.T.), “*de los pueblos*” (Carta Africana

²⁷⁶ IDA R. “*Le Droit International au service de la paix, de la justice et du développement*”. Citado por GOMEZ ISA F. op. cit. pag. 69.

²⁷⁷ FASTENRATH U. op. cit. GOMEZ ISA pag. 73.

²⁷⁸ VIRALLY M. “*Le Droit International en devenir. Essais écrits au fil des ans*”. Citado por GOMEZ ISA F. op. cit. pag. 71.

de los Derechos Humanos) o “de los pueblos y naciones” (Declaración de la UNESCO de 1966 sobre los Principios de la Cooperación Cultural Internacional).

De forma contraria a lo que sostiene Symonides, que considera que “*los derechos culturales son derechos individuales de los que es titular todo ser humano*” aunque “*suelen ejercitarse principalmente, si no exclusivamente, en asociación con otros*”²⁷⁹, vamos por nuestra parte a considerar legítimo el enfoque de todas estas normas a la hora de atribuir derechos a sujetos diferentes de la persona física individual.

Sin perjuicio del examen del sujeto de nuestro específico derecho al disfrute del patrimonio cultural, que realizaremos en el correspondiente capítulo, conviene en este momento referirse a esta ya vieja polémica en torno a la existencia real de los derechos colectivos.

Como muy bien señala López Calera²⁸⁰, aunque “*las críticas a los derechos colectivos han sido muy fuertes*”, lo que está a la vista de cualquiera, “*el derecho internacional es la prueba más evidente de la existencia de los derechos colectivos...está lleno de textos legales y políticos, de preceptos y principios, que hablan clara y directamente de derechos colectivos*”.

Testimonio suficiente de ello dan los textos que recogemos aquí. Es muy posible que también este autor esté en lo cierto cuando estima que se debe a que se ha constituido por y para sujetos colectivos; los Estados. No nos extenderemos sobre el valor de dichos textos legales, al que ya nos hemos referido, solo incidiremos con Ferrajoli²⁸¹ en que en el nuevo derecho internacional “*pasan a ser sujetos...no solo los Estados sino también los individuos y los pueblos*”.

Los derechos colectivos, aunque son ciertamente “*conceptos y realidades históricas, que conllevan muchos interrogantes teóricos y prácticos*”, se consideran hoy “*base de cualquier orden jurídico internacional que quiera llamarse justo, porque de su respeto depende la correcta realización de muchos e importantes derechos individuales*”²⁸².

Sus indefiniciones e imprecisiones “*no pueden ser motivo para negar el concepto...porque también el mundo jurídico en general está lleno de conceptos y valores indefinidos, imprecisos, abstractos en relación con los derechos individuales y no por ello se concluye que no existen..*” postura coincidente como vemos con el planteamiento que ya hemos expuesto anteriormente en este mismo trabajo.

²⁷⁹ SYMONIDES J. Op. Cit. Pag. 8.

²⁸⁰ LOPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos ?*. Ed. Ariel. Barcelona. 2000, pag. 37.

²⁸¹ FERRAJOLI L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ed. Trotta. Madrid. 1999. Citado por LOPEZ CALERA, N. op. cit. pag. 41.

²⁸² LOPEZ CALERA, N. op. cit. pags. 42-43.

En palabras de J.M. Setién “no tiene sentido hablar de derechos al margen de la alteridad social”, (La D.U.D.H.) lo reconoce expresamente al decir que solo en la sociedad puede desarrollarse libre y plenamente la personalidad de los individuos...de ahí la conclusión de que toda persona tiene también deberes respecto de la sociedad a la que se hace por ello portadora de unos derechos sobre los bienes que le son propios y que ella debe tutelar a fin de que puedan participar de ellos los individuos...existen así unos derechos propios de la misma comunidad política y de las comunidades o grupos que del ejercicio, en última instancia, de las libertades individuales puedan surgir”.²⁸³

En el marco del ordenamiento jurídico español podemos llegar a similar conclusión en pro de la existencia de los derechos colectivos. Sin referirnos a agudos análisis como los que consideran que las sanciones penales son en realidad derechos colectivos²⁸⁴, el Estado como persona jurídica, “compra, vende, contrata...y tiene incluso una responsabilidad civil y penal (aunque sea aplicable solo a los individuos que lo representan).²⁸⁵

La Constitución de 1978 “reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones”, (art.2), atribuye derechos y deberes a los municipios, provincias y Comunidades Autónomas (art. 140 y ss), ordena a las poderes públicos la promoción de las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo “y de los grupos en que se integra” sean reales y efectivas (art.9.2), garantiza “la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y comunidades..” (art.16) y el acceso a los medios de comunicación dependientes del Estado “a los grupos sociales y políticos significativos” (art. 20.3) reconoce a la universidad el derecho a su autonomía y la libertad de creación de centros docentes a las personas físicas y jurídicas, (art.27) y en otros preceptos hay referencias a derechos de la juventud, de los consumidores, de la tercera edad, de los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, “que se entienden como derechos de colectividades, a las que se atribuyen derechos que pueden ser reclamados no solo como miembros de un grupo sino como derechos del mismo grupo como tal, sin individualizar los intereses”²⁸⁶.

Incluso entre las Disposiciones Adicionales, la 1ª, “ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.

No menos explícito es a este respecto el Derecho Internacional. El derecho de autodeterminación de los pueblos, con independencia de su controvertido significado, ha sido consagrado “en diferentes Declaraciones de la Asamblea General de las

²⁸³ SETIEN ALBERRO J.M. *De la ética y el nacionalismo*. Ed. Erein. Donostia. 2003, pag. 33.

²⁸⁴ WELLMAN C.H. “*Liberalism, comunitarism and groups right*” citado por LOPEZ CALERA. op. cit. pag. 46.

²⁸⁵ LOPEZ CALERA N. op. cit. pag. 47.

²⁸⁶ Ibidem, pags. 47-48.

Naciones Unidas y en el artículo 1 común a los dos Pactos Internacionales de derechos humanos”²⁸⁷.

En palabras de X. Etxebarria “*puede defenderse que es derecho colectivo en el sentido de que: 1) el grupo nacional, al que de modo más inmediato remitimos el derecho como sujeto del mismo, no se reduce a la suma de sus miembros, está compuesto de individuos pero tiene una identidad diferenciada de ellos; 2) el interés o bien al que apunta ese derecho, identificable con el bien cultural de la comunidad nacional, que es el que induce deberes inexcusables en los otros para que quede protegido, no es individualizable; 3) dicho esto último de otro modo: el bien que da origen al derecho es bien para el individuo pero en su condición de miembro de la comunidad nacional; 4) el derecho solo se ejerce cuando se realiza colectivamente*”.²⁸⁸

Además, “*tanto el derecho al desarrollo, (definido en el art.1 de la Declaración de la ONU como derecho en virtud del que todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en él) como el derecho a la paz o al medio ambiente, tienen una doble titularidad, individual y colectiva*”.²⁸⁹

Como muy bien señala Bengoetxea, “*se habla de crímenes contra la humanidad y estos crímenes vienen tratados como ius cogens*”, pues bien “*estos crímenes implican necesariamente la existencia de una víctima colectiva que es algo más que la suma de cada uno de sus miembros, se trata de la exterminación de un pueblo, un grupo étnico, una población indígena*”.

Estos “*deberán contemplarse como titulares de derechos fundamentales, del derecho a su existencia, a su identidad y a su dignidad como pueblo, además del derecho a la vida y a la dignidad de cada uno de los individuos que lo componen, individualmente considerados, es el grupo como tal el titular y existe una jurisdicción internacional donde puede perseguirse a quienes infrinjan sus derechos*”.²⁹⁰

En el ámbito del derecho privado, las personas jurídicas, verdaderos sujetos colectivos, tienen capacidad jurídica indiscutida, aptitud innegable para ser titulares de derechos y obligaciones.

“*Hay, como concluye López Calera, derechos colectivos en el derecho interno y en el derecho internacional. Otra cosa es...que se trate de afirmar que hay derechos*

²⁸⁷ LOPEZ ISA F. “*El derecho de autodeterminación en el derecho internacional contemporáneo*” en V.V.A.A. Derecho de autodeterminación y realidad vasca”. Ed. Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 2002, pag. 277.

²⁸⁸ ETXEBARRIA MAULEON X. “*El derecho de autodeterminación en la teoría política actual y su aplicación al caso vasco*” en V.V.A.A. Derecho de autodeterminación y realidad vasca. op. cit. pags. 350-351.

²⁸⁹ Ibidem, pag. 278.

²⁹⁰ BENGOETXEA J. *La Europa Peter Pan: el constitucionalismo europeo en la encrucijada*. Ed. IVAP. Oñati. 2005, pag. 137.

*colectivos...más allá del derecho positivo vigente. En este caso, los problemas son más complejos, pero sirven también para considerar con mayor profundidad el concepto de derechos colectivos. Pero lo que sucede en este caso (ir más allá del derecho positivo) no difiere mucho de los problemas que presentan los derechos individuales,... cuando en el derecho positivo (nacional o internacional) no le reconocen (al individuo) los derechos subjetivos que estima que le corresponden”.*²⁹¹

El reconocimiento de esta realidad se da tanto entre los defensores de, en palabras de este autor, una “*teoría moderadamente liberal*” (como la de Kymlicka), que consideran que los seres humanos no son átomos aislados y la pertenencia a un grupo cultural un bien para el individuo, y que hay derechos diferenciados en función del grupo a que se pertenece, en razón de que solo a través de una cultura societaria las personas pueden acceder a una gama de opciones plenas de significado, y que reconocen que los derechos colectivos no son incompatibles ni incoherentes con los individuales (Wellman) o que la concepción liberal no considera que la libertad sea algo inherente solo al sujeto, independientemente de su existencia social, lo que constituiría una “*concepción absurdamente atomística del ser humano*”, (Mac Cormick), como entre los defensores de una “*teoría moderadamente colectivista de los derechos colectivos*” (J. Raz) que consideran que la libertad es un valor íntimamente vinculado a otros y que no puede existir por sí mismo, que es cuestionable el derecho individual a bienes colectivos, aunque consideren que solo tienen sentido los derechos colectivos en tanto sirven a los individuales.²⁹²

Hay teorías especialmente críticas con la noción de derechos colectivos como la de Michael Hartney²⁹³, que sin negar la importancia de los grupos o las relaciones sociales para la realización humana, consideran sin embargo que solo la vida de los seres humanos tiene un valor último y que las entidades colectivas derivan su valor meramente de su contribución a aquellas, valor que no tiene necesariamente que reflejarse en la atribución de derechos.

Este autor considera que una comunidad parte de una sociedad no tiene derechos contra la sociedad como tal, ni tampoco considerada como un todo en relación a sus miembros, no hay a su juicio, ninguna clase de derecho que no pueda ser propia de los individuos, y la noción de “*derechos colectivos*” no es sino una importante fuente de confusiones.

Otras críticas hacen referencia a la “*indefinición e indeterminación*” del titular del derecho, a que desde la propia definición “*los derechos humanos son los derechos que pertenecen exclusivamente a los seres humanos*” (en palabras de Donnelly, “*si como el propio término sugiere, los derechos humanos son los derechos que uno tiene simplemente porque uno es una persona humana, parecería que los derechos humanos solo tienen una clase de titulares o sujetos, los seres humanos...esto es tal y como se*

²⁹¹ LOPEZ CALERA N. op. cit. pag.51-52.

²⁹² Ver LOPEZ CALERA N. op. cit. pags. 53-76.

²⁹³ Ibidem, pags. 77-89.

han entendido hasta ahora, y tal y como se deben entender”²⁹⁴) o a la llamada “tesis de la futilidad”, en virtud de la que “los derechos colectivos serían innecesarios y redundantes, dado que las demandas asociadas a intereses de carácter colectivo pueden ser satisfechas mediante el reconocimiento y la garantía de los derechos individuales...sin tener que proceder para ello a la creación de derechos colectivos”.²⁹⁵

López Isa, reconociendo solidez a la argumentación de Donnelly, señala que otros autores no ven inconveniente en admitir derechos humanos colectivos desde la perspectiva de que el de derechos humanos es un “concepto dinámico, que a medida que va evolucionando va incorporando nuevas realidades e incluso nuevos sujetos” y que cabría distinguir derechos humanos y derechos de los pueblos, “cada uno de ellos con autonomía y especificidad” y concluye con una declaración inequívoca, “una vez analizados los argumentos que militan a favor y en contra de los derechos colectivos, tenemos que reconocer que tanto nuestro ordenamiento jurídico interno como el propio Derecho Internacional admiten la existencia de derechos colectivos”.²⁹⁶

Lo que subyace en estas críticas es el temor a que el reconocimiento de derechos colectivos pueda suponer un peligro para la pervivencia de los derechos individuales, ante lo que Van Boven se ve impulsado a señalar que “la noción de los derechos de los pueblos no es en si misma destructora de los derechos humanos individuales; es más, sitúa a los derechos de los pueblos (puede hacerse la misma consideración sobre cualquier otro titular de naturaleza colectiva) y a los derechos humanos individuales en una relación dialéctica y positiva, apoyándose mutuamente y como conceptos complementarios...tanto los derechos de los pueblos como los derechos humanos (sería más preciso referirse aquí también a esos derechos individuales) representan aspiraciones y objetivos humanos y reflejan inherentemente la búsqueda de la justicia”.²⁹⁷

López Calera opone con acierto que “los hechos son tozudos y demuestran que los derechos colectivos están ahí como categoría y como práctica humana. La negación teórica rotunda o el desprecio práctico no son posibles”.

Son desde luego numerosas “las leyes de los Estados (civilizados) que hablan de intereses públicos o colectivos y que constituyen, declaran y protegen derechos colectivos, y no pasa nada, aunque paradójicamente haya al mismo tiempo un extendido rechazo conceptual e ideológico de esta clase de derechos.”²⁹⁸

²⁹⁴ Citado en LOPEZ ISA F. “El derecho de autodeterminación en el derecho internacional contemporáneo” en V.V.A.A. Derecho de Autodeterminación y realidad vasca. Ed. Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 2002, pag. 272.

²⁹⁵ Ibidem, pag. 273.

²⁹⁶ Ibidem, pag. 276.

²⁹⁷ Ibidem, pag. 275.

²⁹⁸ LOPEZ CALERA N. op. cit. pag. 92.

Además “ *al menos en un sentido amplio, los derechos no son solamente los que están reconocidos y tutelados por leyes positivas*”.²⁹⁹

Gráficamente señala que no puede negársele al hambriento pueblo etíope el derecho a sobrevivir, porque no haya un orden jurídico internacional ni unos tribunales que lo reconozcan y tutelen.

Pueden existir conflictos entre los derechos individuales y los colectivos, es evidente. Pero “*que de la afirmación de los derechos colectivos se pueda seguir alguna negación de derechos individuales, se puede explicar en razón de que los derechos individuales no son derechos absolutos, y en última instancia, por esa inevitable (e insuperable) dialéctica que existe entre la individualidad y la socialidad de los seres humanos*” Además “*los derechos individuales tienen a veces conflictos entre si, esto es los derechos individuales, niegan también a los mismos derechos individuales*”.³⁰⁰

López Burniol citando a Terricabras nos recuerda que “*el encaje entre los derechos individuales y los derechos colectivos no es un problema abstracto, dado que responde a una determinada concepción de la sociedad*”³⁰¹ y que la inicial configuración de los derechos humanos como derechos subjetivos ejercitables frente al Estado, de titularidad y ejercicio individual, se vio pronto modificada por el reconocimiento de unos nuevos derechos fundamentales, que “*solo existen y son eficaces en cuanto cada persona concreta forma parte de una determinada comunidad organizada*”, los derechos políticos de participación y los sociales de prestación, que siguen siendo de titularidad individual, aunque puedan ser de ejercicio colectivo.

Como señala acertadamente Herrero de Miñón, “*el derecho no existe de suyo. Es la vida contemplada desde una determinada perspectiva, la de la resolución de conflictos para asegurar la permanente integración de la comunidad política y garantizar en ella la paz y la justicia. Y solo como un instrumento de resolución de conflictos el derecho se justifica*”³⁰².

López Isa³⁰³ sintetiza los argumentos a favor del reconocimiento de los derechos colectivos apelando en primer lugar a la protección de la faceta comunitaria del ser humano, “*se trata básicamente de defender a la persona situada en su comunidad, en la comunidad cultural que le dota de sentido y que le proporciona sentimientos de pertenencia y de identidad*”, exponiendo su consideración como “*condición de posibilidad de los derechos individuales*”, como necesaria condición para su ejercicio, y

²⁹⁹ Ibidem, pag. 95.

³⁰⁰ Ibidem, pag. 108.

³⁰¹ LOPEZ BURNIOL J. J. “*Lenguas y derechos históricos*” en HERRERO RODRIGUEZ DE MIÑÓN M. y LLUCH E. (eds.). *Derechos históricos y constitucionalismo útil*. Ed. Fundación BBVA. Barcelona. 2001, pag. 156.

³⁰² Ibidem, pag. 277.

³⁰³ LOPEZ ISA F. “*El derecho de autodeterminación en el Derecho Internacional contemporáneo*” en V.V.A.A. *Derecho de autodeterminación y realidad vasca*. Ed. Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 2002, pags. 269-279

manifestando que *“con su reconocimiento estamos caminando hacia una verdadera universalidad de los derechos humanos”*, dado que la tradición occidental de los derechos humanos está basada en la filosofía liberal individualista pero existen otras tradiciones como la africana o la de muchos pueblos indígenas que *“subrayan el carácter grupal y comunitario de la persona”* de modo y manera que consideran que *“el ser humano no tiene sentido más que concebido en su relación con el grupo, con la comunidad”*.

Como muy bien señala este autor, *“si queremos construir un concepto verdaderamente universal que recoja las diferentes sensibilidades, tenemos que estar abiertos al reconocimiento de una de las dimensiones de esas diferentes formas de entenderlos...esta dimensión no es otra que la dimensión colectiva de los derechos humanos”*³⁰⁴.

El Tribunal Constitucional ha coincidido también (S.T.C. de 20 de Julio de 1981) a la hora de señalar que *“la adecuación del derecho a la realidad es pues principio esencial que debe presidir todo el orden jurídico”* y que *“el ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado, ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de progreso y perfeccionamiento”*.³⁰⁵

La evolución social ha puesto de manifiesto que *“la sociedad no es solo un conjunto de individuos solitarios que autorregulan sus propios intereses, sino de individuos que se integran en diversos grupos de excluyentes”* y es éste *“el fundamento último de los derechos colectivos”*.³⁰⁶

Su conclusión es clara, *“no existe ninguna razón para que la igualdad en los derechos fundamentales individuales impida la efectiva concreción, en una serie de derechos colectivos, del derecho histórico a seguir siendo una sociedad diferente... igualdad no es lo mismo que uniformidad”*.³⁰⁷

En palabras de otro autor, B. Clavero, *“entre poder de sujeto colectivo y derecho de sujeto individual no tiene por qué haber incompatibilidad...o más bien incluso es difícil de hecho lo segundo sin lo primero, la libertad del individuo sin el reconocimiento y la garantía del ordenamiento de la colectividad”*.³⁰⁸

Es más, los Pactos de 1966 sitúan y no por casualidad el derecho a la libre determinación de los pueblos en sus respectivos artículos primeros.

³⁰⁴ Ibidem, pag. 271.

³⁰⁵ Citado por BARRERO C. op. cit. pag. 195.

³⁰⁶ HERRERO DE MINON M. en HERRERO DE MINON Y LLUCH E (eds.). op. cit. pag. 158.

³⁰⁷ Ibidem, pag. 159.

³⁰⁸ CLAVERO SALVADOR B. *“Derechos humanos (individuales) y derechos históricos (colectivos)”*, en HERRERO DE MINON M. y LLUCH E. (eds.) *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, op cit. pag. 105.

Se entiende así, según el ilustre jurista sevillano, que *“el derecho de cada pueblo a la libertad colectiva es un requisito necesario para la libertad individual, para las libertades de unos seres cuya existencia no se plantea, ni cuya vida se desarrolla o cuya misma individualidad ni siquiera se genera en el seno de una humanidad indiferenciada, sino en las culturas particulares y propias de nación o de adopción... si no fuera otra cosa, los mismos Estados sobrarían... con uno bastaría”*³⁰⁹.

Difícilmente puede expresarse nuestro pensamiento coincidente de forma más precisa y más bella, que con estas palabras suyas, *“requisito del derecho individual es el derecho colectivo. Legitimación del derecho colectivo es el individual. La predicación es mutua. El redondeo puede producirse; el círculo cuadrar. No hay derechos individuales sin derechos colectivos, como tampoco debe haber, tampoco cabe admitir, lo segundo sin lo primero. La afirmación de los derechos individuales negándose los colectivos ha sido históricamente fórmula para mantenerse el colonialismo y otros modos de opresión o discriminación entre pueblos. La posición contraria, la que afirma los derechos colectivos ignorando los individuales, sacrifica también humanidad. Hoy, gracias al desenvolvimiento del orden de los derechos humanos, pues no a su primera formulación, y gracias también al planteamiento de los derechos constitucionales, pues no siempre a su práctica, estamos por fin viniendo a un escenario menos agónico”*.³¹⁰

El problema no es pues el concepto sino su alcance y la identificación de los elementos que lo integran, sobre todo porque, *“no es posible dar un concepto definitivo de los derechos colectivos”*.³¹¹

Dado que nos referiremos a la cuestión en relación con el concreto derecho objeto de este trabajo, señalaremos únicamente las características que lo definen en opinión de este autor.

Una primera es que como el propio nombre indica, no se trata de derechos individuales, sino de derechos de titularidad colectiva; además encuentran su fundamento en la existencia de libertades colectivas, fruto de la evolución de la sociedad contemporánea y la complejización de las relaciones sociales, solo pueden ejercitarse si varias personas acuerdan hacerlo, presuponen la existencia de sujetos colectivos (un Estado democrático, por poner un ejemplo, es una realidad claramente diferenciada de los individuos que lo componen) creación de los individuos *“que como seres sociales necesitan de la cooperación interindividual para ser incluso meros individuos”*, aunque sin embargo *“se manifiestan y expresan a través de las acciones y actuaciones de los sujetos individuales”* y están por tanto vinculados a la representación

³⁰⁹ Ibidem, pag. 107.

³¹⁰ Ibidem, pag. 117.

³¹¹ LOPEZ CALERA N. op. cit. pag. 168.

democrática, “a la democracia como forma de organización colectiva”³¹², dado que no hay sujetos colectivos sin representación.

2.4. HACIA UNA DECLARACION DE DERECHOS CULTURALES: EL PROYECTO DEL GRUPO DE FRIBURGO

En los programas de acción de la UNESCO a partir de principios de los años noventa se refleja el propósito de redactar un instrumento normativo sobre los derechos culturales, una “*declaración*” que podría aprobar su Asamblea General.

Específicamente en el de 1994-1995 se estipula que “*se pondrá especialmente el acento sobre la protección y promoción de la identidad cultural y sobre los derechos lingüísticos y se elaborará un sistema de indicadores destinados a determinar en qué medida estos derechos son respetados...en lo que concierne a los derechos culturales de las personas pertenecientes a las minorías, se establecerá un inventario de las medidas adoptadas en diferentes países y regiones, y se explorará la posibilidad de elaborar un instrumento normativo sobre este tema*”.

Tras la celebración en la Universidad de Friburgo en 1991 de un coloquio sobre “*Los derechos culturales, una categoría subdesarrollada de los derechos humanos*”, el Instituto Interdisciplinario de Ética y de Derechos Humanos de la misma desarrolló una específica labor de investigación a través de un grupo de trabajo, que ampliado con la participación de expertos de la UNESCO y del Consejo de Europa, realizó en 1996 un “*Proyecto de Declaración sobre los Derechos Culturales*”, que es todavía objeto de amplio debate internacional.

Los autores del Proyecto se sienten llamados en primer lugar a justificar su necesidad. Señalan que “*las guerras actuales y potenciales se originan en gran parte por las violaciones de los derechos culturales*” y que “*numerosas estrategias de desarrollo han resultado inadecuadas por ignorancia de estos mismos derechos*”, y que sin embargo “*los derechos humanos carecen en la actualidad de coherencia, lo cual obstaculiza su eficacia y universalidad*”.

Añaden asimismo en referencia a cuestiones ya apuntadas en anteriores capítulos sostienen que “*la separación entre derechos civiles y derechos sociales limita la efectividad de la mayoría de los instrumentos normativos, creando así un desfase entre los derechos abstractos y la realidad*” y que “*el subdesarrollo de los derechos culturales...es una limitación para una comprensión efectiva de la indivisibilidad de los derechos humanos*”.

³¹² Ibidem, pag. 107.

Los instrumentos existentes “*definen solo de manera fragmentaria los derechos culturales*” y por tanto “*resulta esencial un instrumento declarativo sintético que demuestre la lógica fundamental propia a los derechos culturales, así como la dimensión cultural del conjunto de los derechos humanos*”.

Crean finalmente los integrantes del “Grupo de Friburgo” que “*la dificultad de definir la noción de identidad cultural puede ser superada actualmente*” y que en realidad el desafío real “*consiste en avanzar en la comprensión y el respeto de la naturaleza tanto individual como social del sujeto de derecho en la diversidad de las culturas democráticas*”.

Poco cabe oponer a diagnóstico tan cualificado. Quizá haya que matizar que, sin negar su evidente utilidad, del mismo modo que la no menos innegable dificultad de la labor y la posibilidad de que la necesidad de compromisos y consensos en su torno disminuya notablemente su efectividad, lo esencial es el desarrollo del contenido de los diversos derechos culturales, más allá de su ubicación conjunta en un único instrumento normativo.

De cara a este desarrollo también cabe coincidir en que la dificultad de definir la identidad cultural puede ser superada, pero se echan en falta en cualquier elaboraciones doctrinales que conviertan esa expectativa en realidad. El “*Proyecto*” intenta cubrir un vacío evidente, pero no podrá hacerlo por si solo.

Como es obvio, lo verdaderamente relevante en un “*Proyecto de Declaración de Derechos Culturales*” es el elenco de derechos y la forma en que se proclaman. Los derechos parten de unas definiciones previas de los conceptos (cultura, identidad cultural, comunidad cultural...) en que se basan a las que nos referimos en el correspondiente capítulo, por lo que enumeraremos sin más preámbulos los que a juicio de estos expertos constituyen los derechos culturales de los seres humanos, directamente relacionados con la materia que nos ocupa.

Existe en primer lugar un **derecho a la identidad y al patrimonio cultural**. Esto supone que “*toda persona, tanto sola como en común tiene derecho:*

- a) *a elegir su identidad cultural y a que ésta sea respetada en sus diversos modos de expresión.*
- b) *al conocimiento y al respeto de su propia cultura, así como de las culturas que, en sus diversidades contribuyen al patrimonio común de la humanidad; esto implica, en particular, el derecho al conocimiento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, constituyentes esenciales de este patrimonio.*
- c) *a acceder a los patrimonios culturales que constituyan manifestaciones y expresiones de las diferentes culturas.*

Este derecho “*implica la obligación para todos de respetar este patrimonio; ello implica igualmente para todo poseedor de un elemento de este patrimonio y, en particular para las autoridades públicas, una responsabilidad en cuanto a su preservación para las generaciones presentes y futuras y en cuanto a su accesibilidad*”.

El “*Proyecto*” es un importante apoyo doctrinal a nuestra tesis de la existencia de un derecho al disfrute del patrimonio cultural. Este primero de los derechos que reconoce es el que nos va a ocupar en los sucesivos capítulos.

López Bravo considera que esta identidad cultural “*constituye una dimensión propia y característica del hombre*”, que “*todo ser humano tiene derecho a identificarse con unos referentes culturales así como a desarrollarlos y conservarlos*” y que “*el derecho a la cultura conecta directamente con el desarrollo integral de la personalidad...es precisamente el acceso a la cultura el que permite al hombre alcanzar su plena identidad personal*”³¹³ En este caso creemos que es una buena síntesis del fundamento de este primer derecho.

Existe también **el derecho a referirse a una comunidad cultural**, que se traduce en “*la libertad de elegir pertenecer o no a una comunidad cultural, el pertenecer simultáneamente a varias comunidades culturales y sin consideración de fronteras, así como la libertad de modificar esta elección.*” A nadie se le podría consecuentemente “*imponer la mención de una pertenencia ni la asimilación a una comunidad cultural contra su voluntad*”.

Asimismo los seres humanos tienen un **derecho de participación en la vida cultural**, definido en los siguientes términos: “*toda persona, tanto sola como en común, tiene derecho a acceder y a participar libremente, sin consideración de fronteras, en la vida cultural mediante las actividades de su elección*”.

Este derecho se extiende a participar en “*la elaboración, implementación y evaluación de las políticas culturales que le conciernen, así como el manejo del desarrollo cultural de las comunidades de las cuales forma parte*”. Junto a estos, otros importantes derechos enumerados se refieren a la educación y formación, y a la información.

El Proyecto considera con toda claridad que los derechos que reconoce son **derechos individuales**. Todos y cada uno de ellos se reconocen a “*toda persona*”. En ningún caso se reconoce la existencia de sujetos colectivos, (minorías, pueblos, comunidades...) a los que pudiera conferirse la titularidad de alguno.

En este sentido la proyectada “*Declaración*” no llega a avanzar (obviamente desde la consideración de que reconocer sujetos colectivos y derechos de los mismos

³¹³ LOPEZ BRAVO C. op. cit. pags. 142-143.

constituye un avance con respecto al tradicional individualismo de las normas declarativas de derechos) hasta donde lo han hecho, como ya hemos visto, algunas de las normas de diversos Estados o de ámbito supranacional o internacional.

Opinión contraria es la de López Bravo, que considera que en Friburgo (si bien no se refiere a la Declaración, sino al Coloquio Interdisciplinar del que más adelante surge) se determina “*que son derechos predicables tanto de los ciudadanos individualmente considerados como de las comunidades o grupos*” y que “*la noción de identidad cultural se utiliza con carácter individual para referirse al derecho de cada individuo de crecer, reconocerse e identificarse con una cultura...pero igualmente a nivel colectivo para caracterizar a un pueblo*”³¹⁴.

Creemos por nuestra parte, de forma no tan optimista, que el Proyecto de Declaración los considera tan solo, **derechos ejercitables de forma individual o colectiva**, “*tanto sola como en común*”.

Y eso si, **derechos universales**, no ligados a la pertenencia de los individuos a determinado tipo de culturas, o a determinadas situaciones de marginación o peligro. Porque “*permitiendo la identificación de los individuos, de los grupos sociales y de los pueblos, cada cultura tiene una dimensión universal, que la hace ser no solo bien común de los que participan en ella, sino un bien común de la humanidad*”³¹⁵. A este aspecto si que particularmente nos parece necesario conferirle un marcado énfasis.

En cuanto al contenido de los derechos reconocidos en relación con el patrimonio cultural, podemos sintetizarlos en un **derecho al conocimiento y al respeto** del propio (como integrante fundamental de la cultura), y del ajeno que constituye patrimonio común de la humanidad y **un derecho de acceder** a ambos, que implica la obligación universal (de “*todos*“) correlativa de respetar ese patrimonio y permitir su accesibilidad. Los derechos culturales son así “*derechos a lo particular y a lo universal, derechos a conservar, proteger y desarrollar una cultura particular, pero al mismo tiempo derechos a beneficiarse del desarrollo cultural universal*”³¹⁶.

Sin duda la necesidad de forjar consensos para dotarles de plena eficacia, lastra la precisión y detalle de este tipo de “*declaraciones*”, pero hay que criticar que esta definición del contenido del derecho, constituye una magra aportación a lo ya recogido en tratados internacionales (los pactos y convenciones) o en disposiciones de “*soft law*”.

Seguimos ante un notable grado de vaguedad y de genericidad, que no nos permite precisar un alcance cierto e indubitado de los derechos y las obligaciones, ni siquiera alrededor de ese núcleo central al que nos referíamos anteriormente.

³¹⁴ LOPEZ BRAVO C. op. cit. pag. 143.

³¹⁵ Ibidem, pag.143.

³¹⁶ Ibidem, pag.143.

Hay múltiples formas y grados de conocimiento, múltiples maneras de respetar, (en forma activa u omisiva) y no menos posibilidades de acceder, entre las que no sabemos cuales constituyen derechos y cuales y respecto de quienes adquieren rango de obligación.

Escasa ayuda para subsanar el hecho, denunciado por Bianchini de que “*el reconocimiento formal del derecho a la cultura*” no ha supuesto que “*se haya traducido en la realización de políticas efectivas*”.³¹⁷

2.5 ELEMENTOS Y CARACTERISTICAS DEL DERECHO AL DISFRUTE DEL PATRIMONIO CULTURAL

2.5.1 La titularidad del derecho

Analizar un derecho supone necesariamente referirse a los elementos que configuran la relación jurídica en cualquiera de ellos, el sujeto activo titular, el sujeto pasivo obligado a pasar por el ejercicio del mismo por el anterior y el objeto o contenido, la acción positiva o inexistencia de la misma a que se refiere.

Meyer-Bisch en relación con el específico derecho que nos ocupa, “*considera oportuno identificar la relación jurídica entre el objeto, el sujeto titular y el sujeto deudor, tal como se realizaría con los restantes derechos humanos*”.³¹⁸

A su juicio, el objeto se caracteriza por su gran amplitud, “*lo que no implica que sea una noción imprecisa puesto que los ciudadanos y las comunidades deberán fijar sus límites a través de los mecanismos democráticos, básicamente la Ley*”.³¹⁹

Considera este autor que es necesario además desligar el derecho al patrimonio, que tiene una dimensión comunitaria más tangible, del derecho de propiedad.

Con respecto al sujeto (activo) “*se insiste en su titularidad universal, que comprende una fase individual y una fase colectiva...sujetos protegidos se consideran tanto los ciudadanos como las colectividades, como el hombre en su dimensión universal*”.³²⁰

³¹⁷ BIANCHINI F. “*Política cultural y desarrollo de la ciudadanía*”. Rev. Inguruak, nº 9. (1994).

³¹⁸ Citado por LOPEZ BRAVO C. op. cit. pag. 145.

³¹⁹ Ibidem, pag. 145.

³²⁰ Ibidem, pag. 146.

En lo que hace al deudor “*se constata la existencia de dificultades para determinar quienes son los obligados por este derecho...de una parte el derecho corresponde una oponibilidad general, y de otra la doctrina de los Derechos Humanos permanece aún excesivamente focalizada sobre el principio de responsabilidad exclusiva del Estado...las responsabilidades corresponden al conjunto de la sociedad civil, por lo que debe afirmarse el principio de subsidiariedad; los poderes públicos serán en todo caso responsables subsidiarios de unas obligaciones que competen igualmente a la sociedad civil, constituida en grupos y a los ciudadanos individualmente considerados*”³²¹.

Vamos a comprobar a continuación si de nuestro análisis de los elementos de la relación jurídica extraemos conclusiones similares.

Hemos defendido con anterioridad la existencia, junto a la de los derechos individuales de las personas que nadie pone en duda, de derechos colectivos, de derechos de determinados grupos de personas que derivan de la posesión por las mismas de determinados rasgos o características comunes a ellas y que las singularizan respecto de quienes no las poseen.

Siendo eso así nos tocaría precisar ahora si el derecho al disfrute del patrimonio cultural se trata de un derecho de titularidad individual o colectiva, y en caso de decantarnos por esta última, quienes son los grupos titulares.

No creemos que necesite especial justificación, una vez acreditada la existencia y fundamentación del derecho, que las personas individuales pueden ser titulares del mismo.

En primer lugar porque para una parte importante de la doctrina (de peso decreciente cada día, eso si,) solo ellas pueden ostentar derechos. (Muchos de los representantes de este sector doctrinal admiten, así y todo, el ejercicio colectivo de los derechos).

En segundo lugar porque es a ellas, a las personas individuales, a las que se refieren expresamente los preceptos que en los instrumentos internacionales tratan de los derechos culturales. Así los artículos 22 y 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el 15 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no pueden ser más expresivos; todos ellos se refieren al “*derecho de toda persona*” (en el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos al derecho de determinadas personas, “*las pertenecientes a minorías*”).

³²¹ Ibidem, pag. 147.

Y finalmente porque también coinciden en esta línea, como ya hemos visto, la mayor parte de las Constituciones y legislaciones nacionales que han regulado directa o indirectamente los derechos culturales y éste en particular. No se encontrará texto jurídico positivo alguno en que se excluya a las personas individuales de la titularidad de este derecho, o en general de cualquier otro de los culturales.

Tan solo cabría excluirlas si nos encontrásemos ante un derecho esencialmente colectivo, al modo como un sector de la doctrina califica al derecho al desarrollo, uno de los que con mayor consenso se ubican en el ámbito de esos derechos de la solidaridad o tercera generación de los derechos humanos. Y no creemos que sea el caso, porque no parece que defender el derecho individual al disfrute del patrimonio cultural constituya lo que Pellet ha denominado “*desnaturalización del concepto...una pura especulación intelectual muy alejada de la realidad concreta*”³²².

Si en el sentido que se le da internacionalmente “*el término desarrollo no concierne al individuo y no tiene relación directa con él*”³²³, el disfrute del patrimonio tiene una dimensión individual evidente, “*puede ser plausiblemente una pretensión o reivindicación de una persona*”.

No estamos ante una situación en la que en palabras de Ezquiaga, “*la naturaleza de los problemas y de las soluciones sea colectiva y no individual*”³²⁴ como en el derecho al desarrollo, o al menos no exclusivamente, ni podemos afirmar que el disfrute del patrimonio cultural tenga necesariamente una “*dimensión global, de transformación de las estructuras del sistema internacional*”³²⁵

Por tanto parece claro que las personas individuales tienen derecho al disfrute del patrimonio cultural.

La cuestión que se suscita acto seguido es si todas ellas o solo las que posean determinadas características, sobre todo en relación con una cuestión intrínsecamente ligada a ésta y a la que ya nos hemos referido, como es la de cual es el patrimonio que puede o debe ser objeto de disfrute en cada caso.

Si nos atenemos al tenor del artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que se refiere al “*derecho de las personas pertenecientes a minorías a disfrutar de su propia cultura, y a profesar y practicar su propia religión y utilizar su propio idioma*” o a las varias disposiciones estatales que concuerdan a la hora de referirse a derechos de minorías o de determinados pueblos o comunidades, particularmente de los “*indígenas*”, (las Constituciones de Paraguay o Nicaragua o la Ley Indígena de Chile de 1993 por poner algunos ejemplos) podría suscitarse la

³²²PELLET S. Citada en GOMEZ ISA F. op. cit. pag. 146.

³²³ Ibidem, pag 146.

³²⁴EZQUIAGA GANUZAS F.J. Citado en ibidem, pag. 147.

³²⁵ DUPUY R.J. Citado en ibidem, pag 150.

cuestión de si son únicamente quienes formen parte de agrupaciones humanas de esta naturaleza quienes ostentan la titularidad del derecho. Creemos desde luego que no es así.

La alusión singular y expresa a los derechos de minorías o indígenas se justifica por el peligro en que se encuentra habitualmente el pacífico disfrute del patrimonio cultural por parte de quienes gozan de tal condición. En ninguno de los casos en que se ha legislado de esta manera se pretende privilegiar a los minoritarios con respecto al común de los ciudadanos, sino garantizar la supervivencia de determinadas manifestaciones culturales ante el riesgo que sufren por el desconocimiento, o la presencia de poderosos intereses, a veces también dotados de una indudable legitimidad, que colisionan con ellas.

Cuando una Constitución o una Ley reconoce específicos derechos culturales a ciudadanos pertenecientes a grupos concretos, lo hace desde la perspectiva de que los ciudadanos “normales” y corrientes, permítasenos la evidentemente inapropiada expresión, cuentan ya con la garantía institucional y el aval legislativo para su disfrute y ejercicio legítimo y pacífico. Tan solo se advierte entonces de que el derecho de todos alcanza en dichos supuestos una extensión determinada o tiene un determinado contenido.

Es obvio que los ciudadanos de un Estado determinado tienen derecho a expresarse en su lengua propia si es la oficial del mismo, que tienen derecho a disfrutar de su cultura y patrimonio y nadie lo pone en duda.

La fundamentación de las referencias a minorías, indígenas y similares es el reconocer que en tales casos su lengua y su cultura son otras, y que no por ello dejan de gozar de los derechos reconocidos al resto de los ciudadanos. (Cuando dicho reconocimiento llega hasta este punto).

No se trata por tanto el derecho al disfrute del patrimonio cultural de un derecho de minorías o indígenas, sino de un derecho de todos los ciudadanos, de todas las personas, con independencia de las modulaciones que su ejercicio requiera en unas u otras circunstancias.

La cuestión que se le suscitará sin duda a quien haya seguido hasta aquí nuestro razonamiento, es la de si ese derecho individual recae sobre un mismo objeto y tiene idéntico contenido, con independencia de la cultura y ámbito geográfico de que se trate. Dejaremos la referencia al contenido para un capítulo posterior y nos centraremos ahora en los elementos sobre los que recae.

Hemos sostenido la existencia de un “*patrimonio común de la humanidad*” caracterizado por la posesión por los elementos que lo integran de un “*valor universal*”

excepcional”. Por su propia condición de tal, es éste un patrimonio en el que el derecho al disfrute debe ser universal, comprender a todos los seres humanos con independencia de su nacionalidad y lugar de residencia, con independencia de su identidad cultural y condiciones de vida.

Todos ellos forman parte de la cultura común de la humanidad, que constituyen elementos necesarios para que cualquier ser humano conozca el mundo que le rodea y las circunstancias que han conducido a su actual configuración, y que le proporcionan información sobre los lenguajes, métodos, técnicas y formas de crear que precisa utilizar para su propia producción o para disfrutar plenamente de las sensaciones que pueden producir las obras artísticas.

Sin alcanzar el valor universal excepcional que caracteriza a este patrimonio encontramos aquellos elementos que forman parte de los diferentes patrimonios nacionales o locales, que también están dotados de los valores y características a que hemos hecho referencia, si bien no para todos los seres humanos, sino para los especialmente vinculados a ellos por tratarse de manifestaciones de la propia cultura o producidas en el mismo ámbito en el que desarrollan su actividad vital. Al analizar específicamente la legislación relativa al patrimonio cultural vasco, veremos en que términos se definen los patrimonios de este tipo en el ordenamiento jurídico español.

No cabe negar que exista también un derecho individual al disfrute de este patrimonio, tan solo deberemos entenderlo restringido, como tal derecho, inicialmente a un determinado número de seres humanos, aquellos especialmente vinculados a él y respecto de los que este patrimonio forma parte de su propia y específica identidad cultural individual y/o grupal. Aquellos para los que este patrimonio representa algo cercano y propio. Con independencia, en cualquier caso, de que en el disfrute del patrimonio no deba discriminarse a quien intente acceder a él sin contar con esa vinculación previa.

Sin embargo no son las personas individuales las únicas titulares del derecho al disfrute del patrimonio cultural. Estamos ante lo que De Feyter denomina “*derecho multidimensional*”³²⁶ es decir ante un derecho de titularidades diversas. Existe una titularidad colectiva del derecho y debemos preguntarnos a quien corresponde.

Son varias las fuentes que se refieren al derecho de determinados grupos. Si los tratados y declaraciones internacionales se refieren con carácter general a derechos individuales, como resultado de esa polémica doctrinal sobre la legitimidad de los derechos colectivos que ya hemos analizado, salvo notables excepciones como la del artículo 22 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o los artículos 2, 5, 7 y 8 del Convenio 169 de la O.I.T., no es el caso de los instrumentos internacionales de “soft law” en los que se pueden encontrar referencias más frecuentes a los mismos. A modo de ejemplo citaremos los artículos I.2 y IV.4 de la Declaración de Principios de la Cooperación Cultural Internacional de 1966.

³²⁶ DE FEYTER K.J.E. Citado en *ibidem*, pag. 154.

Asimismo podemos encontrar menciones a derechos colectivos de disfrute del patrimonio cultural entre varias de las constituciones estatales que contienen preceptos expresos sobre la materia. Sin ánimo de recoger todas ellas, ahí está el artículo 63 de la Constitución de Paraguay, “*derecho de los pueblos indígenas a preservar y desarrollar su identidad étnica*” y a, entre otros, “*aplicar libremente sus sistemas de organización cultural*”, el artículo 58 de la Constitución de Guatemala “*se reconoce el derecho de las personas y comunidades a su identidad cultural, de acuerdo con sus valores, lenguas y costumbres*”, el artículo 60 de la nicaragüense “*las Comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a la libre preservación de sus lenguas, arte y cultura*”, y el 171 de la de Bolivia “*se reconocen, respetan y protegen, en el marco de la Ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas...garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones*”.

Sin que se atribuya expresamente un derecho colectivo, son varias también las constituciones que lo suponen implícitamente, todas aquellos que aluden a que “*la cultura es patrimonio del pueblo*” (algo tendrá entonces que decir sobre ese patrimonio suyo) como el artículo 62 de la Constitución de Ecuador, o al “*patrimonio cultural del pueblo*” o de “*la Nación*” como la Constitución de Portugal o la de Colombia.

Si algo contribuye a definir al sujeto colectivo, a caracterizarlo y a distinguirlo de los restantes, que es el momento a partir del que puede predicarse su existencia autónoma, es su identidad cultural. No recordaremos lo ya largamente (para tratarse de una tesis como la que se trata) reseñado en torno al sentido del concepto “*cultura*”, tan solo que su omnicomprensividad y relación íntima con la existencia del sujeto, hacen que la lesión o el atentado contra los elementos que la definen constituya potencialmente un riesgo para su propia existencia. El respeto de la propia identidad es condición necesaria para garantizar la supervivencia del sujeto colectivo.

Si algún derecho debe reconocerse a éste es el de ver respetada su identidad y características básicas, porque son los rasgos comunes que comparten quienes lo integran y sin los que, simplemente no existe.

Ya De Feyter y Coe lo ha señalado en relación con el derecho al desarrollo, la necesidad de preservar la identidad y la supervivencia justifican la condición de titular del derecho.³²⁷

No es sin embargo este el único fundamento abstracto, más allá de las referencias de derecho positivo, que justifica la titularidad colectiva del derecho al disfrute del patrimonio cultural. De la propia existencia del patrimonio nacional o local, tal y como lo hemos definido se derivan unos específicos derechos y unas singulares responsabilidades respecto de los elementos que forman parte del mismo.

³²⁷ Citados en GOMEZ ISA F. op. cit. pag. 155.

Con independencia del hecho de su autoría individual y temporalmente localizada, (en los casos en que sea tal) es el resultado de unas condiciones de producción, de unas circunstancias sociales, testimonio de un panorama ideológico, que cuando el resultado alcanza valor o interés especialmente relevante, deben devenir en la titularidad pública (lógicamente por parte de la Administración que representa en este sentido a todos los ciudadanos) de una serie de facultades a las que más adelante nos referiremos, orientadas en todo caso a garantizar su preservación y la de la información de interés público que nos proporciona.

El hecho de que en los ordenamientos en que se ha recogido se aluda a pueblos indígenas o comunidades y pueblos singulares y concretos, tiene idéntico significado al que ya hemos apuntado anteriormente.

No quiere decirse con aquello que los pueblos o comunidades no aludidos carezcan de los derechos que se recogen. Si se les menciona es por la especial necesidad de protección en que se encuentra su patrimonio, o por la puesta en cuestión de su titularidad, (incluso de su condición de pueblo o comunidad, de sujeto colectivo en definitiva, en muchos casos) no porque el pueblo o comunidad mayoritaria carezca de derechos que se dan por supuestos o la hora de atribuirse sin perjuicio de la indeterminación se sobreentienden referidos a ellos.

De este modo se garantiza la participación en la preservación del patrimonio, y con él también del derecho individual al disfrute a que antes hemos hecho referencia, de aquellos de quienes se presume una vinculación más estrecha con ese patrimonio que forma parte esencial de su naturaleza y personalidad.

Como señala Pérez Luño (aún con nuestro ya expresado reparo a considerar nuestro particular objeto de análisis como derecho de la “tercera generación”) *“la eficacia de los derechos humanos de la tercera generación no permite limitar su titularidad al hombre aislado, protagonista de los derechos de la primera generación, ni siquiera a los grupos que impulsaron los derechos de la segunda generación, ya que hoy, tanto el individuo como las colectividades resultan insuficientes para responder a unas agresiones que, por afectar a toda la humanidad (en nuestro caso ocurre así con respecto al patrimonio común de la humanidad), solo pueden ser neutralizadas a través de derechos cuya titularidad corresponda solidaria y universalmente a todos los hombres”*.³²⁸

Por nuestra parte tan solo tenemos que añadir la sospecha de que, estando plenamente de acuerdo con la afirmación, no tiene porque verse restringida a esos derechos de la solidaridad, o tercera generación.

³²⁸ Citado en FRANCO DEL POZO M. pag. 70.

La creciente preocupación internacional por impedir la impunidad de los violadores múltiples y reincidentes de derechos (específicamente del derecho a la vida) que se amparan en la protección de las instituciones estatales, y que ha conducido a la creación de varios tribunales penales internacionales y al enjuiciamiento por tribunales de algunos estados de violaciones producidas en otros (casos Pinochet en España y Sharon en Bélgica por ejemplo, con la doctrina sentada ya por los tribunales españoles sobre su capacidad de persecución de conductas de esta índole) pone de manifiesto la existencia de una corriente doctrinal y jurisprudencial cada vez más fuerte, que se decanta por admitir una titularidad colectiva, universal y solidaria del derecho a perseguir determinados delitos o violaciones de derechos de gran relevancia.

Nos encontramos ante intereses colectivos, y para garantizarlos frente a las agresiones, *“no se puede arrancar de la óptica tradicional de la lesión individualizada, por esta razón cobran especial importancia las normas de procedimiento, no siendo de hoy la insistencia de la doctrina de encontrar nuevos procedimientos de defensa para los intereses colectivos”*³²⁹.

Mecanismos como la acción popular o el reconocimiento de legitimación a las entidades y grupos específicamente dedicados a la defensa de los intereses afectados, han adquirido ya suficiente carta de naturaleza en muchos ordenamientos como para no olvidar su utilidad a estos efectos. Aunque también hay que estar de acuerdo con Loperena en que deben evitarse los abusos para que la tutela judicial sea efectiva, *“ni inoperante por falta de legitimación procesal ni colapsada por ausencia de criterios de selección de demandas”*.³³⁰

Sería así el derecho al disfrute del patrimonio cultural un derecho de doble dimensión individual y colectiva, siguiendo lo que Dupuy denomina *“enfoque dualista”* y en línea con las tesis respecto al derecho al desarrollo de autores como Leuprecht, Colliard, Kunig y Gros Espiell.

El profesor Chueca Santos sostiene respecto a éste que la titularidad múltiple proviene de fuente distinta; la titularidad general de estados, naciones y organizaciones internacionales tendría su origen en el Derecho Internacional Público, *“en virtud de la cual su derecho existe, pero no puede calificarse como derecho humano”*, mientras que la titularidad especial de los pueblos y personas vendría atribuida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos³³¹.

Por nuestra parte entendemos, con respecto al derecho sobre el patrimonio cultural, y sin negar sentido a lo que este autor manifiesta, que la fuente es única, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en primera instancia, y que los estados, o las instituciones de ámbito menor en su caso, desarrollan la actividad tuitiva correspondiente de los derechos individuales y colectivos en ejercicio de su soberanía.

³²⁹ DE LUCAS J. Citado en Ibidem, pag. 71.

³³⁰ Ibidem, pag. 73.

³³¹ CHUECA SANCHO A.G. *“El derecho al desarrollo en el ámbito internacional”*, citado en ibidem, pag. 159.

Se alude, en relación con los derechos humanos “*conservacionistas*”, aquellos que tienden a preservar unas determinadas condiciones como derechos derivados del principio de dignidad de la vida humana, que existe una especial responsabilidad de guarda y custodia con respecto a las generaciones futuras, a las que debería legarse un mundo al menos no peor del recibido.

Conviene plantearse entonces la cuestión de si estas generaciones ostentan algún tipo de derecho en relación con el patrimonio cultural, y en su caso su grado de exigibilidad y quien ostenta la condición de sujeto pasivo del mismo.

El tema ha llamado la atención de Franco del Pozo en relación con el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado. Recuerda esta autora que la Declaración de la UNESCO sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras evita cuidadosamente referirse al término “*derechos*”³³² y que sin embargo la presión de un sector de la doctrina los incluye en la Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente de 1999, con objeto de estimular el avance en la protección y de sensibilizar a los Estados sobre su necesidad.

Se trata de un atractivo tema de teoría general del Derecho, que no dudamos que preocupará seriamente a la doctrina en los próximos tiempos. Hay quienes pretenden fundar los derechos de las generaciones futuras en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que señala que “...*la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”. Esta alusión intemporal justifica para algunos que no haya razón para primar una generación sobre otra.³³³

A nuestro juicio sin embargo, equiparar los nacidos y no nacidos sobre la base de tan indeterminada referencia ubicada en un Preámbulo, es excesivamente aventurado.

Mayor soporte ofrecen diversos instrumentos de soft law como la Declaración de Estocolmo de 1972, que alude a la defensa y mantenimiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras como “*meta imperiosa de la humanidad*” (párrafo 6 del Preámbulo) o las Declaraciones de Río de 1992 y Viena de 1993 que en sentido coincidente aluden al ejercicio del derecho al desarrollo de forma que responda equitativamente “*a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras*” (párrafos 3 y 11 respectivamente) aunque ninguna de ellas se refiere expresamente a los derechos de las generaciones que han de venir.

³³² FRANCO DEL POZO M. op. cit. pag. 46.

³³³ BROWN WEISS E., citado en FRANCO DEL POZO M. op. cit. pag. 19.

Si que lo hace la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras, que vio la luz en La Laguna en 1994, fruto de la iniciativa del Director General de la UNESCO y del oceanógrafo Jacques Cousteau. Esta Declaración considera que *“la vida humana digna de ser vivida sobre la Tierra únicamente será posible de forma duradera, si desde ahora se reconocen ciertos derechos a las personas pertenecientes a las futuras generaciones que les permitan ocupar el lugar que les corresponde en la cadena de la vida”*, y que estos derechos se justifican en la indispensable solidaridad entre las generaciones y por la unidad pasada, presente y futura del género humano³³⁴.

No nos parece hoy por hoy fundamentación suficientemente concluyente. La solidaridad no tiene por qué manifestarse necesariamente a través de la atribución de derechos y la unidad del género humano ya conduce a que cualquiera que pertenezca a él goce de los derechos que no por casualidad se denominan *“humanos”*.

Sin perjuicio de lo atractivo del planteamiento desde un punto de vista de *“lege ferenda”*, lo que es evidente hoy por hoy, además del rechazo de un amplio sector de la doctrina, es que se carece de texto positivo alguno, sea de Derecho Internacional o de legislación interna, incluso de *“soft law”*, dado que la mencionada Declaración carece todavía del aval de organismo alguno del sistema Naciones Unidas, en que se reconozca de forma efectiva un derecho de las generaciones futuras y se articule de forma mínima lo relativo a los elementos que lo integran.

2.5.2 El contenido mínimo del derecho

No habrá que insistir demasiado en que la descripción de un derecho comprende fundamentalmente, junto a la referencia a los sujetos activos y pasivos, el desmenuzamiento de la relación jurídica que se establece entre unos y otros.

La perspectiva desde la que nos vamos a ocupar de la misma es la tratar de definir un contenido mínimo, sin el que el derecho carecería de tal carácter por haber sido privado de alguno de los elementos que lo conectan con las necesidades básicas del ser humano y su personalidad e identidad como animal social.

Retomaremos inicialmente el consenso doctrinal a que llegaron en su día los miembros del Grupo de Friburgo. El derecho a la identidad y al patrimonio cultural comprende un derecho de elección, y de elección no necesariamente excluyente, y de respeto a la misma, un derecho al conocimiento y al respeto de la propia cultura y de las que contribuyen al patrimonio común de la humanidad, un derecho a acceder a los patrimonios culturales que constituyan manifestaciones y expresiones de las diferentes culturas, y finalmente un derecho de participación en la vida cultural. Examinaremos ahora el alcance e interpretación que creemos debe darse a estas genéricas determinaciones.

³³⁴ FRANCO DEL POZO M. op. cit. pag. 20.

Con respecto al patrimonio común de la humanidad no debemos tampoco olvidar que desde su primera enunciación por el maltés Arvid Pardo en 1967, ha quedado sentado que se rige por los principios de no apropiación y exclusión de soberanía (estatal o local), uso pacífico, libertad de acceso, exploración e investigación científica, gestión racional de los recursos y reparto equitativo en beneficio de toda la humanidad (en nuestro caso obviamente el reparto equitativo alcanzará a las posibilidades de disfrute) y especialmente gestión a través de los organismos internacionales correspondientes³³⁵.

En la práctica coincidimos con Gorove³³⁶ en que se produce una apropiación de los recursos por parte de una exigua minoría de estados desarrollados que aprovechan su influencia dominante en la escena internacional y específicamente su privilegiada posición en el sistema de Naciones Unidas para imponer su particular visión sobre el contenido del derecho, los ámbitos a que se extiende y las medidas a adoptar para garantizar su efectividad.

Una premisa previa para el ejercicio del disfrute del patrimonio cultural es su existencia y la conservación de los elementos que lo integran en condiciones que permitan el disfrute. Existe un **derecho a la preservación del patrimonio** que se traduce en como mínimo la adopción de las medidas precisas para garantizar la supervivencia de sus integrantes. Este principio de conservación es requisito sine qua non para garantizar que quien eventualmente pueda no estar interesado en ejercitar su derecho al disfrute en un momento determinado, no lo pierda por ello, de manera que no constituya un derecho coyuntural que se agote por el uso, o el no uso.

Ni que decir tiene que la tradicional excusa que señala en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, que el esfuerzo a realizar es función de las disponibilidades de recursos de cada Estado o Administración debe ser superada a través de la cooperación internacional. Con respecto a los elementos que forman parte del patrimonio común de la humanidad existe una responsabilidad internacional que debe primar por encima de las consideraciones relativas a la soberanía estatal y territorialidad del Derecho.

Los organismos internacionales deben ser dotados por ello de mecanismos protectores y coercitivos que garanticen su derecho a intervenir en caso de aquel sea puesto en peligro. Es particularmente necesario que las agresiones contra ese patrimonio común sean sometidas a la jurisdicción de un Tribunal Penal Internacional, al modo como lo están siendo las violaciones de otros derechos humanos.

El disfrute del patrimonio cultural exige en además de forma inexcusable **un derecho de acceso** a los elementos que lo integran. Difícilmente se puede disfrutar de

³³⁵ GOMEZ ISA F. op. cit. pag. 193.

³³⁶ GOROVE S. Citado en GOMEZ ISA F op. cit. pags. 193-194.

aquello a lo que no se puede acceder. Es cierto que no necesariamente se exige que el acceso sea físico, todavía más a la vista de las extraordinarias técnicas de reproducción existentes hoy en día, pero sí que la exclusión absoluta de tal posibilidad que no viniese fundamentada en la primacía de imperativos a los que hay que conceder mayor relieve, como la propia preservación del bien (como ocurre frecuentemente con los yacimientos de arte rupestre) no sería compatible con la existencia del derecho.

El acceso no tiene que entenderse incondicionado o libre de restricciones, que pudieran venir fundadas en consideraciones atinentes a derechos particulares de todo tipo sobre el bien de que se trate, en consideraciones atinentes a la propia preservación del elemento o a salvaguardar la investigación sobre el mismo. Tampoco se exige necesariamente que sea gratuito.

Debemos sin embargo precisar cuáles son los elementos sobre los que recae el acceso. Podemos predicar sin dificultad la extensión universal del mismo con respecto a los bienes que forman parte del “*patrimonio común de la humanidad*”, lo contrario sería contradictorio con el propio concepto. Difícilmente podría entenderse además que no existiese un derecho de acceso a los bienes dotados de un “*valor universal excepcional*”.

La cuestión se complica sin embargo con respecto a los bienes que forman parte de los patrimonios nacionales o locales. ¿ Debe entenderse que existe solo el derecho de acceso respecto de los ciudadanos que comparten nacionalidad o localidad o respecto de los que comparten los rasgos característicos de la cultura que ha producido los bienes en cuestión ?

Creemos que la respuesta a esta interrogante no puede ser sino negativa. Por un lado porque iría en contra de lo que se ha señalado en torno a la existencia de un derecho de elección, y por otro porque no hay que confundir la responsabilidad para adoptar decisiones en torno a la garantía del ejercicio por parte de los ciudadanos de su derecho de disfrute, a través fundamentalmente de la garantía de preservación del bien, con la limitación de dicho derecho de disfrute a quienes coyunturalmente ostenten una determinada ciudadanía.

El derecho de acceso no está solo referido a la cultura nacional de la que se forma parte (haciendo abstracción, por eso mismo de la elección de la que hablábamos, de que no será fácil determinar cuál es la cultura de cada uno y menos a través de un instrumento como la nacionalidad o la residencia, más mudables cada día) sino que también por aquello de que hoy por hoy no existen culturas aisladas y la interrelación hace que sean necesariamente útiles unas para conocer las otras y que existan en todas ellas al menos tantos elementos de origen externo como interno, se extiende al patrimonio “*extranjero*” al menos en condiciones de no discriminación. La exclusión a los no nacionales del acceso también sería incompatible con el derecho al disfrute del patrimonio cultural como auténtico derecho humano.

El derecho al conocimiento tiene variadas implicaciones. Tiene por un lado un contenido relacionado con la divulgación de sus características y valores, y por otro un imperativo de permitir la investigación por los “*expertos*”, para extraer del mismo información o situarlo mejor en el contexto sociocultural de la sociedad de origen y de aquella que lo disfruta. Limitar o impedir de manera absoluta la divulgación o la investigación tampoco sería compatible con el disfrute, lo cual no supone tampoco la imposibilidad de establecer límites o restricciones, en caso de colisión con otros derechos o intereses preferentes.

También se refiere al derecho a la información relativa a las condiciones de conservación del patrimonio cultural, a la información sobre las intervenciones que pretenden realizarse sobre el mismo, especialmente respecto de aquellas de las que pueda derivarse un riesgo de resultado lesivo y la precisa para ejercer las facultades de participación en la adopción de decisiones sobre la materia que le corresponden.

La existencia de un derecho al disfrute del patrimonio cultural exige además el establecimiento de remedios efectivos y reparaciones en procedimientos administrativos o judiciales, para garantizar por un lado el ejercicio libre y pacífico del propio derecho y por otro la conservación de los elementos sobre los que recae.

La existencia del patrimonio común de la humanidad exige del mismo modo que se garantice la eficacia supraestatal de todos estos instrumentos cuya efectividad en lo que respecta al menos a dicho patrimonio no puede quedar exclusivamente al albur de la voluntad de las instituciones correspondientes de cada uno de los estados.

Como concluye Franco del Pozo “*habrá que superar también ancladas posturas derivadas de un celoso cuidado del concepto de soberanía, aceptando tanto el hecho de que el medio ambiente (en nuestro caso el patrimonio cultural) es un interés común cuya eficaz protección solo podrá lograrse actuando conjuntamente, como el hecho de que los derechos humanos están por encima de cualquier jurisdicción*”³³⁷

La configuración del derecho como universal y su titularidad individual y colectiva conllevan además a nuestro juicio la necesidad de reconocer la acción pública en su defensa y la legitimación de cuantas asociaciones y grupos legalmente constituidos tengan por objeto velar por la conservación de los bienes culturales.

Esta necesidad es el corolario del derecho de participación, individual o en colaboración con otras personas, que asiste a todos los titulares del derecho al disfrute, en la definición de las políticas públicas que tienen por objeto al patrimonio.

³³⁷ FRANCO DEL POZO M. op. cit. pag. 85.

2.5.3 Los sujetos pasivos del derecho.

No podíamos finalizar la referencia a la relación jurídica entre sujetos que constituye el derecho al disfrute del patrimonio cultural sin señalar quienes ostentan la posición de obligados a permitir o incluso garantizar el ejercicio del derecho por parte de sus titulares. Fundamentalmente porque “*tomarse los derechos en serio implica designar a los responsables de que se den las condiciones para desarrollar esas capacidades*”³³⁸ y la ausencia o indeterminación del sujeto pasivo es uno de los caminos seguros hacia la ineficacia de la garantía del ejercicio del derecho por su titular.

El derecho al disfrute del patrimonio cultural es un derecho que debemos caracterizar como de ejercicio “*erga omnes*”, por lo que son todas las personas las obligadas a tolerar su libre ejercicio, pero hay supuestos en que existe una particular exigencia en este orden.

Un obligado de enorme relevancia es el Estado o la Administración Pública con competencia y responsabilidad en la materia. Con independencia de la titularidad pública o privada del elemento de que se trate, o mejor dicho con independencia de que además concorra en el supuesto de hecho su condición de propietario o titular de derechos reales sobre el bien, a la que luego nos referiremos, la Administración está obligada a adoptar las medidas necesarias para garantizar la conservación del patrimonio a través de los medios, propios o ajenos, que considere oportunos dentro de los que encuentre habilitados en la legislación que la regula. Está obligada a garantizar el acceso, a difundir el conocimiento y a permitir la investigación.

No menor en grado y relevancia es el deber de soportar el ejercicio del derecho que recae sobre los titulares de derechos reales sobre los bienes culturales y particularmente sobre los propietarios.

No nos referiremos aquí a la función social de la propiedad como elemento justificador, por cuanto es un tema sobre el que la doctrina ha sentado ya conclusiones de indudable valor, tan solo señalaremos que es éste uno de los casos en que más de manifiesto queda que junto a la titularidad dominical eventualmente particular existe una titularidad comunal, valga la expresión, que se expresa en la existencia de un derecho colectivo de disfrute.

Quedaría por último preguntarse si el conjunto de los seres humanos que conformamos la sociedad internacional somos sujetos pasivos de forma colectiva con respecto a los integrantes de las generaciones futuras. Una vez puestas de manifiesto las dificultades para considerar sujeto activo a las generaciones futuras, no cabe sino concluir que la responsabilidad de preservar el disfrute del patrimonio cultural hoy

³³⁸ CORTINA A. “*El principio de corresponsabilidad en un orden global*” en Inguruak nº 29. Bilbao. Abril-2001, pag. 12.

existente, de quienes nos han de suceder no alcanza hoy por hoy, *lege data*, la dimensión de sujeto obligado de un derecho plenamente ejercitable.

2.5.4 Los obstáculos al ejercicio del derecho.

No podemos finalizar la descripción de la relación jurídica que conforma el derecho que nos ocupa, sin referirnos a los principales obstáculos a que se enfrenta su puesta en práctica en la realidad de cada día. Seguiremos básicamente en nuestro análisis el que Franco del Pozo realiza en torno al derecho al medio ambiente adecuado y el de Gómez Isa en relación con el derecho al desarrollo, por cuanto son sustancialmente idénticos los problemas a que se enfrenta el derecho al disfrute del patrimonio cultural y los que estos autores reseñan respecto de sus respectivos objetos de estudio.

El primero de ellos es uno que cual *Guadiana* jurídico ha ido intermitente apareciendo en estas páginas, el de la concepción tradicional y todavía vigente de la soberanía estatal y la territorialidad del Derecho, como conjunto de facultades y jurisdicciones que se ejercen exclusivamente sobre el territorio, de modo y manera que solo a partir de “*cesiones*” voluntariamente realizadas por los órganos representativos del Estado es posible que organismos ajenos al mismo intervengan en el territorio con virtualidad jurídica.

Ya hemos señalado que estamos ante un derecho escasamente articulado por la legislación internacional (y no en mucho mayor grado por la doctrina y la jurisprudencia) con lo que esa clásica interpretación de que la soberanía estatal se impone en todo aquello no expresamente recogido en los Tratados, constituye un obstáculo de enormes dimensiones para la garantía del ejercicio del derecho, allí donde la legislación estatal no lo reconoce, la Administración no dispone de la voluntad o los recursos suficientes o las autoridades judiciales de voluntad y capacidad coercitiva y en todo caso con respecto al “*patrimonio común de la humanidad*” del que hemos concluido que su gestión debe quedar, al menos en cierta medida, a cargo de organismos internacionales, hoy por hoy sin peso real y capacidad jurídica de actuación.

Del mismo modo que Franco del Pozo y Fernández de Casadevante con respecto al medio ambiente, creemos en lo que hace al patrimonio cultural que es precisa “*una interpretación funcional de la soberanía...concibiéndola como un conjunto de derechos y deberes...una redefinición del concepto...que comporte entre el conjunto de derechos y deberes de los estados*” el derecho al disfrute del patrimonio cultural.

Fundamentalmente además porque “*los estados al comprometerse en la protección de los derechos humanos, admiten que las relaciones entre los poderes públicos y la población, están reguladas por normas internacionales* (ya hemos citado

unas cuantas en lo que respecto a nuestro particular objeto de análisis) *por lo que la invocación de los derechos humanos no puede considerarse injerencia en los asuntos internos de un Estado.*”³³⁹

Todavía diría más; debe primar siempre la garantía del respeto a los derechos humanos por encima de cualquier consideración atinente a soberanías territoriales de instituciones o de derechos; ninguna otra conclusión es compatible con compartir la creencia en la universalidad de los derechos humanos, en su interdependencia y en su fundamento derivado de la dignidad de la persona.

Sabemos que ello nos conduce a una situación en la que deberán arbitrarse complejos mecanismos de decisión y concederse a los organismos internacionales facultades de arbitraje e intervención de las que hoy carecen en la práctica, y que cuando son ejercidas lo son en función de intereses que poco tienen que ver realmente con los derechos humanos de las personas afectadas, (ni siquiera en el caso de las llamadas “*intervenciones humanitarias*” se ha podido alejar la sospecha de intereses ocultos o discriminaciones manifiestas), pero es el reto que se ha colocado delante de la Ciencia Jurídica de nuestro tiempo, como en otros fueron superar la autocracia o promover las “*Declaraciones*” de derechos.

Un segundo obstáculo es el que Franco denomina “*ausencia de una normativa jurídicamente vinculante*”.

La situación es parcialmente diferente con respecto al derecho al disfrute del patrimonio cultural, porque ya hemos visto que encuentra amparo como derecho cultural en diversos preceptos de los tratados internacionales que regulan la protección de los derechos humanos; pero en la medida en que en ninguno de ellos se encuentran definidas sus características básicas, podemos asumir que también “*es un derecho que se halla en proceso de configuración*”³⁴⁰ y mayormente plasmado en documentos carentes de fuerza jurídica obligatoria aunque “*constituyan una interpretación generalmente aceptada de la noción de derecho del hombre que figura dentro de la Carta de Naciones Unidas.*”³⁴¹

Algunos autores exigen entonces una evidencia del apoyo inequívoco de los estados, de su práctica común y cotidiana para entender que el derecho exista. Creemos a este respecto, que con independencia de que varíe el elenco de objetos sobre los que recae, es una práctica cuasi-universal la del reconocimiento de la existencia de un patrimonio cultural de la comunidad y de mayores o menores derechos de los ciudadanos a disfrutar del mismo.

³³⁹ FRANCO DEL POZO M. op. cit. pag. 62.

³⁴⁰ Ibidem, pag. 63.

³⁴¹ MAKAREWICZ M. Citado en ibidem, pag. 63.

El hecho de que el derecho se vea sometido a restricciones a favor de otros derechos en caso de colisión, no puede servir, pese a lo que señala Handl³⁴² como argumento para negarle tal condición, pues ello puede ocurrir prácticamente con cualquiera de los otros derechos indiscutiblemente reconocidos, incluido el más básico, el derecho a la vida, como pone de manifiesto que sea práctica internacional ¿ quizá incluso mayoritaria todavía ? la imposición de la pena de muerte como sanción penal en algún supuesto.

Coincidimos con Franco y Candado Trindade en que “*cuando nuevos valores (o nuevas interpretaciones de los ya existentes) emergen, necesitan primero ser formulados para preparar el terreno para futuros desarrollos en la forma de instrumentos vinculantes*”.³⁴³

La reiteración y referencia constante al derecho en instrumentos de “soft law” acompañada de la práctica estatal y su inclusión en normas de derecho interno permiten superar la hipotética ausencia de referencias positivas expresas a nivel internacional, aún y cuando la hayamos ya negado anteriormente, como obstáculo al reconocimiento del derecho.

La imposibilidad, o al menos extremada dificultad (no olvidemos que algunas normativas como la vasca reconocen la acción popular, el derecho de cualquier persona a dirigirse al menos a la Administración en demanda de medidas que garanticen la conservación y disfrute del patrimonio) de ejercer el derecho ante los tribunales, puede constituir también un obstáculo al ejercicio del derecho y ha sido utilizada para negarle tal carácter. Ya nos hemos referido a la cuestión, pero no está de más añadir que esa dificultad es relativa.

Como muy bien señalan los defensores del derecho al medio ambiente, no es menos difícil para los órganos jurisdiccionales dar sentido a conceptos como “orden público”, u otros tan usuales como “*igualdad*”, “*presión fiscal equivalente*”, “*ordenación general de la economía*”, “*derecho al trabajo o a una vivienda digna*” y tantos otros de los que se derivan importantes consecuencias jurídicas.

El derecho al disfrute del patrimonio cultural, tal y como lo hemos definido, reúne todos los caracteres que adornan a un verdadero derecho subjetivo, sus sujetos activos y pasivos están, por lo menos en el ámbito teórico, determinados y el objeto es lícito, posible y no en menor medida determinado, recogiendo derechos (acceso, información, participación...) plenamente homologables con los definidos en otros ámbitos del ordenamiento.

La oposición de Loperena Rota al derecho al medio ambiente de que “*siempre hay detrás de un sistema de tutela, por ligero que éste sea, un derecho sustantivo*

³⁴² HANDL G. Citado en ibidem, pag. 63.

³⁴³ CANÇADO TRINDADE A. Citado en ibidem, pag. 64.

reconocido, por imprecisos que sean sus términos” en otras palabras que “cabe reconocer un derecho y no disponer de un sistema adecuado de protección pero nunca al revés”³⁴⁴, con lo que habría que distinguir un derecho al medio ambiente (a disfrutar de unos parámetros básicos) y un derecho a su protección, (derecho a que los poderes públicos provean instrumentos para protegerlo), uno ajeno a la intervención estatal y otro a ejercer contra el estado, no es oponible al derecho al disfrute del patrimonio cultural.

En primer lugar porque coincidimos con Franco del Pozo en que *“no creemos que sean dos derechos diferenciables, sino más bien dos caras de la misma moneda, las dos caras de un derecho de la solidaridad”³⁴⁵ y puede predicarse esa misma distinción de prácticamente cualquier tipo de derecho, resultando absurdo que alguien pretenda que una cosa es el derecho a la vida y otra el derecho a que el estado adopte medidas dirigidas a proteger la propia, sosteniendo la innegable existencia del primero y cuestionando la del segundo.*

El privar a la relación jurídica que supone un derecho, de uno de sus elementos imprescindibles como es el del obligado o sujeto pasivo, y pretender crear en torno a él un derecho diferente es un camino que conduce directamente a que los derechos pierdan parte del contenido que se ha tenido siempre por esencial para entender que nos encontrábamos ante uno.

Y sobre todo, porque en este caso (el del patrimonio cultural) existe reconocimiento del derecho sustantivo, como ya hemos observado a través de múltiples instrumentos jurídicos de derecho positivo de diferentes ámbitos.

Aún y cuando coincidamos nuevamente con el ex-Secretario General de Naciones Unidas³⁴⁶ y con Gros Espiell en que es algo inconcebible sostener que *“un derecho no justificable, que no pueda ser exigido ante la autoridad jurisdiccional no es un derecho”* y en que el hecho de que pudieran no estar previstas sanciones o cauces para imponerlas no implica que no existan derechos humanos ni deberes jurídicos respecto de ellos, y con Franco y con Cançado en que *“la justiciabilidad de un derecho no puede ser erigida como una condición sine qua non de su existencia y reconocimiento como tal”*, y que éste será en todo caso requisito de eficacia y no de validez, aún reconociendo con Hitters que en los derechos económicos, sociales y culturales (se refiere especialmente al derecho al desarrollo) *“se hace difícil la creación de un sistema de garantías, mucho más si se piensa desde la perspectiva judicial”*,³⁴⁷ cabe recordar que Abramovitch y Courtis sostienen que en relación con los derechos culturales son viables muchas de las acciones judiciales tradicionales.

³⁴⁴ Citado en FRANCO DEL POZO M. op. cit. pag. 68

³⁴⁵ Ibidem, pag. 69.

³⁴⁶ Informe de 26 de Octubre de 1993 citado por GOMEZ ISA F. op. cit. pag. 218.

³⁴⁷ HITTERS J.C. Citado en ibidem, pag. 218.

3. LOS ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PROTECCION JURIDICA DEL PATRIMONIO CULTURAL VASCO

3.1 EL ORIGEN DEL CONCEPTO DE PATRIMONIO

La necesidad y utilidad del examen de los antecedentes históricos a la hora de diseccionar en profundidad cualquier objeto de análisis en el ámbito de las Ciencias Sociales, está fuera de toda duda. No ya *“por un puro afán de erudición, sino porque constituye este análisis a nuestro entender, uno de los pilares fundamentales para la exacta comprensión del ordenamiento vigente”*³⁴⁸

Como muy bien señala C. Añon³⁴⁹ la idea del valor y la protección del patrimonio cultural se remonta a las más antiguas civilizaciones. Podríamos incluso preguntarnos si no es uno de los elementos integrantes de la propia idea de civilización. Esta misma autora nos recuerda que Polibio en el siglo II a.C. ya sostenía que *“la destrucción gratuita de templos, estatuas y objetos es pura locura”*, Hernandez Gil³⁵⁰ que Septimio Severo ordenó la protección de la Esfinge de Gizeh, y Barrero³⁵¹ recuerda diversas normas del Derecho Romano promulgadas con esta finalidad expresa.

Sin embargo hay una coincidencia sustancial en la doctrina española en torno a que en el ámbito del Estado, *“el siglo XVIII puede ser considerado sin lugar a dudas el punto de arranque de la normativa histórico-artística”*³⁵².

Este siglo *“nos ofrece la primera plasmación normativa de un Derecho que asume ya entre sus fines específicos, la tutela de los valores artísticos”*.

En palabras de García de Enterría, *“la política de protección de nuestro patrimonio artístico surge claramente en la política de mecenazgo artístico que singulariza como uno de sus rasgos más destacados a nuestra Corona (se refiere desde luego a la Corona española) aunque “ésta no se concreta hasta la política ilustrada del siglo XVIII”*.

³⁴⁸ BARRERO RODRIGUEZ C. *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*. Ed. Civitas. Madrid. 1990.

³⁴⁹ AÑON C. *“La actualidad de las nuevas tendencias y preocupaciones en torno al patrimonio cultural”* en Cursos sobre el Patrimonio Histórico. Vol.I. Ed. Universidad de Cantabria-Ayuntamiento de Reinosa. Reinosa. 1997.

³⁵⁰ HERNANDEZ GIL D. *“Datos históricos sobre la restauración de monumentos”* en 50 años de protección del patrimonio histórico-artístico. 1933-1983. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid. 1983.

³⁵¹ BARRERO RODRIGUEZ C. op. cit.

³⁵² Ibidem.

*“Es precisamente en el marco de ese proceso de aplicación y divulgación de las ideas desarrolladas en ese siglo, sobre la base de dos grandes principios renacentistas, el racionalismo y el naturalismo, en donde ha de situarse el punto de partida de una preocupación pública por la conservación de los valores artísticos, preocupación a la que probablemente no sea ajeno el desarrollo de la ciudad que en esa época se produce”.*³⁵³

En similar sentido se pronuncian Alegre Avila, Ordieres Diez,³⁵⁴ *“la noción de patrimonio surge con los cambios de actitud provocados por las Revoluciones Liberales”*, Benitez de Lugo y Guillén³⁵⁵, Hernández Gil³⁵⁶ *“no es hasta el siglo XVIII con los importantes descubrimientos arqueológicos, que afectan de modo especial al desarrollo de las culturas europeas, cuando toma cierto cuerpo de doctrina, (el interés por el patrimonio cultural) para institucionalizarse ya entrado el XIX”*, y López Bravo, *“el XVIII es el contexto en que surge la primera normativa reguladora del Patrimonio Histórico-Artístico vinculada a la actividad tuteladora del Estado”*³⁵⁷, en definitiva la doctrina española es prácticamente unánime.

Sin embargo ¿ significa esto que no existía protección jurídica del patrimonio cultural antes del XVIII ? ¿ Podemos descartar con absoluta certeza que hubiese normas jurídicas, que protegiesen algunos de los elementos que consideramos hoy integrantes del patrimonio cultural, por motivos equiparables en alguna medida a los que hoy nos guían en este terreno ?

Habida cuenta de que el ámbito de lo que consideramos patrimonio está en constante evolución (el patrimonio industrial es una afortunada incorporación muy reciente) y responde a exigencias y necesidades de cada sociedad concreta, ¿ podemos descartar cualquier coincidencia de objeto y finalidad, anterior al que hemos considerado “momento fundante” de la protección jurídica, o es un análisis demasiado lastrado por nuestra contemporaneidad, demasiado lastrado por nuestro actual modo de ver las cosas ?

Es ésta una de las cuestiones que al comenzar este capítulo inquietan al autor, pero en razón del objeto de la tesis hay otra que exige un análisis aún más preciso.

Conocido como es que la plena incorporación de la parte mayoritaria del País Vasco al ordenamiento constitucional español se produce en 1841 y 1876, y que aún

³⁵³ GARCÍA DE ENTERRIA E. *“Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural”*. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 39. 1983, pag. 576.

³⁵⁴ ORDIERES DIEZ I. *“Historia de la restauración: ideología y práctica”* en Cursos sobre el patrimonio histórico. op. cit.

³⁵⁵ BENITEZ DE LUGO y GUILLEN F. op. cit.

³⁵⁶ HERNANDEZ GIL D. op. cit.

³⁵⁷ LOPEZ BRAVO C. *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*. Ed. Universidad de Sevilla. 1999, pag. 91.

entonces los territorios vascos han mantenido en diversos períodos (algunos ininterrumpidamente) formas singulares de integración en la jurisdicción estatal, ¿ es trasladable a la protección jurídica del patrimonio cultural vasco la conclusión en la que tan unánime se manifiesta la doctrina española ?.

¿ La historia de la protección del patrimonio español, que tan brillantemente han analizado autores como Alegre o Barrero, es al mismo tiempo la del patrimonio cultural vasco ? O dicho de otro modo ¿ fue el grado de aplicación en los diversos territorios vascos de las normas que promulgaban el gobierno y parlamento del Estado, similar, o tuvo peculiaridades y en qué sentido en tal caso, con respecto al producido en el “territorio común”?

A algunas de estas cuestiones pretende acercarse este capítulo, dedicado a hacer historia del derecho, en la convicción de que los juristas nunca dejamos tampoco en el fondo de hacer derecho de nuestra propia Historia.

Como señala acertadamente, además, Barrero³⁵⁸, *”el artículo 46 de la Constitución de 1978 y la ley actual (obviamente la L.P.H.E.) de 1985 son, en este sentido, el último eslabón de un proceso de evolución que se hace necesario averiguar, si se quieren alcanzar estas normas en su auténtica dimensión”*.

³⁵⁸ BARRERO RODRIGUEZ C. op.cit.

3.2 EL ORIGEN DE LOS TERRITORIOS HISTORICOS VASCOS Y LA EVOLUCION DE SUS INSTITUCIONES POLITICAS REPRESENTATIVAS³⁵⁹

Si pretendemos remontarnos a los orígenes de la protección del patrimonio cultural vasco, y analizar la producción normativa emanada de los órganos institucionales que han detentado en cada momento el poder para emitirla, no estará de más que nos refiramos al origen de la articulación política de los diversos territorios, situando en el tiempo y en el espacio la conducta de cada uno de los actores.

No es descabellado suponer que las agrupaciones municipales originarias vascas, (anteiglesias, repúblicas, universidades, cofradías, concejos...) tienen su origen en primitivas asambleas o batzarres en que se reunían los escasos habitantes de un valle, núcleo o poblamiento natural.³⁶⁰

-
- ³⁵⁹ Sobre la materia, además de la bibliografía expresamente citada, puede consultarse:
- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA J. (dir.) *Diccionario biográfico de los parlamentarios de Vasconia (1808-1876)*. Ed. Parlamento Vasco. Vitoria-Gasteiz. 1993.
- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA J. (dir) *Diccionario biográfico de los diputados generales, burócratas y patricios de Bizkaia (1800-1876)* Ed. Juntas Generales de Bizkaia. Gernika. 1995.
- AIZPUN SANTAFAE R. *Naturaleza jurídica de las leyes forales de Navarra*. Ed. Diputación Foral de Navarra. Pamplona. 1952. (Reedición de 1996).
- ALDEA EGUILAZ R. *Fueros de Navarra:poder y órganos*. Ed.Diputación Foral de Navarra. 1983.
- ALONSO OLEA E. *500 años de Hacienda Foral*. Ed. Ad Concordiam. Bilbao. 2001.
- ALONSO ROYANO F. *El régimen foral de Bizkaia histórico y actual*. Ed.Versión. Bilbao. 2001.
- ARTOLA GALLEGU M. (ed). *Historia de Donostia-San Sebastián*. Ed. Nerea-Ayuntamiento de San Sebastián-Fundación BBVA. Donostia. 2000.
- CELAYA IBARRA A. *El Fuero de Vizcaya*. Ed. Caja de Ahorros Vizcaína. Bilbao. 1975.
- CLAVERO SALVADOR B. *Fueros Vascos. Historia en tiempos de Constitución*. Ed. Ariel. Barcelona. 1985.
- FERNANDEZ ALBADALEJO P. *La crisis del Antiguo Régimen en Guipúzcoa, 1766-1833: cambio económico e historia*. Ed. Akal. Madrid. 1975.
- GARCIA DE CORTAZAR RUIZ DE AGUIRRE F. y MONTERO M. *Diccionario de Historia del País Vasco*. San Sebastián. 1983.
- IRUJO OLLO M. *Instituciones jurídicas vascas*. Ed. Ekin. Buenos Aires. 1945.
- ORELLA UNZUE J.L. *Instituciones de Gipuzkoa y oficiales reales de la provincia (1491-1530)*. Ed. Diputación Foral de Guipúzcoa. Donostia. 1995.
- RÍO ALDAZ R.del . *Las últimas Cortes del Reino de Navarra (1828-1829)*. Haramburu Editor. San Sebastián. 1985.
- RIVERA A. (dir). *Historia de Alava*. Ed. Nerea. Vitoria-Gasteiz.2003.
- TOMAS Y VALIENTE F. *Manual de Historia del Derecho Español*. Ed. Tecnos. Madrid. 1981.
- VAZQUEZ DE PRADA M. *Negociaciones sobre los fueros entre Vizcaya y el poder central (1839-1877)* Ed. Caja de Ahorros Vizcaína. Bilbao. 1984.
- ZABALA URIARTE A. *Mundo urbano y actividad mercantil, Bilbao 1700-1810*. Ed. Bilbao Bizkaia Kutxa. Bilbao. 1994.

³⁶⁰ El presente apartado recoge diversos capítulos extraídos de dos obras inéditas del autor, “*El régimen electoral de los Territorios Históricos*” y “*La financiación foral de los municipios de los Territorios Históricos*” realizadas en el marco del Máster de Derecho Civil Foral y Derecho Autonómico Vasco de la Universidad de Deusto, y del Máster de Hacienda Pública y Finanzas del Instituto de Economía Pública de la Universidad del País Vasco respectivamente.

Si que sabemos desde luego que fueron durante mucho tiempo la única institución en que se agrupaban nuestros antepasados, (abstracción hecha claro está, del Reino de Pamplona en su evolución natural hasta convertirse en Reino de Navarra), y que representantes de los municipios fueron quienes, al cabo del tiempo, dieron forma a otras que los comprendían, Cofradías, Hermandades, Juntas, Regimientos, y al fin, Diputaciones Forales.

Es harto conocido que las villas son en todo el País Vasco de creación señorial o real, castellana o navarra, y que a efectos de integración institucional no constituyeron entidades separadas, más allá de exclusiones en plazos más o menos duraderos de la participación en las que agrupaban a los restantes municipios.

Por tanto, durante un extenso período fueron éstas últimas las únicas instituciones, junto a la obvia figura del Rey o Señor, que organizaron y regularon la vida cotidiana de los ciudadanos.

Su naturaleza institucional cuasiembrionaria las privaba por completo de aparato administrativo, (en el sentido en que actualmente lo concebimos), y hacía que no fuesen excesivas sus necesidades económicas. Si por el contrario había que hacer frente a las que demandaba el Señor o Rey de los municipios.

G. Monreal³⁶¹ sitúa su nacimiento en Bizkaia entre los siglos XII y XIII. Señala además que *"cada una de las comunidades integrantes (anteiglesias, concejos y posteriormente villas) conservará en sus respectivos territorios instituciones propias de acusada personalidad jurídico-pública. La significación obvia de este hecho es la de que antes de producirse la integración, las poblaciones habían conocido un cierto desarrollo institucional"*.

Dicho de otro modo, durante varios siglos las Juntas Generales van a configurarse como un órgano asambleario de los municipios (permitásenos el concepto globalizador) de funciones esencialmente legislativas y de control de las potestades del Señor y/o Rey, y de su ejercicio conforme a Fuero.

La administración supramunicipal va a tener un lento desarrollo, emanada del propio órgano legislativo, en primer lugar como mero órgano administrativo intersecciones, y ya posteriormente como verdadera institución de gobierno, verdadero ejecutivo del Territorio.

Los hitos en este proceso, Regimientos, Diputaciones Particulares, Diputaciones Generales... son sustancialmente similares entre los territorios, y desembocarán en unas

³⁶¹MONREAL ZIA G. *Las instituciones publicas del Señorío de Vizcaya*. Ed. Diputación Provincial de Vizcaya. Bilbao, 1974, pag 51.

Diputaciones Forales, que en el XIX van a alcanzar pleno status institucional, y entre otras, capacidad de exacción fiscal.

No sin tensiones, porque las medidas uniformizadoras dictadas por el Gobierno como corolario de la Ley de 25 de octubre de 1839, la de *"la confirmación de los Fueros sin perjuicio de la unidad constitucional de la Monarquía"*, como el Real Decreto de 29 de Octubre de 1841, que imponía el traslado de las aduanas, la organización judicial del Estado, la organización de los Ayuntamientos al modo estatal, la presencia de los Jefes Políticos provinciales, (antecedente de los modernos, y afortunadamente fenecidos gobernadores civiles y de su actual sucedáneo de Subdelegados del Gobierno) y la conversión de las Diputaciones Forales en Provinciales de modelo común, van a tener indudable relevancia y a ser foco de constantes controversias, en un período caracterizado por las convulsiones que preceden a la abolición definitiva de 1876.

Las Juntas Generales dieron gradualmente paso al nacimiento, a partir de ellas mismas, de una administración con ámbito y competencia sobre todo el T.H., que con el devenir del tiempo será llamada Diputación General (o Foral), que en el marco de la introducción del modelo constitucional en el Estado español, se constituirá en el referente estatal local para una ideología (la fuerista), que va a intentar reproducir el modelo a nivel foral como garantía de supervivencia de una identidad vasca de concepción fundamentalmente tradicionalista. (Incluso entre buena parte de los liberales vascos.)

Sin embargo, todo este sistema se verá puesto patas arriba como consecuencia de la abolición foral, que tras la última Guerra Carlista se lleva a cabo por la Ley de 21 de Julio de 1876.

La Ley de 21 de Julio de 1876, promulgada como consecuencia del triunfo liberal en la Tercera Guerra Carlista, establece en su artículo 1º que *"Los deberes que la Constitución política ha impuesto siempre a todos los españoles, de acudir al servicio de las armas cuando la Ley los llama, y de contribuir en proporción de sus haberes a los gastos del Estado, se extenderán, como los derechos constitucionales se extienden, a los habitantes de las provincias de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava del mismo modo que a los demás de la Nación."*

Por su parte, el art.3º impone asimismo que *" Quedan igualmente obligadas desde la publicación de esta Ley las provincias de Vizcaya, Guipúzcoa ,y Alava a pagar, en la proporción que les corresponda y con destino a los gastos públicos, las contribuciones, rentas e impuestos ordinarios y extraordinarios que se consignen en los Presupuestos Generales del Estado."*

La Ley además autoriza al Gobierno para que acuerde, con audiencia de las provincias si lo considera oportuno, las reformas que exija en el régimen foral el

bienestar de los vascongados y el buen gobierno y la seguridad de la Nación, y a través del art.5.2 a *"hacer las modificaciones de forma que reclamen las circunstancias locales y la experiencia aconseje, a fin de facilitar el cumplimiento del artículo 3º de esta Ley"*.

Sin embargo no fue esto lo que ocurrió. Es cierto que el Real Decreto de 5 de Mayo de 1877 dispone que *" el gobierno y la administración de los intereses peculiares de Vizcaya se ajustará a las leyes y disposiciones que rijan para el resto de la Nación (art.1) disolviendo las Juntas Generales y la Diputación Foral y que " se establecerán....en la misma provincia todas las contribuciones, rentas e impuestos ordinarios y extraordinarios consignados o que se consignen en los Presupuestos Generales del Estado, verificándose su imposición y cobranza bajo igual forma y condiciones en que se hace en las demás de la Monarquía", (art. 3), y que posteriormente van a ser disueltas también las instituciones forales gipuzkoanas y alavesas, sustituidas por Diputaciones Provinciales al modo estatal, pero del acuerdo entre el Gobierno de Cánovas del Castillo y los fueristas transigentes colocados al mando de las nuevas Diputaciones, va a surgir un sistema peculiar de cumplimiento de las obligaciones fiscales establecidas en la Ley de 1876, el Concierto Económico.*

El Real Decreto de 28 de Febrero de 1878 reconoce ya en su Exposición de Motivos que *" No será la misma la forma de exacción de las contribuciones, rentas e impuestos en estas provincias que en las demás del Reino", pero no por privilegiar económicamente a Alava, Gipuzkoa y Bizkaia que, "contribuirán al sostenimiento de las cargas públicas desde el venidero año económico, por todos conceptos y en idéntica proporción que las demás de la Monarquía", sino porque "alejada la Administración, como ha estado, de aquellas comarcas adonde su acción nunca se dejó sentir, carecía de antecedentes y noticias, de toda suerte indispensables para que la equidad y la justicia, base de toda tributación aceptable, brillasen en sus disposiciones."*

Olabarri y Arana³⁶² definen el Concierto como *" un acuerdo de duración variable entre el Gobierno, autorizado para ello por la Ley de 21 de Julio de 1876, y las Diputaciones..... en virtud del cual - y esta es la esencia del Concierto - el Tesoro Público percibe periódicamente de ellas, las cantidades calculadas por cada una de las contribuciones e impuestos concertados, subrogándose las corporaciones provinciales en el lugar de aquel, al efecto de cobrar tales tributos, respetando desde luego las Leyes de la Nación y los pactos internacionales, pero pudiendo utilizar los sistemas de tributación, y los tipos y formas de exacción que estimen más aceptables y menos gravosos para los contribuyentes vascongados."*

Si la falta de información justificó el 1º Concierto, el temor a la reacción de las provincias va a influir, según estos autores, en la renovación sucesiva de su vigencia, cada vez por períodos de tiempo más extensos, en 1887, 1894, 1906, y 1925. Posteriormente, tras la Guerra Civil, y sólo para Alava, en 1951 y 1976. La situación de

³⁶²OLABARRI GORTAZAR I y ARANA PEREZ I. *"Las atribuciones de las Diputaciones Vascongadas y su fundamento jurídico durante la Restauración"*, en Los Derechos Históricos del pueblo vasco. Ed. I.V.A.P. Oñati, 1988.

Navarra será distinta de la de los restantes territorios vascos a partir de la conocida como "Ley Paccionada" de 1841.

Para llevar a cabo las funciones que implícitamente se les atribuían en el acuerdo, era preciso reconocer a las Diputaciones "Vascongadas" competencias superiores a las de las de régimen común, y éste va a ser uno de los auténticos "caballos de batalla" en las sucesivas renovaciones, además del título habilitante de hecho para que las Diputaciones vayan desarrollando una actividad cada vez mayor en diversos campos, en los que carecían de competencia expresamente reconocida.

Esta actuación va a encontrar acomodo legal en disposiciones como la Transitoria 4ª de la Ley Provincial de 1882, "*mientras subsista el Concierto Económico se considerarán investidas dichas Corporaciones, no solo de las atribuciones consignadas en los capítulos VI y X de la presente Ley, (las de todas las Diputaciones) sino de las que con posterioridad a dicho Concierto, han venido ejercitando en el orden económico, para hacerlo efectivo*", fórmula que en el Real Decreto de 1 de Febrero de 1894, (tercera renovación del Concierto) se transforma en que "*las Diputaciones Provinciales de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava continuarán investidas, así en el orden administrativo como en el económico, de todas las atribuciones que vienen ejerciendo*", repetida en 1906, con la única salvaguardia de que "*no podrán adoptar disposición alguna tributaria que se halle en contradicción con los pactos internacionales ajustados por España con las naciones extranjeras*", y con una última reserva en el Reglamento de 24 de Diciembre de 1926, relativa a no poder regular lo que "*se refiera a las contribuciones, rentas o impuestos, cuya administración se reserva el Estado*".

La determinación de estas atribuciones fue siempre extraordinariamente confusa.

Olabarri y Arana³⁶³ las resumen en el cobro de los impuestos, tasas y contribuciones concertadas, la fijación del carácter y tipos de las imposiciones que debían pagar los contribuyentes de las provincias respecto de aquellas, para cubrir los cupos concertados con el Estado y los propios gastos de las Instituciones Provinciales, examen y aprobación de los presupuestos y cuentas de los municipios, reglamentación del personal dependiente de Diputaciones y Ayuntamientos, aprobación de arrendamientos de bienes municipales, (R.R.O.O. de 23 y 31 de Julio de 1892), y de las solicitudes de créditos particulares a favor del pueblo, (R.R.O.O. de 13 de Abril de 1881, 17 de Mayo y 8 de Noviembre de 1887, 19 de Diciembre de 1891...), no así en el caso de que se materializasen en empréstitos o Deuda Pública, en que correspondía al Gobierno.

A partir de las Reales Ordenes de 11 de Abril de 1911 y 22 de Marzo de 1920, se ensancha además el ámbito de autonomía, pues entre las atribuciones especiales o facultades privativas y propias se incluye la de "*reglamentar tanto aquellas relaciones y servicios de administración local, que por costumbre y tradición eran peculiares al País y quedaban vigentes, como aquellas otras que las necesidades modernas*

³⁶³ OLABARRI GORTAZAR I y ARANA PEREZ I. op. cit.

aconsejaban a los Gobiernos de la Nación que implantasen en territorio común, y que era necesario adaptar a la especialidad de las mencionadas provincias".

Más en concreto, las Diputaciones, respetando la autonomía municipal respecto al nombramiento y separación, confeccionaban y aprobaban los reglamentos a que debía subordinarse la función pública local, y en diversas áreas mantenían competencias, menos relacionadas con el Concierto, que con el régimen foral del que se había gozado durante siglos, servicios forestales, (solo sujetos a la Alta Inspección del Estado), construcción y conservación de carreteras, y competencias varias en otras materias como vigilancia y seguridad, (orden público), beneficencia y/o sanidad.

Alonso Olea³⁶⁴ señala que cada Diputación optó por un sistema fiscal propio, pasando de tener una regulación fiscal mayoritariamente centrada en arbitrios de consumo, a atribuciones completas en los impuestos concertados. La extensión de la carga fiscal a los T.T.H.H. permitió que "provisionalmente" se recaudaran tributos; la provisionalidad quedó luego, a través de las sucesivas renovaciones, transformada en permanencia.

Es especialmente interesante una observación de este autor, en torno a que la visión del Concierto por parte de las élites dirigentes, viró progresivamente de medio de suavización de la abolición de las especificidades forales, a medio de mantenimiento de un aparato administrativo claramente en expansión.

Desconocemos la fecha en que comenzaron a reunirse las Juntas Generales de Bizkaia. D. Andrés de Mañarikua recoge como mención más antigua de las J.J.G.G. la que señala su celebración en Aretxabalaga en 1308. Varios historiadores creen incluso que son anteriores a la implantación del Señorío, tanto en su versión mítica como real, y no es descabellado suponerles el origen en primitivas Asambleas o "Batzar" populares comunes a otros territorios vascos.

Gregorio Monreal sostiene, en la obra de referencia principal sobre la materia "Las Instituciones Públicas del Señorío de Vizcaya", que las Juntas Generales se gestan entre los siglos XII y XIII, apareciendo ya estructuradas en el XIV. En cualquier caso, recordemos que sostiene que *"cuando en el siglo XIII se produce la fusión de los elementos territoriales en la unidad del Señorío, no entrarán de manera indiferenciada en el concierto común. Este dispondrá de sus propias instituciones -el Señor y sus oficiales, las Juntas comunes...- pero cada una de las comunidades integrantes conservará en sus respectivos territorios instituciones propias de acusada personalidad jurídico-pública. La significación obvia de este hecho es la de que antes de producirse la integración, las poblaciones habían conocido un cierto desarrollo institucional."*³⁶⁵

³⁶⁴ ALONSO OLEA E. J. *El concierto económico: origen y formación de un derecho histórico*. Ed. I.V.A.P. Oñati, 1995.

³⁶⁵ MONREAL ZIA G. op. cit. pag.51.

Muchas son las preguntas, prosigue, que quizás quedarán para siempre sin respuesta completa. *¿Cuando nacen las Juntas de la Vizcaya nuclear, de la Encartación, del Duranguesado?*

Diversos testimonios del siglo XIV acreditan la celebración de las Juntas Generales; la Crónica de Fernando IV se refiere a las de Aretxabalaga antes citadas, en 1356 las Villas y Tierra Llana garantizan en ellas el pacto de fidelidad entre el Señor D. Tello, y su hermano D. Pedro...

Por lo que respecta a su convocatoria, el cronista de Fernando IV la refiere a todos los "omes buenos" de Bizkaia. En 1342 Juan Nuñez de Lara a "todos los fijosdalgo, así de la Hermandad como los otros caballeros escuderos de Vizcaya". Una escritura de 1356 a los "vizcainos e villas", Gonzalo Moro en 1394 a los "procuradores de las Villas, como los solares e fijosdalgo e labradores de la Tierra Llana".

Según F. Sesmero, la forma de convocar a Juntas (y Regimientos) se instituye definitivamente solo a finales del XVI, en concreto mediante las Reales Provisiones de 29 de Noviembre de 1582, 23 de Agosto de 1591, 1 de Febrero de 1594, y 23 de Noviembre de 1595.

Cuando los Síndicos del Señorío, de acuerdo con los Diputados Generales, estimaban necesaria la convocatoria apelaban al Corregidor para proceder a la misma, reuniéndose la Diputación General o el Regimiento para decretar la convocatoria y correspondiendo al delegado real su despacho, incluyendo un programa con los asuntos a tratar. Parecer ser que las primitivas Juntas se reunían cada cuatro meses, como señala Sesmero.

Un alegato de los Síndicos de 2 de Marzo de 1605 refiere que "*por costumbre antiquísima, aprobada y mandada guardar por diversas Provisiones Reales, estaba dada orden y se mandó que se haga Junta General, so el Arbol de Guernica en cuatro en cuatro meses*". Veremos posteriormente como esta "costumbre antiquísima" sufrió diversas modificaciones.

Las funciones de las J.J.G.G. son desde su origen varias, y de notable importancia. Junto a la prestación del homenaje al Señor y recepción de su juramento de guardar los usos y costumbres, funciones de naturaleza marcadamente representativa, las Juntas mantendrían una actividad legislativa notable.

(No hay más que referirse al Capitulado de Hermandad de 1394 que configura una organización judicial propia y cuya redacción se confiere a "dos omes de cada Merindad y un procurador de cada Villa" y sobre todo al Fuero Viejo de 1452 y al Fuero Nuevo de 1526, verdaderas Constituciones de Bizkaia, como serán llamadas en la

respuesta de las propias J.J.G.G. reunidas en San Nicolás, Bilbao, en 1812 a los emisarios de las Cortes Constituyentes de Cádiz).

La asistencia a las Juntas es un capítulo que no dejará de proporcionar problemas durante buena parte de la existencia de las mismas. En 1487, el Ordenamiento de Chinchilla separa los gobiernos territoriales de las Villas y de la Tierra Llana, prohibiendo la asistencia de procuradores de aquellas a las Juntas de esta última. Además prohíbe la celebración de Juntas de Villas por iniciativa propia, debiendo siempre convocarse por el Corregidor que determinaría ante una solicitud de dicha naturaleza, el lugar, fecha y modo de celebración.

Sin embargo, una posterior Confirmación Real permite las juntas conjuntas (valga la redundancia) con 3 procuradores de cada tercio de las Villas y 2 de cada Merindad de la Tierra Llana.

En definitiva este Ordenamiento refuerza la dualidad jurídica entre ambos bloques, permitiendo hasta 3 modalidades diferentes de Asambleas Generales:

1) Juntas de la Tierra Llana.

2) Juntas de Tierra Llana, Villas, Encartación y Merindad de Durango para negocios universales de interés general”, recepción del Corregidor, asuntos de Fuero Común etc...

La tensión de ambos bloques da lugar a que las Juntas de Villas y Ciudad (Orduña) de 1514 acuerden 10 capítulos en los que tratan de formar cuerpo político aparte, separado del Señorío. La tentativa fracasa, pero no es sino un primer episodio en una larga pugna que como veremos no cesará hasta un siglo más tarde (Célula Real del 18 de Febrero de 1550).

Mientras tanto, en el año 1500 surge el Regimiento General, formado por el Corregidor, dos diputados, 12 regidores, dos síndicos y dos escribanos-secretarios, para el tratamiento y resolución de problemas comunes durante el período en que no estuviesen reunidas las Juntas. Del mismo modo surgen los Regimientos de la Tierra Llana, de las Villas y Ciudad, de la Encartación y de la Merindad de Duirango.

El Regimiento General era el verdadero poder ejecutivo y gobierno de Bizkaia, reuniéndose al año cada cuatro meses.

Como los Regimientos Generales y los de la Tierra Llana eran gravosos para los apoderados de las anteiglesias y otros oficiales no residentes en Bilbao, estos acordaron en Regimiento de la Tierra Llana de 11 de septiembre de 1572 conferir poder a los Diputados y Letrados que residían en Bilbao para algunos negocios particulares “y ellos vean e determinen e provean las cosas necesarias sin ayuntamiento e Regimiento” surgiendo así el Regimiento Particular.

El 16 de Enero de 1574 se acordó para evitar gastos excesivos nombrar a los Diputados a los dos Regidores y a los Letrados con el Corregidor o su Lugarteniente,” y lo que ellos hicieren y acordaren valga como si todo el Regimiento lo hiciere”, con lo que poco a poco se fue perfilando el cuerpo gubernativo llamado Diputación”. El órgano se institucionalizó definitivamente en Regimiento General de 23 de Agosto de 1576.

En 1594 surge un Síndico de Villas, con pretensiones de poder, y comienza a convocar el Regimiento y las Juntas que hasta entonces eran convocadas por iniciativa del Síndico de la Tierra Llana. Sin embargo esta aspiración será rechazada, porque la Tierra Llana se opone tenazmente a admitir las pretensiones de igualdad de las Villas.

Habrà diversas tentativas de arreglo. En 1609 un proyecto de Capitulado de la Junta Particular de Villas, exalta la unidad, consagra la vigencia de los Regimientos Particulares y considera a las Juntas Generales como núcleo central del poder. El proyecto propone constituir un Regimiento General formado por 2 Diputados y 12 Regidores en representación de la Tierra Llana y Procuradores de las 21 Villas. En caso de discrepancia entre los bloques resolvería la Junta General. Este proyecto fracasó ante la resistencia de algunas anteiglesias, no todas.

En la Junta General de 1628 se nombra una Comisión para que intente obtener un acuerdo. El acuerdo final será la Concordia de 27 de Agosto de 1630, conformada por Real Cédula de 3 de Enero de 1632.

La Concordia es un intento de equiparar el status jurídico de las Villas y Anteiglesias. Las Villas obtienen la facultad de elección activa y pasiva para todos los cargos del Señorío con la obligación (aún no estando expresamente recogida) de asistir a las Juntas Generales. El Regimiento pasa a ser único, desapareciendo las modalidades anteriormente existentes. Se ofrece a las Villas la posibilidad de acogerse al Derecho Civil Foral del Señorío (testimonio de lo cual ofrece la regulación de la actual Ley de Derecho Civil Foral de 1992), sin exigir la asunción obligatoria del mismo como se realizaba en un primer proyecto de concordia de 1628.

El Regimiento General que había empezado a ser conocido desde 1611 como Gobierno General y Universal del Señorío va progresivamente, cediendo materias en favor del Particular que desde 1645 se llamará Diputación General. Desde 1695 la

Diputación General aparece ya como un organismo totalmente independiente no supeditado a ningún Regimiento.

El 4 de Mayo de 1628, la Merindad de Durango pacta su incorporación total al Señorío, anterioridad su presencia en Juntas se limitaba a determinados asuntos. Se le reconocen 2 ya que con únicos votos en Juntas Generales, pese a solicitar 12 asientos (tantos como Anteiglesias).

Por su parte los municipios de las Encartaciones tras fracasar un intento de entrada global lo van haciendo individualmente, en 1642 lo hacen Gordexola y Güeñes y en 1682 se incorporan al Señorío, Zalla, Galdames y los 3 concejos del Valle de Somorrostro. Todas estas van a constituir “Repúblicas Unidas” mientras que el resto (Encartación) seguirán siendo representadas por su Síndico en la Junta General.

Las “Repúblicas” contarán con un voto cada una para un total de 5. Las “no unidas” en conjunto, el único voto de su Síndico. Por último el Valle de Orozko se integra en el Señorío de Bizkaia en 1785.

Hasta entonces se gobernaba a través de una antigua Ordenanza que ya en 1556 había sido reformada en orden a conseguir una mayor homogeneidad jurídica con el Fuero de Bizkaia, característica ésta, que también va a presidir los diferentes cambios que sufre el modo de gobierno de las Encartaciones.

No tenemos testimonios fidedignos sobre la forma de reunión de los habitantes de las merindades y la Junta de Merindad a la que alude el Fuero Nuevo de 1526. Parece verosímil entender la Junta General de Merindades como una Junta General reducida o en menor escala.

Lo que si sabemos es que todos los vecinos de las anteiglesias y sólo ellos tenían derecho a participar en la elección de los cargos públicos del municipio (Asamblea Municipal o Cruz Parada) aunque existían frecuentes limitaciones en lo que respecta a la legitimación pasiva como persona elegible (condición de propietario, a veces también la de inquilino etc...).

Por lo que respecta a las Villas, en todas menos en Bilbao (en la que sus dimensiones impedían el funcionamiento eficaz del sistema), se desarrollaban las elecciones en régimen de Concejo Abierto o Ayuntamiento general en el que asimismo se decidía sobre las cuestiones de mayor relevancia mientras que el Concejo de Ayuntamiento Particular o Regimiento (diferente según las Villas) gobernaba el devenir cotidiano.

Las formas de elección eran también variadas; la cooptación del Regimiento entrante por el saliente, la elección libre por el Concejo Abierto, sistemas mixtos con mayor o menor proximidad a ambos extremos...

Refiriéndonos de forma más precisa a la representación en las Juntas Generales, hay que señalar que la Tierra Llana estaba compuesta por 72 anteiglesias, cada una con su correspondiente voto, mientras que las Villas que desde 1558 concurren a todas las Juntas Generales, con las controversias que se apaciguan en la “Concordia”, eran apenas una veintena. Exactamente 21 procuradores representaban a las Villas y Ciudad (Orduña). Gregorio Monreal nos ofrece testimonio gráfico de los desajustes que se producían en la correspondencia voto/tamaño de la población.

Según el censo de 1712, 72 anteiglesias contaban con idéntico número de representantes suponiendo tan sólo el 40% de la población, mientras que las Villas y Ciudad (21) suponían el 31% de la población. Si a nivel de bloques existía una desproporción evidente todavía era más llamativa en lo que respecta al caso de Bilbao (10% de la población y 1 sólo representante), Durango (6% y 2 representantes) o el visto de las Encartaciones. En torno a este sistema de representación van a surgir muchas de las tensiones que envenenarán durante siglos en gran medida la vida de Bizkaia.

La normativa electoral va a estar constituida principalmente, hasta la desaparición de las Instituciones Forales, por las Ordenanzas de 15 de Febrero de 1500 y 5 de junio de 1548 y la Concordia de 1630 a la que antes hemos aludido.

La Concordia exige como requisito para ser candidato a cargos públicos en el Señorío, ser mayor de edad, vecino o morador del mismo, y además ser noble, bien acreditada tal condición a través de la carta de hidalguía ganada en juicio contradictorio, bien mostrada la cualidad de “vizcaino originario”. Abundan los testimonios sobre la exigencia de este requisito ya con anterioridad a la Concordia.

Hasta la segunda mitad del XVI la periodicidad de las reuniones de las Juntas Generales es muy irregular. En el periodo 1558-1605 encontramos 15 años en los que no se convocan, 19 en los que se produce una única convocatoria, 9 en los que se celebran dos reuniones y dos ejercicios en los que las Juntas Generales se reúnen en tres ocasiones. En más de una ocasión al parecer se reclama la vuelta a la antigua costumbre de convocar en Enero la reunión anual (que hoy llamaríamos ordinaria).

Durante el periodo 1610-1700 las Juntas Generales no son convocadas en 8 de dichos años, lo son en una única ocasión en 41, dos veces en 31, 3 veces en 7 años y 4 veces en 5 de los años de dicho periodo.

Sin perjuicio de que observemos una tendencia clara hacia la reunión anual o como mucho hacia las dos convocatorias anuales, queda de manifiesto una notable irregularidad que no hacía por otra parte chirriar los mecanismos del sistema.

Hasta la segunda mitad del XVI asimismo, las reuniones no se extendían más de una jornada, pero la progresiva mayor complejidad de las cuestiones a abordar y de las resoluciones a adoptar y su incremento van a hacer que asistamos a Juntas más dilatadas en cuanto a su duración.

Entre 1609 y 1700, período respecto del que disponemos de notable documentación, van a ser 49 las asambleas de una única jornada, 77 las que se extenderán durante dos, 20 las que retendrán a los apoderados durante tres días, 4 necesitarán idénticos días para darse por concluidas, y 2 Juntas obligarán a los presentes a gozar de la hospitalidad gernikesa a lo largo de cinco días.

Los testimonios más fidedignos nos hacen suponer la inclusión de Gipuzkoa en el Condado de Alava hasta la reestructuración acaecida tras la “incorporación” a Castilla del año 1200.

La estructuración del Territorio culmina en el siglo XIV con la consagración de la Hermandad de Gipuzkoa, sin perjuicio de que la integración del Condado de Oñate y su actual configuración territorial se remonten tan solo a 1845.

En 1997 asistimos a los actos de conmemoración del 600 aniversario de la constitución de la Hermandad de Gipuzkoa, acaecida en Getaria, el 6 de Julio de 1397. Los representantes de 30 villas, alcaldías y concejos intentaron entonces superar el naciente enfrentamiento entre las villas y la Tierra Llana a través de una Ordenanza de 59 leyes.

Esta Ordenanza se vio confirmada por Enrique IV en 1472, a través de otra en la que determina las fechas de reunión de las Juntas, su duración y la itinerancia de su sede entre 18 villas, (número luego ampliado), alterando en este punto lo dispuesto en la Ordenanza “fundacional”.

El primer tratado sistemático sobre las Juntas Generales de Gipuzkoa lo constituyen sin embargo las Ordenanzas de Cristóbal López Zundategi de 1583, que con pocas variantes se ven luego reproducidas en el Cuaderno Foral de 1696. Si hay un aspecto a resaltar en las mismas, es el carácter de fuente de derecho preeminente que se confiere a la costumbre dentro de la prelación de fuentes.

Gorosabel, el historiador por antonomasia de Guipúzcoa, sitúa el origen de las Juntas Generales en las reuniones de hermandad de pueblos, anteriores incluso a la

formalización de la Hermandad General en 1397 y sostiene que desde tiempo inmemorial acostumbraban a celebrarse además de las Juntas ordinarias, otras extraordinarias (que el Fuero llama particulares) por los motivos a los que hace alusión la Ordenanza 61 de 1463.

Por lo que respecta a la Diputación Foral, este mismo autor sitúa su nacimiento en las Juntas celebradas en Tolosa en Abril de 1550. Marichalar y Manrique sin embargo la constatan desde la Ordenanza de Enrique IV de 9 de Julio de 1461 en la que *”autoriza a la Diputación nombrada de Junta a Junta General ordinaria para que siguiendo práctica y costumbre inmemorial reuniese Junta extraordinaria en cualquier lugar o época del año, cuando lo considerase muy urgente o necesario.”*

Podemos concluir de esta “autorización” que la Diputación Foral *”regía las cosas de la provincia en el intermedio de unas Juntas Generales a otras”* (José Luis Orella dixit),y que a ella le estaba conferida la potestad de convocatoria de las J.J.G.G. extraordinarias.

Carmelo Etxegaray sostiene que los motivos por los que surge la Diputación pueden ser los que se alegan para establecer el Regimiento (y en definitiva la Diputación) de Bizkaia en el año 1500.

Las votaciones en las Juntas Generales de Gipuzkoa eran foguerales, (en función del número de fogueras con que contase cada municipio), y no personales, a diferencia de Bizkaia, si bien desde finales de la Edad Media hubo varios intentos de modificar la norma computando los votos en la línea de representación personal. Otra sustancial diferencia con respecto a Bizkaia estriba en las considerables facultades judiciales que ostentaban los órganos representativos del Territorio, frente a la imposibilidad de los bizkainos de constituir tribunal.

Durante un cierto período van a convivir las Juntas Generales de la provincia, por llamarlas de alguna manera, junto a las particulares de la Hermandad. Tras su desaparición en Castilla en 1496, ésta última institución va a decaer también en Gipuzkoa, quedando unas únicas J.J.G.G. como legítima representación del pueblo gipuzkoano, tal y como las conocemos en la actualidad.

Por lo que respecta a Alava, acudimos al testimonio de Joaquín Joseph de Landazuri, (*“Historia Civil de la M.N. y M.L. provincia de Alava”*) para sostener que las Juntas y Cofradías del campo de Arriaga son el más antiguo gobierno político que de Alava nos ha conservado la antigüedad. Este mismo historiador señala que aunque no podemos determinar el año en que se fundó, *”si no se hizo inmediatamente de que entraron los moros (en el 714), lo fue no mucho después”*.

Según la Crónica Sampiro del siglo X, en tiempos de Alfonso III, Eylón es el primer Señor reconocido de la Cofradía. González Mínguez³⁶⁶ confirma que en la citada Crónica “*aparece por primera vez el topónimo Alava*”. El territorio alavés y los otros aludidos (Bizkaia, Ayala y Orduña), según se desprende del texto, “*no habrían sido dominados por los musulmanes, permaneciendo siempre controlados por la población indígena, aunque ello no impidió que ... se viera afectado durante los siglos VIII y IX por numerosas razias enviadas por los emires de Córdoba*”.

Durante estos siglos Alava comprende las tierras de lo que hoy conocemos como “Llanada” en torno a Vitoria, “*según aparece descrita en el documento conocido como la Reja de San Millán de 1025, y que con pequeñas modificaciones viene a coincidir con los límites que un documento de 1258 especifica para la Cofradía de Arriaga*”. A esta “Alava Nuclear” “*se iría sumando una Alava periférica constituida por la Tierra de Ayala, la situada al oeste del río Bayas, Treviño (hoy excluido) y la Rioja Alavesa*”.³⁶⁷

La incorporación de Alava a Castilla en 1200, fue según este autor, “*definitiva, y tan solo se produjo una transitoria modificación de la situación como consecuencia de la guerra civil entre Pedro I de Castilla y Enrique de Trastámara: aprovechando esta circunstancia, Carlos II de Navarra lanzó en 1368 una ofensiva apoderándose por la fuerza de varias plazas castellanas (Vitoria, Salvatierra, Contrasta, Santa Cruz de Campezo...), pero “la soberanía castellana sobre tales posiciones fue restaurada en 1373, según sentencia dictada por el Cardenal Guido de Bolonia*”. Tras 1200, “*de toda la tierra alavesa, solo Laguardia y su comarca continuaron bajo señorío navarro*”.³⁶⁸ (Hay que matizar en todo caso a lo que señala este autor que los esfuerzos navarros lo son por recuperar un territorio del que Castilla se apoderó anteriormente aprovechando su superioridad militar)

Marichalar y Manrique recogen también la tradición que sitúa el origen del Territorio en época de los moros si bien afirman que “*las actuales Juntas Generales de Alava solo datan de mediados del siglo XIV después de la incorporación voluntaria de la provincia*”, dato en que, como veremos, coinciden la generalidad de los autores.

Con anterioridad, reconocen, existía la célebre Cofradía de Arriaga. Además de las Juntas Generales de Hermandad y las particulares de la Diputación, se celebraban en Alava, según estos autores, Juntas de Hermandad con el principal objeto de nombrar alcaldes de Hermandad y procuradores para las J.J.G.G. Desconocemos en realidad la periodicidad de las reuniones de la Cofradía antes del siglo XIII y cuando comenzaron.

Si hay una característica que define el modelo de organización política alavés durante la época foral es la bipolaridad de modelos jurídicos, villa burguesa y señorío

³⁶⁶ GONZALEZ MINGUEZ C. “*Génesis de la Hermandad Provincial de Alava*” en Juntas Generales de Alava. Ed. Juntas Generales. 4º Edición. Vitoria. 2000, pag.17.

³⁶⁷ Ibidem, pags.17-18.

³⁶⁸ Ibidem, pag.22.

solariego (Hermandad), que va a persistir incluso tras la incorporación voluntaria a Castilla ("entrega") de 1332.

Es en 1463 cuando la Hermandad paritaria de Villas y Tierra Llana constituye definitivamente el Territorio Histórico de Alava. En las Ordenanzas de este año se acepta la duplicidad de autoridades jurisdiccionales. Por un lado figuraría la Hermandad de Villas y por otro, la Hermandad de las Tierras de Alava.

Cada una de ellas mantendrá sus Hermandades particulares, junto a las que existirán las Juntas de la Hermandad General, que dan origen a la Diputación de la Hermandad, compuesta por 4 diputados y 2 comisarios, y posteriormente a la modificación en las funciones de la figura del Diputado General. Este, juez ejecutor de la Hermandad General, va a sobrevivir a las modificaciones que el régimen sufre en 1498, pasando a ostentar el mando y gobierno provisional entre las Juntas Generales ordinarias de Mayo y Noviembre.

Más específicamente, Martínez Díaz remite el testimonio expreso más antiguo sobre la Cofradía de Arriaga a 1258, pero sitúa el posible origen de la Cofradía en el año 1179, como consecuencia de la paz suscrita entre Alfonso VIII de Castilla y Sancho VI el Sabio de Navarra. Micaela Portilla por su parte, aventura el origen de la Cofradía hacia 1060 o 1062, opinión coincidente con la de Nieto Benayas cuando afirma que el origen de la tierra de Alava es el momento inmediatamente posterior a la herencia de Sancho III el Mayor.

M^a Jesús Rubiera de Epalza cree que entre el 714 y el 783, Alava fue un territorio independiente del reino astur, apoyada en que fue sometido por Abderramán (campaña de Badr) careciendo de "comes", prueba de que no pertenecía a Asturias y de que tampoco contaba con ninguna otra autoridad política ni religiosa. A partir de entonces debió pasar por momentos de sumisión intermitente a los musulmanes, hasta que a mediados del XI comenzó a existir un vínculo militar con Castilla.

González Mínguez considera por su parte que *"en los siglos XIII y XIV, a través de algunos relatos cronísticos y de unos pocos documentos, la Cofradía de Arriaga aparece bien caracterizada". Desde el punto de vista institucional, se trata de un señorío jurisdiccional, en este sentido muy similar a los de Vizcaya, Ayala y Oñate,* mientras que *"el principal elemento diferenciador era el carácter electivo del señor por los propios hidalgos, según lo expresa la Crónica de Alfonso XI".*³⁶⁹

El señor administraba justicia, bien personalmente, *"bien a través de los merinos nombrados por él"* a la vez que *"el rey, por otro lado, además de conservar la titularidad política superior o Señorío Real, tenía unos derechos propios de carácter pecuniario sobre los labradores y collazos de los cofrades"*.³⁷⁰

³⁶⁹ Ibidem, pags.28-29.

³⁷⁰ Ibidem, pags.29-30.

Las Juntas “tenían carácter de una asamblea o tribunal judicial superior, presidido por el Señor de la Cofradía, ante el que se verían los pleitos no resueltos por merinos y alcaldes”. Su competencia alcanzaba “a todos los miembros de la Cofradía y a sus vasallos, así como a aquellos que sin ser naturales de Alava delinquieran en su territorio”.

Tenían además capacidad de elección del Señor y “vienen a ser la expresión de una cierta capacidad de autogobierno que tuvo una parte de Alava, durante la Edad Media, compatible con el reconocimiento del monarca castellano como Señor superior.”³⁷¹

La trayectoria histórica de la Cofradía concluye el 2 de Abril de 1332, “fecha en la que se produjo lo que tradicionalmente se conoce como **voluntaria entrega o Pacto de Arriaga**, es decir la autodisolución de la Cofradía y la entrada del realengo castellano en el territorio”.

A través de este pacto, “los hidalgos alaveses consiguieron de Alfonso XI que confirmara su estatuto jurídico privilegiado”, fijando los campesinos a la tierra, en un contexto de crisis económica y caída de rentas.

Alfonso XI se reserva a partir de ese momento la administración de justicia, “para lo cual nombraría alcaldes que fuesen hidalgos y alaveses” mientras que “en todo el territorio alavés (con la excepción de los que no figuraban en Arriaga, como Ayala que mantuvo sus propias Juntas en Saraobe hasta 1841) fue sustituido el derecho consuetudinario no escrito, por el Fuero Real o Fuero de las Leyes”.³⁷²

A juicio de este autor, cuyas consideraciones seguimos en referencia a la tradición juntera, “no es posible establecer continuidad alguna de la misma con el proceso que lleva en la segunda mitad del siglo XV al nacimiento de las Juntas Generales de Alava, que constituyen la máxima expresión política y representativa de la Hermandad Provincial de Alava”.³⁷³ Es de la misma opinión Díaz de Durana, “el nexo entre la Cofradía de Arriaga y las Juntas Generales no existe”.³⁷⁴

La Hermandad surge como un “movimiento asociativo e integrador de villas y lugares” que “expresa una clara solidaridad entre concejos”.

³⁷¹ Ibidem, pags.31-32.

³⁷² Ibidem, pag.36.

³⁷³ Ibidem, pag.39.

³⁷⁴ DIAZ DE DURANA J.R. “Nacimiento y consolidación de las Juntas Generales de Alava” en Juntas Generales de Alava. Ed. Juntas Generales. Vitoria. 2000, pag.70

En momentos de claro debilitamiento de la autoridad real, los municipios se asocian para garantizar sus fueros y privilegios y especialmente para, estableciendo mecanismos de defensa, “*poner fin al desorden público, garantizar la justicia e impedir los abusos*”.³⁷⁵

En palabras de Bombín Pérez “*su origen está relacionado con el deseo de aunar los esfuerzos de los hombres libres de las diversas villas, pueblos y lugares para defenderse de las tropelías de los poderosos y para luchar contra todo tipo de bandolerismo implantando la justicia*”³⁷⁶. De ello sería testimonio el lema del escudo del territorio, “*en aumento de la justicia contra malhechores*”.

Durante la primera mitad del siglo XIV, Vitoria y otras villas participan en Hermandades Generales con diversos municipios castellanos, pero poco a poco y tras un intento fracasado de Carlos II de Navarra de crear una hermandad entre los concejos alaveses, gipuzkoanos y navarroa afectados por el bandidaje de frontera, surge una propiamente alavesa. Las Ordenanzas de ésta fueron aprobadas por Juan II en Valladolid el 6 de Febrero de 1417.

Esta Hermandad tenían sus Juntas Generales “*a las que acudían los alcaldes, comisarios y procuradores de las ciudades, villas y lugares*”³⁷⁷ y cierta jurisdicción procesal y penal.. Sin embargo, en pleno período de enfrentamiento entre los Parientes Mayores, “*no parece que fuera capaz de poner orden en el territorio y de acabar con la actividad de los malhechores feudales*”, por lo que Juan II intentó crear una Hermandad “Regional” comprendiendo municipios de Bizkaia, Guipúzcoa, Alava, Norte de Burgos y zonas próximas de Cantabria y La Rioja”, intentó que también fracasó.

Enrique IV reorganizó la Hermandad en 1457 y fruto de ello surgió el Cuaderno de Ordenanzas aprobado en 1458, y ante sus escasos resultados, el nuevo “Cuaderno de Leyes y Ordenanzas con que se gobierna la M.N. y M.L. Provincia de Alava” “*que han sido durante cuatro siglos el núcleo fundamental de las leyes de la provincia, al que durante ese tiempo se irían añadiendo las normas emanadas de las Juntas Generales de la Hermandad y otros nuevos privilegios otorgados por los monarcas*”.³⁷⁸

Los Cuadernos establecen la celebración de dos Juntas anuales, el día 1 de Mayo y el día de San Martín en Noviembre, una en Vitoria y otra en el lugar que se acordare, de duración no superior a 15 días, con asistencia de 1 o 2 procuradores (hombres buenos, honrados y ricos, de al menos 40.000 maravedís,) por concejo y mandato de que “*no hagan ni ordenen salvo las cosas tocantes a los casos de dicha Hermandad*”.

³⁷⁵ GONZALEZ MINGUEZ C. op. cit. pag.42.

³⁷⁶ BOMBIN PEREZ A. “*Las Juntas Generales de Alava en la Edad Moderna*” en Juntas Generales. op. cit. pag.108.

³⁷⁷ GONZALEZ MINGUEZ C. op.cit. pag .51.

³⁷⁸ Ibidem, pag.58.

Sin embargo, *“las Juntas Generales han asumido atribuciones que no estaban señaladas en las Ordenanzas de 1463 en todos los ámbitos relativos al gobierno y administración del territorio alavés, de acuerdo siempre con las disposiciones emanadas de la Corona”*.³⁷⁹ Pronto, en cualquier caso, perdieron el poder ejecutivo, *“que desde 1476 paso a manos de los integrantes de la Diputación”*³⁸⁰ debido a la propia composición de las Juntas y las exigencias de riqueza de los apoderados, los intereses políticos de la oligarquía vitoriana, que mantenía una estrecha vinculación con la Corona, y marcó decididamente las directrices políticas.

Las Juntas estaban compuestas por los procuradores designados a este fin por las Hermandades (inicialmente 53 agrupadas en 6 cuadrillas y que se gobernaban de modo semejante al de un municipio). Durante el XVI todas las Hermandades enviaban sus procuradores, pero duante el XVII y el XVIII algunas dejaron de hacerlo y solo 37 los enviaban.

Formaban asimismo parte de las Juntas, *“el Diputado General, el Tesorero de la Provincia, los dos escribanos y finalmente los Alcaldes de Hermandad, en las Juntas de Vitoria los dos de la ciudad y el de los caballeros hijosdalgo de Elorriaga, y en las Juntas de Mayo, los dos de Vitoria y el de la Hermandad a la que correspondía el pueblo”*³⁸¹ en el que se celebraba.

La Junta Particular constituía *“una especie de Diputación que actuaba en caso necesario en los intervalos entre las Juntas Generales”*.³⁸² Cuando se presentaba algún tema urgente, generalmente derivado de una petición u orden real, el Diputado General convocaba en Vitoria a los componentes de la Junta Particular que eran los dos comisarios y 4 diputados elegidos por mayoría de votos en las Juntas de Noviembre. Si el asunto era relevante y no podía resolverlo la Junta Particular se convocaba Junta General extraordinaria. En los casos de guerra, era el Diputado General el que, en razón de la urgencia, podía ordenar la convocatoria de la Junta General.

En un principio las Juntas Generales tenían competencias exclusivamente para cumplir los fines para los que fueron creadas, mantenimiento del orden público y represión penal, (*“casos de Hermandad”*) pero tenderían por su propio carácter a la ampliación; *“lo cierto es que la historia de las Juntas Generales es la de la continua ampliación de sus competencias”*. Al ser el máximo órgano de gobierno de las Hermandades, *“la función legislativa, caso de ejercerse, sería también competencia de las mismas”*.

En efecto, *“la provincia disponía de su propia Constitución, representada por las Ordenanzas de 1463, pero a medida que surgieron casos dudosos, competencias entre Hermandades o necesidades nuevas, las Juntas hubieron de pronunciarse sobre*

³⁷⁹ DIAZ DE DURANA J.R. op. cit. pag. 85

³⁸⁰ Ibidem, pag. 96.

³⁸¹ BOMBIN PEREZ A. op. cit. pag.110.

³⁸² Ibidem, pag.108

ellas”, son éstas, las “*decisiones de Juntas que fueron creando jurisprudencia aplicable al territorio provincial*”. En realidad, “*su actividad administrativa fue amplísima, si bien disponían de muy pocos medios para poner en práctica los acuerdos de Juntas*”.³⁸³

La figura del Diputado General surgió en el año 1476, “*sin embargo el oficio no estuvo perfectamente regulado en su origen en cuanto a su nombramiento y duración del cargo*”, entre 1476 y 1533 hubo solo 2 Diputados Generales y fue la Concordia de 1534 la que estableció que el cargo sería trienal y que la designación se haría por 6 electores, tres de la provincia y 3 de Vitoria. Debía ser siempre vecino de Vitoria, y tenía funciones representativas, militares, de juez supremo y de convocatoria de Juntas, “*pero su autoridad estaba siempre subordinada a la de las Juntas Generales*”³⁸⁴, que presidía con voz pero sin voto.

Los procedimientos electorales, finalmente, “*eran tantos y tan variados como el número de Hermandades*”.³⁸⁵

Enmarcada en un largo proceso de puesta en cuestión de las mismas, sobre todo por parte de quienes pretendían insertar las “provincias exentas” en un estado unitario y centralizado, la desaparición de las instituciones forales tiene lugar como consecuencia directa del proceso de constitucionalización del estado español y de la decisión adoptada en relación con la organización política del mismo.

El primer proyecto de Constitución estatal, el Estatuto de Bayona de 1808, si bien no se pronuncia expresamente al respecto, (el art.144, al señalar que se examinará el sistema foral en las futuras Cortes parece dejar abierta la cuestión), descansa en una filosofía unificadora, (art.96 unidad de leyes civiles y criminales para todo el Reino, art.101, sistema centralizado de justicia, Título XII sistema centralizado de Hacienda...), incompatible con el mantenimiento de la organización y competencias de que hasta entonces gozaban las Instituciones Forales.

Lo mismo cabe decir de la Constitución de Cádiz de 1812, que específicamente establece Juntas Electorales de Provincia (arts.78 a 103) iguales para todo el Reino, Diputaciones Provinciales (no Forales) similares en todo el territorio de la Monarquía, con un “Jefe Político” del Gobierno Central a cargo, (arts.324 a 327), la supresión de la libertad foral de comercio, (art.354), la supresión de la exención tributaria, (art.339), la supresión de la exención de prestación del servicio militar, (art.361), y por limitarnos tan solo a unos pocos ejemplos, un sistema judicial unificado, con supresión de las competencias forales en este área.

³⁸³ Ibidem, pags.114-115.

³⁸⁴ Ibidem, pag.118.

³⁸⁵ ORTIZ DE ORRUÑO LEGARDA J.M. y PORTILLO J.M. “*El régimen foral en el siglo XIX: las Juntas Generales de Alava entre 1800 y 1877*” en Juntas Generales. op. cit. pag.174.

Afortunadamente, las vicisitudes por las que atravesaron estos dos textos constitucionales derivaron en su no aplicación efectiva al ámbito de los Territorios Históricos vascos.

El Estatuto Real de 1834 se promulga iniciada ya la I Guerra Carlista, en la que se va a producir una adhesión mayoritaria de la población de los T.T.H.H. al bando carlista, contrario al de sus autores. Asumiendo la división provincial realizada por Javier de Burgos el año anterior, atribuye a todas las provincias las mismas competencias administrativas. No contiene disposiciones expresas en relación con el mantenimiento o modificación de las Instituciones Forales, pero da paso a una normativa de desarrollo que si las va a contener.

La Real Orden de 18 de Septiembre de 1836 del Ministro de la Gobernación va a disolver la Diputación Foral de Bizkaia, transformándola en Diputación Provincial. Una nueva Real Orden de 3 de Enero de 1837 reestablece aquella, eso si *”cesando la actual (provincial) hasta que las circunstancias den lugar a que se puedan hacer otras elecciones en debida forma”*. (Recordemos los avatares bélicos del momento)

La Constitución de 1837 tampoco contiene disposiciones expresas en relación con el régimen foral. Sin embargo en la discusión constitucional queda patente la intención manifiesta de suprimirlo. El dictamen de las Cortes proponía la abolición de las Diputaciones Forales, la implantación de un sistema judicial común y el traslado de las aduanas a la costa.

Y esto es lo que va a disponer la Ley de 16 de Septiembre de 1837. Esta Ley *“cesa”* (sic) las Diputaciones Forales estableciendo en ellas Diputaciones Provinciales, *“con arreglo a la Constitución y a las Leyes vigentes”* (Art.1).

En tanto en cuanto no pueda procederse a la elección de estas nuevas Diputaciones, determina que se establezcan Diputaciones Provisionales, presididas por el Jefe Político y compuestas por *“cuatro regidores de la capital y uno de cada uno de los cuatro pueblos de la provincia de mayor vecindario que estén constantemente libres de la dominación de las tropas facciosas “* (Art. 2).

Una Real Orden posterior, de 31 de Octubre de 1837, intima al Jefe Político de Bizkaia al cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, toda vez que parece que mostraba reticencias al respecto. El art.3 por su parte traslada las aduanas a la costa y frontera, y el 4 dispone el establecimiento de Jueces de 1ª Instancia, primer paso en la unificación del sistema judicial.

El Convenio de Bergara de 31 de Agosto de 1839 dio fin a la I Guerra Carlista

. En virtud de la promesa más o menos explícita (la fórmula es enormemente alambicada y ambigua) del Capitán General Espartero que figura en el art.1 del mismo sobre la cuestión foral, surge la Ley de 25 de Octubre de 1839 que en su celeberrimo art.1 confirma los Fueros de las Provincias Vascongadas y Navarra, “*sin perjuicio de la unidad constitucional de la Monarquía*”. En su art.2, exhorta al Gobierno a proponer a las Cortes la modificación indispensable de los Fueros que reclame el interés de los territorios afectados conciliado con el general de la nación y de la Constitución (recordemos, la de 1837) de la Monarquía.

Pese a que el Real Decreto de 16 de Noviembre de 1839 reestablece las Instituciones Forales abolidas por la Ley de 1837, salvo en lo que respecta a la elección de Diputados y Senadores según el sistema general del Reino, esa modificación indispensable va a ser entendida por el Gobierno en el sentido de ratificar lo dispuesto en la Ley de 16 de Septiembre de 1837 sobre la desaparición de las Instituciones Forales.

Así el Decreto de 29 de Octubre de 1841 sobre reorganización de la administración de las Provincias Vascongadas, transforma los Corregidores en “*Gefes superiores políticos*” (sic) a los que atribuye las competencias de orden público (arts. 1 y 2), dispone que los Ayuntamientos se organizarán con arreglo a las leyes y disposiciones generales de la Monarquía (art.3), que habrá Diputaciones Provinciales nombradas con arreglo al ordenamiento del Reino que sustituirán a las “*Diputaciones Generales, Juntas Generales y Particulares de las Vascongadas*” (art.4), y ejercerán sus funciones (art.6), amén de las que “*para las elecciones de Diputados y Senadores a Cortes, de provincia y Ayuntamientos (sic) les confían las leyes generales de la Nación*”.

Por Real Decreto de 4 de Julio de 1844 se restablecen las Juntas Generales, a efectos tan solo de nombrar representantes para negociar con el nuevo Gobierno moderado tras la caída de Espartero. Según lo que se dispone en el mismo, cada una de ellas nombraría dos comisionados, para que oído su parecer, se procediese a la modificación de los Fueros que reclamaba la Ley de 1839.

Entre tanto las J.J.G.G. nombrarían a las Diputaciones según la tradición foral, y en cuanto a sus competencias, además de las de los citados nombramientos, serían “*las demás de costumbre que no estén en oposición con él*” (el Real Decreto). Sin embargo se mantiene el traslado de las aduanas, la implantación de los Jueces de 1ª Instancia, amén de la organización de los Ayuntamientos según el régimen común, para los que hubiesen optado en tal sentido.

Las Leyes Municipales y Provinciales de 8 de Enero de 1845 insertan definitivamente Ayuntamientos y Diputaciones en el marco general de los del Reino.

Por Decreto de Enero de 1848 los Alcaldes de los ayuntamientos vascos pasan a ser nombrados por el Gobierno, con el consiguiente peligro de que dado el sistema de representación municipal de las Juntas Generales, éstas se convirtiesen en instrumento del Gobierno de Madrid, pero la oposición de las Instituciones Forales logra, a través de la Real Orden de 12 de Septiembre de 1853, recuperar buena parte de las competencias que poseían con anterioridad a 1841.

Acorde a esta Orden, los presupuestos y cuentas anuales de los Ayuntamientos además, se han de presentar a las Diputaciones Forales para su examen y aprobación, origen de la actual supervisión financiera de las cuentas municipales por las Diputaciones, con lo que, y definitivamente desde la Orden de 17 de Agosto de 1854, se consolida un régimen neoforal de supervivencia de las Instituciones Forales.

La Constitución de 1869, tras la “revolución” del año anterior, no se refiere a las Instituciones Forales. Tras ella, la Ley de Ayuntamientos de 1870 recoge en su articulado, que *”en atención a la organización especial de las Provincias Vascongadas, reconocida en la Ley de 25 de Octubre de 1839, el Gobierno, oyendo a las Diputaciones Forales, resolverá las dificultades que ocurran sobre la ejecución de esta Ley.”*

En 1872 estalla la última Guerra Carlista, cuyo desenlace va a conllevar la supresión de las Diputaciones Forales y Juntas Generales.

La Ley de 21 de Julio de 1876 impone a los habitantes de los T.T.H.H. el deber de prestar el servicio militar, y suprime la exención fiscal (Arts.1,2 y 3). No hace referencia a las Instituciones Forales, Ayuntamientos, Juntas y Diputaciones, pero como señala Federico Zabala *“estas quedaban sin sus atribuciones forales; eran pura forma, sin contenido”*. Conscientes de su alcance, las Diputaciones Forales se negaron a cooperar en su aplicación.

Fracasaron diversos intentos de negociar su modificación o suspensión.

En el marco de la Ley Provincial y Municipal de 2 de Octubre de 1877, y tras negarse las Diputaciones a aceptar el Real Decreto de 13 de Noviembre de 1877 que fijaba una contribución global al Estado, la Diputación Foral de Bizkaia fue disuelta el 17 de Marzo de 1877, la de Alava el 21 de Noviembre, y la de Gipuzkoa el 1 de Diciembre de 1877.

A partir de entonces se va a simultanear la recuperación de algunas competencias tradicionales en el marco de los Concierdos Económicos, con diversas iniciativas tendentes a obtener la reintegración foral, aspiración que va a sentirse con carácter casi unánime por la gran mayoría de los vascos.

Por lo que hace a los orígenes de Navarra debemos situarlos en torno a los siglos IX y X. Sin dejar de tener en cuenta lo que señalan algunos autores en relación con la vinculación a situaciones anteriores, *“solo el funcionamiento continuado de instancias políticas como las representadas por los sucesivos poderes públicos hispanorromano e hispano-visigodo en torno a Pamplona -polo vertebrador del territorio que más adelante será Navarra- y la consiguiente aculturación y desarrollo interno de su población, permiten explicar la madurez y la pujanza manifestadas luego por el Reino de Pamplona desde sus fundamentos históricos, en contradicción con la hipótesis más o menos aceptada de la permanencia de un sedimento vascón supuestamente incontrolable y al tiempo primitivo”*³⁸⁶.

Ramírez Vaquero³⁸⁷ autora cuyo análisis seguiremos como hilo conductor en todo este apartado, señala que *“a lo largo de los siglos IX y X se asiste a la laboriosa gestación y alumbramiento de una entidad política cada vez más definida en las tierras de Pamplona, una de las respuestas cristianas al Islam desde todo el borde septentrional de la Península”*.

Uno de los autores más destacados de la corriente histórica “Nabarralde”, Mikel Sorauren, aporta una visión un tanto distinta, *“el territorio vascón oscilará durante algún tiempo entre la doble influencia, situada al norte y al sur, siendo la influencia asturiana, pretencioso residuo del antiguo estado visigodo, un factor secundario...bajo dominio de los cordobeses quedará buena parte del ager...(aunque) no se debe pensar que la islamización significó suplantación de la población... (y) el elemento islámico será conservado en este territorio, una vez incorporado al Reino de Navarra, hasta el final de la independencia del Reino...(en todo caso) se mantendrá en la práctica la situación de independencia aunque a lo largo del siglo VIII y primeros años del siglo IX se desconozca, en muchos casos, el nombre de los líderes pamploneses”*³⁸⁸.

En el marco de las intervenciones francas y musulmanas que se alternan, arrastrando a los linajes indígenas durante el primer cuarto del siglo IX, uno de éstos, el de los Arista o Iñigos, amparado en sus parientes de la ribera, los qasíes descendientes del visigodo Conde Casio, convertidos al Islam, que *“a modo de pantalla mitigaban la soberanía cordobesa”*³⁸⁹, va a evitar por un lado la conversión del entorno pamplonés en un condado franco, como los de Urgel, Gerona o Barcelona, y por otro la sumisión directa al dominio musulmán.

Un ingrediente exterior, a mediados del siglo IX, sirvió de estímulo *“para ir abriendo a los caudillos pamploneses un horizonte más acorde con su herencia religiosa, el ascenso espectacular de la monarquía ovetense”*.

³⁸⁶ JUSUE SIMONENA C. y MIRANDA GARCIA F. *“Los vascones: romanización y tardoantigüedad”* en Enciclopedia de Navarra. Tomo I. Ed. Herper S.L. Pamplona. 1989.

³⁸⁷ RAMÍREZ VAQUERO E. *“Presencia musulmana y génesis del reino de Pamplona”* en ibidem.

³⁸⁸ SORAUREN M. *Historia de Navarra, el estado vasco*. Ed. Pamiela. Pamplona. 1998, pags. 89-94.

³⁸⁹ RAMIREZ VAQUERO E. op. cit.

”El proyecto catalizador debió de cifrarse, a comienzos del X en la pugna implacable contra el Islam para la liberación cristiana del país, bajo una estirpe de reyes a la que se atribuyó un carácter sagrado y carismático. Era la ruptura formal y definitiva con los soberanos cordobeses”. Las querellas entre los propios qasíes y entre los musulmanes de obediencia cordobesa permitirán salvaguardar la supervivencia del naciente reino.

Una vez más Sorauren disiente, *“los vascones pugnaron por ocupar un territorio que, desde siempre, consideraron fundamental...un territorio caracterizado por la tierra agrícola, el *ager*, -que venía siendo disputado desde la época de los romanos-, el único que podía permitir con su dominio el mantenimiento de un estado independiente y soberano: las tierras de La Rioja, de las cuencas prepirenaicas, junto con la Llanada Alavesa y sus entornos, así como las tierras medias entre Ribera y Montaña y gran parte de la misma Ribera hasta las cercanías de Valtierra... más que de una reconquista, puede afirmarse que se trata de la recuperación de unos territorios que siempre habían sido reivindicados por los vascones como esenciales para su supervivencia, y en los que la romanización e islamización resultó siempre precaria... el Reino de Pamplona se ve obligado a adoptar la forma de un Estado diferenciado, no de una manera preconcebida, sino como resultado de la resistencia misma desarrollada a la cara de esos estados que son percibidos como extraños”.*³⁹⁰

En tiempos de Sancho Garcés I (905-925), *“en una súbita inflexión cuyos antecedentes inmediatos quedan en sombras y constituyen todavía un gran enigma historiográfico, a comienzos del siglo X, el pequeño espacio político del entorno pamplonés -la Navarra nuclear- acrisolado penosamente durante dos generaciones como una especie de monarquía latente, parece entrar en escena de forma espectacular; y alumbra, a manera de epifanía, un reino vigorosamente articulado sobre el eje territorial de Pamplona-Nájera y animado por un proyecto colectivo formulado ya en términos concluyentes”*³⁹¹.

Sancho, además de agrupar a todos los cristianos del Pirineo Occidental, se adueñó de las tierras de Nájera, complemento estratégico y económico de la naciente monarquía, que alcanzaba así dimensiones de “regnum”, el que se conocerá como de Pamplona.

Ordoño II y sus hijos Alfonso y Ramiro, reyes sucesivos de León todos ellos, estuvieron casados con tres hijas de Sancho Garcés, *“esta tupida red de los hilos de parentesco constituyó presumiblemente uno de los factores primordiales en la definitiva arquitectura política del joven y dinámico Reino de Pamplona. Su crecimiento, inequívocamente espectacular, debe atribuirse en sus raíces y en las alternativas del período considerado, tanto al inicial estímulo ovetense y los estrechos vínculos con León, rubricados por sucesivas bodas, como a la eficacia de un sistema de defensa y*

³⁹⁰ SORAUREN M. op. cit. pags. 97-98.

³⁹¹ RAMÍREZ VAQUERO E. op. cit.

ataque con sólido soporte social y a la tradicional capacidad negociadora de la aristocracia local”.

Así pudo resistir el reino las acometidas de Abderraman III, que intentó aprovechar las discordias locales, y sobre todo de Almanzor, con quien se vio obligado a pactar. Las discordias entre los sucesores de éste a su muerte en el 1002, garantizaron definitivamente su supervivencia.

Desde esta época hasta la conquista castellana de 1512 podemos considerar el de Navarra como un reino absolutamente equiparable a los semejante que ocupan ámbitos territoriales distintos, a los efectos de nuestro trabajo como un ámbito legislativo diferenciado, generador de normas jurídicas propias y que excluye la aplicación de las provenientes de territorios de soberanía ajena.

Su ámbito territorial más extenso lo alcanzó en tiempos de Sancho III el Mayor, cuando éste aprovechó la minoría de edad de los reyes de Aragón y León, con las consiguientes turbulencias y sus vínculos familiares con ellos, para dominar tales reinos.

Al morir el rey, *“estos territorios quedaron en manos diferentes: el Reino de Pamplona en poder del primogénito, García; Castilla en la del conde, Fernando, Aragón, que siempre había mantenido una personalidad propia, en manos de Ramiro, aunque como una parte del propio Reino de Pamplona, status que debería ser mantenido por los descendientes de este último; y Sobrarbe y Ribagorza en las de Gonzalo... la inestabilidad surgirá tras la desaparición del padre y asistiremos a una reorganización territorial, como consecuencia de las disputas que surjan entre los diversos familiares, que culminarán, por lo que al Reino de Pamplona toca, en la batalla de Atapuerca³⁹²”* (Derrota y muerte de García frente a su hermano Fernando en 1054)

La herencia propiamente navarra de García comenzó a disgregarse en tiempos de Sancho Garcés IV, “el de Peñalén”, (1054-1076), que aunque conservó La Rioja, Alava, Bizkaia y Gipuzkoa tras reajustes de fronteras con los monarcas vecinos, perdió todas sus posesiones en la vieja Castilla. Este monarca prefirió la vía de la negociación con los musulmanes de la taifa de Zaragoza. Las discordias familiares y políticas desembocaron en su despeñamiento en la localidad que le da nombre y en que su sucesión recayese sobre Sancho Ramírez, a partir de entonces “rey de los aragoneses y pamploneses”.

El precio de la sucesión será la cesión de Alava, Bizkaia y parte de Gipuzkoa a la influencia de Alfonso VI de Castilla.

³⁹² SORAUREN M. op. cit. pag. 104.

El nuevo ensamblamiento navarro-aragonés, para Ramírez Vaquero, “*comportó una considerable suma de recursos humanos y económicos y el deslizamiento animoso de la reconquista por los somontanos y rampas –grados-, en un avance irrefrenable hacia los núcleos urbanos y las fértiles riberas de la cuenca media del Ebro*”.

En todo caso la visión “navarra” de los hechos queda clara en las alegaciones de Sancho el Sabio en el Laudo Arbitral de Londres de 1177, cuando “*acusará a los castellanos de haberse apoderado por la fuerza de estos territorios del antiguo Reino de Navarra, aprovechando la incapacidad que al respecto tenía el sucesor legítimo, el hijo de Sancho de Peñalén*”.³⁹³

En tiempos de Alfonso I el Batallador, cuando alegando la nulidad del vínculo conyugal por razones de parentesco, repudie éste a D^a Urraca, reina de Castilla, harto al parecer de las constantes trifulcas en aquel reino y del carácter de la señora, recuperará para su reino de nuevo los territorios vascos perdidos, además de conquistar, con ayuda de sus vínculos familiares en el Midi francés y del carácter de cruzada que a la empresa le confiere el Concilio de Toulouse, Zaragoza (1117), Tudela (1119), Tarazona (1119) y Calatayud (1120).

Más tarde, su extravagante testamento, que lega el reino navarro-aragonés a las órdenes del Santo Sepulcro, San Juan y el Temple de Jerusalén, va a ocasionar que la parte navarra, rechazando el mismo y su concepción patrimonial, escoja como sucesor a García Ramírez, Señor de Monzón y de Tudela, mientras Aragón se decanta por Ramiro II el Monje, hermano del finado.

Tras medio siglo al lado de Aragón, Navarra, en palabras de Alvarez Urcelay, “*debe construir el reino, legislar la vida de sus habitantes, crear nuevas ciudades, racionalizar la Hacienda Real, acrecentar el territorio cuando sea posible y defender su integridad ante los intentos de absorción de Castilla y Aragón*”.³⁹⁴ (Hay que recordar que por ejemplo en el Tratado de Carrión de los Condes de 1140, ambos reinos vecinos acuerdan repartirse Navarra).

Sin embargo un monarca excepcional que reinó durante 44 años (1150-1194), Sancho VI el Sabio, hijo y sucesor de García Ramírez, va a consolidar definitivamente la independencia del reino, que durará hasta 1512. A través de una hábil política matrimonial, (recordemos la boda de Berenguela de Navarra con Ricardo Corazón de León), afianza sus lazos internacionales, su reforma fiscal sustituye los impuestos en especie o trabajo por rentas en dinero lo que convertirá al navarro en uno de los territorios más saneados financieramente de su tiempo, y su política repobladora basada en la concesión de fueros y privilegios que regulan la vida municipal, va a renovar demográficamente Navarra.

³⁹³ Ibidem, pag. 106.

³⁹⁴ ALVAREZ URCELAY M. “*Restauracion de la casa de Navarra*” en Enciclopedia de Navarra. Tomo II. Ed. Herper S.L. Pamplona. 1989.

A partir de 1160-1162 los documentos reales comienzan a llamarlo rey de Navarra o de los navarros, en lugar de rey de Pamplona, rechazando cualquier vasallaje exterior.

La alteración más importante que sufrirá el reino, en tiempos de su hijo Sancho VII el Fuerte, será la pérdida definitiva de la influencia sobre los restantes territorios vascos peninsulares, que se vinculan a Castilla, desde 1200, en el caso alavés y gipuzkoano y más tarde en el caso bizkaino cuando concurra en el monarca castellano la condición personal de Señor de Bizkaia.

A su muerte sin descendencia legítima (1234), Teobaldo de Champagne, hijo de su hermana Blanca y del Conde de Champagne es elegido rey, previo juramento de los Fueros, inaugurando el período de reinado de la dinastía de los Champagne.

Teobaldo I supo adaptarse a las leyes de su nuevo reino. Ante los recelos de la Junta de Infanzones de Obanos, ofreció nombrar una comisión para poner por escrito los Fueros que se había comprometido a respetar.³⁹⁵ Este es el origen del Fuero Antiguo, núcleo del Fuero General, de solo 12 artículos, pero que pone de manifiesto la vigencia, en forma de jurisprudencia o costumbre, de muchos preceptos que se integrarán en él con posterioridad.

También durante su reinado tenemos la primera noticia expresa de una “Cort General”, en 1245, asamblea extraordinaria en la que “*junto a barones y magnates aparecen miembros cualificados de la baja nobleza (caballeros e infanzones) y portavoces de las buenas villas o núcleos de población franca*”³⁹⁶ además por supuesto del clero.

Es obvio que ante el advenimiento de una nueva dinastía, urgía fijar las respectivas obligaciones de rey y reino, en una monarquía pactista que exigía el acatamiento por el soberano de las leyes y costumbres.

Se organiza también ahora el Consejo Real sobre bases detalladas en el Fuero, se introduce la figura del senescal o gobernador, que dirige el reino en ausencia del monarca y progresivamente la necesidad de negociar con los estamentos perfila la “Cort” como germen de las Cortes de la Baja Edad Media.

A la muerte de Enrique I (1274) se extingue la dinastía Champagne. La hija de Enrique, Juana contrae matrimonio con un hijo de Felipe III el Atrevido de Francia, con lo que la dinastía reinante en el reino galo va a dominar la corona de Navarra durante el

³⁹⁵ GARCIA ARANCON M. R. “*La dinastía de Champaña*” en *ibidem*.

³⁹⁶ *Ibidem*.

reinado de Juana I, y el sus hijos Luis X Hutín, Felipe V el Largo, y Carlos IV el Calvo entre 1274 y 1328.

La muerte de éste último permitió a los navarros, aprovechando la debilidad de la monarquía francesa envuelta en la “Guerra de los 100 años”, conceder la corona a Juana de Evreux, (Juana II), hija de Luis Hutin, lo que estando excluidas las mujeres de la sucesión de la corona francesa va a motivar la separación de coronas, y la instauración de la dinastía Evreux, que reinará hasta 1479.

A Juana II le sucederá su hijo Carlos II el Malo, durante cuyo reinado (1349-1387) va a surgir el último de los grandes órganos administrativos de la monarquía navarra, la Cámara de Comptos (1365), órgano de fiscalización y control económico que aún subsiste, sea con funciones no del todo homologables a las de aquellos tiempos.

A partir de la muerte de Carlos III comienza, en palabras de Ramírez Vaquero,³⁹⁷ “ *el período que conduce paulatinamente a la pérdida de la singularidad dinástica del reino*”, lo que sucede en 1512. Coronada Blanca de Navarra, casada con Juan II hijo del rey de Aragón, Navarra tuvo un rey “*comprometido en la defensa a ultranza de unos intereses ajenos al reino*”, lo que no dejara de causarle serios perjuicios.

A la muerte de Blanca, su hijo Carlos, entre otras razones porque así lo demandaba el testamento de su madre, en lugar de instar la sucesión a la que legítimamente tenía derecho, aceptó la sumisión a la obediencia paterna. En la práctica la ausencia paterna, volcada en la defensa de aquellos intereses ajenos, le convirtió en monarca de hecho, hasta que la vuelta de Juan, acarreó su marginación y la de sus colaboradores.

Ello le llevó finalmente a refugiarse en Gipuzkoa, bajo la protección del rey de Castilla. A partir de entonces, y pese a esporádicas reconciliaciones, la lucha entre las facciones agramontesa y beaumontesa va a marcar el devenir de la etapa final del reino e influir en su conquista por los castellanos. A la muerte de Carlos, (1461) Juan II, aseguró el trono para los condes de Foie. Tras diversos avatares, en 1483 hereda el trono Catalina, que contrae matrimonio con Juan de Albret, candidato francés, desairando los intereses de Fernando el Católico.

Las discordias internas, que como recuerda Sorauren son similares a las que sufrieron la mayoría de los estados europeos del momento, empezando por la propia Castilla, generan fuertes resentimientos y los intereses de ambos monarcas navarros en suelo galo los mantienen en guerra con Francia desde 1507, lo que Fernando el Católico, más libre políticamente desde la muerte de su mujer la reina Isabel de Castilla, va a saber aprovechar oportunamente.

³⁹⁷RAMIREZ VAQUERO E. “*Compromisos exteriores y turbulencias internas*” en ibidem.

Cuando con la firma del Tratado de Blois, y para defender sus posesiones francesas, los reyes de Navarra se convierten en aliados del rey francés, Fernando el Católico invade el reino. La guerra concluye con el triunfo del invasor, que obliga a los Albret a refugiarse en el Bearn. Lo costoso de la defensa de la merindad de Ultrapuertos, la parte del reino ubicada tras los Pirineos, hará que el emperador Carlos V, la abandone en 1530, dejándola en manos de Enrique II de Navarra, que en 1517 había ya sucedido a sus padres en la corona.

Constituye ésta la definitiva separación de esta parte de Navarra, que en tiempos de Luis XIII (1620) es incorporada a la corona de Francia, tentación muy golosa desde que en la persona de Enrique III Albret habían coincidido la corona de Francia y la de Navarra (Enrique IV de Francia).

Los monarcas castellanos jurarán desde 1512 mantener los Fueros, e incorporarán Navarra a su corona, como reino separado, hasta la Ley “paccionada” de 1841.

Podemos a partir de este momento identificar “velis nolis” la situación navarra con la de los restantes territorios vascos peninsulares, por más que los autores navarros hagan hincapié en el mayor grado de autonomía del que gozaba el reino.

Tras la Ley de 25 de Octubre de 1839, los representantes de la Diputación de Navarra y el Gobierno español llegaron al “Convenio” de 1840, que las Cortes españolas convirtieron en la Ley de 16 de Agosto de 1841, la llamada “Ley Paccionada”, por la que Navarra era incorporada a la monarquía constitucional española, desapareciendo algunas de sus instituciones (particularmente las Cortes) y modificándose las funciones y competencias de otras, a cambio de una notable autonomía en algunas áreas.

En 1898, en un intento de ampliar esa autonomía va a nacer el Consejo Administrativo, órgano asesor de la Diputación para asuntos de especial relevancia.

No se producirán sustanciales modificaciones hasta que en 1982, como consecuencia de la promulgación de la Ley Organica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (L.O.R.A.F.N.A), se establezca el actual régimen autonómico, pasando a contar Navarra con un parlamento propio y con un Gobierno de Navarra, nombre con el que es ahora más conocida la Diputación Foral.

3.3 LAS NORMAS JURIDICAS DE PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL VASCO EN EL REINO DE NAVARRA Y EN LOS TERRITORIOS FORALES³⁹⁸

Podemos seguir el rastro de normas jurídicas protectoras del patrimonio cultural en los territorios vascos desde épocas muy remotas. Es verdad que no, ni muchísimo menos, sobre todo el elenco de lo que hoy consideramos bienes merecedores de protección ni con el mismo alcance o efectos, pero sí que sobre algunos de ellos, de forma notablemente coincidente tanto en el objetivo como en las herramientas utilizadas, con los que nos guían entrados ya en el siglo XXI.

No hay que olvidar que el conjunto de bienes acreedores de respeto y protección varía en función de las circunstancias y valores predominantes en cada sociedad; así casi veinte años después de la aprobación de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco se manifiesta una evidente preocupación en varios sectores sociales por la preservación de un patrimonio, el industrial, que en la citada Ley no cuenta con referencia expresa alguna, siendo así que son muy muchos y muy variados los que sí cuentan con ellas.

³⁹⁸ Además de la bibliografía expresamente citada puede consultarse:

- ARTOLA GALLEGO M. “*El Estado y las provincias vascas 1700-1876*”. IX Congreso de Estudios Vascos. Antecedentes próximos de la Sociedad Vasca actual. Ed. Sociedad de Estudios Vascos. San Sebastián. 1984.
- BASCLE DE LAGREZE G. *Le parlement de Navarre*. París. 1873.
- BLASCO DE IMAZ C. *Los Fueros. Apuntes guipuzcoanos*. Ed. Ethos. Irún. 1966.
- DEL BURGO TAJADURA J.I. *El Fuero: pasado, presente y futuro*. Ed. EUNSA. Pamplona. 1975.
- CAMPION A. *Navarra en su vida histórica*. Ed. Ekin. Buenos Aires. 1971.
- DACOSTA MARTINEZ A. *Los linajes de Bizkaia en la Baja Edad Media. Poder, parentesco y conflicto*. Ed. Universidad del País Vasco. Leioa. 2004.
- ECHEGARAY C. *Compendio de las Instituciones Forales de Guipúzcoa*. San Sebastián. 1924.
- ERKOREKA GERVASIO J.I. *Análisis histórico-institucional de las Cofradías de Mareantes en el País Vasco*. Ed. Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 1991.
- ESTEVEZ X. *Historia de Euskalherria*. Ed. Txalaparta. Tafalla. 1996.
- ESTECHA y MARTINEZ J. M^a. *Régimen Político y Administrativo de las Provincias Vasco Navarras*. Ed. Diputación Foral de Bizkaia Universidad del País Vasco. Bilbao. 1997.
- GONZALEZ MINGUEZ C. (coord.) *Juntas Generales de Alava. Pasado y presente*. Vitoria-Gasteiz. 1990.
- GOYHENETCHE E. *Historia de Iparralde: desde los orígenes a nuestros días*. Ed. Txertoa. Donostia. 1985.
- JUARISTI LINACERO J. *El linaje de Aitor. La invención de la tradición vasca*. Ed. Taurus. Madrid. 1987.
- LACARRA J.M^a. *Estudios de Historia de Navarra*. Pamplona. 1971.
- LARRAZABAL BASAÑEZ S. *La Foralidad de Bizkaia*. Ed. Juntas Generales de Bizkaia. Bilbao. 2001.
- MINA APAT M.C. *Fueros y revolución liberal en Navarra*. Alianza Editorial. Madrid. 1981.
- PORTILLO VALDES J.M^a. “*Patrimonio, Derecho y Comunidad Política. La constitución territorial de las Provincias Vascas y la idea de jurisdicción provincial*” en SCHOLTZ J.M. Fallstudien zur spanischen und portugiesischen Justiz Frankfurt. 1994.
- RODRIGUEZ GARRAZA R. *Navarra de Reino a Provincia*. Ed. EUNSA. Pamplona. 1968.
- SALINAS QUIJADA F. *Estudios de Historia del Derecho Foral de Navarra*. Ed. Diputación Foral de Navarra. Pamplona. 1978.
- YANGUAS y MIRANDA J. *Análisis histórico-crítico de los Fueros de Navarra*. Pamplona. 1838.

Particularmente hay un ámbito, el del patrimonio documental, en el que la abundancia de normas e incluso la presencia de lo que hoy denominaríamos “servicios administrativos”, nos permite contemplar un antecedente no demasiado remoto y a la vez bastante claro, de una política protectora. No es ello excepcional, las Ordenanzas castellanas de 1588 “*son reconocidas como el primer Reglamento de Archivos, cuyos principios son esencialmente los mismos que la ciencia archivística de nuestros días está enseñando a sus profesionales*”.³⁹⁹

A este respecto Contel Barea ha escrito que “*sabemos que si los documentos han sido conservados en los archivos más remotos, -unos y otros nacen con la Historia- era porque se tenía el convencimiento de que algún día surgiría la ocasión de su consulta con una finalidad concreta, es decir se preveía que debían ser accesibles...*”⁴⁰⁰

Esta misma autora nos recuerda que, desde 1588, “*en Castilla siempre ha existido personal especialmente cualificado que ha venido cuidando de los documentos y los libros de titularidad pública*”.⁴⁰¹

¿ Son hoy sustancialmente diferentes los motivos que nos guían a la hora de imponer su preservación ? Es ésta la incógnita a cuyo esclarecimiento pretendemos que contribuyan las siguientes páginas.

Escribe sobre esto pluma tan autorizada como la de Gregorio Monreal que “*la institucionalización de los archivos públicos deriva de las actividades de la administración pública provincial, que intenta dar un soporte documental a la vida administrativa, asentando los precedentes de los asuntos tratados y materializando formalmente los títulos jurídicos a alegar en las controversias*”.

En definitiva, que “*los registros de los actos se acumulan y conservan con la finalidad primaria de ser usados por los representantes de la institución*” y que “*solo el transcurso del tiempo los convierte en una fuente valiosa e insustituible de conocimiento histórico*”.⁴⁰²

Esto debe entenderse, obviamente, en un contexto donde los actores en los procesos políticos eran distintos de los actuales; la democratización del acceso a los archivos, como veremos que también señala el ilustre catedrático, se produce bien

³⁹⁹ ALVAREZ-COCA GONZALEZ M. J. y LOPEZ GOMEZ P. “*Hacia un Centro de Formación de Archiveros, Bibliotecarios y Museólogos del País Vasco*” en Decimo Congreso de Estudios Vascos. Ed. Eusko Ikaskuntza. Iruñea. 1987, pags. 262-263.

⁴⁰⁰ CONTEL BAREA C. “*Patrimonio documental español*” en Patrimonio Histórico. Ed. Universidad de Cantabria-Asamblea Regional de Cantabria. Santander. 1994.

⁴⁰¹ CONTEL BAREA C. “*El Patrimonio Documental*” en Jornadas sobre la Protección del Patrimonio Cultural. Diputación Foral de Bizkaia. 1999. Ponencia inédita, pag. 20.

⁴⁰² MONREAL ZIA G. “*Prólogo*” a DIEZ DE SALAZAR FERNANDEZ L.M. y AYERBE IRIBAR M. R. Juntas y Diputaciones de Guipúzcoa: documentos. (1550-1553) Ed. Juntas Generales de Gipuzkoa. Donostia. 1990, pag. XII.

avanzado el siglo XX, y aún hoy se restringe el acceso en virtud de diversas circunstancias sin que ello nos lleve a negar que exista una política tuitiva, cuando muchas veces además las restricciones derivan de ella.

Gipuzkoa y Bizkaia “*van a heredar la tradición archivística de los soberanos, de los señores laicos y eclesiásticos y de las ciudades medievales, que conservaban en un lugar especial los títulos fundamentales de sus dominios y sus derechos*”, pero en los reinos de los siglos XIV y XV “*cada uno de los servicios empieza a ocuparse de la guarda y conservación no solo de los títulos, sino también de las piezas justificativas de las cuentas, cartas, resoluciones etc*”.

Antes de que en 1567 se iniciara la concentración de los archivos hispánicos en Simancas en ambos territorios vascos, “*se adoptaban importantes providencias*” para “*el registro y la conservación de los actos y disposiciones de las instituciones territoriales*”⁴⁰³.

En el período que va desde que en 1530 se toma la decisión de constituir el Archivo en Tolosa, hasta los siglos XIX y XX, “*la provincia (en este caso Gipuzkoa, pero vale lo dicho al menos para Bizkaia) considera una cuestión de la máxima importancia el conservar las escrituras originales que dan fundamento a las instituciones y el registrar puntualmente y conservar los actos de las Juntas Generales*”. Según Monreal, podríamos concluir en que “*el respeto a los fondos no es una conquista contemporánea, es una adquisición muy anterior*”⁴⁰⁴.

En Bizkaia ya la Ley XVIII del Título Primero del Fuero Nuevo de 1526 dispone, “*Que querían y establecían por Fuero y Ley, que todas las mercedes, privilegios, franquezas y libertades que el dicho Condado y Señorío tiene de Sus Altezas y todas las Provisiones Reales y escrituras de sobre ello, las originales se pongan y estén en el arca del dicho Condado, que está en Gernika, en la Iglesia de Nuestra Señora Santa María La Antigua, con este Fuero original, signado, porque estén mejor guardadas; y que sus traslados, signados y autorizados, estén en el Arca del mismo Condado, que está y estuviere a do el Corregidor del dicho Condado estuviere y residiere*”⁴⁰⁵.

No olvidemos que en esta época, diversas pragmáticas de los Reyes Católicos han configurado ya lo que algunos autores califican de “*reglamento de régimen interno de un archivo*”⁴⁰⁶.

A partir de entonces, son innumerables los acuerdos de Junta General, Regimiento General o Regimiento Particular relacionados con la política de archivo y

⁴⁰³ Ibidem, pag.XII

⁴⁰⁴ Ibidem, pags. XII-XIII.

⁴⁰⁵ *Legislación foral básica*. Ed. Diputación Foral de Bizkaia. Bilbao. 1991.

⁴⁰⁶ DOMENECH B. “*Los Archivos municipales en Bizkaia*”. Trabajo inédito.

conservación de documentos. Son aproximadamente unos doscientos⁴⁰⁷ los acuerdos de los diferentes órganos del Señorío de esta índole de los que tenemos noticia, desde el primero de ellos, fechado el 18 de Noviembre de 1548, hasta el último de ellos, de Noviembre de 1876, a punto de desaparecer ya los órganos forales, que tiene un alcance extraordinariamente significativo, el nombramiento del archivero foral Antonio Trueba como “*Padre de la Provincia*”.

Lo más llamativo no es tan solo la abundancia y frecuencia, que hay que situar en el contexto de una actividad legislativa y política administrativa mucho menos prolíficas que las que el desarrollo de los órganos gestores permiten en la actualidad, sino que los acuerdos (la norma por excelencia de la Bizkaia foral) se refieren a prácticamente todas las funciones y responsabilidades de cualquier moderno sistema de archivo.

Se ordena realizar inventarios de la documentación por ejemplo en 1548, (“ *que los papeles y escrituras de las Villas se pongan en el Arca de las Villas que se encuentra en Bilbao* ”)⁴⁰⁸, en 1549, en 1558, (“*se comisiona a Diputados y Síndico para unificar en un archivo todas las escrituras de Vizcaya*”), en 1565, en 1574, en 1582,⁴⁰⁹ (“*orden de hacer inventario de todos los Privilegios, Cartas Ejecutorias, Provisiones y Escrituras del Señorío y que se depositen en el Archivo* ”), 1591, 1594, 1602, 1642, 1745, (orden de Diputación de que cada pueblo “*cuide de archivar sus documentos, con un inventario y que se encargase su cuidado a persona competente*”) 1823, 1833, y 1839.

Incluso se establecen sanciones para quienes debiendo hacerlos, no los realizasen. (“*Alcaldes y Justicias de las Villas hagan Inventario y Libro de los documentos, bajo pena de 10.000 maravedíes*”⁴¹⁰). En Gipuzkoa, por su parte, hay noticia de inventarios en 1530, 1564, 1586, 1592, 1647, 1683, y 1782⁴¹¹.

No es ninguna casualidad a nuestro juicio, volviendo al caso de Bizkaia, que tras la definición inicial del procedimiento, y las repetidas órdenes de los primeros años que reflejan un notable desagrado con el grado de ejecución de las anteriores, encontremos las posteriores referencias íntimamente relacionadas con acontecimientos bélicos o desapariciones de la documentación. (“*Se acuerda que la Diputación se encargue del ordenamiento de los papeles del Señorío sustraídos y del arreglo de los existentes*”, 1823⁴¹²). Ello nos induce a pensar que el inventariado se realizaba con rutinaria normalidad, solo alterada por los acontecimientos bélicos.

⁴⁰⁷ LARREA SAGARMINAGA M.A. y MIEZA R.M. (Dirs). *Legislación foral del Señorío de Bizkaia 1528-1877*. Ed. Diputación Foral de Bizkaia y Universidad de Deusto. Bilbao. 1992. (Recopilación de acuerdos realizada por el autor).

⁴⁰⁸ Ibidem. Acuerdo de Regimiento Particular de 18 de Noviembre de 1548.

⁴⁰⁹ Ibidem. Acuerdo de Regimiento Particular de 15 de Junio de 1582.

⁴¹⁰ LARREA SAGARMINAGA M.A. y MIEZA R.M. op. cit. Acuerdo de Regimiento General de 7 de Octubre de 1585.

⁴¹¹ MONREAL ZIA G. op. cit. pag. XIII.

⁴¹² LARREA SAGARMINAGA M.A. y MIEZA R.M. op. cit. Acuerdo de Junta General de 24 de Mayo de 1823.

Se ordena repetidamente el depósito de determinados documentos y materiales en el archivo. (*“el original del libro becerro que trata de los censuarios del Rey en el Señorío”*, 1567⁴¹³, *“todos los papeles tocantes al Señorío”*, 1575, 1576 y 1663, *“las cédulas originales de ciertos pleitos”*, 1579⁴¹⁴, *“los papeles y recaudos que presenta San Juan de Munitiz”* y *“todos los papeles referentes al Señorío que estén dispersos y fuera del Archivo”*, 1591,⁴¹⁵ *“los documentos que no estén archivados”*,1600⁴¹⁶, *“el sello y bandera del Señorío”*, 1614⁴¹⁷, *“la escritura del acuerdo con Gernika sobre la jurisdicción del Hospital de la Antigua”*, 1620, *“los libros, papeles y sello del Señorío”*, 1634, *“todos los autos y procesos de las visitas generales del Corregidor y Tenientes Generales”*, 1642, *“los testimonios del agente del Señorío en Valladolid”* 1670, *“que se pongan todas las genealogías”*,1683, *“el libro de Decretos de la Anteiglesia de Barakaldo”* ,1687, *“las cartas originales del Presidente del Consejo de Castilla sobre contrabando”*, 1693, *“la Real Cédula de Confirmación de los Fueros de Fernando VI”*, 1751, *“la Real Orden que da jurisdicción en primera instancia a los Diputados Generales cuando falte el Corregidor y el Teniente General*, 1764, *“la Real Provisión que confirma el convenio del Señorío con la Villa de Bilbao”*, 1765, *“la sentencia ganada por el Señorío contra el resguardo de Balmaseda”*, 1772, *“el Real Despacho de la Universidad de Oñate que le habilita para conferir determinados grados”*....)

Podemos deducir del elenco reseñado, que la mayor parte de los documentos del ámbito público que hoy consideraríamos integrantes por naturaleza del archivo histórico de una institución, se conservaban en el Archivo Foral de Bizkaia.

Del mismo modo se ordena la recuperación de documentos de manos de particulares u otros organismos. (*“orden a los síndicos de tomar de manos particulares la ejecutoria confirmatoria de la Ordenanza relativa a la saca de venas”*, 1574,⁴¹⁸ *“Orden a D. Juan Gómez de Butrón de que entregue los documentos del Señorío en su poder y se depositen en el Archivo”*, 1575,⁴¹⁹ *“se haga entrega de ciertos libros y cartas ejecutorias en manos particulares”*,1579, *“orden de hacer diligencias en Simancas para obtener el traslado de la capitulación entre la Corona Real de Castilla y el Señorío y de otros papeles relativos a éste”*,1581, *“orden de recuperar los documentos del Señorío ocultos en manos de particulares”*, 1584, 1589, 1590 y 1591, *“que se recojan los papeles importantes de Madrid y Valladolid”*, 1631, *“que se saquen y compulsen los papeles del Archivo de Bermeo para que luego sean recogidos en el Archivo del Señorío*,1633, *“que se recoja el libro de Decretos de la anteiglesia de Barakaldo”*, 1687, ¿ antecedentes estos últimos, de la integración de archivos?...)

⁴¹³ Ibidem. Acuerdo de Regimiento Particular de 15 de Abril de 1567.

⁴¹⁴ Ibidem. Acuerdo de Regimiento General de 7 de Agosto de 1579.

⁴¹⁵ Ibidem. Acuerdo de Regimiento General de 20 de Abril de 1591.

⁴¹⁶ Ibidem. Acuerdo de Regimiento General de 15-16 de Abril de 1600.

⁴¹⁷ Ibidem. Acuerdo de Regimiento General de 8 de Junio de 1614.

⁴¹⁸ Ibidem. Acuerdo de Regimiento Particular de 15 de Junio de 1574.

⁴¹⁹ Ibidem. Acuerdo de Regimiento Particular de 22 de Junio de 1575.

Junto a la legítima preocupación porque obren en el Archivo documentos que han tenido ubicación anterior en el mismo, y han sido posteriormente sustraídos, o documentos que deberían haberse depositado en su día y no lo fueron por diversas causas, quisiéramos llamar la atención sobre la voluntad de acrecentamiento de los fondos del archivo, (objetivo fundamental hoy de cualquier archivero que se precie) manifestada en la captación de documentos de interés fuera del Señorío y en la vocación por integrar otros archivos bizkainos, los municipales específicamente, indudables precedentes de líneas y políticas de actuación que se siguen manteniendo en la actualidad.

Tampoco están ausentes los testimonios en orden a la conservación de los documentos y la información que contienen, en las debidas condiciones, circunstancia que es objeto de inspección en diversas ocasiones. (*“que se encuadernen los Libros y Decretos”, 1594⁴²⁰, “que se prepare un libro de acuerdos de Regimientos Particulares y otro diferente para los acuerdos particulares de Villas y Ciudad, 1600, “se ordena hacer Indice y extracto de los fondos del Archivo, facilitando una copia a cada República”, 1604, “se ordena hacer caja para depositar documentos”, 1613 y 1751, “que los síndicos tengan especial cuidado en la guarda del sello”, 1683, “se nombran comisionados para inspeccionar el estado del Archivo”, 1609, “se aprueba el traslado del archivo manual de la Iglesia de San Nicolás, 1778,...)* Monreal hace también referencia a que en la época de la francesada, *“el ejecutivo foral (gipuzkoano) adoptó cuidadosas medidas para depositar con el mayor sigilo en el sótano secreto de una casa donostiarra la documentación del Archivo de Tolosa.”*⁴²¹

Aún y cuando los medios técnicos de que hoy disponemos y el avance de la ciencia archivística, nos puedan hacer esbozar más de una sonrisa, al contemplar estos acuerdos y disposiciones, lo importante es reconocer en ellos, una de las preocupaciones fundamentales de los responsables de cualquier archivo, a la que se ha hecho siempre frente utilizando los medios disponibles, distintos en cada época, como también distintos eran en alguna medida los riesgos o la posibilidad de que acaeciesen.

Con el mismo afán asegurador, la propia sede del Archivo es objeto de diferentes acuerdos. (*“...se ordena la construcción de un cuarto junto a la Iglesia de la Antigua para albergar el Archivo”, 1610, “se ordena la construcción de un archivo anexo a la Iglesia de la Antigua”, 1612, probable reiteración del acuerdo anterior por incumplimiento, “que se hiciere archivo nuevo y se reparase la Iglesia”, 1650, “que se construya nueva sacristía y un lugar que sirva de Archivo”, 1684, “se aprueban disposiciones de Diputación para construir nuevo Archivo”, 1827,...).*

Podemos concluir de todo lo señalado, que **la mayor parte de las funciones de un moderno servicio de archivo se desarrollaban ya, siquiera fuese de manera rudimentaria, en el archivo bizkaino de la época foral.**

⁴²⁰ Ibidem. Acuerdo de Junta de Villas y Ciudad de 27 de Febrero a 9 de Marzo de 1594.

⁴²¹ MONREAL ZIA. op. cit. pag. XIII.

Para ello era necesario dotarlo de medios materiales y humanos suficientes.

En lo que respecta al personal, si inicialmente esta labor recaía en cargos públicos del Señorío, de lo que hay testimonios en abundancia, (*“se comisiona a Diputados y Síndico para unificar en un archivo las escrituras de Vizcaya”*, 1558⁴²², por poner un ejemplo, aunque frecuentemente se recababa la opinión de expertos en la materia), progresivamente se va ir confiando esta labor a profesionales, (*“libranza a Gabriel Ezquerria para expurgar los libros del Fiscal Juan García”*, 1596,) hasta acabar constituyendo una función pública para la que se nombraba un archivero con cargo a los fondos del Señorío, desde el nombramiento de D. Juan Antonio de Mezeta y Mendibe en 1694⁴²³, posteriormente acompañado por diversos Oficiales (de 1ª y de 2ª) ya en el siglo XIX.

Desde los tiempos más remotos, constituirá una preocupación de primer orden de los órganos forales, el publicar determinado tipo de documentos para favorecer su público conocimiento, promoviendo además la investigación de contenido histórico. Constan órdenes de imprimir (ediciones incluso de 1.000 ejemplares) los Fueros en 1558, 1560, 1562, 1567, 1569, 1571, 1574, 1576 y 1602 (de su confirmación), y de publicar obras del Licenciado Poza, 1590⁴²⁴, o de los doctores Gutierrez y Acebedo, también en 1590.

Posteriormente se establece incluso un procedimiento por el que letrados, corregidor y más tarde el consultor, examinan las obras con anterioridad, asesorando sobre la conveniencia de su publicación. (Por ejemplo la obra *“Catálogo de Lenguas”* del Abate Lorenzo Hervás en 1805). La Diputación General adquirirá ejemplares además, incluso trayéndolos de Madrid, de obras destacadas relacionadas con Bizkaia, como la *“Apología de la Lengua Vascongada”* de D. Pablo Pedro de Astarloa.

Y en lo que respecta a investigaciones promovidas o encargadas desde la incipiente administración, se ayuda al Lcdo. Poza para publicar un libro sobre la nobleza del Señorío (1588), se encarga a D. José Agustín Ibáñez de la Rentería la *“Recopilación de la Historia de Vizcaya desde la entrada de los franceses hasta su expulsión”*, en 1816, o se promueve la publicación de un *“Diccionario Vascongado”* (1848) o la distribución de la *“Historia de la legislación”* de Marichalar y Manrique (1868). Un acuerdo de Junta General de 1868 va a proponer *“el fomento de la bibliografía vasca”*, junto con las restantes provincias⁴²⁵.

⁴²² LARREA SAGARMINAGA M.A. y MIEZA R.M. op. cit. Acuerdo de Regimiento Particular de 13 de Enero de 1558.

⁴²³ Ibidem. Acuerdo de Junta General de 13 de Mayo de 1694.

⁴²⁴ Ibidem. Acuerdo de Regimiento General de 28 de Febrero de 1590.

⁴²⁵ AGIRREAZKUENAGA J. y SERRANO S. *Bilbao desde sus alcaldes*. Ed. Ayuntamiento de Bilbao. 2002. vol 1. pag. 383.

Por lo que respecta a otros archivos, nos consta que los de Balmaseda y Orduña contienen documentación desde el siglo XIII, que el municipal de Bilbao fue creado en el siglo XIV⁴²⁶, (contiene documentación desde la fundación de la Villa en 1300) con sede “ad hoc” ya desde 1577, (la capilla “*del archivo*” en San Antón) y actuaciones de catalogación varias, (especialmente relevante una de 18.000 documentos en 1889) y noticias varias sobre la riqueza de fondos de algunos otros en diversas épocas⁴²⁷, o sobre la realización de inventarios entre otras funciones de archivo, (Markina en 1594,⁴²⁸).

No se trata de un caso aislado. Diversas fuentes nos proporcionan informaciones sobre políticas similares en otros territorios vascos.

Así sabemos que ya en 1511 se hizo en Guipúzcoa un arca o armario específico para la custodia de los documentos, que existían personas encargadas (los “*jurados*”) de custodiar los privilegios, libros, registros y sellos “sin fiar de nadie”, y que los acuerdos se tomaban disponiendo únicamente de copias simples o autorizadas de los antecedentes, no con los originales, “*que habían de dar y tomar los Jurados, bajo inventario, respondiendo de los que faltasen*”⁴²⁹.

Sabemos también que en 1569 se encomienda a D. Luis de Cruzat que ordene los documentos y levante inventario, mandato que se repite en 1581, disponiendo que se haga en cajas de cartón y por orden alfabético, aunque con el defecto de inventariar los papeles por clases y no por materias.

La profesionalización de la gestión archivística, necesaria porque “*los jurados eran relevados anualmente, y muchos acuerdos se tomaban sin completo conocimiento de los asuntos*”, parece incluso más temprana que en Bizkaia; ya en 1608 se nombra archivero fijo, Domingo de Saldías, para encargarse “*del manejo y estudio de los papeles*”⁴³⁰.

Entre las normas que regían el trabajo del archivero, conocemos la exigencia de entrega de las tres llaves bajo inventario al sucesor, y la obligación de “*impedir que nadie sacase del archivo papel alguno, y si la ciudad por pleitos o negocios mandase entregar alguno, sentarlo en libro, expresando día, hora y persona a quien se entregaba, poniendo la nota correspondiente al restituirlo*”⁴³¹.

No son desconocidas tampoco las menciones a mudanza de archivos porque la sede anterior no permitiese buenas condiciones de conservación. Así en 1578 se muda el

⁴²⁶ DOMENECH B. op. cit. pag. 46.

⁴²⁷ Ibidem, pags. 46-48

⁴²⁸ Ibidem, pag. 48.

⁴²⁹ MUGICA S. “*Curiosidades Históricas de San Sebastián*” en Cosas memorables de Guipúzcoa. vol.X. Biblioteca de la Gran Enciclopedia Vasca. Bilbao. 1972.

⁴³⁰ Ibidem.

⁴³¹ Ibidem.

archivo en San Sebastián de Santa María a San Vicente debida a la humedad del anterior recinto.

La preocupación por la Recopilación de Fueros, Privilegios, Leyes y Ordenanzas, “*los verdaderamente útiles y que al mismo tiempo estuviesen vigentes o en uso*”⁴³², es una constante en Guipúzcoa.

Tras un primer encargo del que tenemos noticia a Cristóbal López de Zandategi y Luis Cruzat de 1581, son necesarias nuevas recopilaciones en 1612, 1632, 1652, 1685, y 1752. Las Juntas Generales de Hernani de 1623 encargan al Lcdo. Arteaga que ordene los archivos de los pueblos de Guipúzcoa y recoja “*todos los documentos dispersos que pudieran ser útiles e interesantes para su Historia*”,⁴³³ y las de Mondragón de 1734 acuerdan que “*todas las repúblicas cuiden de recoger y archivar con inventario todos sus papeles*”, propósito frustrado por diversas causas.

El procurador de Rentería, Sr. Sorondo, pide a las Juntas de Villafranca de 1845, que se adopte la medida general de arreglar los archivos municipales, “*que después de tantos años de guerras y turbaciones deben encontrarse en no muy buen estado*”.⁴³⁴

La Diputación envía una Circular el 16 de Septiembre de 1845, aunque nos consta por Etxegaray que muy pocos municipios cumplieron la orden, que la escasez de medios y la falta de unidad de criterios frustraron el intento. A éste, la Diputación le encarga un plan al respecto en 1891, y para su desarrollo, Serapio Múgica será nombrado en 1892, “Inspector de Archivos Municipales”⁴³⁵.

En lo que se refiere a actuaciones concretas en archivos municipales, sabemos que por ejemplo en el de Tolosa se realizaron inventarios en 1564⁴³⁶, 1659, 1747, (por Antonio de Mendizábal y Martín de Sorreguieta) 1832, 1893 y 1901, y que el Ayuntamiento se planteó ya la reorganización del Archivo en 1890.⁴³⁷ En Mutriku, por poner otro ejemplo sabemos de tres inventarios entre 1674 y 1749 y de otro más el 20 de Diciembre de 1827⁴³⁸, en Azkoitia conocemos un “Inventario de papeles y privilegios de la Villa y de varias alhajas” ya en 1522, y otros de 1562, 1655, 1697 y 1724, incluso un “*traslado de inventario de registros de D. Pedro Ubaiar y diligencias para el resguardo de registros de escribanos difuntos que estaban en manos de personas particulares*, (ejemplo de preocupación por la integridad y unidad de los

⁴³² Acuerdo de Juntas Generales de Zestoa de 1581

⁴³³ ANGUERA, M. A., DE JUANA M. y ORUBE, M. M. “Breve historia de la organización de fondos del Archivo Municipal de Tolosa 1659-1984” en X Congreso de Estudios Vascos. op. cit. pags. 349-351

⁴³⁴ Ibidem.

⁴³⁵ Ibidem.

⁴³⁶ www.euskadi.net/badator Fondo del Ayuntamiento de Segura

⁴³⁷ ANGUERA M. A., DE JUANA M. y ORUBE M. M. op. cit. pags. 349-351

⁴³⁸ www.euskadi.net/badator Centro de Patrimonio Documental de Euskadi. Fondo de los Condes de Motrico.

archivos) *por auto del Corregidor de 1657*⁴³⁹ , y en Segura, por no poner más ejemplos, constan inventarios de 1689 y 1800 y uno de 1831 de *“papeles que no se hallan en el Archivo”*⁴⁴⁰.

También contamos con referencias en lo que se refiere a archivos de titularidad privada (*“Inventario de papeles del Archivo de la Casa de Olaso de Bergara”* en 1752, *“Inventario del Archivo de D. Miguel Aramburu Plaza”*, 1764, *“Inventario de papeles de la Casa Abaria”*, 1787, *“Inventario del Vínculo de Unzueta”*, 1768, o de los de Yurrita, Zuaznabar y Olaizola , 1820, *“Inventario de la Secretaría de la Orden Militar de Montesa”*, 1852,⁴⁴¹ o el *“Repertorio de documentos del Archivo de la Casa Palacio de Munibe”* de 1825⁴⁴²).

Fuera ya del ámbito documental eran asimismo frecuentes los inventarios de alhajas, platería y ornamentos de las iglesias, veanse los de la Iglesia de San Medel o del de la de Santa María la Real de Azkoitia de 1585 y 1637 respectivamente⁴⁴³, incluso otro tipo de inventarios como el de *“papeles correspondientes a la construcción de caminos de Guipúzcoa”* de 1790⁴⁴⁴.

Sobre la política archivística alavesa no conocemos demasiados testimonios, pero aquellos de que se dispone mantienen una línea coincidente con la de los otros territorios. El primer documento que hace referencia al Archivo Provincial data de 1505.⁴⁴⁵

También tenemos información relativa a que la falta de espacio y los acontecimientos políticos obligaban a las Juntas por motivos de seguridad a trasladar el Archivo a lugares más adecuados y que el ir y venir de la documentación produjo pérdidas irreparables. A raíz de la construcción en 1844 del edificio de la Casa-Palacio de la Provincia, sede central de la Diputación, se trasladaron los fondos del Convento de San Francisco (donde había estado durante los siglos XVI, XVII y XVIII) al nuevo inmueble.

Sin embargo hasta el siglo XVIII no conocemos el nombramiento de persona específica para ocupar el cargo de archivero. La Junta de 20 de Mayo de 1730, mucho más tarde como hemos visto que en los otros territorios, es la que nombra a Vicente Tomás de Ayala. La plaza de vicearchivero será creada en 1789⁴⁴⁶.

⁴³⁹ Ibidem. Fondo del Ayuntamiento de Azkoitia.

⁴⁴⁰ Ibidem. Fondo del Ayuntamiento de Segura.

⁴⁴¹ Ibidem. Fondo de la Casa de Zabala.

⁴⁴² Ibidem. Archivo R.S.B.A.P. Fondo Condes de Peñaflores.

⁴⁴³ Ibidem. Fondo del Ayuntamiento de Azkoitia.

⁴⁴⁴ Ibidem. Fondo de la Casa de Zabala.

⁴⁴⁵ URDIAIN MARTINEZ M. C. *“Estado de la cuestión de los archivos: la Diputación Foral de Alava”* en X Congreso de Estudios Vascos. Ed. Eusko Ikaskuntza. Iruñea. 1987, pags. 299-303.

⁴⁴⁶ Ibidem.

Lo que si nos revela una cierta preocupación por la cuestión, es la instauración, a partir de 1548, de la peculiar costumbre alavesa de la “*visita anual*” de las Juntas Generales al Archivo. En esta visita se realizaba una inspección ocular del orden y existencia de los documentos citados en los Inventarios, y también se inspeccionaba el “*Libro de Conocimientos*”, en el que se anotaban los nombres de las personas que habían sacado documentación y las características de ésta⁴⁴⁷.

Por lo que respecta a los municipios, sabemos por ejemplo que ya en 1544 las autoridades de Salvatierra realizan inventarios de la documentación existente en su Archivo⁴⁴⁸ y que Felipe V promulgó una Cédula Real prohibiendo sacar originales de los archivos bajo ningún pretexto en 1703-1704.⁴⁴⁹

La muy anterior condición de Reino del de Navarra contribuye sin embargo a que dispongamos de una más nutrida documentación y mejores informaciones sobre el tratamiento del patrimonio documental en su ámbito territorial.

El Archivo de Comptos de Navarra “*no conserva documentos anteriores al siglo XII que podamos estimar que procedan del Archivo Real y no es de creer que los reyes fuesen menos cuidadosos que las iglesias o monasterios en la conservación de sus documentos*”. (Teniendo en cuenta que algunos de estos conservan documentación propia anterior incluso a 1076).⁴⁵⁰

Se abre por tanto una incógnita sobre el paradero de dicha documentación. Tradicionalmente se ha supuesto que un incendio en el Castillo de Tiebas, que sirvió largos años como depósito del Archivo de la Cámara de Comptos y del Archivo Real pudo destruir la mayor parte de esos fondos.

Sin embargo, “*Tiebas nunca sirvió de archivo único y central de las viejas Memorias y Escrituras del Reino, los documentos en él guardados no eran muy antiguos, y de existir el incendio de 1378, no serían muchas las escrituras que se perdieron, ya que lo que sabemos que tenía entonces ha llegado hasta nosotros*”.⁴⁵¹

Se conserva un minucioso inventario del estado de los archivos del Reino de 1328, que nos permite suponer que eran tres los principales depósitos documentales de Navarra.

⁴⁴⁷ Ibidem.

⁴⁴⁸ MARTINEZ DE ILARDUYA SAEZ DE ASTEASU M.J. et al. *Archivos Municipales de Alava. Tomo I. Archivo municipal de Salvatierra. Documentación Medieval (1256-1549)*. Ed. Diputación Foral de Alava. Vitoria .1986.

⁴⁴⁹ URDIAIN MARTINEZ M.C. *Inventario de documentos del Archivo Provincial de Alava. Tomo I 1256-1799*. Ed. Diputación Foral de Alava. Vitoria. 1984.

⁴⁵⁰ LACARRA J. M., citado en CASTRO J.R. *Catálogo del Archivo General de Navarra*. Ed. Haramburu. Pamplona. 1952, pag. 5.

⁴⁵¹ Ibidem.

El Castillo de Tiebas recogía el Archivo Real, (en la parte correspondiente a los Teobaldos y algunos documentos de la época de Sancho el Fuerte) el de Tesorería (que luego sería el de Comptos) y el del Obispo. En el Castillo de Estella estarían los fondos más antiguos, desde mediados del XII hasta la muerte de Enrique I (1273) con lo que constituiría el verdadero Archivo Real, formado bajo Sancho el Fuerte o incluso antes. Por último en la Torre de María Delgada de Pamplona se conservaría más documentación de naturaleza desconocida.

La preocupación por la conservación de la documentación se manifiesta en que fuese copiada en un cartulario hacia 1236-1250, por orden de Teobaldo I y trasladada del Castillo de Tudela a Tiebas y Estella por motivos de seguridad. Ya en el siglo XIV, la Chancillería *“llevada con regularidad y de acuerdo con ciertos formularios, trasladaba a sus registros copia de la documentación que se emitía”*⁴⁵² y a finales del XIV muchos documentos, que se ordenaron minuciosamente por ciudades o entidades interesadas, fueron copiados en grandes cuadernos más tarde recogidos en dos volúmenes que formaron el llamado Cartulario Magno.

Parte de la documentación del Archivo Real fue trasladada a Pau por los últimos reyes de Navarra, Juan y Catalina de Albret y hoy se encuentra en los Archivos Departamentales. A partir de 1524, la restante se instaló en la sede de la Cámara de Comptos en la calle Tecenderías de Pamplona. El emperador Carlos V ordenó que se realizase un inventario en 1525. El Archivo de las Cortes o Archivo del Reino se conservó desde el XVI en la pamplonesa Iglesia de San Cernín.

Ya en 1542 se promulga una Ordenanza para *“la mejor ordenación de los procesos fenecidos o que feneciesen”*, en la que se *“prohibía sacar del Archivo libro ni escritura alguna”*, prescribiéndose que solo se servirían copias. (Desde 1511 la copia o consulta debía autorizarse por Real Orden). Asimismo se prohibía la consulta por extranjeros.

Pese a la regulación, tenemos noticia de que el Archivo Real resultaba inmanejable por falta de ordenación y cuidado. En 1734 el Tribunal de Comptos informa al Regente del Consejo del fatal estado de los documentos, apiñados y revueltos, reclamando mayor espacio y advirtiendo del peligro de la proximidad de la cárcel, si se producía un incendio por los presos de sus jergones. Los peritos sin embargo descartaron el peligro.

A partir de 1749 se comienza a rotular y ordenar los Privilegios pero la labor se interrumpe. Entre 1786 y 1789, Liciniano Saez reorganiza los fondos, ordenándolos cronológicamente, acompañándolos de extractos y confeccionando un catálogo de 29 tomos, copiando además numerosos documentos. La invasión francesa de 1794 provoca la evacuación del Archivo a Corella, que si es de pocos días, ocasiona la pérdida de bastantes documentos.

⁴⁵² Ibidem.

En 1834 el Virrey accede a la petición de la Diputación de encargarse de la custodia del Archivo, tras la supresión de la Cámara de Comptos, lo que se llevó a la práctica en 1836. En 1852 los dos archivos principales, el Real y del Reino se llevan al Palacio Provincial. Su actual sede se comenzó a construir en 1896, los documentos fueron trasladados en 1898, y fue ampliada en los años 30 tras recibir los fondos de los monasterios suprimidos y de la Audiencia (1931 y 34).

Resulta pues evidente que la política archivística de la corona de Navarra, dirigida a la conservación de los documentos, derivó en la organización de un servicio de archivo, con funcionamiento normativamente regulado y que si era incapaz, como parecen constatarlo diversos testimonios, de gestionar con eficiencia la ingente documentación histórica que tenía confiada, no dejaba de manifestar una preocupación constante por el estado y la seguridad de los fondos.

Podrá oponerse quizá que la finalidad perseguida estaba más relacionada con la ordenación de la información para disponer de la misma, con fines legitimadores de posiciones políticas, que con una verdadera conciencia de la relevancia de los fondos como herencia cultural a preservar.

Dejando a un lado que hoy por hoy, en lo que respecta a la protección del patrimonio documental, el propósito no deja de ser extraordinariamente similar; no son muchos los documentos en los que el soporte (papel, pergamino...) se valora por si mismo, o en los que el documento constituye de por si, por razones de diseño o confección lo que entenderíamos por una obra de arte, constituiría una injustificada minusvaloración del pasado, el rechazar el carácter normativo de tantas y tantas disposiciones por no ser la lógica coherencia de un planteamiento teórico que bebe de las fuentes acumuladas durante muchos siglos de experiencias.

No dejaremos de todos modos de reconocer que los fondos sufrían los efectos de toda clase de catástrofes; guerras, saqueos, inundaciones, incendios, (la mayor parte de los edificios durante muchos siglos se construyeron en madera) en medio de una escasa sensibilidad general, pero no debemos echar la vista demasiado atrás, (las inundaciones de 1983 dejaron en un lamentable estado el Archivo Municipal de Bilbao) para encontrar motivos para juzgar con benevolencia a nuestros antepasados.

Por lo que respecta a otros patrimonios o sectores, disponemos de información suficiente como para realizar diversas consideraciones sobre el tratamiento que recibían los bienes más relevantes que los integran.

Inicialmente lo que podemos afirmar es que no son desconocidas en el ordenamiento jurídico de los territorios forales y del Reino de Navarra las disposiciones protectoras de bienes inmuebles en razón de consideraciones sobre su valor histórico,

artístico o simbólico. Pongamos a modo de ejemplo las órdenes de Carlos II para que se abonen por el Tesorero del Reino a un maestro carpintero diversas reparaciones en las cámaras y chimeneas “*de Santiago de Pamplona*”, el 26 de Enero de 1364, y diversas obras hechas en el palacio del rey, la Casa de los Predicadores de Pamplona así como la Iglesia de Santa María, “*con motivo de la jura del Infante Carlos*”, el 10 de Noviembre del mismo año.

Es cierto que con una característica común nada sorprendente para quien conozca medianamente la estructura y valores de las sociedades medieval y burguesa, la limitación a inmuebles de titularidad pública o de servicio a la comunidad. (Sin perjuicio que de la sensibilidad o vanidad de los titulares privados también derivasen actuaciones de conservación o incluso mejora sin las que la mayor parte de los bienes culturales no hubiera sobrevivido a los avatares del transcurso del tiempo, pongamos como ejemplo el dictamen solicitado en 1674 sobre “*la conservación de la ermita y ornamentos de la Capellanía Insausti*”.⁴⁵³)

En todo caso, y en lo que respecta particularmente a Navarra, conviene tener en cuenta lo afirmado por Urzainqui⁴⁵⁴ en torno a que “*la eliminación de la memoria nacional...ha sido una labor de larga duración, frenada parcialmente, con dificultad, gracias al esfuerzo de los navarros por mantener el conocimiento de la historia de Navarra*”, manifestada entre otros hechos en “*la destrucción del patrimonio, que en realidad es la eliminación física de la memoria colectiva*”.

En primer lugar, si “*la demolición del sistema defensivo (castillos, torres, murallas, etc) llevado a cabo tras las conquistas, supuso también la pérdida del patrimonio monumental que constituía para los navarros un verdadero símbolo visible de su nación y estado*”, tras el desmantelamiento institucional de 1841, “*se acentúa el expolio del patrimonio histórico-artístico, archivístico y bibliográfico*”.

A pesar de que las Cortes de Navarra habían impedido en 1817-18 la aplicación de la Real Orden de 6 de Julio de 1803 que encomendaba a la Real Academia de la Historia “*recoger y conservar los monumentos antiguos descubiertos o que se descubran en el reino*”, “*violando las leyes y la soberanía navarra se consumó el expolio treinta años después... en Diciembre de 1850, tras la ejecutada desamortización eclesiástica, fueron llevados a la sede de la Real Academia...diversos paquetes que contenían pergaminos, papeles y códices hasta entonces depositados y guardados en las bibliotecas y archivos de Leire, La Oliva, Iratxe, Santo Domingo, Albelda, San Millán, etc*”.

Urzainqui considera en el marco de un proceso que considera “nacionicidio”, plenamente aplicable al caso de Navarra lo señalado por Choay, “*la destrucción negativa de los monumentos se ha sustentado en una base política, ideológica, y*

⁴⁵³ www.euskadi.net/badator Centro de Patrimonio Documental de Euskadi. Archivo R.S.B.A.P. Fondo Condes de Peñafloreda.

⁴⁵⁴ URZAINQUI MINA T. *Navarra estado europeo*. Ed. Pamiela. Iruña. 2003, pags. 268-271.

*religiosa que ve en los monumentos un elemento importante de la identidad de un pueblo...por lo que conservar dichos monumentos supone correr el peligro de que el espíritu de un pueblo pueda seguir vivo y sirva para alentar el mantenimiento de una memoria que no siempre es bien vista por los nuevos dueños”.*⁴⁵⁵

En Bizkaia ya en 1609 se acuerda “*hacer un repartimiento sencillo para hacer frente a los gastos de reparo de la Iglesia de La Antigua de Gernika*”⁴⁵⁶ (Iglesia juradera que va a ser objeto de reparaciones y obras con cargo al erario público del territorio bizkaino en 1650, 1691, y 1804 en que se ordena que se le dote de un retablo.) Posteriormente la Casa y Salón de Juntas van a ser los destinatarios estrella de la atención foral, con intervenciones en 1833, 1839, 1858, y 1870.

Excepcionalmente, también bienes de naturaleza más local van a ocupar a las autoridades forales, por ejemplo la Casa Consistorial de Gernika en 1814; incluso bienes relacionados con el territorio pero situados fuera de él, como el Archivo de la Audiencia Territorial de Burgos en 1862, o el Santuario de San Ignacio de Loyola en 1868. Aunque no siempre se aceptaban las solicitudes en este sentido, caso de la Iglesia de San Pedro de Tabira o las obras “*en ermitas y anejas a las parroquias*” en 1868 o de la Catedral episcopal vitoriana en 1870.

Hasta se manifiesta la preocupación por disponer en Bilbao de una biblioteca y un museo, y para ello, “*dado que el hospicio de los carmelitas ha pasado a los Bienes Nacionales se pide su cesión a la Diputación*”.⁴⁵⁷

Si al principio se trataba de intervenciones aisladas, ya en el XIX se van a plantear iniciativas de carácter general en relación con diverso tipo de bienes. En 1816 se abre un expediente en torno a la reparación de las iglesias de patronato y de sus ornamentos y vasos sagrados, en 1862 se acuerda gestionar ante el obispo (recién creada la sede episcopal de Vitoria por otra parte) el destino de “*una mayor cantidad del producto de la bula de la Santa Cruzada para la conservación de templos*”⁴⁵⁸, y finalmente y de forma más interesante se aprueba un informe “*accediendo a las propuestas de A. Trueba sobre conservación y restauración de monumentos y recuerdos histórico forales e institución de premios a los descubridores de antigüedades*”.

Tenemos también noticia tanto de la creación de la Comisión de Monumentos en 1844, como de su nula actividad, que quizá tanto como la insensibilidad general o la ineffectividad del sistema estatal de protección revele el recelo y la voluntad de no colaboración respecto de la nueva legislación sospechosa de atentar contra el régimen foral en pleno estado de crisis.

⁴⁵⁵ CHOAY J. “*L’ Allegorie du Patrimoine*” citado por URZAINQUI T. en *ibidem*, pag.351.

⁴⁵⁶ CASTRO J.R. op. cit. Acuerdo de Junta General de 23 de Septiembre de 1609.

⁴⁵⁷ *Ibidem*. Acuerdo de Diputación General de 27 de Mayo de 1840.

⁴⁵⁸ *Ibidem*. Acuerdo de Junta General de 17 de Julio de 1862.

Aunque hemos señalado que las referencias se limitan casi exclusivamente a bienes inmuebles, -y más adelante señalaremos las razones a las que a nuestro juicio se debe- tampoco están ausentes ocasionales alusiones a bienes muebles. Ya hemos citado el encargo de un retablo en 1804, y la reparación de ornamentos y vasos sagrados en 1816, pero es que además en 1838⁴⁵⁹ “*se aprueba un informe sobre clasificación de alhajas de las iglesias*”, y en 1856 se acuerda la adquisición de una efigie de la Inmaculada Concepción.

La Diputación General acuerda en 1840 la creación de una biblioteca y museo con los fondos expropiados a los conventos⁴⁶⁰, lo que revela que era consciente a un tiempo de su valor y relevancia cultural y del peligro de desaparición en que se encontraban. Las contradicciones de una época particularmente convulsa se manifiestan en que este proyecto feneciese bajo los embates de la crisis financiera.

También encontramos disposiciones de instituciones de ámbito municipal. Las Ordenanzas Municipales de Bilbao⁴⁶¹, recogen ya en el siglo XV la prohibición, múltiples veces reiterada y por tanto evidentemente infringida, de arrojar basuras en los canales, calles y cárcavas. Se trata de una norma indudablemente atinente a la higiene pública más que a la protección del patrimonio, pero que se fundamenta “*por tener limpia la dicha Villa...e la noblecer*”, consideración que nos parece digna de mención.

Otra ordenanza prohíbe a los mayordomos de las iglesias, entre otras cosas, “*edificar capillas sin licencia del Consejo*”, siendo así que el motivo parece estar directamente relacionado con la frecuente edificación y venta de las capillas, “*sin provecho ni aumentación para las iglesias*”, es decir con la conservación del valor cultural de las mismas.⁴⁶²

Entre los Acuerdos y Decretos del Ayuntamiento de la Villa de esa época encontramos asimismo referencia a órdenes de adecentar fuentes, caminos y puentes (La Gabarra, Bilbao La Vieja, Ibaizabal, puente de La Arena...), a licencias para colocar imágenes en lugares públicos a iniciativa de los vecinos, (Portal de Zamudio) a limitaciones de construir “*una casa más alta que otra*” (¿Quizá por motivos de imagen, esto es, estéticos?) y a incluso dimisiones de mayordomos “*por querer hacer obras en la iglesia y no dejarle*”.

Ya en este siglo XV determinadas autorizaciones se conceden “*si se hace al modo como otras casas*”. (Licencia para poner un “*contador*”). No pretendemos atribuir a estas disposiciones expresos propósitos protectores del patrimonio cultural por su condición de tal, que desde nuestra perspectiva actual distan mucho de tener, pero si

⁴⁵⁹ Ibidem. Acuerdo de Diputación de 23 de Abril de 1838.

⁴⁶⁰ AGIRREAZKUENAGA J. y SERRANO S. *Bilbao desde sus alcaldes*. Ed. Ayuntamiento de Bilbao. 2002. vol. 1. pag. 91.

⁴⁶¹ ENRIQUEZ FERNANDEZ J. et al, *Ordenanzas Municipales de Bilbao (1477-1520)*.

⁴⁶² Ibidem

resaltar que entre las diversas motivaciones que las fundamentaban, se observan algunas de las que hoy nos conducen a valorar y proteger algunos de los bienes culturales. (Consideraciones estéticas, simbólicas...).

Será en el XIX cuando las referencias a la protección del patrimonio cultural adquieran verdadera relevancia y carácter autónomo, en Septiembre de 1841, Miguel Rodríguez Ferrer sugiere la formación de una comisión artística “*para que los bienes artísticos desamortizados se pudieran conservar*”⁴⁶³, el mismo año se ceden terrenos al Ayuntamiento para la erección de un monumento conmemorativo del Sitio⁴⁶⁴ monumento que en 1866 el Ayuntamiento juzga “*no conveniente*”, y a partir de 1856 vamos a conocer en la organización municipal una comisión de “*ornato público*”.⁴⁶⁵

También hay constancia de diversos esfuerzos de restauración y aprovechamiento de inmuebles de interés cultural, como el Convento de San Francisco, que van a fracasar por la desidia estatal que deriva en la supresión de la Junta de Monumentos Artísticos cuando las obras se habían inicialmente paralizado, “*a fin de que se respetasen y conservasen por su mérito artístico los restos de la iglesia*”⁴⁶⁶, y hasta se somete a examen el derribo de la Torre de Etxebarria de Artekale, antiguo palacio de los Señores de Bizkaia, que la Junta Provincial de Monumentos Histórico-Artísticos propone reutilizar como escuela, oficina o dependencias municipales y que la Comisión de Fomento decide “*no merece la pena conservar desde el punto de vista artístico, por encontrarse deteriorada y no conservar su antiguo carácter...solo la parte trasera es original... (aunque) desde el punto de vista histórico, si merece al igual que en otros lugares del mundo se conservan otros restos históricos*” proponiendo su uso como Biblioteca o Museo Arqueológico⁴⁶⁷.

Algunas de las actuaciones municipales van a merecer el reconocimiento de la Comisión de Monumentos Histórico-Artísticos como la reforma integral de la Catedral de Santiago de Severino Achucarro (1867-1868)⁴⁶⁸, intervención que no fue la única sobre los abandonados templos de la Villa en este período. La preocupación cultural del Ayuntamiento, cada vez más decidido a intervenir en este campo se manifiesta también en la adquisición de la biblioteca particular del secretario municipal Camilo Villabaso en 1889, o en la donación de cuadros para el Museo de la Escuela de Artes y Oficios.⁴⁶⁹

También fuera de Bilbao pueden encontrarse ejemplos de este tipo. El Fuero de Durango⁴⁷⁰ por ejemplo recoge la prohibición de hacer casas fuertes en monasterios, disposición en la que no sabemos si primaban consideraciones militares o puramente

⁴⁶³ AGIRREAZKUENAGA J. y SERRANO S. *Bilbao desde sus alcaldes*. Ed. Ayuntamiento de Bilbao. 2002. vol 1. pag. 168.

⁴⁶⁴ Ibidem, pag. 362.

⁴⁶⁵ Ibidem, pag. 295.

⁴⁶⁶ Ibidem, pags. 310-311.

⁴⁶⁷ Ibidem, pag. 371.

⁴⁶⁸ Ibidem, pag. 390.

⁴⁶⁹ Ibidem, pag. 589.

⁴⁷⁰ ENRIQUEZ FERNÁNDEZ J. et al. *Fuentes Jurídicas Medievales del Señorío de Bizkaia*. Ed. Eusko Ikaskuntza.

religiosas o simbólicas. Y tenemos conocimiento de proyectos de intervenciones, la de reparación de los daños producidos por un rayo en la torre de San Miguel de Iurreta en 1833, por ejemplo, en las que brillaba un “*respeto minucioso de lo viejo*”⁴⁷¹.

Los testimonios no se limitan por supuesto a este territorio. En Gipuzkoa encontramos un extenso elenco de disposiciones relacionadas con la conservación de elementos por motivos estéticos.

Ya las Ordenanzas de San Sebastián de 1489 contienen varias disposiciones sobre la construcción en piedra con preferencia sobre la de madera, “*porque sus altezas serán mucho más servidos en que las dichas casas se hagan de piedra o de argamasa e la dicha Villa se ennoblesciese e más los edificios serán más honrosos y más provechosos y durables*”⁴⁷².

Una obra clásica sobre este territorio, el “*Compendio Historial de Guipúzcoa*” de Lope Martínez de Isasti nos proporciona múltiples ejemplos de construcción de conventos, iglesias y hospitales o de conservación de cofradías en concepto de obras pías para la salvación de las almas.

La Junta General de Hernani de 1754 va a recordar que “*si bien el capítulo I del Título XXIII del Fuero imponía a los concejos y villas la obligación de hacer reparar los puentes y calzadas de su jurisdicción siempre que les fuese mandado por las Juntas, no siempre se cumplía, y como cada día hay mayor necesidad, ordenamos cada república de la provincia destine y emplee en el reparo y composición de los caminos y puentes, al menos el 5% de los propios y rentas, arbitrios y sisas que tuviere. Para el exacto cumplimiento, los procuradores llevarán a las Juntas testimonio del importe total recaudado y de lo empleado en reparos*”.

Es obvio que la disposición no está guiada por consideraciones de índole cultural, pero no podrá descartarse su influencia y la de otras análogas en la conservación de elementos que hoy consideramos integrantes del patrimonio cultural vasco. También recurría Gipuzkoa a la técnica subvencional para fines de difusión cultural, como sucede con la dotación de medios a la imprenta de la Provincia de Martín de Huarte en 1667.⁴⁷³

En el caso de Alava tenemos noticias de una Provisión Real, “*ordenando se haga información sobre los puentes, caminos y calzadas que deben componerse,*

⁴⁷¹ BARRIO LOZA J. A. (dir). *Bizkaia. Arqueología, urbanismo y arquitectura histórica. Tomo I. Duranguesado Arratia-Nervión*. Ed. Diputación Foral de Bizkaia-Universidad de Deusto. Bilbao. 1990, pag. 213.

⁴⁷² MUGICA S. “*Curiosidades Históricas de San Sebastián*” en *Cosas memorables de Gipuzkoa*. vol. X. Ed. La Gran Enciclopedia Vasca. Bilbao. 1972

⁴⁷³ SANTOYO MEDIAVILLA J.C. “*La imprenta en el País Vasco: breve panorama histórico*” en I Seminario sobre Patrimonio Bibliográfico Vasco. Gobierno Vasco-Fundación Sancho el Sabio. Vitoria-Gasteiz. 2005, pag. 113.

*repararse o hacerse de nuevo*⁴⁷⁴, de una Pragmática y una Orden de Felipe III acerca de las colgaduras de hechura de joyas de oro, piedras y piezas de plata de 1611⁴⁷⁵ y de varias Reales Ejecutorias a favor de que el territorio se haga cargo de la reparación de puentes, caminos y obras públicas, sin tener que contribuir a las obras de Castilla en 1644 y 1653.

Sobre este particular, son diversos los documentos en relación con reparto de pagos de reparación de pasos, puentes y caminos (el de las Conchas en La Puebla de Arganzón, aunque hoy no pertenezca a Alava, a modo de ejemplo, o los periódicos motivados por las crecidas del Ebro), con diligencias de ruina de elementos (puente de Bergüenda...) o con su conservación⁴⁷⁶.

Asimismo consta fehacientemente que los Provisores y Vicarios Generales del Obispado de Calahorra recababan información, nombrando comisionados, sobre el estado de las iglesias, adoptando en casos de ruina medidas como el traslado de restos a otros templos.⁴⁷⁷ En las Juntas Generales de 1627 se aprobó la creación de la imprenta, que no funcionó sin embargo hasta 1722.⁴⁷⁸

También respecto a este particular existe información más nutrida y variada para el caso de Navarra.

En primer lugar contamos con testimonios sobre la suntuosidad y querencia por el lujo de la monarquía navarra, desde tiempos muy antiguos. Se conservan de hecho diversos listados de bienes de tal carácter pertenecientes a la corona.⁴⁷⁹

En palabras de Pedro Madrazo, “*..el recuerdo de los hazañosos hechos de los navarros en Grecia no va acompañado en aquella región de memoria alguna de carácter artístico. En cambio eran tantos y tales los monumentos arquitectónicos erigidos en el suelo patrio en el siglo en que llevaban a cabo tales proezas y en los anteriores, que no parece sino que hastiados de tanta riqueza románica y gótica, se habían propuesto no hacer nada que la recordase*”.⁴⁸⁰

En buena medida esta riqueza se sustentaba sobre dos pilares, el respeto a la propiedad y autonomía de los diferentes sectores que integraban la, para la época, notablemente cosmopolita sociedad navarra, y la posesión de un completo aparato administrativo que utilizaba todas las herramientas a su disposición al servicio de esa sensibilidad monárquica ya apuntada.

⁴⁷⁴ IÑURRIETA AMBROSIO E. *Cartulario Real a la Provincia de Alava (1258-1500)*.

⁴⁷⁵ URDIAIN MARTINEZ M.C. op. cit. pag. 84

⁴⁷⁶ Ibidem.

⁴⁷⁷ Ibidem. Cita el caso de la ermita de San Miguel y el traslado a la iglesia de Elburgo en 1525-1526.

⁴⁷⁸ SANTOYO MEDIAVILLA J.C. op. cit. pag. 115.

⁴⁷⁹ MADRAZO P. *Historia y Fueros del País Vasco*. vol. Navarra I. 1886.

⁴⁸⁰ Ibidem, pags. 207-208

Por un lado sabemos que “*cada pueblo de Navarra se gobernaba por sus leyes privativas*”⁴⁸¹, que la prosperidad del barrio judío de Estella se extendía “*al amparo de las leyes que aseguraban a las aljamas israelitas en Navarra el respeto a las personas y haciendas de los establecidos en ellas*”⁴⁸² y que en el reino vasco tenían (de forma contraria a los restantes territorios, en Bizkaia por ejemplo, el Señor D. Tello reconoce en el documento fundacional de San Francisco de Bermeo la inexistencia de monasterios en 1357) notable presencia las ordenes monásticas, (La Oliva, Olite, Leire, Iratxe...) en particular el Cister, “*que organizaba su religiosa milicia en grupos de oficios (carpinteros, albañiles, cerrajeros, herreros, panaderos, molineros...)...cada gremio o compañía tenía un contramaestre y a la cabeza de estos grupos había monjes directores encargados de distribuir y regular los trabajos*”⁴⁸³, de manera que producía obras de notable envergadura allí donde se implantaba.

Incluso las órdenes religiosas se veían beneficiadas con privilegios como el concedido por Sancho el Sabio en 1176 a los del Monasterio de Iratxe, “*que en todos los juicios que se promuevan por daños causados en las cabañas del Monasterio, valga como prueba la palabra de cualquier monje*”. Ocasionalmente existen referencias documentadas a donaciones para sufragar el mantenimiento de determinados elementos, como por ejemplo la luminaria de Santa María de la Oliva en 1308.⁴⁸⁴

Tenemos innumerables testimonios de restauraciones de iglesias y monasterios, con resultado desigual, “*el constructor del XIII respetó aquí sin duda la obra primorosa del escultor del XII después de desmontada*” (Iglesia de San Saturnino de Artajona)⁴⁸⁵, reedificada ya antes de 1126, de nuevo en el XIII, “*se advierten notables huellas de otra restauración en el XV*” (San Pedro de la Rúa de Estella)⁴⁸⁶, “*a finales del XII se reconstruye la Abadía de Iranzu*”⁴⁸⁷, “*la catedral de Pamplona fue restaurada en el siglo XV*”⁴⁸⁸... y no solo durante el período de independencia del reino, “el intento de restauración del retablo de la catedral de Tudela (1854), “*produjo las tristes averías que en él hoy se advierten*”⁴⁸⁹.

No queremos deducir de todo ello una especial sensibilidad general que pusiese el patrimonio cultural a salvo de eventuales ataques, especialmente relacionados con acontecimientos bélicos, todo lo contrario.

Un elemento tan representativo como el Castillo Real de Olite sufrió un incendio en 1794, otro a cargo del jefe guerrillero Mina durante la “Guerra de la Independencia”, se fundió todo su plomo para hacer balas y se demolieron sus arquerías y torres, “*para*

⁴⁸¹ Ibidem, pag. 630

⁴⁸² Ibidem. vol.II, pags .331-332

⁴⁸³ Ibidem. vol.II. pag. 485

⁴⁸⁴ CASTRO J.R. op. cit.

⁴⁸⁵ Ibidem. vol.II. pag. 301

⁴⁸⁶ Ibidem. vol.II. pags. 355-360

⁴⁸⁷ Ibidem. vol.II. pag. 487

⁴⁸⁸ Ibidem. vol.II. pag. 488

⁴⁸⁹ Ibidem. vol II. pag. 650

*levantar con sus escombros mezquinas casas y tapiales y para empedrar calles e inmundos estercoleros*⁴⁹⁰”, entre un innumerable sinfín de agresiones varias.

Sin embargo pretendemos seguir el rastro de las actuaciones protectoras, especialmente a las de iniciativa pública que pudieran “mutatis mutandis” ser parangonables con las que se desarrollan en la actualidad, o de las que indirectamente y sin ser éste su principal objeto pudieran haber tenido incidencia sobre la conservación del patrimonio cultural.

Sabemos que los titulares de bienes relevantes eran muy celosos respecto de su guarda y custodia. Tras la retirada de los objetos de valor de la Real Casa de Roncesvalles por Martín de Córdoba, visitador de Felipe II, en 1586, temeroso de un posible golpe calvinista aprovechando la cercanía de la frontera, el Rey ordena la devolución tras las protestas de los monjes⁴⁹¹. Los monjes de Iranzu también protestan en 1567, porque “*las ocupaciones del ejército merman limosnas y rentas, hasta el punto de tener que suprimir obras necesarias*”.⁴⁹²

Sin embargo eso no es óbice para que la corona pueda llegar incluso a la expropiación para el desarrollo de las obras que se consideraba oportuno, como lo advierte un documento sobre Tafalla, fechado en torno a 1419.⁴⁹³

Y la política de fomento no dejó de figurar nunca entre las que practicaban los reyes navarros, como lo pone de manifiesto la entrega del castillo al pueblo de Azagra en 1430, “*para que cuidase de su reparación*”.⁴⁹⁴

En cualquier caso la protección principal de los elementos integrantes del patrimonio cultural, en Navarra como en el resto de territorios vascos, era la derivada de la legislación civil protectora de la propiedad privada.

Dada la cuasi-inexistencia de Administración Pública en el sentido moderno del término en este período, incluso con respecto al siglo XIX, hay autores que se refieren a “*una escasa infraestructura burocrática, muy en la línea por otra parte de la mentalidad liberal*”⁴⁹⁵, y la consideración de los bienes de la corona o Señor como bienes patrimoniales, era su naturaleza de propiedad privada la que fundamentaba primordialmente su protección.

⁴⁹⁰ Ibidem. vol.II. pag. 534

⁴⁹¹ Ibidem. vol. I. pags.477-478

⁴⁹² Ibidem. vol.II. pag. 492.

⁴⁹³ Ibidem. vol.II. pag. 545

⁴⁹⁴ Ibidem. vol.II. pag. 764

⁴⁹⁵ ALONSO OLEA E. J. *Continuidades y discontinuidades de la Administración Provincial en el País Vasco. 1839-1978. Una esencia de los Derechos Históricos*. Ed. I.V.A.P. 1999, pags. 15-52.

Aunque tampoco resulte ajena a esto último, la consideración como bienes troncales, y por tanto afectos a la casa y explotación en el derecho civil foral, de muchos de los elementos que consideramos integrantes del patrimonio en la actualidad. (Por ejemplo, “*estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades en forma tal que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo*”, art.7.4 del Proyecto de Apéndice al Código Civil de 1900, o “*maquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad*” , art.7.5., además obviamente de los propios edificios, caminos y construcciones.)

Propiedad privada sobre la que además no se concebía hasta muy avanzado el siglo XIX que pudiese entrometerse cualquier institución pública, lo que hace desde luego que los daños a los bienes culturales infringidos por el titular de derechos legítimos sobre ellos hayan quedado históricamente impunes, desde un concepto de propiedad muy próximo al romano “*ius utendi et abutendi*”.

Barrero, acertadamente a nuestro juicio, escribe⁴⁹⁶ que “*...es el carácter público de los inmuebles, con independencia de la razón por la que gocen del mismo, el presupuesto de hecho que legitimaba la intervención de los órganos encargados por el ordenamiento jurídico en dicha época, de la custodia de tales valores; los bienes de propiedad privada, en los que no concurría tal nota, quedaban, por el contrario, al margen de todo control, por lo que su conservación, y con ello volvemos a la afirmación inicial, dependía exclusivamente del sentido de la responsabilidad de sus dueños o poseedores.*”

Coincide también en este sentido García Fernández⁴⁹⁷, “*una de las características más destacadas de la normativa del XIX radica en el predominio de la propiedad, expresado no solo en el régimen jurídico patrimonial, sino en la idea... de que la distinción propiedad pública/propiedad privada es la base del régimen de intervención administrativa en la protección activa de los bienes culturales, especialmente en los bienes inmuebles.*”

Las normas civiles que conocemos no estaban específicamente dirigidas a la protección de bienes por motivos culturales, pero no pueden dejar de mencionarse como causantes (en el buen sentido) o coadyuvantes en algunos casos a que un cierto número de bienes haya podido conservarse hasta la actualidad.

Recojamos aquí a modo de ejemplo, el testimonio de las normas protectoras de la propiedad privada en la recopilación del Fuero de Gipuzkoa de 1696;

⁴⁹⁶ BARRERO RODRIGUEZ C. op. cit.

⁴⁹⁷ GARCIA FERNANDEZ J. *Legislación del Patrimonio Histórico*. Ed. Tecnos. 1987. Prólogo, pags. 43-44.

Título XXIX, Cap. I “*Que contra los que trataren de se apoderar de algún lugar de la provincia, o de alguna casa de alguna persona de ella, falga la Provincia padre por hijo*”.

Título XXIX, Cap. IX “*Que cualquiera que robare fuera de camino o hurtare de cualquier manera diez florines arriba, que muera por ello*”. (*Si tiene con que pagar, que pague eso y las costas*).

Título XXIX, Cap. III “*Que el que despoje por fuerza de su posesión, que devuelva y pague 5.000 maravedís de pena*”

Título XXX, Cap. I “*Que el que encubriere al ladrón, o al robador con la cosa furtada o robada, que haya esa misma pena que el ladrón o robador*”

El Fuero Viejo de Bizkaia de 1452 recoge disposiciones similares,⁴⁹⁸ “*otrosi cualquier que quebrantare rueda o ferrería o molino o calces o anteparas a sabiendas que muera por ello*”, y no menos el Fuero Viejo de las Encartaciones de 1503, “*Otrosi ninguno sea osado de poner fuego a sabiendas para quemar casas o mieses o trigo o otras semejantes cosas en tregua ni fuera de tregua sopena que aquel o aquellos que lo ficiere hagan pena de muerte natural por ello e demás que paguen al dueño todo el daño que por ello le viniere según fuere tasado por el Juez con juramento de la parte*”⁴⁹⁹, ”(reproducción de norma similar del anterior).

También el Fuero Nuevo de 1526, por poner un último ejemplo, se refiere a “*que por cuanto en haber ferrerías en Vizcaya redunda a su Alteza gran servicio y a la tierra gran utilidad y provecho, e la causa conviene que sean defendidas e guardadas de los malhechores... que ordenaban y ordenaron que qualquier que quebrantare ferrería o molienda o calces o anteparas de ellas o rompiere y foradare barquines a sabiendas por su propia autoridad, muera por ello y pague el daño doblado al dueño.*”⁵⁰⁰.

3.4. LA REAL SOCIEDAD BASCONGADA DE AMIGOS DEL PAIS Y EL PRIMER ESBOZO TEORICO DE UNA POLITICA PROTECTORA DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL PAIS VASCO

La Real Sociedad Bascongada de Amigos del País constituye un hito fundamental en la búsqueda de antecedentes de la elaboración de discursos teóricos que justifiquen una política protectora del patrimonio cultural. Desde su fundación en 1765, hasta su ocaso en la Guerra Convencional (1793-1794) y el definitivo fin de su

⁴⁹⁸ LARREA SAGARMINAGA M.A. y MIEZA R.M. op. cit. pag. 123

⁴⁹⁹ Ibidem, pag. 75.

⁵⁰⁰ Ibidem, pag. 341.

actividad con la puesta bajo control del Estado de su obra culminante, el Real Seminario de Bergara, (Real Orden de 23 de Julio de 1804), y el artículo 4 del Real Decreto de 9 de Junio de 1815 que la suprime, su eminente preocupación por la difusión de la cultura y la educación entre los vascos va a proporcionarnos importantes frutos en este terreno.

Gracias entre cosas a que la institución dispuso de un archivero al que los Estatutos de 1772 encomiendan “*custodiar todas las disertaciones, papeles y obras de la sociedad*”, disponemos además de una copiosa información sobre la actividad de la Sociedad.⁵⁰¹

Los miembros de ésta acreditan en primer lugar estar al tanto de la elaboración doctrinal que se realiza en los más importantes estados europeos en dicha época.

Así en las Juntas Generales de la R.S.B.A.P. de 1773 se da cuenta de que “*Mr. Jency, arquitecto hidráulico de Paris, ha dirigido el plan de una obra en la que está trabajando, con el título “Teatro de los más bellos monumentos de París”. Esta colección comprenderá la descripción de los palacios y edificios más suntuosos de la capital de Francia, no solo por lo perteneciente a la Architectura, sino también a todas las preciosidades de escultura y pintura que contienen, y además un elogio histórico de la más ilustres familias que han fijado su residencia en París*”.

Testimonios similares se encuentran en 1778 respecto al Diccionario de Fósiles de Mr. Bertrand o el de ehimia de Mr. Macquer. En algún caso, como la obra histórica de Juan Angel de Landa, escribano de Tolosa, con alusión expresa al pesar por ver la obra “*trasmanada (sic) y sepultada en el olvido*”⁵⁰².

Se autoimponen por Estatutos (1772) el establecimiento de una “*Comisión de Historia, Política y Buenas Letras*”, que tiene por “*principal destino*”, “*imponerse sólidamente en los sucesos, leyes, y ordenamientos de cada provincia, y en los usos y costumbres particulares de los pueblos, a fin de formar colecciones que difundan este importantísimo ramo de instrucción*”(apartado 2) y “*hacer exquisitas averiguaciones, para juntar documentos y modelos escogidos, y reconociendo antigüedades y autoridades auténticas, con el fin de formar las colecciones más completas que pueda de estos diversos asuntos, procediendo con la crítica e imparcialidad que requiere la materia*”. (apartado 4).

Es en el seno de esta Comisión, creada con fines de arqueología cultural como puede observarse, y que en si misma es ya una manifestación de espíritu preservador y afán divulgativo, donde se van a surgir las referencias al patrimonio cultural de que vamos a tratar.

⁵⁰¹ R.S.B.A.P. Juntas Generales. Extractos de 1772.

⁵⁰² Ibidem. Extractos de 1778.

Siempre teniendo en cuenta, como explícitamente se señala en las Juntas de la Sociedad de 1781, que *“la educación de la juventud ha de ser no solamente el objeto principal de la Sociedad, sino el único, hasta que difundidas las luces, llegue el feliz tiempo de aplicarlas con propiedad a los fines de nuestro Instituto”*.⁵⁰³

La R.S.B.A.P. es tempranamente consciente de que el conocimiento que pretende tropieza con la falta de expertos locales que en cualquiera de las ramas de su actividad puedan contribuir a su ilustración. Por ello ya en 1784,⁵⁰⁴ se plantea la necesidad de creación *“de un cuerpo de ingenieros civiles, para la inspección de toda suerte de edificios, así públicos como privados, para la medida y aprecio de ellos”*.

Dos aspectos resultan especialmente llamativos en esta proposición, de un lado la preocupación por el estado de los edificios y el conocimiento y divulgación (*“aprecio”*) de sus valores. Es la primera manifestación explícita que conocemos de una preocupación de esta naturaleza en nuestro ámbito. De otro, la inclusión en el elenco de los bienes a inspeccionar de los bienes privados, no solo de los públicos, cuando ya nos hemos referido al sacrosanto y extenso carácter de la propiedad privada en la época.

No es que estemos ni mucho menos en la antesala de la intromisión de la Administración Pública en dicho ámbito, no es este el espíritu de una sociedad burguesa del XVIII, su planteamiento va más en la línea de conocer, para ofrecer con posterioridad medidas de fomento y ayuda.

Una de las fuentes principales del conocimiento para la Bascongada, acorde al método dominante en la época es la recolección de datos y objetos. Es en este aspecto son innumerables los ejemplos que podemos encontrar que abarcan todo el amplio espectro de la cultura.

Desde el empeño por conservar insectos para fomentar el conocimiento de la Historia Natural, con un método *“de preparación y conservación inventado por un socio”*, (1787)⁵⁰⁵, hasta bienes más propiamente culturales, como el *“completo dosel de damasco carmesí, las cinco medallas de plata de la proclamación de Carlos IV, las 7 medallas de diferentes ciudades también relacionadas con el evento, la medalla de plata de la proclamación de Carlos III, y las diferentes medallas de bronce de municipios de España e Imperiales”*, regaladas a la Sociedad en 1789⁵⁰⁶. La tradición museística en el País Vasco no puede desconocer este importante antecedente.

Pero la principal aportación de la Bascongada a nuestro objeto de investigación es el espíritu que la anima y las bases de su política cultural, que quedan definidas en

⁵⁰³ Ibidem. Extractos de 1781.

⁵⁰⁴ Ibidem. Extractos de 1784.

⁵⁰⁵ Ibidem. Extractos de 1787.

⁵⁰⁶ Ibidem. Extractos de 1789.

uno de los discursos realizados en las Juntas de 1790⁵⁰⁷. Se comienza en el mismo por definir como “curiosos” a “*los colectores de cosas útiles en si, aunque no lo parezcan el mayor número. Llámase curioso al recogedor de papeles raros, de libros, de pinturas, de estampas, de monedas, de antigüedades, de Historia Natural...* (Vemos aquí cual es el elenco de bienes culturales de los ilustrados vascos del XVIII).

Se trata de una figura a reivindicar, “*...no veo razón porque los colectores deseen de ser gentes muy estimables, pues que se dedican al cultivo de unas cosas que en si separadamente o unidas, tienen la más alta estimación. No se puede recoger sin tener alguna idea de lo que se recoge; esta adquisición de conocimientos ensalza al hombre sobre el nivel de los que carecen de ellos, y un curioso debe precisamente encontrarse en el caso de ser muy superior a los que le critican.*

Es éste pues el ideal de hombre ilustrado, aquel que la Sociedad quiere contribuir a impulsar y apoyar; el preocupado por el conocimiento y respeto de la herencia cultural recibida. “*El gusto inquisitivo esparcido en un reino es el que prepara al científico, y una vez introducidas las Ciencias es el alma que les da vida y que las mantiene en vigor. ¿ Dónde sino hubiese colecciones metódicas y coordinadas podrían consultar los aplicados, podrían los sabios alimentar y dar nuevo resorte a su estudio ? Es pues ésta una exigencia imperativa para el avance científico y el progreso del conocimiento.*

Sin embargo tropezamos con la cruda realidad. “*Ni los aplicados ni los maestros por lo común tienen poder ni espacio para formar colecciones y es preciso que suplan en este caso las de los príncipes, las del público o de los curiosos ricos y desocupados*”.

Es por tanto ésta una llamada a la intervención de los príncipes, de lo público (hoy diríamos de la Administración), incluso de sociedades del tipo de la propia R.S.B.A.P., en defecto de la ineficaz de los “curiosos” privados, salvo que estén dotados con suficiencia de medios económicos.

¿ No empieza a parecerse esto a una política cultural sumamente clarividente, visto lo que continuamos haciendo dos siglos después ?

Solo el gusto por la curiosidad “*es capaz de suavizar las rudas costumbres*” y “*es por tanto el verdadero camino de la sabiduría*”. *El saber entra a borbotones por la vista. Aquel conjunto de cosas no menos bellas que instructivas, atrae al que las registra y cabe parte en este examen tanto al ignorante como al docto. Lo cierto es que las costumbres se reforman indefectiblemente en el ejercicio de las letras y que nada contribuye tanto a introducirse en ellas como el apego a la curiosidad, (recordemos los términos en que se ha definido con anterioridad), que el espectáculo de las colecciones es más capaz de avivar que cualquier otra cosa. La galería de Medicis habrá hecho más bien en Europa que una Academia de Ciencia, y esta consideración debería mover*

⁵⁰⁷ Ibidem. Extractos de 1790.

a los príncipes y a los poderosos a construir salones y parages públicos, destinados a conservar y manifestar sin reservas las obras de las Bellas Artes que por su perfección mereciesen este destino.

En el marco de esa política cultural a la que nos referíamos con anterioridad, se reivindica aquí la vertiente museística del patrimonio, en especial por su importante papel educador y divulgativo. No concebido el museo como recinto cerrado, sino admitiendo en el seno del concepto “*parajes públicos*”, abiertos, en diálogo posible con la naturaleza, acorde a las más modernas tendencias de los museos del siglo XXI.

Al modo de las modernas leyes, no se concibe sin embargo esta labor como exclusiva del ámbito público. Se dirige un doble mensaje a los ricos y poderosos, por un lado que “*generalmente no se pueden sufrir ciertas personas opulentas, que recogen preciosidades en su casa, que gustan enseñarlas, que las colocan suntuosamente sin conocer sino muy superficialmente el verdadero mérito de lo que juntan*”, y por otro y fundamentalmente que “*por ti y tus semejantes viven estas artes en el abandono, en la miseria, socórrelas, auxílalas, vierte en su protección parte de los inmensos caudales que disipas en una profesión obscura. Si haces eso yo te deberé mi honor, ellas su exaltación y tu vivirás con placer y aplauso*”, magnífico intento de captar prosélitos para la protección del patrimonio.

El origen de esta actitud lo encuentran los “caballeritos” en “*un principio de curiosidad, de investigación, de ardor de comparar... que fue el que dando movimiento indeliberadamente a las acciones de aquellos, los condujo a la primacía de las Artes y las Ciencias*”. Además “*apenas se puede componer una grande obra sin frecuentar semejantes depósitos (se refiere a las colecciones) y al curioso se debe que no parezca al público llena de todos los defectos que producen los informes puramente especulativos.*”

Se aprecia aquí la mentalidad notablemente práctica que acompañaba a los miembros de la Bascongada, siempre dispuestos a experimentar y confrontar con la realidad sus tesis.

En suma el programa en este terreno de la Sociedad se resume espléndidamente en el último párrafo del discurso, “*socorrer, proteger, auxiliar el mérito con cualquier denominación (no escoger Ciencias sobre Artes o viceversa) y en cualquiera parte que se presente. Recoger cuidadosamente todos los materiales, que ofrezcan la oportunidad para la fábrica de la pública opulencia y reputación...*”

Nadie podrá negar que no convenga la universalidad de conocimientos, pero mal se podrá lograr aquella, separando desdeñosamente del montón algunos de ellos”.

Tenemos noticias sobre la traducción en la práctica de este espíritu, en por ejemplo una *“memoria sobre el camino romano que atraviesa por medio de la provincia de Alava, con varias inscripciones romanas, mármoles y monedas halladas en sus mansiones militares”* (1792)⁵⁰⁸, una *“Guía de forasteros en Vitoria por lo respectivo a las tres bellas artes de pintura, escultura y arquitectura”*, también del mismo año, que recoge los elementos más destacados de la ciudad al modo de los modernos catálogos, e incluso en investigaciones sobre elementos ajenos al País Vasco como un *“Examen de las inscripciones sobre los Toros de Guisando, recogido en 1792 y 1793.*

Sin embargo es difícil obtener conclusiones en torno a la valoración de este primer planteamiento teórico protector del patrimonio cultural. Se ha escrito que *“la Bascongada representó un movimiento muy minoritario, en términos tanto de imbricación social como de su capacidad de influencia en el seno de las instituciones forales”*,⁵⁰⁹ pero sin olvidar tampoco que su legado *“trasciende la debilidad de sus resultados prácticos”*⁵¹⁰.

Por un lado de su traducción al campo jurídico normativo (el que nos ocupa) no encontramos apenas rastros, pero por otro no podemos olvidar el notable protagonismo de los próceres de la R.S.B.A.P. en la sociedad de su tiempo y su proximidad al poder político que en Gipuzkoa detentaron en múltiples ocasiones algunos de los más destacados.

Y en último extremo, algunas de sus realizaciones materiales siguen en pie; hoy el viejo palacio del Conde de Peñaflorida sigue, después de vicisitudes varias, acogiendo a la sociedad que fundó.

3.5 LA APLICACION DE LA NORMATIVA ESTATAL EN EL PAIS VASCO DURANTE EL PERIODO DE UNIDAD CONSTITUCIONAL

3.5.1 La situacion previa.

Si nos hemos referido hasta ahora únicamente a la normativa propia de los territorios forales y del reino de Navarra, es por la peculiar situación jurídico-política en que se encontraron los territorios vascos del Sur de los Pirineos en la corona española hasta la finalización de la I Guerra Carlista, más en concreto hasta la Ley de 25 de Octubre de 1839.

⁵⁰⁸ Ibidem. Extractos de 1792.

⁵⁰⁹ ASTIGARRAGA J. *“Foralismo e Ilustración en el siglo XVIII”* en Derechos Históricos y constitucionalismo útil. HERRERO DE MINON M. y LLUCH E. (eds.) Barcelona. 2001, pag. 18.

⁵¹⁰ Ibidem, pag. 25.

Esa situación anterior se caracterizaba por una, como mínimo, amplísima autonomía política, que excluía la aplicación en gran medida de las normas emanadas de los órganos centrales del naciente Estado, al ámbito geográfico vasco.

Tan solo aquellas normas que superaban el fielato de la conformidad con el Fuero o Derecho propio de cada territorio, eran objeto de aplicación por las únicas administraciones existentes, las de los propios territorios.

Sin embargo la Ley de 25 de Octubre de 1839 dispone en su artículo 1º que “*Se confirman los Fueros de las Provincias Vascongadas y Navarra, sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía*”. A partir de este momento se introduce expresamente a estos territorios en el marco constitucional y les empieza teóricamente a ser de aplicación la normativa emanada de las Cortes y del “Gobierno Constitucional de la Monarquía”.

Decimos teóricamente, porque cualquier intento de aplicación de normativa común a todo el Estado va a contar durante mucho tiempo con la tenaz oposición de las autoridades forales o provinciales (a partir de 1876). Es por ello que debemos analizar en qué medida se materializó la “unidad constitucional” en lo que se refiere al patrimonio cultural vasco, y cuales fueron las normas que regularon su protección.

Hemos de partir sin embargo de un diagnóstico previo de alcance más general, con valor hasta muy avanzado el siglo XX. Fernández Alba⁵¹¹ lo describe de esta manera; “*las leyes se promulgan pero apenas se cumplen, la transgresión es fácil y la sensibilidad escasa, haciendo del marco legal un corolario de referencias institucionales, apto siempre para ser vulnerado con el menor pretexto... el patrimonio se vio inmerso en una caótica expropiación de territorios, espacios, símbolos y lugares sin el menor escrúpulo.. es evidente que desde el XIX, (pone el ejemplo de la multitudinaria celebración del derribo en 1873 de las murallas de Palma de Mallorca) se ha producido un cambio en la mentalidad colectiva acerca de la necesaria protección del Patrimonio Artístico*”.

Coincide, por citar un autor, Fernández Miranda⁵¹², “*ciertamente los gobiernos de la monarquía desaparecida en Abril de 1931 no habían tenido entre sus prioridades la protección del patrimonio español*”; por su parte un conocido líder político español, Marcelino Domingo, lo calificaba como “*régimen de abandono*”, pero los testimonios en este sentido son prácticamente unánimes.

No extrañará ante este panorama, que adelantemos la hipótesis de que si ésta era la situación en territorio común, la tenaz oposición de las autoridades vascas en defensa

⁵¹¹ FERNANDEZ ALBA A. “*El retorno a la ciudad herida*” en A.A.V.V. 50 años de protección del patrimonio historico-artístico. 1933-1983. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid. 1983.

⁵¹² Ibidem.

de su autogobierno y su presencia como única administración con existencia real hasta muy entrado el XX, desemboquen en un total desconocimiento e inaplicación de la normativa estatal de protección del patrimonio cultural en los territorios vascos, hipótesis que trataremos de apoyar en las siguientes páginas.

3.5.2. LA LEGISLACION ESTATAL SOBRE PATRIMONIO CULTURAL EN EL PERIODO DE UNIDAD CONSTITUCIONAL PLENA

Es en este período cuando la producción normativa estatal sobre la materia empieza a formar un “corpus” organizado, incrementando tanto el número de disposiciones como los ámbitos de regulación. Pese a que la Real Academia de la Historia (luego de San Fernando), “*institución a la que pronto se va a atribuir, de modo exclusivo y durante un largo período de tiempo, la tutela de los valores históricos y artísticos*”⁵¹³ se crea en 1738, y aunque hay disposiciones anteriores tan interesantes respecto de la cuestión que nos ocupa, como una Real Orden de 3 de Octubre de 1777 y una Circular de 25 de Noviembre del mismo año, que obligan a la consulta a la Academia en el diseño de toda obra pública y de proyectos que afectasen a los bienes de la Iglesia (Católica, obviamente), Ordieres Diaz⁵¹⁴ considera el Decreto de 19 de Febrero de 1836 como la primera medida de este carácter dirigida a la salvaguarda monumental.

Sin embargo el verdadero salto cualitativo en la política protectora a que se refiere principalmente la doctrina, tiene lugar cuando se crean instituciones de control de la preservación del patrimonio inmueble, la Comisión Central de Monumentos en 1844 y sus filiales provinciales, cuando se establece en definitiva el sistema que Pendás y García Escudero⁵¹⁵ denominan “*administración honoraria*”, carente todavía de un aparato burocrático especializado.

Aunque coincida la doctrina en calificar su actuación como un fracaso, “*una de las razones del fracaso era la falta de profesionales verdaderamente capacitados*” (Ordieres⁵¹⁶), se empiezan a poner las bases para que el conocimiento sobre la naturaleza y valor del patrimonio trasciendan del ámbito elitista de unos pocos expertos, difundiéndose en alguna medida la sensibilidad entre la generalidad de los administrados.

Confluye aquí la necesidad de tomar conocimiento de lo que la desamortización ha colocado en manos estatales, y de su destino idóneo, la venta a particulares, la cesión temporal a entidades públicas o sin ánimo de lucro o la preservación como monumento

⁵¹³ BARRERO RODRÍGUEZ, C. op. cit.

⁵¹⁴ ORDIERES DIAZ I. op. cit.

⁵¹⁵ GARCIA ESCUDERO P. y PENDAS B. *El nuevo régimen jurídico del Patrimonio Histórico español*. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid. 1986.

⁵¹⁶ ORDIERES DIAZ I. op. cit.

nacional, haciéndose cargo el Estado permanentemente de su conservación o mantenimiento.⁵¹⁷

A esta época corresponde, también de forma sintomática, la declaración del derecho de los ciudadanos a consultar los documentos conservados en los archivos, que en España se produce tardíamente, merced a la Real Orden de 20 de Abril de 1844,⁵¹⁸ complementada posteriormente por el Real Decreto de 8 de Mayo de 1859 que establece una organización de archivos.

Sin embargo, “*no se sabía qué salvar, ni porqué*”.⁵¹⁹ El funcionamiento de estas Comisiones se caracterizó por su inoperancia e ignorancia total. Durante décadas, y pese a la excepcionalmente alta cualificación de algunos de sus integrantes, se excluyó a los arquitectos de entre los sacerdotes, aristócratas y juristas que usualmente las componían.

Hay que destacar como atenuantes en todo caso, la dificultad del transporte de la época, y la ausencia de reproducciones fotográficas, que dificultaban enormemente la labor. Lo que si consiguieron indirectamente las Comisiones es paralizar en gran medida las ventas, al poner de manifiesto la enorme riqueza del patrimonio que había pasado a manos del Estado.

A este período corresponden la primera declaración como monumento nacional, la de la Catedral de León (R.O. de 28 de Agosto de 1844), seguida pronto por el antiguo Convento de San Marcos (1845) y más tarde por el Monasterio de La Rábida en Palos de la Frontera y muchos otros, aunque la figura jurídica se creó en realidad en 1836.

El resultado de esta política declaratoria lo pone de manifiesto Fernández Miranda⁵²⁰, cuando señala que “*frente a los menos de cuatro centenares de edificios que habían sido declarados entre 1844 y 1931, un solo Decreto, (la Orden de 3 de Junio de 1931 en realidad) incorpora casi novecientos a la lista*”.

La Real Orden de 10 de Octubre de 1850, “*marca la irrupción oficial en el control de la intervención en los edificios de interés por causas históricas o artísticas, prohibiéndose las variaciones de estilo*”⁵²¹.

Esta Orden prohíbe en los edificios de conocido mérito artístico, “*cualquier variación en la forma de la planta o en la ornamentación cuando sean cedidos a alguna Corporación o particular*”, permitiendo únicamente “*aquellas obras interiores*

⁵¹⁷ Ibidem.

⁵¹⁸ ALVAREZ-COCA GONZALEZ M .J. y LOPEZ GOMEZ P. op. cit. pag. 263.

⁵¹⁹ ORDIERES DIEZ I. op. cit.

⁵²⁰ FERNANDEZ MIRANDA M. op. cit.

⁵²¹ ORDIERES DIEZ I. op. cit.

necesarias de acuerdo con el objeto a que va ser destinada la edificación”, obras que sin embargo no podrán desarrollarse cuando exigiesen “derribar claustros, portadas, galerías y ornatos de conocido mérito artístico”.

También se proscribe que *“por ningún pretexto se alteren las formas o se supriman partes de sus fachadas existentes, ni se haga en ellas la más pequeña innovación, y se dispone que “si para su seguridad fuese necesario restaurarlas, se respete el pensamiento primitivo, acomodando las renovaciones al carácter de la fábrica y procurando que las partes antiguas y las modernas se asemejen y parezcan de una misma época”.*

Hasta esa fecha, según Ordieres, no se había realizado ninguna intervención verdaderamente restauradora salvo en dos casos, el Alcázar de Sevilla y la Alhambra, por ser edificios pertenecientes entonces al patrimonio de la corona y muestras señeras de la cultura árabe, muchos años despreciada.

Desde la Ley Moyano de 1854, y específicamente desde 1857, es la Real Academia de las Nobles Artes de San Fernando la que toma el control en todo lo referente a la conservación y restauración monumental, desapareciendo la Comisión Central, sin perjuicio de las competencias de los gobernadores civiles en orden a suspender las obras no conformes con la normativa. (R.O. de 10 de Octubre de 1850 y posteriormente en términos aún más tajantes, la Orden de 16 de Diciembre de 1873).

No obstante seguirá sin existir un *“plan razonado previo”* que *“solo un Catálogo General podía ofrecer, lo que deja traslucir las incoherencias del sistema”*.⁵²²

Incluso los bienes muebles empiezan a verse afectados por las diferentes normas; la Orden de 20 de Septiembre de 1895 somete a examen e informe de la Academia, la adquisición de obras de arte por el Estado.

En todo caso, Barrero dixit⁵²³, la normativa sobre bienes muebles se ha caracterizado porque *“centrada en la determinación del ejercicio de las facultades de transmisión, ha permanecido totalmente al margen de un aspecto tan importante como es el de la determinación del uso o destino que a los mismos ha de darse”*.

Pese a las constantes normativas que intentan regular su elaboración, (por ejemplo el *“Catálogo Monumental y Artístico de la Nación”* que pretendía crear la Real Orden de 1 de Junio de 1900 a iniciativa de Juan Facundo Riaño) hasta avanzado el siglo XX se echarán en falta *“inventarios mínimamente serios y razonados”*, fruto de organismos profesionales especializados y no de titánicos esfuerzos particulares, y esto conducirá a resolver apresuradamente las necesidades coyunturales que surgen en

⁵²² Ibidem.

⁵²³ BARRERO RODRÍGUEZ C. op. cit.

mayor o menor medida, a veces atendiendo a las presiones de quienes (Iglesia Católica principalmente) van a ver en esta vía, la única oportunidad de allegar los fondos necesarios para el mantenimiento y las reparaciones.⁵²⁴

Además se provocaba así un problema de canalización de fondos, dejando de atender obras de pequeña cuantía, pero imprescindibles para evitar el deterioro de edificios de enorme relevancia.

Ya en 1903, además de proponer la clasificación de los monumentos en cuatro categorías, nacionales, regionales, provinciales y municipales, Rodrigo Amador de los Ríos consideraba el sistema como “*patentes de destrucción sin responsabilidad*”, porque al estar obligado el Estado al mantenimiento y restauración, ni se hacía ni se dejaba hacer nada, sumiendo al monumento en el más inoperante de los abandonos.

A su juicio, en diagnóstico certero incluso para hoy en día si sustituimos a los prelados por otros grupos de presión, las declaraciones eran fruto de presiones de prelados y políticos, y si no se declaraban las catedrales, era para no cargar con los enormes presupuestos que ello representaría.⁵²⁵

Barrero aporta un diagnóstico coincidente, “*existen en efecto motivos razonables para sospechar que la aplicación real de estas normas fue muy limitada. Si a la resistencia por parte de la Iglesia a cumplir las normas provenientes del poder civil, se añade la propia dificultad que su aplicación práctica conllevaba, dado su asentamiento en conceptos de difícil concreción, “obras de alguna entidad”, “ser o no ser conforme con las reglas de la pericia y el arte”, objetos artísticos y arqueológicos”...⁵²⁶* .

Todo el período se caracteriza “*por el establecimiento de un orden jurídico de protección de los valores histórico-artísticos, cuya aplicación se encomienda a órganos especializados en la materia, las Academias de la Historia y de Bellas Artes y las Comisiones de Patrimonio, un sistema de intervención en la propiedad monumental reducido, bien es verdad, a los bienes públicos, pero que presenta sin embargo una extraordinaria relevancia, en cuanto supone la puesta de largo de una serie de técnicas sobre las que, ya en el siglo XX se va a asentar la protección del tesoro cultural en su conjunto*”.⁵²⁷

Pese a referencias aisladas (la R.O. de 1850 extiende la consulta a obras de arte de particulares en lo que afecta a fachadas, capillas y parajes abiertos al público, luego matizada en 1851, limitándola a edificios abiertos al mismo), durante toda esta época,

⁵²⁴ ORDIERES DIEZ I. op. cit.

⁵²⁵ Citado por ORDIERES DIEZ I. en ibidem.

⁵²⁶ BARRERO RODRIGUEZ C. op. cit.

⁵²⁷ Ibidem.

*“el propietario privado...no ve interferidas, limitadas o restringidas las facultades correspondientes a su derecho, en base a consideraciones artísticas o históricas”.*⁵²⁸

Aunque Barrero señale que en la Novísima Recopilación la titularidad pública o privada era indiferente (lo que desde luego es entendible desde el “a priori” de que la intervención en bienes privados apenas se planteaba), reconoce expresamente que *“tan solo los bienes de pertenencia pública y los de la Iglesia van a quedar sometidos a la acción tuteladora de los órganos de la administración artística, los de propiedad privada permanecerán al margen de ella”.*⁵²⁹

Cuando se promulgan disposiciones que no restringen su ámbito de actuación a la propiedad pública, *“su razón de ser no es intervenir en la propiedad privada, sino que es una reacción de la Administración al estado de devastación y deterioro del País”.* Y prueba de ello va a ser la ausencia de mecanismos de coerción a los propietarios y la falta de concreción de la riqueza.

La primera norma de rango legal con incidencia en la materia es la Ley de Excavaciones Arqueológicas de 7 de Julio de 1911, desarrollada reglamentariamente por Real Decreto de 1 de Marzo de 1912 y que se mantuvo vigente hasta 1985. Destacaremos a los efectos que nos ocupan que atribuye al Estado el derecho a realizar excavaciones en propiedad privada (con el correlativo derecho a indemnización del propietario), en la línea de introducir restricciones al derecho de propiedad que modifican sustancialmente la trayectoria seguida hasta entonces.

Sin embargo es la Ley de Monumentos de 4 de Marzo de 1915, el auténtico primer hito en la legislación general (strictu sensu) sobre el patrimonio cultural, aún y cuando como señala Alegre Avila,⁵³⁰ *“tuviese limitados efectos por la ausencia de disposiciones complementarias”.*

Esta Ley introduce la catalogación como técnica de identificación de los bienes a que afecta, señalando que *“se entiende por monumentos arquitectónicos históricos a los efectos de esta Ley, los de mérito histórico o artístico... que en todo o en parte sean considerados como tales en los respectivos expedientes”*, técnica de remisión administrativa que como veremos va a sentar costumbre en el legislador estatal y autonómico, la necesidad de autorización administrativa para proceder al derribo de inmuebles, (aunque en tres meses el Estado debía adquirir obligatoriamente el bien o permitir su derribo) el derecho de tanteo a favor del Estado y un programa ordenado de técnicas de fomento extraordinariamente similar (subvenciones y exenciones fiscales) a las que hoy desarrollan las diferentes administraciones. Eso si incapaz por si mismo, como refleja la doctrina de modo coincidente, de alcanzar los ambiciosos objetivos que esta y las sucesivas leyes se han marcado.

⁵²⁸ Ibidem.

⁵²⁹ Ibidem.

⁵³⁰ ALEGRE AVILA J.M. op. cit. Tomo I, pag.73.

El Real Decreto de 16 de Febrero de 1922 introduce las comisiones de valoración de los bienes, cuyo dictamen se exige como documento acreditativo a efectos de exportación de los bienes culturales, pero es el Decreto-Ley de 9 de Agosto de 1926, no por casualidad promulgado en época dictatorial y vigente siquiera sea parcialmente hasta 1985, el que constituye para Ordieres⁵³¹ el punto de partida de las medidas intervencionistas del poder público en el ámbito de la propiedad, introduciendo además la protección de los conjuntos históricos, aunque antes de la Guerra Civil el único así considerado fuese el de Granada en 1929.

Las principales características de este Decreto (conocido como Decreto-Ley Callejo), a juicio de Alegre “*de elevada altura y rigor técnico*”⁵³², van a ser el establecimiento del deber de conservación de los edificios, la prohibición de las alteraciones sin autorización y la importante novedad de conceder a la Administración la facultad de imponer la realización de obras, de ejecutarlas subsidiariamente e incluso la de expropiación.

En 1929 también se nos proporciona el primer ejemplo de organización profesional de la protección, cuando el Servicio de Monumentos Históricos divide el Estado en seis zonas, a cargo cada uno de un Arquitecto-Jefe.

El Decreto de 22 de Mayo de 1931 es la primera norma de la II República que incide sobre el patrimonio, anunciando ya algunas de las disposiciones que después va a recoger la Ley de 10 de Diciembre de 1931 sobre enajenación de bienes artísticos, arqueológicos e históricos de más de 100 años de antigüedad.

En particular se establece la necesidad de autorización para la enajenación de objetos de esta antigüedad, criterio de definición de los bienes culturales que va a crear escuela, y del que encontramos rastros en la normativa vigente, así como la prohibición de enajenar bienes del Estado. El Decreto de 3 de Junio de 1931 declara también determinados elementos de las diferentes provincias, “*monumentos histórico-artísticos*”.

La constitucionalización de la protección del patrimonio cultural comienza con la Constitución de 1931. Su artículo 45 dispone literalmente que “*Toda la riqueza artística e histórica del País, sea cual fuere su dueño, constituye Tesoro Cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado, que podrá prohibir su exportación y enajenación, y decretar las expropiaciones legales que estimare oportunas para su defensa. El Estado organizará un Registro de la riqueza artística e histórica, asegurará su celosa custodia y atenderá a su perfecta conservación. El Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico.*”

⁵³¹ ORDIERES DIEZ I. op. cit.

⁵³² ALEGRE AVILA J. M. op. cit, tomo I, pag. 77.

A este espíritu responde la Ley de 13 de Mayo de 1933, sobre defensa, conservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico Nacional o de Protección del Tesoro Artístico Nacional, de carácter progresista e intervencionista, que constituyendo un notable avance, no previó sin embargo suficientes contraprestaciones a los propietarios, (exenciones, ayudas...), aunque hizo un gran esfuerzo por dilucidar competencias y atribuir funciones, sin poder tampoco evitar ciertos solapamientos. Su reglamento de desarrollo fue aprobado por el Decreto 16 de Abril de 1936.

Tras el cataclismo de la guerra civil, el período de la postguerra se va a caracterizar por una clara involución.⁵³³

La tendencia reestructuradora con afanes propagandísticos va a ser inicialmente predominante, con un paradigma claro en la restauración del alcázar de Toledo (1948). El marco normativo de las actuaciones de este carácter va a ser el establecido por los Decretos de 9 de Marzo de 1940 y de 19 de Abril de 1941 sobre elaboración del Catálogo Monumental de España.

Mientras en la década 1931-1940 se habían declarado 125 monumentos, estando parte de ella absorbida por preocupaciones de muy diferente signo, en la de 1940-1950 el número de declaraciones desciende a 46.⁵³⁴ Ejemplos en nuestros territorios son la Torre de Ercilla de Bermeo y el Castillo de Muñatones de Muskiz, declarados “monumentos” en 1944.

El crecimiento incontrolado de los años 50 y la irrupción cada vez más fuerte del capital inmobiliario privado, van a contribuir durante estos años a un escasísimo interés patrimonial y a destrucciones incontroladas del tejido urbano histórico. Las características del Régimen hacen asimismo que impere el pragmatismo, acompañado de un prácticamente nulo desarrollo teórico.

No obstante, el Decreto de 22 de Abril de 1949, protege los “castillos de España”, inaugurando una línea de declaraciones por categorías de bienes, que será continuada por el 571/1963 de 14 de Marzo (“Escudos emblemas y cruces”) y el 499/1973 de 22 de Febrero (“Horreos o cabezos”).

En 1953 se publica además la segunda edición del Catálogo de Monumentos Declarados y sobre todo se promulga el Decreto de 12 de Junio, que en opinión de Alegre⁵³⁵ es “*la verdadera regulación unitaria del Inventario del Tesoro Artístico Nacional*” y en 1958 se va a crear la figura de los “monumentos locales y provinciales”, intentando reconducir la financiación de su preservación hacia las Entidades Locales. En 1962, como actuación arquetípica de este período, se procede a la declaración como

⁵³³ ORDIERES DIEZ I. op.cit.

⁵³⁴ Ibidem.

⁵³⁵ ALEGRE AVILA J.M. op. cit, tomo I, pag. 494.

conjunto histórico-artístico nacional del Camino de Santiago a su paso por Gipuzkoa y Alava.

Tras la etapa monumentalista y triunfalista, la necesidad de ofrecer alternativas culturales al incipiente turismo extranjero, va a promover la utilización hotelera de determinados edificios históricos (red de Paradores), aunque esta política se inició ya en tiempos de Alfonso XIII. Se diversifica así, como efecto adicional, el elenco de instituciones competentes en la materia y la subsiguiente descoordinación.

El hito fundamental de este periodo lo constituye la Ley de 22 de Diciembre de 1955 sobre conservación del patrimonio histórico-artístico, desarrollada parcialmente a su vez por sendos decretos de 22 de Julio de 1958 y de 11 de Julio de 1963. Finalmente la Ley 26/1972 de 21 de Junio, sobre defensa del tesoro documental y bibliográfico, completara el desarrollo normativo del período franquista, en lo que respecta al patrimonio cultural.

Ya en plena transición, poco antes de la aprobación de la Constitución, el Real Decreto 2832/1978 de 28 de Octubre reglamenta la aportación del comúnmente conocido como 1% cultural.

La responsabilidad de realizar inventarios recae a partir de los años cuarenta en el Instituto Diego Velázquez del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (C.S.I.C.). Entre los 36 que llegó a realizar, no figuran ni el de Bizkaia ni el de Alava, y solo se publicaron 8, el primero de ellos ya en época democrática, en 1981.⁵³⁶

A partir de la Constitución de 1978 y los Estatutos de Autonomía la protección pasa por un impasse, pese a un rápido e incompleto inventario informatizado que se realiza entre 1978 y 1979, que con las transferencias a las C.C.A.A. de la competencia protectora se va cubriendo a medida que producen éstas legislación propia y organizan sus servicios.

Recapitulando, podemos coincidir con la doctrina en que en lo referente al patrimonio cultural inmueble, el inicial planteamiento teórico sobre el alcance y naturaleza de la necesidad de su preservación surge en el siglo XVIII, la política protectora entendida como desarrollo de medidas prácticas en el XIX, referida eso si únicamente a la propiedad pública, sin inmiscuirse aún en el ámbito de la privada, y que es el XX el que por un lado constitucionaliza el deber (veremos en su momento en qué medida también el derecho) de protección, legisla (*strictu sensu*) específicamente sobre la materia, y desarrolla las técnicas de fomento surgidas durante los anteriores y otras innovadoras. En todo caso mediante un desarrollo normativo tan profuso como ineficaz, incapaz de lograr los objetivos que decía perseguir.

⁵³⁶ ORDIERES DIEZ I. op. cit.

3.5.3 LA PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL VASCO EN LA EPOCA DE UNIDAD CONSTITUCIONAL

Hemos señalado en el capítulo anterior que las leyes estatales se promulgaban pero no se cumplían, y que no figuraba entre las preocupaciones primordiales de ningún gobierno la protección del patrimonio cultural, incluso entendido de la mucho más restrictiva forma que hoy en día que es como se entendía entonces.

Si a lo anterior añadimos la práctica inexistencia de administración estatal en el País Vasco hasta avanzado el siglo XX, (excepción hecha del comisario político, llamado finalmente gobernador civil), y lo poco llamativo en el contexto español de su patrimonio más destacado según los cánones de entonces, caeremos fácilmente en la cuenta de que las normas estatales en materia de patrimonio cultural fueron “desconocidas” y casi nunca aplicadas con anterioridad al período franquista, pese a la desaparición del “pase foral” en 1841. (En el caso de la ley republicana, sin duda por las vicisitudes del Régimen)

De todos modos no cabe olvidar una forma indirecta de aplicación, particularmente respecto del patrimonio inmueble, cual fue la derivada de la formación académica y profesional de los técnicos que realizan o dirigen las intervenciones sobre los bienes culturales en el ámbito estatal, por la ausencia de centros educativos superiores en el País Vasco.

Los cánones por los que se va a guiar la actuación de estos profesionales van a ser, sobre todo a partir de la creación de las Reales Academias, una de cuyas principales tareas va a consistir precisamente en fijarlos, bien doctrinalmente o bien a través de sus actuaciones, los mismos que inspiran la elaboración de esas normas a que nos referimos.

Alguno de los principales arquitectos que trabajan en nuestro País pertenecerán incluso a la Academia de San Fernando y ejercerán en alguna medida funciones directas o indirectas de supervisión. (*“La primera vez que se tienen noticias de la intervención efectiva de la Academia en Bizkaia es cuando en 1777 se presentan los planos para reconstruir la iglesia de Santa María de Larrabetzu, tarea encomendada a Ventura Rodríguez.”*⁵³⁷)

El proceso ha sido ya descrito por la doctrina con anterioridad, *“el sistema de producción artística varía al cambio de los siglos XVIII-XIX. Ahora la fuerza productora son los canteros-labrantes que ya no trazan, ni tasan como antes; tan solo*

⁵³⁷ BARRIO LOZA J. A. (dir). op. cit. tomo III. Bilbao y su entorno-Encartaciones, pag. 47.

*son oficiales de cantería o de carpintería que obedecen los dictados de titulados superiores, los arquitectos de la Real Academia de San Fernando”*⁵³⁸.

Todo ello nos obliga a recurrir a las normas emanadas de las propias instituciones vascas, para encontrar los testimonios normativos referentes a este período. Pero en este caso la crisis del Régimen Foral, acabó privando a sus órganos legislativos de la capacidad de promulgarlos, y hasta de su propia existencia. (En 1877 en los territorios vascongados). Nos quedan pues las Diputaciones, el órgano ejecutivo, como fuente de la que extraer los rastros del régimen que era de aplicación.

Una característica común a las Diputaciones vascongadas de la época es su relativamente escasa producción normativa. Son fáciles de señalar algunas de las causas principales de este fenómeno. Desde luego que algunas de ellas son el escaso aparato administrativo y la vocación liberal y poco intervencionista de las instituciones públicas de la época, lejos aún del moderno estado del bienestar, que les hacía recurrir por doquier a técnicas de fomento de dudosa eficacia, antes que a mecanismos de coerción.

Pero sobre todo, son en nuestro caso la ausencia de un órgano legislativo fiscalizador y más aún la incertidumbre en que se movían los entes forales, tanto en lo que hace a sus competencias tras la abolición foral y la implantación del régimen concertado, como en lo que se refiere a su propia supervivencia, lo que les inducía a recurrir por un lado a la intervención discreta y oculta, incompatible por tanto con la seguridad jurídica y la transparencia que caracterizan a la norma debidamente promulgada y publicada, y por otro, a intentar más que normar, evitar la aplicación de la normativa ajena o reservarse su interpretación y ejecución, invocando excepciones de diverso origen y esperando tiempos mejores.

El espíritu que guiaba a los diputados está muy bien expresado por uno de ellos, el liberal Orueta, cuando afirma que *“es fundamental para la autonomía de las Diputaciones el que sean ellas quienes en último término interpreten sus Reglamentos y Ordenanzas; aparte de la merma que sufre el prestigio de las Diputaciones haciendo intervenir con el carácter que ahora se intenta al Poder central, del cual no esperan llegue el mejoramiento de la moralidad y rectitud de aquellas”*.⁵³⁹

La consecuencia lógica de todo lo apuntado y del hecho de que la inserción del País Vasco en el ordenamiento constitucional se tenía en éste por provisional y controvertida con la consiguiente incertidumbre, es que la protección del patrimonio cultural, en lo que no fuese utilizable en la controversia primordial, no constituía ni mucho menos preocupación fundamental para las autoridades de la época.

⁵³⁸ BARRIO LOZA J. A. (dir). *Bizkaia. Arqueología, urbanismo y arquitectura histórica. Tomo I. Duranguesado Arratia-Nervión*. Ed. Diputación Foral de Bizkaia-Universidad de Deusto. Bilbao. 1990. Pag. 137 y 373.

⁵³⁹ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA J. (dir). *La articulación político-institucional de Vasconia. Actas de las “Conferencias” firmadas por los representantes de Alava, Bizkaia, Guipúzcoa y eventualmente de Navarra (1775-1936)*. Ed. Diputación Foral de Bizkaia. Colección de Textos Forales. vol. VI. Bilbao. 1995, pag. 1221-1222. Acta de la Sesión de 14 de Octubre de 1916.

Ello derivó a su vez en la desprotección del patrimonio, dejado al albur de la actuación de propietarios más o menos sensibles o estudiosos con mayor o menor capacidad de convicción.

Las “Conferencias” en que se reunían las Diputaciones de Alava, Bizkaia y Guipúzcoa, y eventualmente la de Navarra, solo se ocuparon tangencialmente de cuestiones relacionadas con la protección del patrimonio cultural. Teniendo en cuenta que en ellas se trataban los asuntos que preocupaban prioritariamente a sus autoridades, y entre ellos y preferentemente los inconvenientes derivados de los intentos de aplicar en territorio vasco la legislación estatal, deja poca duda que en sede de patrimonio cultural, ésta no se aplicó (lo que evidentemente creemos en virtud de lo anteriormente señalado) o generó poca controversia.

No es que cuestiones de índole cultural no fuesen tratadas en las Conferencias. En la sesión de 12 de Febrero de 1840⁵⁴⁰ se propone erigir un monumento y emitir medallas conmemorativas del Convenio de Bergara (convocando un concurso público de diseño) y la cuestión se vuelve a tratar en las de 21 y 31 de Agosto del mismo año, 31 de Agosto de 1841, y 31 de Agosto de 1843, señal de la relevancia (sobre todo simbólica) que les merecía a los diputados, en su afán por sacralizar una determinada interpretación del acontecimiento.

González de Durana⁵⁴¹ define acertadamente a nuestro juicio este propósito, la función que el arte debía cumplir, desde este punto de vista, era la de “*una exclusiva tarea política a través de la pedagogía de la Historia*”. Así en la sesión de 25 de Enero de 1850⁵⁴² se acuerda proponer la concesión de un premio de investigación histórica sobre la “*historia de la última guerra civil*”, otro de novela histórica y un tercero de biografías “*de ilustres varones antiguos y modernos del solar vascongado*”.

El 14 de Enero de 1859⁵⁴³, reunidas las Diputaciones en Tolosa, estudian el proyecto de restablecimiento de la Real Sociedad Vascongada de Amigos del País (lo que también harán en 1863) y el 20 de Junio del mismo año, promover una suscripción para terminar las obras del Santuario de Loyola, en 1862 de una subvención “*para el archivo de la Excelentísima Audiencia*” de Gipuzkoa, así como de instar a su Majestad “*solicitando la creación de un archivo general de tierras públicas*” de los de los artículos 36 y 37 de la Ley del Notariado”.

En sesión de 22 de Febrero de 1867 se acuerda estudiar el proyecto de Universidad Vasco-Navarra (que también será objeto de análisis en sendas

⁵⁴⁰ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA J. (dir). op. cit. vol. VI. Bilbao. 1995. Tomo 1, pag. 300

⁵⁴¹ GONZALEZ DE DURANA J. *Ideologías artísticas en el País Vasco de 1900. Arte y política en los orígenes de la modernidad*. Ed. Ekin. 1992.

⁵⁴² AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA J. op. cit. pag. 454.

⁵⁴³ Ibidem, pag. 539.

Conferencias celebradas en Madrid, las de 29 de Enero y 17 de Febrero de 1868) y se promueve la reimpresión de la obra “Historia de la Legislación y Recitaciones del Derecho Civil de España”, así como que las Diputaciones adquieran ejemplares de obras de Pedro Novia de Salcedo y Arístides de Artiñano.

También la representación de Bizkaia hace presente que su comisión de monumentos históricos y artísticos ha reclamado al Señorío “*fondos para atender a los objetos de su instituto*” y la Conferencia acuerda “*que cada Diputación obre en casos iguales con la discreción que exija la verdadera conveniencia del País*”⁵⁴⁴.

En 1902, (Conferencia del 19 de Noviembre) se analiza el Real Decreto del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes de 2 de Septiembre de 1902, y su pretensión de que se cree en cada provincia una sección de tal nombre, y se acuerda por unanimidad, elevar un recurso para que “*se exceptúe a estas provincias del cumplimiento de las disposiciones que contiene el Real Decreto*”, invocando la autonomía legalmente reconocida y reputándolo una “*intrusión*” en su régimen económico-administrativo.⁵⁴⁵

En 1906 se trata sobre la creación de una Academia de la Lengua Vascongada y en 1907 sobre defender la autonomía universitaria, de cara a la erección de la tan ansiada universidad, invocando “*el derecho inmanente de las provincias Vascongadas a mantener su vida propia, de la cual era expresión del idioma nativo*” (sic).⁵⁴⁶

El primer proyecto de Estatuto de Autonomía del País Vasco, al menos el primero que se autodenomina de tal manera, “*Estatuto Orgánico de la Autonomía Vasca*”, el propuesto por la Diputación de Bizkaia a la Conferencia de 19 de Noviembre de 1918, recoge en su artículo 4-C la aspiración a “*Dictar y ejecutar las disposiciones gubernativas y administrativas que afecten a...bellas artes* (entre otras muchas materias) señalando además que “*en relación con estas materias, fijar las instancias, procedimientos y recursos que puedan utilizarse, tanto por la vía gubernativa como en la contencioso administrativa*”, manifestación expresa de la concepción latente de que la protección del patrimonio cultural vasco debía formar parte del acervo competencial de las instituciones vascas. El informe de la subponencia parlamentaria de 1919 (Senante, Orueta, Chalbaud) también propone el mismo régimen competencial.

En la sesión de 19 de Mayo de 1926, se analiza la disposición del Ministerio de Fomento por la que se ordena a las Diputaciones la fundación de bibliotecas populares. Es significativa la reacción de los diputados vascos, “*el asunto no tiene trascendencia para entablar una reclamación*” (¿ por razón de la materia ?) “*aparte de que en la práctica cree que no se ha exigido el cumplimiento de la mencionada disposición; y si*

⁵⁴⁴ Ibidem, pag. 638.

⁵⁴⁵ Ibidem, tomo II, pag. 947

⁵⁴⁶ Ibidem, pag. 1047.

llegase este momento, las Diputaciones podrían dar el carácter de populares a las varias bibliotecas que subvencionan".⁵⁴⁷

Significativa es esta reacción en varios sentidos, en el de conceder escasa relevancia a la cuestión, en el de entender que es una intromisión en las propias competencias, en el de reconocer que estas normas no se aplican, y en el de aducir en último extremo, que la propia actuación ya coadyuva suficientemente al cumplimiento de los objetivos perseguidos por la norma.

Un ejemplo similar es la solicitud de inaplicación en los territorios vascos del Real Decreto de 23 de Julio de 1925 sobre constitución de las Cámaras Oficiales del Libro, instada a las Diputaciones por el Gremio de Libreros e Impresores de Vitoria.⁵⁴⁸

La variedad de referencias recogidas sobre inquietudes culturales de las Conferencias, no nos debe llevar a engaño. Por un lado hay que recordar que se celebran a lo largo de un período muy amplio, (1775-1936) y que el total de sesiones es también muy numeroso, aún y cuando a la vista de lo anterior no lo sea tanto. Y por otro tampoco es ocioso advertir que el celo defensor del propio interés y competencia, y la resistencia estatal dificultaban los acuerdos que exigiesen conductas activas comunes, por lo que algunos asuntos se dilatan en el tiempo y son objeto de alusiones repetidas.

Además, muchas de las iniciativas no se vieron coronadas por el éxito; ni el monumento conmemorativo del Convenio de Bergara llegó a erigirse, ni la Universidad Vasco-Navarra vio nunca la luz, a menos que consideremos como tal la surgida de forma efímera en 1936, que tuvo que esperar para nacer a la existencia de un Gobierno Vasco, la R.S.B.A.P. no fue restablecida sino mucho más tarde, y los fondos reclamados por la Comisión de Monumentos bizkaína, aún hoy se echan a faltar en cierta medida, como en su momento veremos.

Las obras de referencia sobre las finanzas públicas⁵⁴⁹ y la actividad institucional de la Diputación de Bizkaia⁵⁵⁰ a lo largo de este período, ejemplo fácilmente extrapolable a las restantes, contienen en la misma línea escasas o nulas referencias a actividad institucional en la materia que nos ocupa.

Agirreazkuenaga se refiere tan solo a gastos en actividades educativas (financiación del Colegio Vizcaya, cátedra de euskera en el Instituto de Segunda Enseñanza, Escuela Normal...) y a proyectos de creación de una biblioteca y un museo

⁵⁴⁷ Ibidem, pag. 1316.

⁵⁴⁸ Ibidem, pag. 1337. Acta de la Sesión de 17 de Marzo de 1927.

⁵⁴⁹ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA J. *Vizcaya en el siglo XIX: las finanzas públicas de un estado emergente*. Ed. U.P.V.-E.H.U. 1987.

⁵⁵⁰ ALONSO OLEA E. J. *Continuidades y discontinuidades de la Administración Provincial en el País Vasco. 1839-1978. Una esencia de los Derechos Históricos*. Ed. I.V.A.P. 1999.

de Bizkaia en 1848, y de una “Universidad Católica”, que no resistieron las apreturas económicas.⁵⁵¹

Alonso Olea por su parte, además de los anteriores, se refiere a otros gastos de instrucción pública como la creación de la Escuela de Ingenieros y la financiación parcial de las Escuelas de Artes y Oficios de diversos municipios o las Escuelas de Barriada, imitadas por las Rurales gipuzkoanas.

Sin embargo no encontramos menciones a gastos relacionados con el patrimonio cultural, como no sean las subvenciones, de importancia progresivamente creciente, que a partir de la segunda década del siglo XX, se conceden a entidades como la Sociedad de Estudios Vascos-Eusko Ikaskuntza, Euskaltzaindia, o la Revista Internacional de Estudios Vascos.

Pese a todo, la tradicional preocupación por los elementos simbólicos estará siempre presente. A partir de 1891 la Diputación lleva a cabo un esfuerzo de restauración y ornamentación de la Casa de Juntas, que culminará con la colocación de las vidrieras diseñadas por Guiard. De hecho algún autor⁵⁵² sostiene, muy discutiblemente, que *“esta intervención es la primera de la que se tiene noticia en relación con la protección y respeto que merecen ciertos edificios monumentales de valor histórico y artístico por parte de las instituciones públicas”*.

No hay diagnóstico más verosímil que el que realizan algunos de los propios protagonistas.

Diversos apoderados en Juntas Generales de Bizkaia presentan una moción el 3 de Octubre de 1876, en la que tras lamentar que los vascos tuviesen su País, *“desprovisto y escueto...en punto a monumentos históricos y obras de arte”*,⁵⁵³ proponen la creación de dos premios *“destinados a recompensar el mérito artístico demostrado en la composición de dos cuadros, cuyos asuntos sean hechos muy notables de la historia del Señorío”*, reservado por cierto a artistas vascos, lo que para González de Durana, quizá exageradamente, constituye un intento de *“crear un único y exclusivo ámbito artístico en el País Vasco peninsular”*.⁵⁵⁴

En sentido coincidente, el conocido crítico Juan de la Encina (Ricardo Gutiérrez Abascal) señalaba que *“el País Vasco no tiene ninguna tradición artística”*⁵⁵⁵ y Quadra Salcedo que *“el ejercicio de las artes plásticas no ha sido actividad genuina de Vasconia...en lo antiguo ese ejercicio se redujo probablemente a simple menester de*

⁵⁵¹ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA J. op. cit. pags. 519-521

⁵⁵² GONZALEZ DE DURANA J. op. cit. pag. 53.

⁵⁵³ GONZALEZ DE DURANA J. op. cit. pag. 21

⁵⁵⁴ Ibidem, pag. 24.

⁵⁵⁵ DE LAENCINA J. *“Exotismo Artístico”*. Rev. Hermes. Marzo de 1917.

artes industriales, cantería talla de madera o forja artística de hierro".⁵⁵⁶ Otros testimonios lamentan " *la poca importancia que entre nosotros se concede a la laudabilísima y reproductiva costumbre de estimular y ayudar en el estudio por medio de pensiones a aquellos jóvenes en quienes se descubren manifiestamente aptitud y vocación para la carrera artística.*"⁵⁵⁷

Una valoración singularmente interesante es la de P. Madrazo que en 1886 escribe en relación con el patrimonio cultural navarro, que " *falta en el camelerum onus de nuestras disposiciones administrativas, una ley que ampare estos monumentos que no son susceptibles de restauración (se refiere al Monasterio de Iranzu) y que deben conservarse a toda costa para el estudio del arte y su historia. El Estado carece de recursos para restituirles la integridad perdida, porque son muchos, y muy escaso por otra parte el presupuesto que la nación vota para la conservación y restauración de los que pueden ser destinados a objetos útiles...*

A poca costa se puede lograr que las ruinas se mantengan en su actual estado, removiendo las causas que en ellas obran de continuo para acabar de destruirlas y será digna de llamarse civilizada una nación que por medio de una ley, destine una pequeña parte de su presupuesto a la conservación de esos inválidos del arte monumental como tales inválidos".

No faltan por último testimonios adelantados a su época, como el de uno de los arquitectos que mejor huella ha dejado en el urbanismo de Bizkaia, Manuel M^a Smith Ibarra, que en la ponencia sobre "Urbanizaciones" presentada al I Congreso de Estudios Vascos de 1918 escribe que " *será difícil, como ya hemos dicho antes corregir errores del pasado y aunque conociéndolos deberá conservarse por lo menos en parte su estado actual, por constituir hoy muchos pueblos defectuosos pintorescas combinaciones, pesando siempre las ventajas e inconvenientes para seguir el mayor número de las primeras*", añadiendo acto seguido que " *pero en los tiempos que corremos es peligrosísimo dejar al azar gracioso los resultados y también hay que limitar con discreción el respeto a las cosas viejas; dice Emile Magne en L'Esthetique des Villes, es en verdad un deber guardar y entretener con veneración las ruinas, son el testimonio de nuestra historia...pero también hace falta escoger entre ellas, no mostrar fetichismo superfluo...será siempre más loable el haber hecho espacio con arreglo a la higiene y al aire recordando un hecho histórico por un placa de mármol, que haber conservado en su fisonomía primitiva un bloque de casas donde residen la hediondez y la peste*"⁵⁵⁸.

Así, dice en la misma línea, " *iremos completando las bases de nuestra nueva urbanización y ensanche, haciendo compatibles las atenciones de necesidad vital referidas, con el mayor éxito de estética*".

⁵⁵⁶ QUADRA SALCEDO F. *La trama del arte vasco*. Bilbao. 1919.

⁵⁵⁷ "De arte" en Rev. EUZKADI, n^o2, mayo de 1905, citado por GONZALEZ DE DURANA J. op. cit. pag. 83.

⁵⁵⁸ Citado en PALIZA MUNDUATE M. *Manuel M^a Smith Ibarra. Arquitecto (1979-1956)*. Ed. Diputación Foral de Bizkaia. Bilbao. 1988, pag. 808.

En términos generales, “claro es que los puntos de interés histórico o belleza natural deben conservarse...en Francia y en Prusia hay sociedades que se encargan, con grandes resultados, de guardar estas bellezas....desde luego está al alcance de todos lo lamentable que es desfigurar un paraje encantador con grandes edificios, enorme tendría que ser su necesidad de justificarlos”.⁵⁵⁹

Todos los testimonios confirman de una u otra manera, las afirmaciones inicialmente expuestas en este capítulo, las instituciones vascas de la época neoforal y concertada mostraron escasa preocupación por la protección del patrimonio cultural, dejaron a un lado la producción normativa al respecto, e intentaron, (con éxito) por motivos políticos de defensa del autogobierno, evitar la aplicación de la incipiente normativa estatal. Ello derivó en la desprotección del patrimonio cultural vasco, que sufrió además las consecuencias de desarrollarse en territorio vasco buena parte de los acontecimientos bélicos de mediados y finales del XIX.

No fue prácticamente hasta el franquismo, cuando la desaparición del Concierto Económico en Bizkaia y Gipuzkoa y la privación consiguiente de las competencias económico-administrativas que a su vera habían retenido las Diputaciones, (incluso aunque en mucha menor medida, en el caso de Alava y Navarra), desembocó en la plena implantación de la administración estatal española en los territorios vascos y en la no menos plena y privada de singularidad, aplicación de su legislación.

Esto se tradujo, en materia de patrimonio cultural, en que pueda extrapolarse sin ningún reparo respecto del vasco lo ya señalado en torno al español, y el análisis que sobre este período realiza la doctrina, a cuyos representantes más significativos nos hemos ya referido repetidamente.

El resultado de esta política, el punto de partida al que se enfrentan las modernas administraciones democráticas postconstitucionales ha merecido diferentes calificativos.

En materia de patrimonio documental. Domenech⁵⁶⁰ refiriéndose a Bizkaia, escribe que “es muy posible que desde los tiempos de Iturriza (siglo XVIII) no se intentara llevar a cabo un esfuerzo conjunto por organizar nuestros fondos municipales” y que (en 1983, antes de las inundaciones,)“los archivos...estaban en tal mal estado que simplemente con la limpieza previa los municipios ya se dieron por satisfechos; al menos se podía entrar en el depósito”, todavía en 1988 añade esta autora, “solo un 28% de los archivos municipales poseen inventario de los fondos”.

⁵⁵⁹ Ibidem, pags. 813-814.

⁵⁶⁰ DOMENECH B. op. cit. pag. 37.

Respecto del patrimonio bibliográfico, oigamos la voz autorizada de Santoyo Mediavilla “*gran parte del patrimonio bibliográfico vasco (navarro) de estos siglos XV y XVI se ha perdido ya de manera irrecuperable*”. Durante siglos, “*prácticamente hasta ayer mismo, no se ha dado importancia al valor patrimonial de los productos de la imprenta, los cuales, sin embargo, son testigos excepcionales, a veces únicos, de un determinado momento histórico, cultural, artesanal, artístico o religioso*”. Si a ello “*sumamos el hecho de que el papel es un elemento delicado, y por muchas causas perecedero, quizá tengamos ya las dos razones que mejor justifican la pérdida aludida*” Y, “*si buena parte de este patrimonio ha desaparecido, -o ha quedado reducido a uno o dos ejemplares- la razón no fue, desde luego, que las tiradas resultarán en la época muy escasas, ni en el País Vasco ni en Navarra*”. Al contrario, “*sorprende en ocasiones lo generosas que llegaban a ser*”⁵⁶¹.

Martija⁵⁶² lamenta respecto de las ermitas, “*ver como se vienen abajo las techumbres de algunos de nuestros venerados templos. Son bastantes los que se encuentran hoy en estado ruinoso. También hemos visto, con pena, ermitas aprovechadas para establo de animales, adosando un pesebre a sus paredes interiores y usando lo que fue altar como almacén*”. Aunque no cierra las puertas a la esperanza, “*son muy laudables y meritorias las tareas de restauración que se han emprendido.... Es bastante larga, afortunadamente la lista de ermitas restauradas en estos últimos años. Y se ha hecho, en la mayoría de los casos, con asesoramiento técnico*”.

Barrio Loza y sus colegas coinciden en afirmar que “*los pequeños templos han ido desapareciendo a medida que crecía la dimensión urbana del territorio*” y que las iglesias más antiguas por otra parte, “*apenas nos son conocidas, ya que ampliaciones y reformas posteriores han modificado totalmente su imagen originaria*”.⁵⁶³

Los palacios no han sufrido mejor trato. “*Nada queda en la comarca (Gran Bilbao) de posibles palacios góticos, ni aún renacentistas, como no sea en los últimos compases del manierismo a lo romano*”⁵⁶⁴. Sobre las torres, y aunque las agresiones que sufren no son de ahora, ya que la “*violenta actividad antibanderiza de la hermandad vizcaína a mediados del siglo XV*” (y lo mismo podríamos decir de otros territorios) “*se saldó con el derribo de muchas fortalezas*”⁵⁶⁵, testimonios bien documentados refieren respecto a Bizkaia que el catálogo está “*hoy muy menguado porque durante siglos su obsolescencia o la desidia de los dueños y demás responsables se ha vuelto contra ellas hasta hacerlas desaparecer en demasiadas ocasiones...muchas de las que*

⁵⁶¹ SANTOYO MEDIAVILLA J.C. “*La imprenta en el País Vasco: breve panorama histórico*” en I Seminario sobre Patrimonio Bibliográfico Vasco. Gobierno Vasco-Fundación Sancho el Sabio. Vitoria-Gasteiz. 2005, pag. 111.

⁵⁶² MARTIJA LEJARRETA E. *Ermitas en el paisaje de Vizcaya*. Ed. Caja de Ahorros Vizcaína. Colección Temas vizcaínos, nº 85. Bilbao. 1982. págs. 52-54.

⁵⁶³ BARRIO LOZA, José Angel (dir). op. cit. tomo III. Bilbao y su entorno-Encartaciones, págs. 29 y 50.

⁵⁶⁴ Ibidem, pag. 63.

⁵⁶⁵ GONZALEZ CEMPELLIN J.M. *Torres de las Encartaciones*. Ed. Diputación Foral de Bizkaia. Bilbao. 2004. vol.1, pag.29.

hoy existen no son más que ruinas, y pocas las restauradas y reutilizadas para otras funciones”.⁵⁶⁶

Concretamente el documentado estudio de J.M. González Cembellín respecto de las de la comarca bizkaína de las Encartaciones, revela una estadística elocuente, 47 torres conservadas, en diverso grado de conservación que incluye hasta las que solo son ruinas de cierta entidad, y 81 desaparecidas de entre las perfectamente documentadas.

Y de los caseríos se ha escrito, por ejemplo respecto de los del Duranguesado, que *“ninguno ha mantenido íntegramente su aspecto original”*⁵⁶⁷, o que varios de los de tipo oblongo *“han llegado en un estado lamentable al siglo XXI pero son reconstruibles en lo esencial”*⁵⁶⁸, de la vivienda de la villa medieval, que *“mucho más endeble por estar construida con materiales más perecederos, ha desaparecido totalmente”*⁵⁶⁹, de los hórreos que *“hoy en día han sido masivamente derruidos y los escasos supervivientes, perdida su función original, han visto tapiado el hueco entre sus pilares”*⁵⁷⁰, de las ferrerías que *“de las ciento cincuenta que existían en activo en Bizkaia a fines del XVIII, los únicos restos mecánicos significativos que se conservan son los de la Ferrería de El Pobal”* (Mirandaola o Agorregi como escasos ejemplos asimismo en Gipúzkoa) que *“ha conservado sus instalaciones mecánicas”*⁵⁷¹ o que *“tan solo contamos con dos únicos ejemplos cuyos restos se mantienen en la actualidad”*⁵⁷² en referencia a la Cuadrilla de Campezo-Montaña Alavesa.

Los molinos” *no han corrido mejor suerte: tan solo unos pocos se mantienen en uso, mientras que la gran mayoría han sido total o parcialmente desmantelados”*⁵⁷³. Los de las Encartaciones concretamente, recibieron el golpe de gracia en las inundaciones de 1981; *“los que se vieron afectados por la violencia del aluvión no se repararon y en tan solo diez años han llegado a convertirse en ruina”*.⁵⁷⁴

Testimonios análogos aporta la obra de Palacios Mendoza sobre las instalaciones de las economías preindustriales, cuyo estudio *“en su vertiente constructiva o arquitectónica ofrece no pocos problemas...debido a la práctica total desaparición”*,⁵⁷⁵

⁵⁶⁶ BARRIO LOZA J. A. *“La casa del guerrero. Las torres fuertes”* en Etxea. Ed. Diputación Foral de Bizkaia. Bilbao. 2002, pag. 10

⁵⁶⁷ BARRIO LOZA J.A. (dir). *Bizkaia. Arqueología, urbanismo y arquitectura histórica. Tomo I. Duranguesado Arratia-Nervión*. Ed. Diputación Foral de Bizkaia-Universidad de Deusto. Bilbao. 1990, pag. 88

⁵⁶⁸ BARRIO LOZA J.A. *“La casa del labrador. Los caseríos”* en Etxea. op cit. pag. 23.

⁵⁶⁹ Ibidem, tomo II, pag. 57.

⁵⁷⁰ Ibidem, pag. 86.

⁵⁷¹ Ibidem, pags. 90, 314 y tomo III, pag. 97.

⁵⁷² PALACIOS MENDOZA V. *Patrimonio arquitectónico en la Cuadrilla de Campezo-Montaña Alavesa. Elementos menores*. Ed. Gobierno Vasco-Diputación Foral de Alava-Cuadrilla de Campezo-Montaña Alavesa. Vitoria-Gasteiz. 2003, pag. 93.

⁵⁷³ BARRIO LOZA J.A. op. cit. pag. 90.

⁵⁷⁴ Ibidem, tomo III, pag. 412.

⁵⁷⁵ PALACIOS MENDOZA V. *Patrimonio arquitectónico en la Cuadrilla de Campezo-Montaña Alavesa. Elementos menores*. Ed. Gobierno Vasco-Diputación Foral de Alava-Cuadrilla de Campezo-Montaña Alavesa. Vitoria-Gasteiz. 2003, pag. 93.

caleros y tejas, “cuya desaparición física es, a día de hoy, absoluta, hasta el punto de no permanecer –siquiera- la impronta sobre los espacios físicos donde se ubicaban”⁵⁷⁶, abejas, “un lastimoso deterioro y desaparición se ha adueñado de estas pintorescas construcciones”⁵⁷⁷, canales, “dado el grado de abandono y conservación que presentan estos ingenios hidráulicos, no es extraño que la mayor parte... se hayan perdido por la parcelación de tierras, o, si persisten se dediquen a otros usos como regaderas etc”⁵⁷⁸, cruces, “el número de cruces desaparecidas en todo el ámbito geográfico del territorio alavés es notable y dentro de las que actualmente se mantienen, la situación para determinadas unidades no es muy halagüeña”⁵⁷⁹, o presas, “el mal estado en que encuentran las presas que estudiamos dificulta enormemente el tomar datos fidedignos de las características y dimensiones, -longitud, anchura y altitud- de tales obras”⁵⁸⁰.

Lo mismo puede decirse de las murallas, en casos como Bermeo, Gernika, Errigoiti, Plentzia, Mungia, Bilbao, y en general en casi todas las villas bizkainas en las que “prácticamente nada queda de todo ello”,⁵⁸¹ aunque no sea así en otros territorios vascos en los que se conservan en diversos lugares, o de las casas-torre que han sobrevivido, (dado que “la mayor parte de estas construcciones han desaparecido o sufrido deterioros irreversibles”⁵⁸²) respecto de las que si “su primitivo aspecto no debía diferir mucho del que ha llegado hasta nosotros...se ha producido un importante cambio cualitativo: el paso progresivo de la madera a la piedra”⁵⁸³.

En relación con los caminos y comunicaciones es válido con carácter general el diagnóstico de Portilla sobre los alaveses, “estos nuevos caminos, seguidos de las carreteras de hoy, construidos algunos sobre tramos de calzadas romanas y muchos sobre rutas medievales, desfiguraron en gran parte la red vial que conocieron los peregrinos y viajeros... durante la Edad Media”,⁵⁸⁴ algo a lo que modernamente han contribuido la concentración parcelaria y las autopistas.

Sobre el patrimonio industrial vasco, la voz de una de sus mejores conocedoras, M. Zabala, clama que “tenemos un patrimonio industrial muy valioso, pero hace falta inversión, voluntad e imaginación....basta viajar en el Chimbiteo por la Ría (de Bilbao) para descubrir que ha desaparecido el 70% del patrimonio industrial...hay poquísimos elementos industriales que cuenten con protección, lo que hace que el patrimonio industrial sea muy frágil, muy vulnerable ante intereses urbanísticos”⁵⁸⁵.

⁵⁷⁶ Ibidem, pag. 93.

⁵⁷⁷ Ibidem, pag. 115.

⁵⁷⁸ Ibidem, pag. 251.

⁵⁷⁹ PALACIOS MENDOZA V. *Patrimonio arquitectónico en la Cuadrilla de Salvatierra. Elementos menores*. Ed. Gobierno Vasco-Diputación Foral de Alava-Cuadrilla de Salvatierra. Vitoria-Gasteiz. 2002, pag. 95.

⁵⁸⁰ Ibidem, pag.269.

⁵⁸¹ BARRIO LOZA J.A. *Etxea*. op cit. pags. 272-273 y 497.

⁵⁸² Ibidem. tomo III, pag. 59.

⁵⁸³ Ibidem, pag. 273

⁵⁸⁴ PORTILLA, M.J. *Por Alava a Compostela*. Ed. Diputación Foral de Alava. Vitoria. 1991, pag. 24.

⁵⁸⁵ ZABALA M. Entrevista de O.Barrio. Rev. Con-Margen, nº10. 2007.

Y por finalizar con los cementerios, al modo cómo lo hemos todos de hacer según el viejo verso grabado en uno de los bizkainos, “no hay ciencia, poder ni maña, que del filo de la guadaña, eximir a nadie pueda, resígnate y a Dios ruega”, se ha escrito acertadamente que “el interés por la arquitectura y el patrimonio no ha tenido hasta fechas cercanas su correspondencia hacia el lugar fúnebre del mundo contemporáneo: el cementerio extra ecclesiam”⁵⁸⁶

Raros son los estudios que han incluido el patrimonio mortuario entre los objetos de análisis y todavía más inusuales las disposiciones administrativas que se refieren específicamente a él.

El diagnóstico de opinión autorizada como la de Jose Ignacio Lasagabaster es rotundo; “no, el patrimonio no es de todos. Al menos por ahora entre nosotros. Por un lado, el acceso a su conocimiento está vedado a una buena parte de la sociedad....por otro lado, los inventarios de nuestro Patrimonio Artístico aún no se encuentran completos o actualizados y tampoco se ha realizado una evaluación exhaustiva sobre su estado de conservación...un ejemplo de ello es la precaria situación en que se encuentra buena parte del abundante patrimonio religioso alavés, gravemente acuciado por la falta de mantenimiento, la incuria y el abandono, por razones varias de compleja solución”⁵⁸⁷, por razones de esta índole, “todavía no conocemos a fondo la realidad de los elementos que componen nuestro patrimonio construido y ello a pesar de los esfuerzos realizados en los últimos años desde que comenzamos de manera sistemática a identificarlo y catalogarlo”⁵⁸⁸.

Por otra parte “tengo mis dudas sobre la profundidad de esta novedosa (por lo generalizada) actitud respecto de nuestro patrimonio construido. Si de moda se tratara y no de tendencia consolidada, como sería de desear, percibo algunos matices negativos que también alarmantemente coinciden con mi manera de percibir lo que está sucediendo. La moda es, por definición, una actitud percibida como superficial por lo cambiante y efímero de sus manifestaciones. Así algunos indicadores de las actitudes culturales ante la conservación del Patrimonio Construido podrían fácilmente ser consideradas de esta manera. ¿ No se priman a menudo los aspectos meramente formales en la percepción social del mismo ? ¿ Acaso no se desea a menudo evitar la profundización en la documentación o conocimiento de una construcción o edificio histórico por temor a que ese conocimiento contradiga determinadas certezas o decisiones funcionales o formales asumidas a priori ?

Y continua, ¿ No se mantienen todavía a menudo, criterios de intervención totalmente desconectados de las metodologías científicamente avaladas en los foros especializados ? ¿ No es cierto que los ritmos de intervención en el patrimonio, las más

⁵⁸⁶ MADARIAGA I. “La casa de los silenciosos. El cementerio” en Etxea. op. cit. pag. 61.

⁵⁸⁷ PALACIOS MENDOZA V. *Patrimonio arquitectónico en la Cuadrilla de Laguardia-Rioja Alavesa. Elementos menores*. Ed. Gobierno Vasco-Diputación Foral de Alava-Cuadrilla de Laguardia-Rioja Alavesa. Vitoria-Gasteiz. 2004, pag. 13.

⁵⁸⁸ PALACIOS MENDOZA V. *Patrimonio arquitectónico en la Cuadrilla de Campezo-Montaña Alavesa. Elementos menores*. Ed. Gobierno Vasco-Diputación Foral de Alava-Cuadrilla de Campezo Montaña Alavesa. Vitoria-Gasteiz. 2003, pag. 11.

de las veces necesariamente lentos, colisionan frontalmente con los apremios y velocidades que caracterizan a nuestra época ?

No finalizan ahí las cuestiones, ¿ *No resulta todavía demasiado caro investigar, es decir, conocer la realidad de una construcción histórica antes de su transformación (toda restauración supone siempre una pérdida material del elemento ?*⁵⁸⁹

Por desgracia, nos dice, “*la reconversión del Patrimonio en un recurso genera un buen número de riesgos para el mismo, al someterlo a presiones y exigencias funcionales que en buena parte de los casos llegan a afectar a sus propios valores*”⁵⁹⁰, y, por tanto, “*un mayor afán de conservación de nuestro Patrimonio Construido puede concitar mayores y más profundas alteraciones (por irreversibles) que la mera degradación producida por el paso del tiempo*”⁵⁹¹.

Coincidimos además de con Lasagabaster, finalmente, con Palacios Mendoza en que “*el patrimonio es una cuestión cultural, mucho más que de legislación*” y en que “*mientras en los centros de enseñanza, -colegios y universidades- (y) en la vida diaria, -trabajo y ocio-, no se posea una actitud de defensa y valoración del patrimonio, la Ley de Patrimonio Cultural Vasco servirá de bien poco*”.⁵⁹²

En cualquier caso, desde otra perspectiva, Azcarate, Ruiz de Alegría y Santana creen que la actual es la época del “*súbito descubrimiento de la existencia de un inmenso patrimonio arquitectónico*”, y que “*el tránsito de la pobreza monumental a la riqueza cultural ha resultado tan repentino que aún está lejos de haber sido correctamente interiorizado, salvo honrosas excepciones, en los ámbitos académico, institucional, profesional y social*”.⁵⁹³

⁵⁸⁹ Ibidem, pag. 11.

⁵⁹⁰ PALACIOS MENDOZA V. *Patrimonio arquitectónico en la Cuadrilla de Laguardia-Rioja Alavesa. Elementos menores*. Ed. Gobierno Vasco-Diputación Foral de Alava-Cuadrilla de Laguardia-Rioja Alavesa. Vitoria-Gasteiz. 2004, pag. 15.

⁵⁹¹ PALACIOS MENDOZA V. *Patrimonio arquitectónico en la Cuadrilla de Salvatierra. Elementos menores*. Ed. Gobierno Vasco-Diputación Foral de Alava-Cuadrilla de Salvatierra. Vitoria-Gasteiz. 2002, pag. 15.

⁵⁹² PALACIOS MENDOZA V. *Patrimonio arquitectónico en la Cuadrilla de Campezo-Montaña Alavesa. Elementos menores*. Ed. Gobierno Vasco-Diputación Foral de Alava-Cuadrilla de Campezo Montaña Alavesa. Vitoria-Gasteiz. 2003, pag. 20.

⁵⁹³ AZCARATE A., RUIZ DE ALEGRÍA M. J. Y SANTANA A. op. cit. www.ehu.es.

4 LA ARTICULACION COMPETENCIAL DE LA PROTECCION JURIDICA DEL PATRIMONIO CULTURAL VASCO EN EL ESTADO ESPAÑOL⁵⁹⁴

4.1 LA DISTRIBUCION COMPETENCIAL ENTRE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO Y EL ESTADO

Examinados los antecedentes históricos de la protección jurídica del patrimonio cultural vasco, procede ahora identificar las fuentes normativas de las que procede su actual régimen de protección, a efectos del posterior análisis del mismo a la luz de lo que establecen las diferentes normas que lo integran.

Nos ceñiremos, con independencia de todo lo anteriormente señalado en orden a la extensión del concepto “Patrimonio Cultural Vasco”, a la regulación existente en el estado español, tanto por ser la única que se refiere particularmente al patrimonio cultural vasco, y la subsiguiente dificultad de referirnos a las normas generales que pudieran afectarle en otros ámbitos territoriales, como por la necesidad de acotar en alguna medida la extensión del en otro caso interminable trabajo.

Disponemos ya de importantes fuentes normativas y jurisprudenciales como para determinar con una cierta precisión tanto la capacidad de producir actos y normas de derecho sobre el patrimonio cultural como sus límites en lo que respecta a la relación entre la Comunidad Autónoma y los poderes centrales del Estado. Pese a que incluso después de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional a los que nos referiremos acto seguido, haya autores que consideren que “*la determinación del alcance y contenido de la competencia que atribuye al Estado el primer inciso del artículo 149.1.28 de la Constitución*” es un aspecto de la reflexión jurídica que “*no puede darse todavía por agotado*”.⁵⁹⁵

Veremos que en lo que respecta a la distribución interna de competencias en el ámbito interno de la C.A.P.V. la dificultad de asentar conclusiones al respecto es algo mayor. No obstante intentaremos adentrarnos también en los próximos apartados en tan dificultosa labor.

⁵⁹⁴ Sobre la cuestión puede consultarse, además de la bibliografía expresamente citada:

LAMARCA ITURBE I. Y VIRGALA FORURIA E. *Derecho Autonómico Vasco*. Ed. Librería Carmelo. San Sebastián. 1991.

MUÑOZ MACHADO S. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, tomo I. Ed. Civitas. Madrid. 1982-1984.

MORELL OCAÑA L. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I. Ed. Aranzadi. 1996.

SANCHEZ MORON M et al. *Los Bienes Públicos. (Régimen Jurídico)*. Ed. Tecnos. Madrid. 1997.

⁵⁹⁵ ERKOREKA GERVASIO J.I. “*Reflexiones sobre el alcance y contenido de la competencia que el art. 149-1-28 de la Constitución reserva al Estado en materia de patrimonio cultural, artístico y monumental*” en *Revista Vasca de Administración Pública (R.V.A.P.)*, nº 41. 1995, pag. 98.

La Constitución española de 1978 no ha dejado de prestar atención a la materia referida al patrimonio cultural que se encuentra expresamente regulada en la misma. Tanto ella misma como el Estatuto de Autonomía contienen preceptos específicos referidos a la materia que son los que encuadran el análisis que a continuación pasamos a exponer.

Como se observará, sin embargo, deberemos además referirnos a desarrollos legislativos y pronunciamientos judiciales para acercarnos a una visión precisa de la delimitación competencial en la cuestión, por cuanto su redacción dista mucho de dejar la materia exenta de controversia.

Comenzaremos el análisis, como es lógico, refiriéndonos en primer lugar a esos artículos constitucionales y estatutarios que contienen referencias al patrimonio cultural o a aspectos parciales del mismo, que como vamos a ver son múltiples y variados.

4.1.1 El patrimonio cultural en la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía del País Vasco

La mención más completa relativa a la competencia en relación con la materia que nos ocupa es la del artículo 149.1.28 de la Constitución, que declara competencia exclusiva del Estado la **"defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas"**.

El artículo 148 por su parte permite la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias sobre:

a) **"Museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la propia Comunidad Autónoma" (Art. 148.1.15)**

b) **"Patrimonio Monumental de interés de la Comunidad Autónoma" (Art. 148.1.16)**

c) **"El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma" (Art. 148.1.17)**

d) "Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio"
(Art. 148.1.19)

El Estatuto de Autonomía del País Vasco (Ley Orgánica 3/1979 de 18 de Diciembre), en congruencia con esta posibilidad constitucional, dispone en su artículo 10 que la C.A.P.V. tiene competencia exclusiva sobre:

a) "Fundaciones y Asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares, en tanto desarrollen principalmente sus funciones en el País Vasco". (Art. 10.13).

b) "Cultura, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2 de la Constitución". (Que señala que "Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio a la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas"). (Art. 10.17).

c) "Instituciones relacionadas con el fomento y enseñanza de las Bellas Artes. Artesanía". (Art. 10.18).

d) "Patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, asumiendo la C.A. el cumplimiento de las normas y obligaciones que establezca el Estado para la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y expoliación". (Art. 10.19).

e) "Archivos, bibliotecas y museos que no sean de titularidad estatal". (Art. 10.20).

f) "Ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda". (Art. 10-31).

Además el artículo 12 confiere a la C.A.P.V. la competencia sobre ejecución de la legislación del Estado entre otras en materia de **"propiedad intelectual e industrial". (Art. 12.4).**

En sede de patrimonio cultural podríamos pues concluir que la Comunidad Autónoma del País Vasco es plenamente competente en lo que respecta a la legislación, desarrollo y ejecución, salvo en lo que respecta a la legislación sobre defensa del patrimonio contra la exportación y/o expoliación y los museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal, materia en la que aún y todo contaría con la potestad ejecutiva.

En desarrollo de las previsiones constitucionales, el legislador estatal promulgó la Ley 16/1985 de 25 de Junio, del Patrimonio Histórico Español. Asimismo y en desarrollo de las previsiones estatutarias, la C.A.P.V. cuenta con la Ley 7/1990 de 3 de Julio de Patrimonio Cultural Vasco.

De todo lo anteriormente reseñado podemos concluir que la relación entre las mismas es la que el artículo 149.3 de la Constitución establece al disponer que "**el derecho estatal, será, en todo caso, supletorio del derecho de las C.C.A.A.**", salvo en lo referente a la normativa contra la exportación y expoliación.

Por lo tanto, en la C.A.P.V. la norma que regula la protección y conservación del patrimonio cultural es principalmente es la Ley 7/1990 que se constituye por ello en el principal objeto de análisis de este trabajo.

La previsión constitucional y estatutaria de una competencia autonómica "*exclusiva*", enmarcada en dos límites tan genéricamente definidos como son los del artículo 149.2 y la "*defensa del patrimonio contra la exportación (ilegal hay que suponer) y la expoliación*", dejaba en manos del desarrollo legislativo una importante labor de delimitación, y a la vista de la importante tensión entre los poderes de cada uno de los ámbitos territoriales enfrentados, permitía adivinar que los tribunales y específicamente el Tribunal Constitucional, iban a jugar un importante papel en la interpretación de las concretas disposiciones de los textos del "*bloque de la constitucionalidad*" sobre nuestro objeto de trabajo. Y así ha sido.

4.1.2 La jurisprudencia constitucional en relación con la distribución de competencias sobre el patrimonio cultural entre el Estado y las C.C.A.A.

La jurisprudencia constitucional en relación con el patrimonio cultural está constituida principalmente por la S.T.C. 103/1988 de 8 de Junio, la S.T.C. 17/1991 de 31 de Enero y la S.T.C. 109/1996 de 13 de Junio. La segunda de ellas es particularmente la que proporciona una visión más completa de la posición del Tribunal en torno a la delimitación competencial y a la interpretación del artículo 149.1.28 y las correspondientes disposiciones estatutarias que asumen competencias en la materia.

De cuestiones atinentes al patrimonio, pero de naturaleza diferente a la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas se ocupa también la S.T.C. 181/1998.

La primera sentencia, la 103/1988, se emite en relación con el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno del Estado contra la Ley 3/1984 de Archivos de la C.A. de Andalucía. La imputación de inconstitucionalidad del Gobierno venía derivada de una presunta regulación de archivos de titularidad estatal sobre la que

Andalucía (y el resto de las C.C.A.A.) carecen de competencias, y en una asimismo presunta regulación de archivos pertenecientes a entidades de ámbito territorial superior al de la Comunidad referida, que devendría en inconstitucional por suponer una regulación parcial del ente titular, con infracción del principio de territorialidad de la normación autonómica.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso, entendiendo que *“aparecen (en la Ley recurrida) como intervenciones legislativas distintas la calificación de documentos y la ordenación de archivos”* siendo así que *“no parece discutible...que ha de entenderse comprendida la competencia autonómica para definir el patrimonio documental de Andalucía, en cuanto parte integrante de su patrimonio histórico”* (F.J.3º), y que pese a que algunos de *“términos empleados por la Ley son sobremanera genéricos y parecen mostrar una voluntad de no excluir de sus mandatos ninguna clase o tipo de archivos...desde una visión sistemática del texto legal impugnado, tal interpretación no es la más adecuada ni desde luego la única posible”* (F.J. 4º).

El T.C. considera que hay preceptos (art.13, que excluye de la competencia de la C.A. los archivos de titularidad estatal, art. 28, que se refiere a que la consulta y acceso a ellos se someterá a la legislación y convenios aplicables, art.11...) que conducen a considerar que quedan *“fuera del ámbito de la Ley los de titularidad estatal, incluso aunque éstos custodien fondos que la Ley andaluza declara como pertenecientes al patrimonio documental andaluz”*. (F.J. 4º).

Por otra parte *“no hay duda de que los preceptos destinados a la regulación del patrimonio documental andaluz incidirán sobre el régimen de los archivos o documentos situados en el territorio de la C.A. andaluza que pertenezcan a entidades de alcance superior al territorio de la Comunidad, pero tampoco es dudoso que esta situación es el resultado de las disposiciones constitucionales y estatutarias...”*

De la conjunción de éstas *“no resulta en modo alguno una reserva a favor de la competencia estatal, excluyendo a la autonómica, referida a archivos de titularidad no estatal que pertenezcan o se integren en entidades de ámbito territorial superior al de la Comunidad, ni se especifica tampoco, como parece indicar la demanda, que la competencia de ésta se extienda solo a archivos de interés de la C.A... el ámbito de la competencia sobre ésta materia no viene definido por el criterio del interés, sino por el criterio general de localización de los archivos dentro del territorio de la Comunidad”*. (F.J. 5º)

Dada la naturaleza de la controversia, que tan solo afectaba a uno de los sectores que integran el patrimonio cultural (el documental) por el carácter asimismo sectorial de la norma recurrida, y a uno de los apartados del artículo 149.1.28 como son los *“archivos de titularidad estatal”*, no era ésta la ocasión más propicia para demandar del T.C. un pronunciamiento global sobre el sentido y la interpretación que hay que dar al citado precepto constitucional.

No es desde luego el caso de la S.T.C. 17/1991, que si nos va a ofrecer la oportunidad de conocer la posición del órgano jurisdiccional sobre la globalidad de la disposición constitucional y sobre una norma, la Ley 16/1985 de 25 de Junio, reguladora del Patrimonio Histórico, dirigida específicamente a su desarrollo.

La S.T.C. 17/1991 de 31 de Enero trae causa del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento y Gobierno de Cataluña, por la Junta de Galicia y el Gobierno Vasco contra numerosos preceptos de la Ley 16/1985, en virtud de la presunta invasión de las competencias que las Comunidades recurrentes asumieron a través de los correspondientes Estatutos de Autonomía.

El Tribunal inicia el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la Ley recurrida, dejando sentado, como no podía ser de otra manera, que *“la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en cuanto al Patrimonio Cultural, Artístico y Monumental ha de partir de aquel título estatal (el artículo 149.1.28 de la Constitución), pero articulándolo con los preceptos estatutarios que definen competencias asumidas por las C.C.A.A. en la materia”*. (F.J. 3º)

Sin embargo, el objeto de la Ley se refiere, según el órgano jurisdiccional, a *“bienes que por estar dotados de singulares características, resultan portadores de unos valores que les hacen acreedores a especial consideración y protección en cuanto dichos valores (y hasta los mismos bienes) son patrimonio cultural de todos los españoles e incluso de la Comunidad internacional por constituir una aportación histórica a la cultura universal”*.

Estos bienes *“por su naturaleza, forman parte de la cultura de un país y por tanto del genérico concepto constitucional de la cultura; es posible por ello hallar en la referida integración fundamento para una competencia estatal más amplia que la derivada del concreto título antes dicho”*. (F.J. 2º)

Con esta base, el T.C. considera que *“debe, pues afirmarse la existencia de una competencia concurrente del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de cultura con una acción autonómica específica, pero teniéndola también el Estado, en el área de preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que haga menester esa acción pública cuando los fines culturales no pudieran lograrse desde otras instancias”*.

No obstante matizan los ilustres magistrados, acto seguido, que *“no cabe sin embargo extender la competencia estatal a ámbitos no queridos por el constituyente, por efecto de aquella incardinación general del patrimonio histórico-artístico en el término cultural, pues por esta vía se dejarían vacíos de contenido los títulos del bloque*

de la constitucionalidad que se limitan a regular una porción definida del amplio espectro de la misma” (F.J. 3º).

Tres títulos diferentes, en suma, legitiman al legislador estatal para intervenir en este ámbito, *“la integración de la materia relativa al patrimonio histórico-artístico en la más amplia que se refiere a la cultura”*, (se alude implícitamente entonces a la habilitación que proporciona el artículo 149.2), el hecho de que *“la delimitación de las competencias exclusivas autonómicas permite al Estado regular aquellas materias que no hayan sido estatutariamente asumidas por cada una de ellas”*, y que la competencia que le atribuye el artículo 149.1.28, *“comporta la necesidad de regular el ámbito concreto de esa actividad de protección, y en relación con la misma, aquellos aspectos que le sirven de presupuesto necesario”*.

La concurrencia competencial se extiende a la difusión internacional del conocimiento del Patrimonio Histórico-Artístico, *“no cabe ni negarlo al Estado, ni interpretar el artículo 2.3 de la Ley de modo que genere para su Administración (la General del Estado) competencia exclusiva al respecto porque, no pudiendo llevarse a cabo por Ley la atribución de dicha competencia, esa interpretación iría contra las prescripciones constitucionales”*. (F.J. 6º). Siempre con la salvaguarda de que la actuación de las C.C.A.A. no genere responsabilidades políticas o económicas del Estado con terceros.

El meollo fundamental de la distribución competencial se sitúa en torno a la interpretación que debe realizarse de la atribución al Estado de la *“defensa contra la exportación y la expoliación”* que realiza el artículo 149.1.28, toda vez que salvada esta reserva al ámbito estatal, el resto de facultades sobre la materia podría ser asumido, y de hecho así fue, por al menos las Comunidades que accedieron a la autonomía a través del procedimiento del artículo 151 de la Constitución.

A este respecto, el Alto Tribunal comienza señalando que *“la acepción constitucional del concepto expoliación no debe quedar limitada al estricto significado gramatical del término, como ocurre en general con los conceptos indeterminados, que rebasan su acepción literal para alcanzar el sentido que la experiencia les ha ido atribuyendo*.

Y debe ser así porque *“lo contrario supondría aquí restringir la competencia del Estado a las meras funciones de vigilancia, protección y represión contra los ataques físicos que dañen o destruyan el patrimonio o priven ilegalmente del mismo, competencia que en general ya le viene atribuida por el artículo 149.1.6 como comprendida en las medidas de orden público, penales o civiles...”*. (F.J. 7º)

Considera por tanto que *“algún mayor alcance habrá que atribuir al término que delimita, en el artículo 149.1.28 la competencia para la defensa contra la expoliación, cuya mención en otro caso sería innecesaria...la utilización del*

concepto...ha de entenderse como definitoria de un plus de protección respecto de unos bienes dotados de características especiales...por ello mismo abarca un conjunto de medidas de defensa que a más de referirse a su deterioro o destrucción tratan de extenderse a la privación arbitraria o irracional del cumplimiento normal de aquello que constituye el propio fin del bien según su naturaleza, en cuanto portador de valores de interés general necesitados, estos valores también, de ser preservados” (F.J. 7º), aquellas en definitiva “que pretenden preservar el fin o función social que les son propios”. (F.J. 14º).

Esta posición del T.C. le permite considerar conformes con la Constitución las disposiciones de la Ley 16/1985 que atribuyen a los órganos de la Administración Central del Estado las competencias en torno a la ejecución de la Ley “*respecto de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional*” (Art.6.b.), las que disponen (art.9) la declaración de interés cultural mediante Real Decreto (instrumento de utilización proscrita a las C.C.A.A.), que eso si el Tribunal limita a los bienes del art.6.b, la declaración del art.49.5 respecto de documentos que merezcan la inclusión en el Patrimonio Documental pese a no alcanzar la antigüedad requerida, que del mismo modo “*no excluye que esa declaración pueda ser realizada por las C.C.A.A. en el ámbito de su competencia*”, las disposiciones que regulan el Registro General y los diferentes inventarios, censos y catálogos de los arts. 12,13, 26, 51 y 53, respecto de los que se adopta idéntica conclusión en relación a que esto “*no implica negar la posibilidad de que se creen los instrumentos equivalentes en el seno de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en la materia*”. (F.J.12º)

Lo mismo ocurre con los beneficios fiscales estatales, y la previsión de la inscripción en el Registro General como presupuesto necesario para su disfrute, constitucional, “*sin perjuicio de las medidas de fomento que las C.C.A.A. puedan arbitrar dentro del ámbito de su propia competencia*”, (F.J. 13º), el sometimiento del desplazamiento de los inmuebles a autorización previa de la Administración del Estado, (F.J. 14º), o la prohibición legal de enajenar los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español pertenecientes a las Administraciones Públicas, (Fundamento Jurídico 15º), constitucional además porque remitirla a la competencia autonómica iría, según el órgano jurisdiccional, “*en contra de la general competencia del Estado en materia de legislación civil (149.1.8) o administrativa (149.1.18) que es en la que la limitación se funda*”.

Y no menos con el establecimiento de una tasa para la exportación (F.J. 16º), los derechos de adquisición preferente (tanteo y retracto) a favor del Estado, “*medio de defensa de los bienes contra la exportación*”, preferencia eso si, limitada a los supuestos de adquisición para museo, archivo o biblioteca de titularidad estatal, (F.J. 18º), el mandato al Gobierno Central de desarrollar reglamentariamente la organización, funcionamiento y personal de los archivos, bibliotecas y museos de titularidad estatal (F.J. 19º) y la disposición que concede un plazo de cinco años para la retirada de publicidad comercial, cables y conducciones en los Jardines Históricos y en las fachadas y cubiertas de los monumentos declarados de interés cultural (F.J. 20),

preceptos y disposiciones impugnadas todas ellas por una o varias de las instituciones autonómicas recurrentes.

La S.T.C. 109/1996, que tiene su origen en un conflicto positivo de competencia interpuesto por la Generalitat de Catalunya contra una Orden del Ministerio de Cultura de 1989 que regula las subvenciones y ayudas económicas a conceder a los museos e instituciones que se integren mediante convenio en el Sistema Español de Museos, viene a complementar la anterior doctrina, señalando que *“ni la subvención es un concepto que delimite competencias, ni la facultad de gasto constituye un título competencial autónomo e implícito, ajeno al sistema de distribución de competencias establecido en la Constitución y los Estatutos de Autonomía”*. (F.J. 3º).

Por el contrario *“el ejercicio de competencias estatales, anejo al gasto o a la subvención, solo se justifica en los casos en que por razón de la materia se hayan reservado al Estado...tales competencias,...la sola decisión de contribuir a la financiación de determinadas actividades (de museos de titularidad no estatal en este caso) no autoriza al Estado para invadir competencias que ratione materiae corresponden a las Comunidades Autónomas”*. (F.J. 3º)

Esto no significa *“que desde el título de cultura consagrado en el artículo 149.2 C.E. el Estado no pueda llevar a cabo ningún tipo de actuación relacionada con esta clase de museos...no puede aplicarse aquí de forma mecánica el criterio de especialidad para concluir que la competencia genérica sobre cultura queda totalmente desplazada por la competencia específica de museos”*. (F.J. 4º).

Sin embargo *“la competencia sobre cultura no puede convertirse en un título universal desde el que puedan realizarse indistintamente todas y las mismas funciones que pueden realizarse desde otras competencias específicas que tienen aspectos culturales, con el argumento de que esos aspectos permiten una intervención superpuesta y duplicada”*.

Aceptar que *“desde la competencia de cultura pudiera realizarse sin ningún límite cualquier actividad de normación o ejecución sería tanto como convertir en concurrentes, no ya las competencias sobre cultura, sino la competencia de cultura del Estado con todas las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas con elementos culturales, lo que a su vez supondría convertir en vano el esfuerzo realizado por el legislador constitucional y estatutario por dar un tratamiento diferenciado a estas competencias específicas y por precisar en cada caso el reparto concreto de funciones correspondientes”*. (F.J. 4º).

La competencia sobre cultura *“no es pues un título que le permita al Estado realizar indistintamente las mismas actividades normativas y de ejecución que tienen atribuidas las C.C.A.A. en las muy variadas competencias que tienen ese contenido cultural”*. (F.J. 4º).

El T.C. concluye en el supuesto concreto que *“el Estado puede consignar subvenciones en sus Presupuestos Generales, determinando de forma genérica su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita la competencia genérica básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las C.C.A.A. para concretar con mayor detalle la afectación o destino o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación.”*

La gestión de estos fondos *“corresponde a las Comunidades Autónomas, salvo en los casos excepcionales en los que la gestión centralizada por parte del Estado resulte imprescindible para asegurar su plena efectividad dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar iguales posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional...”* . (F.J. 5º).

Merced a lo anteriormente expuesto podemos sintetizar la posición del Tribunal constitucional en los siguientes términos:

- 1) **La reserva competencial al Estado contenida en el artículo 149.1.28 debe interpretarse en relación con lo dispuesto en otros preceptos constitucionales, particularmente el artículo 149.2.**
- 2) **Esa interpretación contextual faculta para entender que la exportación, y particularmente la “expoliación” a que alude el texto constitucional, no deben interpretarse estrictamente de acuerdo con su significado literal, sino en un sentido amplio, que faculte la intervención estatal siempre que se afecte a la función social o a los valores del patrimonio.**
- 3) **De ahí deriva que la intervención sobre el patrimonio competencial sea una competencia concurrente, en la que la intervención estatal sin embargo debe reservar espacio para la de las C.C.A.A. que hayan asumido competencias en la materia. En particular esto supone que la concesión de subvenciones no conlleva la gestión estatal por si misma, que la declaración estatal no excluye la de las C.C.A.A. y que la existencia de registros estatales no obsta para la simultánea de aquellos que las instituciones autonómicas consideren de interés crear.**

Esta lectura del máximo Tribunal, inspirada a juicio de López Bravo en *“el carácter globalizador o universal de la cultura, la pertenencia de los bienes histórico-artísticos de los diferentes pueblos de España a la colectividad de todos los españoles en cuanto aportación nacional a la cultura universal”*,⁵⁹⁶ ha sido objeto de reiterado

⁵⁹⁶ LOPEZ BRAVO C. op. cit. pag. 202

análisis por parte de la doctrina en la que ha despertado sentimientos y juicios contradictorios. A ellos nos referimos en las siguientes páginas.

4.1.3 Las posiciones de la doctrina en relación con la jurisprudencia constitucional sobre la distribución competencial.

Debemos dejar sentado en primer lugar nuestro acuerdo con Barrero cuando señala que *“nos encontramos en presencia de un tema objeto de las más duras disputas y controversias”* y que *“si no cabe duda la exportación es la salida de los bienes del territorio nacional, (nosotros diríamos estatal), la expoliación no presenta por el contrario un significado tan claro para el derecho, lo que hace difícil determinar a priori cuáles son las competencias que corresponden al Estado y en consecuencia a las C.C.A.A. en virtud de tal título competencial”*.⁵⁹⁷

La relativa indefinición constitucional, parcialmente paliada a nuestro juicio por la rotunda asunción competencial *“exclusiva”* de, al menos, las Comunidades Autónomas de primer grado o autonomía plena, (con matices en el caso de Galicia), debería haber sido corregida por la legislación ordinaria estatal, llamada a precisar la forma en que se iba a proceder a la defensa contra la exportación y expoliación y a la regulación, en su caso, de los museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal.

Sin embargo la Ley 16/1985 no vino sino a constituir un elemento de conflicto, como lo prueba que fuese objeto de cuatro recursos de inconstitucionalidad, y a complicar notablemente la delimitación competencial como consecuencia de la opción escogida, la concurrencia en prácticamente todos los ámbitos a que se extiende la materia, y de la legitimidad constitucional que se le reconoce en la S.T.C. 17/1991.

Ese conflicto y contraposición de visiones en torno a la delimitación competencial se ha trasladado a la doctrina como vamos a tener ocasión de comprobar.

Una de las primeras cuestiones que se suscitan en relación con las competencias en torno al patrimonio cultural es la de **si es, o debe ser, idéntico el nivel competencial de todas las C.C.A.A a la luz de lo dispuesto en el “bloque de constitucionalidad”**.

La controversia viene suscitada porque el artículo 148.1.16 (fuente competencial para las que acceden a la autonomía por el procedimiento establecido en el artículo 143 de la Constitución) circunscribe aquellas al *“patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma”*, mientras que el artículo 149.1.28, reserva mínima estatal y por ello límite máximo de la competencia de las Comunidades que acceden a la autonomía por el procedimiento del artículo 151, y en su caso Disposición Transitoria

⁵⁹⁷ BARRERO RODRIGUEZ C. op. cit. pags. 400-401.

Segunda, se refiere a la “*defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación*”, amén de la referencia a los archivos, museos y bibliotecas de titularidad estatal.

Es evidente que existen al menos dos diferencias sustanciales entre ambos preceptos; en primer lugar la limitación de la competencia en el artículo 148.1.16 al patrimonio monumental, que debe diferenciarse en alguna medida del cultural y el artístico toda vez que el 149.1.28 los enumera correlativamente en una definición pues más amplia, y en segundo la conexión de la competencia en el primero con el patrimonio “*de interés de la C.A.*”.

La cuestión que se suscita es la de si estas diferencias tienen alguna relevancia y operan en algún sentido a la hora de delimitar los ámbitos de actuación del Estado y los entes autonómicos respectivos.

Obviamente no se suscitaría conflicto alguno si los Estatutos de Autonomía de las Comunidades del artículo 151 se limitasen, como hace el de Galicia, a asumir la competencia sobre el patrimonio de su interés (art. 27.18), aunque incluso en este caso no se limite al monumental sino que cite el “*histórico, artístico, arquitectónico y arqueológico*”, pero no lo hacen así.

Considerando que el único límite a su capacidad de asunción es el que deriva del art.149.1.28, que dejan a salvo en todo caso, el Estatuto de Gernika, de forma similar al catalán y al andaluz en sus respectivos ámbitos, otorga competencia exclusiva a la C.A.P.V. sobre el “*patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico*”. (Art. 10.19; Cataluña añade el patrimonio arquitectónico, art.9.5).

La doctrina ha mantenido a este respecto posiciones contrapuestas.

Así Alegre Avila sostiene que “*no existen razones de peso para fundar una competencia cualitativamente distinta entre las Comunidades de autonomía plena y las de autonomía menos plena...tales diferencias traen causa, única y exclusivamente del concreto proceso de transferencias de funciones y servicios a cada C.A., proceso que ha discurrido por unos cauces exentos en buena medida de uniformidad y criterios comunes*”⁵⁹⁸ y por el contrario Erkoreka Gervasio afirma que “*contra lo que en más de una ocasión se ha defendido, no es idéntico en esta materia el nivel competencial de todas las C.C.A.A.*”⁵⁹⁹

Este último autor parte de la consideración de que las C.C.A.A. que accedieron a la autonomía por la vía prevista en el artículo 151, tienen en el artículo 149.1.28 “*el límite infranqueable de la competencia que pueden asumir a través de sus Estatutos*” y

⁵⁹⁸ ALEGRE AVILA J.M. op. cit. tomo II, pag. 674.

⁵⁹⁹ ERKOREKA GERVASIO J. I. op.cit. pags. 101-102.

por tanto, *“pueden incorporar a su acervo competencial todas las facultades públicas ejercitables en materia de P.H.A.C., excepto la defensa del mismo contra la exportación y la expoliación”*.⁶⁰⁰

Así lo han entendido los legisladores estatuyentes de esas Comunidades (salvo Galicia) que como hemos visto, asumen la competencia exclusiva con la única salvedad, expresa en los casos catalán y andaluz e implícita en el vasco, del respeto a lo dispuesto en el art.149.1.28.

El resto de C.C.A.A. solo pueden incorporar competencias en lo referente al *“patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma”* ex-art.148.1.16, y así lo entienden también los redactores de los correspondientes Estatutos.

“Esta duplicidad, concluye Erkoreka, además de incontrovertible dada la meridiana claridad de términos en los que se expresan tanto la Constitución...como los propios Estatutos de Autonomía , puede decirse también que fue deliberadamente perseguida por el constituyente”.⁶⁰¹

El profesor de la Universidad de Deusto se refiere aquí a los antecedentes parlamentarios del artículo 149.1.28, resultado de una enmienda del senador Sánchez Agesta, dirigida a reservar al Estado un reducto competencial en el ámbito de las Comunidades de primer grado, por cuanto en éstas su actuación no se limitaba al patrimonio de su interés como en las restantes.

“La idea sobre la que operó el constituyente al aprobar el artículo 149.1.28 fue la de que la noción de interés recogida en el artículo 148.1.16 del texto constitucional no daba juego suficiente, por si sola, como para justificar una acción estatal sobre el P.H.A.C. situado en las Comunidades Autónomas de máximo nivel competencial”.

Más todavía, *“esta dualidad tipológica que se da entre las C.C.A.A. continua gozando aún de plena validez en la materia que nos ocupa, ya que el P.H.A.C. no resulta afectado por la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de Diciembre, de transferencias de competencias a las que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución”*.⁶⁰²

Alegre Avila apoya su posición en la consideración de que el juego combinado de los artículos 148.1.16 y 149.1.28, delimita la distribución competencial en términos de interés general-interés de la C.A., siendo así que a su juicio el artículo 148.1.16 delimita el interés general de forma negativa al hacerlo con el de todas las C.C.A.A.,

⁶⁰⁰ Ibidem, pag. 102.

⁶⁰¹ Ibidem, pag. 103.

⁶⁰² Ibidem, pag. 104.

(incluidas las de primer grado), con lo que no queda ceñido al estricto y literal sentido de la mención contenida en el primer inciso del artículo 149.1.28.

Esta consideración respecto a la delimitación en términos del binomio de intereses le permite concluir que la competencia de las C.C.A.A. debe ser similar más allá de las distintas referencias estatutarias y del innegable hecho de que por el juego combinado de los artículos 151 y 148.2 las Comunidades que acceden a la autonomía por la vía de ese primer artículo, pueden “*ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149*”. (El “*sucesivamente*” del artículo 148.2 pierde buena parte de su sentido en el caso de que el “*no será necesario dejar transcurrir el plazo de cinco años*” del artículo 151 se utilice, como hicieron todas las comunidades implicadas, para asumir dichas competencias desde la aprobación de sus Estatutos.)

La tesis de este brillante jurista, por sus indiscutibles efectos sobre todas las cuestiones controvertidas en la delimitación competencial, merece un análisis más detenido, que realizaremos acto seguido, al referirnos a la cuestión de los títulos competenciales utilizables para dirimir la controversia. No obstante adelantaremos nuestra coincidencia plena con los argumentos del profesor Erkoreka y nuestra convicción de que no puede ser similar el nivel competencial de todas las C.C.A.A. siendo tan divergentes las referencias normativas, constitucionales y principalmente autonómicas, que lo establecen.

Es más, haremos mención también posteriormente de las razones que creemos que acreditan que la tesis del profesor Alegre invierte los términos, de que no se trata tanto de que el binomio interés general-interés de la C.A. que presuntamente la Constitución utiliza a su juicio como criterio delimitador, (con independencia de que sea realmente así, lo que finalmente negaremos) conlleve la igualdad competencial autonómica, cuanto que se ha partido de esa igualdad como *parti pris* y de ella se ha extraído la conclusión, utilizando el art.148.1.16 como referido a todas ellas, de que en él se establece cual es el interés autonómico, y el general de rebote.

La primera referencia constitucional al patrimonio histórico y artístico, (cultural en definitiva, aunque inapropiadamente la Constitución lo yuxtaponga a los anteriores en lugar de considerarlo término que los subsume) es la que realiza su artículo 46.

El Tribunal Constitucional ha dejado sentado reiteradamente en su jurisprudencia, que los principios del Capítulo III del Título I, entre los que se ubica este artículo, no tienen por objeto incidir en la distribución de competencias entre el Estado y las C.C.A.A., pero como muy bien señala Erkoreka, “*ello no significa sin embargo que...sean siempre y a todos los efectos competencialmente irrelevantes...porque una cosa es que no constituyan, propiamente, títulos atributivos de competencias y otra, muy diferente, que sean en todo caso competencialmente neutros*”.⁶⁰³

⁶⁰³ Ibidem, pag. 107.

El propio T.C., según este autor, ha postulado que los principios rectores de la política social y económica, *“pueden coadyuvar a delimitar el reparto competencial entre el Estado y las C.C.A.A. al incluir conceptos de gran amplitud, no contemplados expresamente en el artículo 149.1 entre las competencias reservadas al Estado”*.⁶⁰⁴

(Habría que señalar más adecuadamente, dado que no estamos en sede de reparto competencial, *“entre las responsabilidades y deberes respecto de los que se confiere especial protagonismo a los poderes centrales del Estado”*. Por cierto no es el caso del artículo 46, en el que la referencia no baladí, es a los *“poderes públicos”*, cualquiera que sea su ámbito).

El artículo 46 va precedido del 44 en el que se reconoce el derecho de todos a la cultura y el 45 en el que se les reconoce del mismo modo el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. La conclusión fundamental a extraer de ello es la de que, como señala Pérez-Luño, el patrimonio cultural *“tiene un contenido autónomo y propio, distinto del genéricamente conceptualizable como cultura, lo que justifica plenamente su tratamiento singularizado”*⁶⁰⁵.

No es que el patrimonio cultural, no se encuentre íntimamente relacionado con la cultura, sería un contrasentido, ni que ésta relación no sea más intensa también que la que puede existir con el medio ambiente adecuado, aunque ésta se pone de manifiesto como más intensa cada día en la sensibilidad social predominante, sino que *“fue voluntad expresa del constituyente el que los artículos 44, 45 y 46 constituyesen preceptos diferenciados”* y que los artículos 44 y 46 (ni que decir tiene el 45), *“ni son equivalentes, ni se encuentran tan profundamente interpenetrados entre si que resulte aconsejable su refundición en uno solo”*.⁶⁰⁶

Un segundo aspecto a considerar en la redacción de este artículo 46 es el de la doble dimensión de la labor encomendada a los poderes públicos, *“garantizar la conservación”* y *“promover el enriquecimiento”*.

Como muy bien escribe Erkoreka *“es un signo de los tiempos, una consecuencia inexorable de la declaración del Estado español como un Estado Social y Democrático de Derecho”* (Art.1.1) y si se contrasta con la referencia exclusiva del art.149.1.28 a la *“defensa contra la exportación y la expoliación”*, permite concluir, al menos provisionalmente hasta tanto apuntemos el sentido que dar a la referencia del 149.2, que *“la competencia que... reserva al Estado se circunscribe únicamente a los aspectos defensivos de la actuación que a los poderes públicos incumbe en relación con el patrimonio histórico, artístico y cultural, quedando excluida (de esa reserva) por tanto la vertiente positiva de promoción y enriquecimiento.*

⁶⁰⁴ Ibidem, pag. 108.

⁶⁰⁵ Citado en ibidem, pag 109.

⁶⁰⁶ Ibidem, pag. 109.

Lo contrario, entender incluida en la reserva la actividad de promoción y enriquecimiento, supondría vedar “ab initio” la posibilidad de que las C.C.A.A. asumiesen competencias relevantes en la materia.

Tampoco es irrelevante la referencia al “*patrimonio de los pueblos de España*”, máxime cuando se aparta de los antecedentes de la época republicana y se rechazaron enmiendas dirigidas a conectarlo en su lugar con la “*nación española*”.

La conclusión de nuestro autor de referencia J. Erkoreka, es la de que “*el protagonismo de las Comunidades Autónomas ha de ser incuestionable, porque el patrimonio a proteger pertenece a los pueblos del Estado a los que aquellas dan configuración institucional*”⁶⁰⁷, tesis perfectamente congruente con la que nosotros hemos anteriormente mantenido en relación con la “*titularidad*” del patrimonio cultural.

Uno de los aspectos determinantes a la hora de proceder a la delimitación competencial es el optar entre las tesis de “*quienes defienden la necesaria concurrencia de una pluralidad de títulos para poder desarrollar una acción pública coherente y completa en este terreno y la de aquellos otros para los que el reparto competencial en la materia ha de diseñarse exclusiva, o cuando menos fundamentalmente, sobre los títulos competenciales específicamente referidos al P.H.A.C.*”⁶⁰⁸

Ambas líneas de interpretación han contado con apoyo doctrinal. Así Muñoz Machado considera que la habilitación competencial del Estado no solamente encuentra su fundamento en el artículo 149.1.28 sino además en los apartados 1, 3, 10 y 18 del propio artículo 149.1 y en el 149.2. García de Enterría añade a estos los apartados 6 y 8 del art.149.1. A las consideraciones de estos autores se suman otros como Marín López.

En contra de estas tesis y en pro de la existencia de un único título habilitador, se pronuncian, por razones no siempre equivalentes y que les llevan a conclusiones a veces contrapuestas, Esteve Pardo, (indirectamente ya que no se refiere expresamente al P.H.A.C.), Alonso de Antonio, Colom i Pastor, Carrasco i Nualart, Curull y Martínez, Erkoreka Gervasio y Alegre Avila.⁶⁰⁹

Muñoz Machado considera que sería incongruente restringir la competencia estatal a los angostos límites del art. 149.1.28 porque:

⁶⁰⁷ Ibidem, pag. 112

⁶⁰⁸ Ibidem, pag. 113.

⁶⁰⁹ Ibidem, pags. 115-116.

1) La referencia a la exportación no puede considerarse como cláusula atributiva de competencia por cuanto en este terreno la estatal ya deriva de la reserva de las “*relaciones internacionales*”, (art.149.3) y del “*comercio exterior*”. (Art. 149.1.10).

2) Lo mismo sucede con la referencia a la expoliación y la reserva al Estado de la “*legislación penal*” de los artículos 149.1.6 (general) y 46 (específica).

3) La competencia reconocida al Estado sobre los museos, archivos y bibliotecas en el propio artículo 149.1.28 es más amplia que la mera “*defensa contra la exportación y la expoliación*” que se predica del patrimonio histórico en general, toda vez que no se restringe como en el primer inciso.

4) La referencia del artículo 149.2 a la cultura como “*deber y atribución esencial*” del Estado autoriza la extensión de su competencia más allá del estricto tenor literal delo artículo 149.1.28.

5) Y por último, y como argumento más concluyente para este autor, la acción estatal de defensa del patrimonio contra la exportación y la expoliación exige la puesta en práctica de comportamientos complementarios en orden a salvaguardar la propia integridad del patrimonio (catálogos, inventarios, medidas de conservación y restauración, ayudas...)

Los autores de la línea opuesta, sin negar la relación entre el P.H.A.C. y la “*cultura*”, (sería absurdo) intentan subrayar, en palabras de Erkoreka, que “*relacionados o no, reciben tratamientos competenciales diferenciados por parte de la Constitución y que el operador jurídico no puede ignorar esta circunstancia sin incurrir en contradicción con la Carta Magna*”.⁶¹⁰

Alegre Avila, que como veremos mantiene un singular punto de vista sobre la materia que merece específico análisis y le conduce desde otra perspectiva a similar conclusión que Muñoz en torno a la extensión de la competencia estatal, se refiere de forma particularmente detenida a los argumentos de Muñoz Machado.

A su juicio, el artículo 149.1.28 mantiene pleno sentido como cláusula atributiva de competencias, “*aún y cuando solo fuera factible (aisladamente considerado o en conexión con otros preceptos) deducir del mismo una competencia del Estado limitada al ámbito de la exportación de bienes del Patrimonio Histórico Español*”⁶¹¹.

No parece, en su opinión que “*quepa subsumir sin más dentro del concepto Relaciones Internacionales las actividades relacionadas con la exportación, pues ni es*

⁶¹⁰ Ibidem, pag. 115.

⁶¹¹ ALEGRE AVILA J.M. op. cit. vol.II, pag. 676

*ese su sentido teleológico, ni cabe verificar tal asimilación a partir de un punto de conexión tan débil como el de la mera referencia a un espacio territorial exterior, a un espacio ajeno a las fronteras estatales”.*⁶¹²

Recordemos además que la S.T.C. 17/1991, y en general la última jurisprudencia constitucional, matizan muy mucho la equivalencia “*relaciones internacionales-competencia exclusiva del Estado*”, permitiendo la actuación internacional de las C.C.A.A, aún y cuando sea con determinados límites.

Señala Alegre que sin embargo el artículo 149.1.10 “*si ofrece un apoyo más sólido para participar de la tesis de Muñoz Machado... pero no autoriza a entender que comercio exterior y exportación sean absolutamente homologables... porque una de dos, o exportación es una faceta de la ordenación global del sector Comercio Exterior .. o bien constituyen ámbitos deslindables* “ y considera que “*cada apartado del artículo 149.1 encierra una justificación institucional propia y es misión del intérprete tratar de fijar su contenido de acuerdo con la ratio inspiradora de los mismos.*”⁶¹³

Con respecto a la legislación penal considera que “*de un análisis conjunto de los artículos 46, 149.1.6 y 149.1.28 no se desprende que todos los atentados contra el patrimonio histórico constitutivos de expoliación hayan de ser sancionados a través del instrumento punitivo del Código Penal,... primero porque como es comúnmente admitido, los instrumentos penales deben ser reservados para sancionar las conductas que más gravemente atenten contra la paz social o merezcan una desvaloración o reprobación ético-social más pronunciada,... y segundo porque en un sector como el del Patrimonio Histórico en que se trata de preservar una serie de valores de tipo cultural, la acción administrativa parece más aconsejable que la puramente penal*”.⁶¹⁴

En lo que hace a la aplicabilidad del artículo 149.2, Muñoz cree que la cultura no es susceptible de partición, que se trata de una materia caracterizada por el principio de la concurrencia total o paralelismo pleno y que excluir el P.H.A.C. de las competencias generales que reconoce al Estado el artículo 149.2 supondría operar una restricción en el contenido de éste, no autorizada por ningún otro precepto constitucional.

Alegre opone a esto que los criterios constitucionales de distribución de competencias se hayan contenidos en los artículos 148.1, 149.1 y 149.3, y que aunque la cultura se haya específicamente mencionada en el 148.1.17, (“*Fomento de la Cultura*”), es evidente que en otros apartados del 148.1 (15 y 16) e incluso 149.1 (el 28) figuran ámbitos relacionados más o menos directamente con el sector y que por tanto debe interpretarse “*cultura*” como referida a todas aquellas materias en que se proyecta una dimensión cultural, pero que esto no autoriza “*a hablar de una*

⁶¹² Ibidem, pag. 676.

⁶¹³ Ibidem, pag. 679.

⁶¹⁴ Ibidem, pags. 679-680.

competencia absolutamente concurrente o paralela sobre las manifestaciones de la vida cultural".⁶¹⁵

El artículo 149.2 *"no constituye propiamente hablando un título competencial o cláusula atributiva de competencias no específicamente contempladas en el artículo 149.1 (por lo que hace al Estado) y mucho menos un arbitrio o recurso técnico para extender las competencias estatales más allá de lo autorizado por el juego conjunto de los artículos 148.1 y 149.1... el artículo 149.2 no permite per se atribuir al Estado, en relación con el Patrimonio Histórico, una competencia no subsumible en el propio artículo 149.1.28."*⁶¹⁶

Esteve Pardo cree por su parte que algunas manifestaciones culturales evidentes y otras realidades que tienen un innegable componente cultural constituyen, sin embargo, ámbitos con tratamiento competencial propio, que la materia cultural queda en realidad contraída a todas aquellas realidades no contempladas de forma expresa por la Constitución y los Estatutos.⁶¹⁷ Alonso de Antonio también es de la misma opinión, y considera que la Constitución ha realizado un reparto competencial específico en materias culturales concretas, además de excluir del concepto de cultura manifestaciones incluidas en otros Ordenamientos e incluso en competencias administrativas del Ministerio de Cultura, pero para las que ha establecido reglas competenciales específicas.

Curull en fin expresa de manera muy precisa nuestro propio pensamiento, *"el patrimonio histórico artístico está constitucionalmente configurado con naturaleza propia y por este motivo ha tenido la consideración de un título competencial específico y singularizado con respecto al genérico de cultura y se ha previsto que las C.C.A.A. puedan atribuirse competencias en esta materia... consecuentemente, intentar confundir y reunir materias que el constituyente ha diferenciado de una manera tan clara, como son el servicio a la cultura (149.2) y el patrimonio cultural, artístico y documental (como observará el lector si en algo no coincidimos con esta autora es en la terminología utilizada) supondría invertir el marco constitucional diseñado por la Constitución Española"*⁶¹⁸.

Ya nos hemos referido en otro capítulo a la amplitud de significados del término cultura y su multiplicidad de definiciones. Convertirlo en concepto jurídicamente útil obliga, y más en sede de reparto competencial, a introducir precisiones en torno a su contenido o referirnos a las parcelas que comúnmente se entiende que forman parte de él. No existe otra vía para evitarle al intérprete la necesidad de superar ese papel para introducirse en el de realizador de la obra.

⁶¹⁵ Ibidem, pags. 681-682.

⁶¹⁶ Ibidem, pag. 682.

⁶¹⁷ Citado por ERKOREKA GERVASIO J. op.cit. pag. 115.

⁶¹⁸ Ibidem, pag. 116.

De esto es muy consciente el legislador constituyente como lo prueba la referencia a múltiples manifestaciones culturales y la introducción de reglas relativas al modo de operar ante ellas. No es casualidad ni muchísimo menos, que las referencias a la cultura de los artículos del Título VIII no lo sean en ningún caso al concepto desnudo.

El art. 148.1.17 se refiere al “*fomento de la cultura*” (no a la cultura), y en apartados diferenciados a los “*museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la C.A.*”, (obviando aquí los archivos e introduciendo de forma metodológicamente criticable un tipo de centros educativos como son los Conservatorios, art.148.1.15,) y al “*patrimonio monumental de interés de la C.A.*”, (148.1.16), y ya nos hemos referido en varias ocasiones al tenor del artículo 149.1.

La única referencia a la cultura desprovista de adjetivos y de carácter global es la que realiza precisamente el precepto que no tiene por objeto distribuir competencias, el artículo 149.2. Olvidarse de esto para concluir que del 149.2 deriva una competencia estatal sobre “*cultura*” diferente de la que dibujan el 148.1 y el 149.1, es dar a aquel un valor preeminente sobre estos que de ninguna manera parece justificado, y menos tomando por base un concepto como cultura, por un lado tan impreciso y por otro dotado en ciertas interpretaciones de significados omnicomprendivos de la totalidad de la actividad del ser humano.

En la interpretación conjunta del “*bloque de la constitucionalidad*”, y teniendo siempre in mente el valor interpretativo de los Estatutos sobre lo dispuesto en la Constitución y la necesidad de buscar legitimidad constitucional a las disposiciones estatutarias por la vía de la interpretación, (y no por la vía de, sin declararlas inconstitucionales, hacer simplemente caso omiso de ellas), la tesis de la competencia estatal ex-artículo 149.2 es sencillamente voluntarista e incongruente, desprovista en todo caso de fundamento.

Tampoco es casualidad, ni muchísimo menos, que sean, ahora si, algunos de los Estatutos de Autonomía, los que reconocen a las C.C.A.A. competencia exclusiva sobre la “*cultura*”, desprovista de adjetivos, aunque vaya acompañada de referencias adicionales a algunos de sus sectores y parcelas y matizada en algunos casos por alusiones a los preceptos constitucionales o la coordinación con el Estado. (Art.10.17 del Estatuto del País Vasco, 9.4 del de Catalunya, 31.4 del de la Comunidad Valenciana, y 44.8 de la L.O.R.A.F.N.A.). Estos si son preceptos atributivos de competencias, y difícilmente conciliables con una interpretación del 149.2 que pretenda derivar de él una competencia estatal para actuar globalmente sobre la materia.

Sin embargo es esto lo que postula el T.C., (S.T.C. 17/1991), que declara la integración del título referente al P.H.A.C. en el más genérico de “*cultura*” y con un evidente propósito, el de “*hallar en la referida integración fundamento para una competencia estatal más amplia que la derivada del concreto título antes dicho*”. (F.J. 2º).

Ese objetivo definido “a priori” es el que le lleva a buscar argumentos de apoyo y a la vez no explotarlos en toda su “potencialidad” por las contradictorias consecuencias a que conducen. Por eso el Tribunal matiza su tesis diciendo que la competencia estatal se define en el art.149.1.28 y que debe articularse ese título estatal, (y cualquiera, vemos aquí nuevamente a un órgano jurisdiccional recurriendo a Perogrullo) con los preceptos estatutarios que definen la competencia de las C.C.A.A.

La cuestión es si es eso posible cuando el punto de partida del Tribunal y de los legisladores estatutarios, (a los que no está facultado para contradecir, salvo que declare inconstitucionales las disposiciones estatutarias, lo que nunca ha osado hacer), es tan diferente.

Como muy bien señala Erkoreka, el operador jurídico “*se encuentra ante dos afirmaciones sucesivas que se contradicen mutuamente, sin que el texto de la sentencia desarrolle el más mínimo esfuerzo para aclarar tal contradicción*”.⁶¹⁹

Coincidimos plenamente con él cuando escribe que “*no resulta constitucionalmente legítimo predicar, a efectos competenciales, la integración del P.H.A.C. en el ámbito de la cultura...primeramente porque en el bloque de la constitucionalidad el P.H.A.C. figura como materia propia, autónoma y plenamente diferenciada de las demás que integran el grupo de títulos que conforman el régimen de distribución competencial entre el Estado y las C.C.A.A.*”, la Constitución y los Estatutos los distinguen claramente, incluso ubicándolos en preceptos distintos, y porque además “*esta diferenciación entre lo cultural y lo atinente al P.H.A.C. no se agota en los títulos atributivos de competencias...sino que se hace patente también...en el ámbito de los principios rectores de la política social y económica*”⁶²⁰. (Arts. 44 y 46).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, finaliza a este respecto, “*no solo desconoce claras prescripciones de la Carta Magna, sino que se aparta también injustificadamente de anteriores pronunciamientos suyos*”⁶²¹.

Queda por precisar el alcance e interpretación que hay que dar a los términos “*exportación*” y “*expoliación*” del artículo 149.1.28.

La utilización del término “*defensa*” sin referencia específica a los diversos medios utilizables en ella, conlleva en palabras de Erkoreka, conforme en esto con Muñoz Machado, que “*lo que reserva competencialmente al Estado es la totalidad de la materia de que en cada caso se trata y no solamente determinadas funciones públicas relativas a la misma, sean estas normativas o ejecutivas...el espacio*

⁶¹⁹ ERKOREKA GERVASIO J. op. cit. pags. 118-119.

⁶²⁰ Ibidem, pags. 120-121.

⁶²¹ Ibidem, pag. 121.

*competencial que perfila el art.149.1.28 tiene exactamente el mismo perímetro en lo normativo y en lo ejecutivo”.*⁶²²

Ahora bien, conlleva del mismo modo que *“en la materia que nos ocupa, el círculo competencial de titularidad del Estado se agota en el plano de las acciones defensivas”*⁶²³, lo que como hemos señalado es tan solo uno de los aspectos de la protección del patrimonio que reclama el artículo 46.

Es relevante a estos efectos lo que señala el T.C. en la Sentencia 109/96 en torno a que *“la competencia sobre cultura no es pues un título que le permita al Estado realizar indistintamente las mismas actividades normativas y de ejecución que tienen atribuidas las C.C.A.A. en las muy variadas competencias que tienen ese contenido cultural”* (F.J. 4º, el supuesto de hecho analizado es una actividad específicamente de fomento).

No caben objeciones, según el Alto Tribunal, a la actividad promotora de la Administración Central del Estado, no puede excluirse de ese segundo ámbito de la política tuitiva definido en el citado artículo 46, pero sin olvidar ajustarse en la misma a la distribución de competencias derivada de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, lo que en el supuesto concreto se traduce en que las subvenciones a conceder deben ponerse a disposición de los órganos autonómicos para su gestión.

Es indiscutible que el significado del término exportación alcanza, *“todo el conjunto de medidas públicas encaminadas a impedir la enajenación de bienes integrantes del P.H.A.C. que impliquen un traslado de los mismos de carácter transfronterizo”*⁶²⁴. Se trata de eso, lisa y llanamente, ni más ni menos. Y desde luego la utilización de este concepto, ni carecía de sentido desde la perspectiva del constituyente, ni puede estar desprovista de consecuencias.

Una vez más lo recalca Erkoreka *“lo que el legislador constituyente quería residenciar en manos del Estado no era una genérica atribución que comprendiera todo el acervo de acciones públicas a desarrollar en orden a la defensa y conservación del P.H.A.C., sino una suerte de reducto competencial, prácticamente circunscrito a la protección de dicho patrimonio del peligro de su masiva exportación”*,⁶²⁵ y el término, en palabras del autor de la enmienda de la que surgió, está vinculado a la detentación estatal de las competencias sobre el régimen aduanero y la consiguiente posibilidad de desprotección si quien posee los instrumentos se ve desprovisto de la competencia y quien la detenta se ve privado del instrumento básico para desarrollarla con efectividad.

⁶²² Ibidem, pag. 124.

⁶²³ Ibidem, pag. 125.

⁶²⁴ Ibidem, pag. 129.

⁶²⁵ Ibidem, pag. 129.

Nada obsta a interpretar, a través de una inferencia amparada por la lógica y el sentido común y por la específica competencia estatal sobre el régimen aduanero, (art. 149.1.10) que la competencia defensiva contra la exportación debe amparar la recuperación de lo ilícitamente exportado y extenderse a las operaciones vinculadas al trámite físico del cruce de frontera (autorizaciones, tasas..) y no ceñirse estrictamente a la actuación contra la exportación ilegal, como podría colegirse de una interpretación literal del precepto.

Lo que ya no parece admisible es, como reprochan Alegre y Erkoreka a Muñoz Machado, extender la competencia estatal más allá sobre la base de que la referencia sería superflua en otro caso, al encontrarse ya habilitado el Estado por los artículos 149.1.3 y 149.1.10.

Primero porque respecto del primer artículo el propio T.C. la ha limitado sustancialmente al “*treaty making power*” y al “*ius legationis*”, y además se trata de una actividad, la de “*defensa contra la exportación*”, esencialmente interna, amén de que se admita por el Tribunal (S.T.C. 17/1991), incluso en el plano de la actividad internacional sobre el patrimonio cultural, la concurrencia competencial Estado-C.C.A.A.

Y en segundo lugar porque el art. 149.1.10 no puede amparar cualquier actividad con incidencia remota en el comercio exterior, sino que debe existir una “*incidencia directa y mediata*”, (S.T.C. 115/1991), y en este caso no solo prima el componente protector del patrimonio sino que la incidencia en el comercio exterior es irrelevante, si partimos del hecho de que situar determinados bienes extracomercium, amén de habitual y corriente, lo que hace es impedir que surjan las obligaciones y responsabilidades conexas a ese comercio exterior que justifican su ubicación en sede estatal.

En todo caso el título “*comercio exterior*” podría empezar a jugar en el campo que ya sitúa el art.149.1.28 en manos del Estado, y que no convierte a éste en referencia superflua por cuanto impone un determinado mandato al particular órgano a quien habilita, (desde el punto de vista del comercio exterior no existiría la específica necesidad de defender nada) y porque ofrece una guía interpretativa (de la que no dispondríamos en otro caso) que nos permite delimitar cómo se articula la competencia estatal sobre “*comercio exterior*” del art.149.1.10 con la exclusiva de algunas C.C.A.A. sobre el patrimonio cultural.

Sin embargo todos los autores coinciden en que el quid de la cuestión en la delimitación competencial se encuentra en realidad en la extensión que se da al término “*explotación*” del artículo 149.1.28.

Su significado, según el Diccionario de la Real Academia es el de “*despojar con violencia o iniquidad*”. No obstante y de manera similar a lo que ocurría con

“exportación”, algunos autores van a pretender otorgarle una extensión diferente a la derivada de su acepción léxica común.

El argumento, en boca de Muñoz Machado, sigue la misma línea; si se pretendiese limitar la competencia estatal a los atentados que revistan caracteres de violencia o iniquidad, “*tal precepto sobraría, ya que ésta especie de atentados han de ser sancionados por la Ley penal, según prescribe el artículo 46 de la Carta Magna, y la relativa a la legislación penal es ya una competencia del Estado por establecerlo así el art.149.1.6 del propio texto constitucional*”.⁶²⁶

García de Enterría deduce del argumento que este concepto de expoliación “*parece que incluye positivamente competencias generales de protección sobre dicho patrimonio*”.⁶²⁷

Ya hemos hecho referencia a la crítica de Alegre en torno a que no es imprescindible la defensa penal frente a cualquier expoliación y su defensa de la sanción administrativa. (Si nos atenemos a la práctica cotidiana, vemos además que la sanción penal de conductas lesivas respecto del patrimonio cultural es casi un fenómeno insólito).

Carrasco y Nualart opone a García de Enterría que *existe una parte muy sustancial de la acción pública sobre el patrimonio cultural que, por muy generosamente que la interpretemos, no puede ser incluida dentro de la noción de defensa contra la expoliación, ni en su frontera ni en su entorno*.⁶²⁸

Por ejemplo no estaría apoyada en el argumento la técnica básica de protección del patrimonio inmueble cual es la sujeción de las intervenciones a autorización administrativa.

El T.C. acepta el argumento de Muñoz en torno a que “*la utilización constitucional de un término no puede entenderse siempre limitada a su estricto significado gramatical y menos a una sola acepción*”, (S.T.C. 17/1991, F.J. 14), como apunta Erkoreka, de forma contradictoria con lo que el mismo órgano establece en otras sentencias coetáneas, “*la Constitución no pretende atribuir a estos conceptos otro contenido que el de su valor léxico...no puede ignorar este valor léxico sino que antes al contrario, ha de atenerse estrictamente a él, aunque dentro del mismo pueda optar por diferentes criterios definitorios*”. (S.T.C. 149/1991 de 4 de Julio).

El Tribunal apoya su conclusión en que los conceptos jurídicos indeterminados rebasan su acepción literal para alcanzar el sentido que la experiencia les ha ido

⁶²⁶ Ibidem, pag. 134..

⁶²⁷ Ibidem, pag. 134.

⁶²⁸ Ibidem, pag. 134

atribuyendo, pero sentada la afirmación, y al modo de los autos de cierto famoso magistrado candidato al Nobel de la Paz, se olvida de señalar cual es esa experiencia en el supuesto de hecho y el significado que de la misma se deriva y que permite obviar el que recogen los diccionarios.

En opinión de Erkoreka, que compartimos, *“no lo hace, porque no resulta cabalmente factible, porque en el caso de la expoliación, la experiencia y el uso cotidiano del término, no solo no sugieren una interpretación del mismo que se aparte de su contenido léxico, sino que subrayan y reafirman las notas de virulencia y gravedad que acompañan a dicho concepto según su acepción gramatical”*.⁶²⁹

Erkoreka se muestra de acuerdo con Alegre en la crítica de que *“tanto la vía administrativa como la penal pueden legítimamente ser utilizadas para preservar el P.H.A.C., indistintamente frente a los actos atentatorios revestidos de violencia e iniquidad y frente a los que carecen de tales características... nada permite sostener que la defensa del mismo haya de tener necesariamente una naturaleza diferente -penal o administrativa- en función de que las acciones lesivas del PHAC revistan o no violencia o iniquidad”*.⁶³⁰

En definitiva, el Alto Tribunal, como ya hemos observado, considera la competencia estatal como omnicompreensiva, de forma que no abarca solo los actos que provoquen la pérdida o destrucción, sino los que alteren o le priven al patrimonio de su función social (término vago y ambiguo donde los haya) pero de este modo *“no cabría agresión alguna al P.H.A.C. que no fuera expoliatoria”*⁶³¹, ni potencialmente, competencia autonómica alguna de llevar al extremo el argumento, lo que el TC no se atreve a hacer.

La noción es, en opinión de Erkoreka, excesivamente amplia, en lo que no cabe otra cosa que coincidir, y producto de que el Tribunal se deja arrastrar por el principio del “favor acti” y por la necesidad de buscar legitimación constitucional a una Ley que carece de ella en varios de sus preceptos, juicio de intenciones, lo confesamos, pero amparado por los hechos.

Lo que debería haberse reconocido como de competencia estatal es algo muy distinto, *“todas las facultades públicas, normativas y ejecutivas, pero únicamente en tanto en cuando se hallen asociadas a la defensa del P.H.A.C. contra los ataques que revistan violencia o iniquidad”*⁶³².

⁶²⁹ Ibidem, pag. 136.

⁶³⁰ Ibidem, pags. 137-138.

⁶³¹ Ibidem, pag. 139.

⁶³² Ibidem, pag. 141.

4.1.3.1. La tesis de J. M. Alegre Avila.

La visión de J. M. Alegre Avila es diferente. Considera este autor que en esta materia *“los conceptos interés general e interés regional operan... como criterios funcionales de delimitación competencial, como módulos de asignación o atribución de competencias dentro del marco de los artículos 148.1 y 149.1 de la Constitución”*⁶³³ y particularmente que *“el de interés general ofrece junto al anterior una segunda vertiente, la de erigirse en límite de las competencias atribuidas a las C.C.A.A.”*⁶³⁴.

Sigue así la línea de otros autores que lo consideran límite de la autonomía regional como corolario del principio de unidad, deduciendo del tenor del artículo 137 que *“la autonomía que la Constitución reconoce a las C.C.A.A. (y no solo a las de autonomía menos plena) lo es para la gestión de sus respectivos intereses”*.⁶³⁵

La aplicación de esta tesis principal a la distribución competencial en torno a la protección del patrimonio cultural le lleva a señalar que *“consecuentemente, si la distribución primera de competencias se construye desde el criterio del interés del patrimonio, contenido en el artículo 148.1.16, parece claro que el artículo 149.1.28 opera, no como expresivo de un régimen de distribución de competencias superpuesto al que resulta del 148.1.16, sino precisamente a partir de este último, o si se prefiere en el marco del mismo...de ahí por consiguiente que la atribución al Estado en el artículo 149.1.28 de la competencia para defender el patrimonio español contra la exportación y la expoliación no signifique que dicho artículo esté posibilitando respecto de las C.C.A.A. de primer grado un nivel de participación solo condicionado por la competencia estatal en relación con la exportación y la expoliación, de modo que con la excepción de este mínimo competencial retenido por el Estado todo lo demás sea susceptible de ser asumido por la Comunidad Autónoma...,(tesis de Erkoreka que nosotros suscribimos), por el contrario a mi juicio, la funcionalidad del artículo 149.1.28 se orienta en el sentido de constituir un verdadero límite... de la competencia autonómica señalada en el artículo 148.1.16, esto es que a pesar de referirse dicha competencia al patrimonio de interés de la respectiva Comunidad, el interés regional cede, incluso en este supuesto, ante las exigencias que dimanen del propio interés general, concretado aquí en la defensa contra la exportación y la expoliación, interés general que en cuanto tal ha sido explicitado en la propia Constitución mediante la pertinente asignación de competencia exclusiva al Estado.”*⁶³⁶

El ilustre jurista se enfrenta al obstáculo que supone que el T.C. haya dejado sentado, de forma a nuestro juicio muy acertada además, (Sentencia de 16 de Noviembre de 1981, por ejemplo) que *“la determinación en caso de conflicto del*

⁶³³ ALEGRE AVILA J.M. op. cit. vol. II, pag. 645

⁶³⁴ Ibidem, pag. 646.

⁶³⁵ Ibidem, pag. 647.

⁶³⁶ Ibidem, pag. 648.

contenido de las competencias ha de hacerse sin recurrir, salvo cuando la propia definición legal lo exija, a la noción de interés respectivo”.

Y lo hace deduciendo que *“es precisamente el artículo 148.1.16 uno de los supuestos en que el legislador constituyente ha manejado el concepto de interés regional o interés de la C.A. para atribuir competencias en la materia, de lo que resulta que el deslinde competencial queda remitido, no a las previsiones contenidas en los Estatutos, que como tales no pueden interpretar ni precisar el contenido del interés regional por contraste con lo que sea de interés general”,* entendiendo asimismo que *“la labor de configuración definitiva del interés general ha de ser efectuada por las propias leyes del Estado, llamadas por la Constitución a perfilar las exigencias de aquel interés general, resultando de este modo que es el propio interés regional el que resulta perfilado por la labor de concreción llevada a cabo por las leyes estatales como plasmación del interés general, por cuanto no agotada por el texto constitucional la delimitación de competencias, ésta resulta referida al legislador ordinario, que no puede ser otro que el estatal”.*⁶³⁷

El legislador estatal *“puede considerar que dicho interés exige la atribución en exclusiva de todo el campo legislativo a la disposición de las Cortes Generales, o puede estimar que es suficiente la regulación de las grandes directrices o principios en la materia, remitiendo su desarrollo y ejecución a las instancias autonómicas, o puede reservar a la Administración del Estado importantes facultades de ejecución o remitirlas en bloque a la administración autonómica etc”*⁶³⁸.

En suma *“una interpretación restrictiva de la competencia estatal (en relación con las C.C.A.A. de autonomía plena es la que parece imponerse en una primera aproximación al tema y conduce a afirmar que dicha competencia se refiere únicamente a los aspectos ya señalados, exportación y expoliación, cuyo sentido no ofrece excesivas dificultades de precisión, desde el momento en que su significado puede concretarse con criterios metajurídicos, proporcionados por el propio tenor de los términos analizados, (a través simplemente del diccionario), pero “el artículo 148.1.16 no parte la materia sobre la base de la distinción entre tipos de bienes, (permitiría la exclusividad de las C.C.A.A. sobre los de interés regional y sobre los nacionales excepto en lo referido a la exportación y expoliación), sino que utiliza esa noción como cláusula de atribución al Estado de todos aquellos aspectos del patrimonio histórico que considere afectantes al interés general” y finalmente “no existen razones de peso para fundar una competencia cualitativamente distinta entre las C.C.A.A. de autonomía plena y las de autonomía menos plena...tales diferencias traen causa, única y exclusivamente del concreto proceso de transferencias de funciones y servicios a cada Comunidad Autónoma, proceso que ha discurrido por unos cauces exentos en buena medida de uniformidad y criterios comunes”.*⁶³⁹

⁶³⁷ Ibidem, pag. 651-652.

⁶³⁸ Ibidem, pag. 655.

⁶³⁹ Ibidem, pags. 671-674.

La conclusión es clara; *“el Estado ostenta, a partir de los datos contenidos en el artículo 149.1.28 y su engarce sistemático con el artículo 148.1.16, una competencia general en esta materia, resultado de la atribución al mismo de la gestión de los intereses generales”*.⁶⁴⁰

En coherencia con la fundamentación de su posición, aún y cuando coincidente con la del T.C. en cuanto a extender la competencia estatal más allá de la interpretación estricta de lo que supone la defensa del patrimonio contra la exportación y la expoliación, Alegre reprocha a la S.T.C. 17/1991 que *“esta no apelación al artículo 148.1.16...le lleva a forzar el sentido de otra serie de preceptos (aquellos en relación con los cuales efectúa una interpretación de adecuación al texto constitucional) para salvar su constitucionalidad, a la vista del imposible encaje de los mismos en los más arriba citados conceptos de exportación y expoliación”*.⁶⁴¹

El profesor Alegre Avila es perfectamente consciente de donde se encuentran los puntos débiles de su argumentación, que en hábil recurso él mismo recuerda a efectos de dar por sentado que quedan superados a través de los considerandos que la sustentan.

Por nuestra parte creemos humildemente que no es así y que debemos referirnos a las objeciones que deslegitiman la tesis reseñada.

En primer lugar hay que considerar una obviedad el punto de partida, las C.C.A.A. sirven a sus propios intereses, del mismo modo que la Administración del Estado a los suyos, pero eso no ha sido obstáculo para que el Título VIII de la Constitución distribuya competencias entre unas y otra haciendo expresa referencia al interés general cuando lo ha considerado oportuno como criterio de referencia, (artículo 149.1.20 o 149.1.24) o a criterios que no son sino la mera traslación de aquel a áreas concretas de actuación, (*“Hacienda General”*, art. 149.1.14, *“coordinación general”*, art.149.1.15 y 149.1.16, *“planificación general”* 149.1.13...).

El artículo 9 de la Constitución y particularmente el 103, someten a todos los poderes públicos y a la Administración Pública (in genere) al deber de *“servir con objetividad los intereses generales”* (no los propios y concretos de cada cual, o al menos no en caso de conflicto entre unos y otros).

No cabe pues deducir del artículo 137 una estricta sujeción de las C.C.A.A. a intereses no generales, (por llamarlos de alguna manera), que conlleve la preterición de los generales, ni atribuir a la Administración del Estado, (la general por antonomasia), la conexión exclusiva con aquellos, por más que le esté preferentemente, (pero en sede de distribución competencial y habida cuenta de la integración de los Estatutos en el *“bloque de constitucionalidad”* no exclusiva ni discrecionalmente), atribuida su delimitación.

⁶⁴⁰ Ibidem, pag. 686.

⁶⁴¹ Ibidem, pag. 756.

Esta es entre otras una de las muchas razones que le lleva al T.C. a proscribir con carácter general la utilización de la noción de interés respectivo como criterio de delimitación competencial.

No puede Alegre hacer frente a la objeción ya recogida por Muñoz Machado y que él mismo cita⁶⁴², de que “*el interés general no es un título que pueda amparar la reserva de poderes genéricos e indeterminados en manos del Estado, en la medida en que lo que el interés general demanda ya ha sido traducido por el propio constituyente y vertido en el articulado de la Constitución (y añadido yo, en el de los Estatutos de Autonomía) donde se concreta el alcance de los poderes del Estado y las condiciones de su ejercicio*”, con ocasionales alusiones al propio concepto de interés general o similares que en esos supuestos específicos y concretos si que lo constituyen en título delimitador y obligan a la delimitación precisa de su alcance y extensión.

Lo intenta, a nuestro juicio sin conseguirlo, a través de deducir del tenor del artículo 148.1.16 una sujeción (general además para todas las C.C.A.A.) de la competencia autonómica al interés regional que, “contrario sensu”, remitiría al Estado todo lo relativo al interés general, más allá del tenor literal del art.149.1.28.

Es ésta la verdadera clave de bóveda de la tesis, solo si el 148.1.16 restringe la competencia autonómica a su interés propio, y solo si entendemos que lo hace con carácter general para todas las C.C.A.A., es posible entender que la competencia estatal se extiende a algo más que la defensa contra la exportación y expoliación a que alude el art. 149.1.28.

Pero el argumento se resiente del mismo ánimo voluntarista de intentar obtener un mayor espacio para la actuación estatal, que les lleva a otros autores a forzar en demasía la interpretación de lo que amparan los conceptos de exportación y expoliación, como el propio Alegre denuncia.

Y se resiente porque no cabe obtener del tenor del artículo 148.1.16 la conclusión que él obtiene. Su redacción es muy clara, las C.C.A.A. pueden asumir competencias sobre el “*patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma*”.

La referencia al interés no viene ligada a las facultades a desarrollar en su protección sino que se constituye simplemente en criterio delimitador de cual es el patrimonio sobre el que la C.A. puede asumir competencia. Aquel patrimonio que no fuese de interés de la C.A. es el que quedaría fuera de su ámbito de disposición, pero no hay porque deducir que sobre aquel respecto del que puede actuar tiene mayores

⁶⁴² Ibidem, pag. 651.

limitaciones que las que se derivan de las reservas al Estado del artículo 149, en concreto en nuestro caso las establecidas en el 149.1.28.

El profesor Alegre transmuta, a nuestro juicio indebidamente, la noción del interés recogida en el 148.1.16, ampliando su contenido y modificando su naturaleza.

No existe con carácter general en la protección del patrimonio cultural un interés general y un interés propio de la Comunidad Autónoma, por cuanto ambos persiguen la protección de los bienes que lo integran, de manera que la actuación de la C.A. sirve al interés general si es eficaz en el objeto que persigue. Tan solo si pudieran distinguirse en lo que respecta a sus fines las respectivas actividades, podría intentarse delimitar facultades en función de ellos. Como muy bien se deduce del 148.1.16, tan solo puede existir un interés diferente en cuanto a los bienes respecto de los que ocuparse.

Pero es que además esa interpretación que criticamos olvida las referencias estatutarias a la cuestión y convierte en incongruente la reserva competencial del artículo 149.1.28. Si el criterio delimitador es el interés general, y este se extiende más allá de la exportación y la expoliación, ¿a qué viene la explícita referencia a estos dos conceptos? Si la exportación y la expoliación están incluidas en el interés general que debe reservarse al Estado, ¿por qué esa mención superflua y que nada aporta?

Y si no es así, ¿por qué se introduce un segundo criterio delimitador innecesario cuando todo ha quedado claro en el artículo 148.1.16?

En lugar de olvidar los términos del art.149.1.28., dando primacía a una interpretación forzada, existe otra que respeta la redacción literal de ambos preceptos y mantiene a salvo su coherencia lógica, que es la que documentadamente expone Erkoreka.

Pero además es también inadmisibile, a nuestro juicio, otro de los pilares fundamentales en que se apoya esta tesis, el de que *“la delimitación competencial final no es producto de las distribución que dentro del marco constitucional hayan operado los Estatutos de Autonomía, sino que queda confiada a lo que disponga la ley estatal, por cuanto ha de ser ésta la que concrete el interés general, y de resultas el interés que corresponde gestionar a las Comunidades Autónomas”*.⁶⁴³

Es tan evidente que la argumentación de este ilustre letrado necesita que ello sea así, porque en caso contrario las disposiciones de algunos estatutos la desmienten tajantemente, como que el propio T.C. ha dejado más que sentado que los Estatutos forman parte del *“bloque de constitucionalidad”*, tienen valor interpretativo de la misma, (particularmente en sede competencial), y que la legislación estatal dirigida a desarrollar las previsiones constitucionales no puede desconocer su contenido. (Esto

⁶⁴³ Ibidem, pag. 672.

con mayores matices pues si se reconoce la virtualidad teórica del principio, se olvida en algunas ocasiones en la práctica jurisprudencial).

Sería constitucionalmente ilegítima la ley estatal, por más que en palabras de Alegre desarrollase el interés general, si lo hiciese manifiestamente en contra de los términos en que los Estatutos de Autonomía efectúan la delimitación competencial conforme a la Constitución. (Si no es conforme a la Constitución estamos ante otro problema y la necesidad de que se hubiesen adoptado otro tipo de medidas en el momento de su aprobación).

Los Estatutos de Autonomía del País Vasco (art. 10.19), Catalunya (art. 9.5), Andalucía (art. 13.27), Comunidad Valenciana (art. 31.5) y la L.O.R.A.F.N.A.de Navarra (art. 44.9) asumen la competencia exclusiva sobre la protección del patrimonio, sin más límite que la referencia al 149.1.28, obviando cualquier tipo de referencia al interés recogido en el artículo 148.1.16. ¿ Significa esto que no obstante sus términos, debe reputarse su redacción idéntica a la de los restantes estatutos, que si se limitan a asumir competencias sobre el patrimonio de interés para la C.A. ?

Cuando Alegre Avila sostiene que no hay ninguna razón para apoyar un diferente nivel competencial entre las C.C.A.A., se olvida de que existe una básica y fundamental; la diferente redacción de los Estatutos de Autonomía en un marco de autonomía dispositiva y no obligada. No hace falta ninguna otra razón.

Muy otra podría ser la conclusión si se estimase que los citados estatutos han sobrepasado en su particular y concreta redacción el nivel competencial asumible por las respectivas Comunidades a la luz de la Constitución.

Alegre no se atreve a afirmarlo, y en tanto no lo proclame el T.C., se está obligado a buscar una interpretación de sus disposiciones que no prive de coherencia al sistema. Pero es que además no es así, por cuanto la única reserva competencial en mano estatal, que es la del 149.1.28, y no la del art. 148.1.16, es explícitamente respetada en todos ellos, con lo que la tesis que nos ocupa realiza una indebida preterición de normas aplicables al supuesto de hecho.

4.2. LA DISTRIBUCION COMPETENCIAL EN EL AMBITO INTERNO DE LA C.A.P.V.

La C.A.P.V. cuenta con un peculiar entramado institucional, caracterizado por la presencia de instituciones forales que carecen de correspondencia en la legislación de la generalidad de Comunidades Autónomas, como son las Juntas Generales, y en el superior peso y dimensión competencial y singular estructura organizativa de otras, (las

Diputaciones Forales), con respecto a sus homólogas (Provinciales) del resto del Estado.

Ello tiene incidencia directa en la materia que nos ocupa y obliga para entender cual es el ámbito de actuación de cada institución en la protección del patrimonio cultural vasco a delimitar la distribución competencial entre las diferentes instituciones de la Comunidad con el detalle que nos permite el tratarse de una cuestión que no ha sido apenas objeto de tratamiento doctrinal o jurisprudencial.

Como es lógico vamos a tener que referirnos en primer lugar a las referencias estatutarias a la materia, pero también, de forma muy destacada a la ley autonómica que tiene por objeto realizar esa delimitación, la Ley 27/83 de 25 de Noviembre.

4.2.1 La distribución competencial en el Estatuto de Autonomía y la Ley de Territorios Históricos

La C.A.P.V. cuenta con un singular entramado institucional, resultado de su configuración histórica y de la interpretación estatutaria de lo dispuesto en la Disposición Adicional 1ª de la Constitución en torno al amparo y respeto de los derechos históricos de los territorios forales. De aquí se va a derivar una amplia competencia en sede de protección del patrimonio cultural para los órganos forales de los Territorios Históricos que componen la Comunidad Autónoma, lo que nos obliga a analizar las normas de delimitación competencial y la distribución que realizan entre cada uno de los niveles administrativos. A ello dedicaremos las siguientes páginas.

Ya nos hemos referido ampliamente con anterioridad a las disposiciones estatutarias relativas a la materia que nos ocupa, es necesario ahora referirnos al desarrollo legislativo con que han contado en el repertorio legislativo de la C.A.P.V.

Como no podía ser de otra manera, es obligado referirse a la Ley 27/83 de 25 de Noviembre de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Organos Forales de sus Territorios Históricos (conocida como L.T.H.). Esta Ley delimita el ámbito competencial de las instituciones de uno y otro ámbito territorial.

En primer lugar es importante referirse al contenido de su artículo 6 ya que establece que *“es de la competencia de las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma la legislación y la ejecución en todas aquellas materias que, correspondiendo a la Comunidad Autónoma según el Estatuto de Autonomía, no se reconozcan o atribuyan en dicho Estatuto, la presente Ley u otras posteriores a los Organos Forales de los Territorios Históricos”*.

Existe por tanto una “cláusula residual” de atribución de competencia en favor de la C.A..

El artículo 7.a.12 por su parte reconoce la competencia exclusiva de los T.T.H.H. sobre “Archivos, Bibliotecas, Museos e Instituciones relacionadas con las Bellas Artes y Artesanía, de titularidad del Territorio Histórico”, y el 7.a.13 sobre “creación y mantenimiento de organismos culturales de interés del T.H.” y en concreto, en lo que hace a la protección del patrimonio cultural, el artículo 7.b.5 determina que corresponde a los Territorios Históricos el desarrollo y ejecución de las normas emanadas de las Instituciones Comunes en "**conservación, mejora, restauración o, en su caso excavación del Patrimonio Histórico Artístico Monumental y Arqueológico**".

El artículo 8 finalmente reconoce a los T.T.H.H., en las materias que sean de su exclusiva competencia, la potestad normativa, reglamentaria, administrativa y revisora en vía administrativa.

Esta atribución de un importante nivel competencial a los órganos forales responde a un desideratum presente en el propio Estatuto de Autonomía, que en su artículo 37.2 establece que “*lo dispuesto en el presente Estatuto no supondrá alteración de la naturaleza del régimen foral específico o de las competencias de los regímenes privativos de cada Territorio Histórico*”.

La inexistencia anterior de órgano autonómico derivó en que las escasas competencias que el régimen franquista permitía mantener a los órganos forales, como resto de la anterior autonomía económico-administrativa relacionada con el Concierto Económico que en Alava todavía se mantenía, fuesen desarrolladas por éstos, pretendiendo el Estatuto que, al menos, ese mínimo fondo competencial siga estando en sus manos.

Por tanto y como primera significativa conclusión observamos que el desarrollo legislativo en sede de protección del patrimonio, es una competencia que corresponderá a los órganos de los Territorios Históricos en el ámbito señalado por el artículo 7.b.5. Esta distribución va a suscitar diversas controversias, en particular sobre el alcance de los términos “*conservación*”, “*mejora*” etc. de los que nos ocuparemos acto seguido.

4.2.2. La Ley de Patrimonio Cultural Vasco y su delimitación competencial.

El ejercicio de las competencias estatutariamente reconocidas a la C.A.P.V. se regula principalmente a través de la Ley 7/1990, de 3 de Julio, de Patrimonio Cultural Vasco. Su propia Exposición de Motivos explica su objeto en los siguientes términos; “*el diseño de una política tanto para la defensa y protección, difusión y fomento del*

patrimonio cultural del pueblo vasco, como para el desarrollo de una infraestructura de archivos, bibliotecas y museos, por ser éstos los principales centros depositarios del patrimonio cultural vasco”, y su legitimación en el ejercicio de las competencias asumidas por la C.A.P.V. y no reconocidas a los T.T.H.H. por la L.T.H.

En términos de distribución competencial y aún y cuando sigan estando ahí los límites estatutarios, la delimitación se caracteriza por su inestabilidad. Dada la ausencia de especial rigidez en orden a su modificación, la L.T.H. es susceptible de modificación por cualquier otra norma posterior del mismo rango, (cualquier otra Ley aprobada en el Parlamento Vasco) y de hecho ha sido objeto de modificación en repetidas ocasiones, especialmente en lo que hace a nuestro objeto de análisis, por la propia Ley de Patrimonio Cultural Vasco, aún y cuando no se hiciese referencia a expresa a ello en la norma modificadora.

(Esto no es una mera opinión personal, sino que se reconoce incluso en informes autonómicos como el “*Estudio sobre las artes plásticas y visuales en la Comunidad Autónoma de Euskadi*”, realizado en 2006 bajo directrices del Observatorio Vasco de la Cultura)

La Ley 7/1990 atribuye expresamente la competencia de desarrollo reglamentario al Gobierno Vasco en supuestos tales como la determinación de los contenidos de la calificación como Bien Cultural, (art.12), la determinación de las condiciones que regirán el régimen de visita pública de los bienes calificados, (art.24.3), la determinación de las condiciones de emisión por el Gobierno del preceptivo informe favorable a los instrumentos de planeamiento urbanístico que afecten a bienes culturales calificados, (art.28), y la determinación de los bienes muebles cuya existencia es obligatorio comunicarle (art.37), aunque en este supuesto no se señale expresamente que el desarrollo corresponda al Gobierno Vasco.

También en relación con la determinación de los supuestos en que la salida de fondos, incluso en depósito, de los museos de la C.A. se sujeta a autorización gubernativa, (art.100), la determinación de las condiciones de concesión de beneficios crediticios (art.103), la determinación de los criterios de aplicación del 1% cultural en los fondos correspondientes al Gobierno Vasco e “in genere” en los supuestos precisos para el cumplimiento de la Ley. (Disposición Final 2ª). Implícitamente también en lo que hace al depósito legal de publicaciones y asignación del I.S.B.N. (Art. 72).

Facultades específicas de ejecución de lo dispuesto en la norma (aparte de la competencia general que los artículos 3 y expresamente el 4 reconocen a Gobierno, Diputaciones Forales y Ayuntamientos) se atribuyen también al Gobierno Vasco en los artículos 5, en relación con las actividades del Centro de Patrimonio Cultural Vasco, arts. 6 y 7 en relación con la creación de órganos y figuras consultivas, art. 8 en cuanto a la suscripción de convenios de colaboración con la Comunidad Foral de Navarra, y art.9 sobre el cumplimiento de las normas estatales en la defensa del patrimonio contra la exportación y la expoliación con carácter general.

Asimismo, en referencia específica a los regímenes de protección en los arts. 11, 14 y 32.2 en torno a la declaración de un bien cultural como “*Calificado*”, y su notificación al Registro de la Propiedad, art.12.2 en referencia a la iniciativa de modificación del planeamiento urbanístico a efectos de coordinación con la protección cultural establecida, art. 17 sobre la inscripción de bienes en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco, art.20.2, 23 y 35.2 en lo que hace a la iniciativa de suspensión de obras y trabajos que contravengan la Ley, rectificación de usos o ejecución subsidiaria de intervenciones, art.21.3 que le confiere la potestad expropiatoria a los fines de la norma, art.24.3 en relación con la aprobación del programa de visita pública a los bienes calificados, art.25 sobre el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, art.28 en torno al informe sobre los instrumentos de planeamiento urbanístico que afecten a bienes calificados, art.36 referido a la indispensable autorización previa sobre la desafectación para el derribo de bienes culturales calificados o inventariados, art.37 sobre la separación de bienes muebles del inmueble en el que se encuentren, y la recepción de comunicaciones sobre su existencia.

Por lo que afecta a las intervenciones arqueológicas, en el art.44.2 en torno a la fijación de condiciones a cumplir por los planes de ordenación territorial y urbana para la protección de zonas arqueológicas, art.47.3, 48.3 y 99 en referencia a la designación de los centros de depósito de los hallazgos arqueológicos, y fondos museográficos, y art.48.4 sobre el premio a abonar a los descubridores de hallazgos y propietarios del lugar de encuentro.

Referencias singulares a los patrimonios documental, bibliográfico y museográfico y las facultades que sobre ellos se le reconocen se encuentran en el art.55.3 sobre la declaración de documentos integrantes del patrimonio documental vasco, art.71 referido a la aportación de medios para la reproducción de los fondos hemerográficos y bibliográficos de interés público, arts. 78 a 81 sobre el Archivo Histórico del Gobierno Vasco y el Sistema Nacional de Archivos, art.83 referido a la suscripción de convenios para la gestión de bibliotecas de titularidad estatal, 84.b en relación con las bibliotecas de titularidad privada conveniadas y 85 en relación con la garantía del servicio bibliotecario según tipo de poblaciones, arts. 86 a 88 sobre el Sistema Nacional de Bibliotecas, arts. 90 y 91 en referencia a la garantía de un museo de la ciudad en las de más de 10.000 habitantes y del acceso libre y gratuito a los de titularidad autonómica, arts. 93 a 96 sobre el Sistema Nacional de Museos, art.100 sobre la autorización, “*en los casos en que así se establezca reglamentariamente*” de salida de fondos de los museos de la C.A..

Con respecto a las medidas de fomento y las sanciones, son facultades del Gobierno Vasco las del art.103 sobre las medidas de financiación de la adquisición de inmuebles calificados e inventariados con preferente acceso al crédito oficial, art.105 referido al informe previo al abono en especie patrimonial de las sanciones, art.108.4 sobre las sanciones que corresponde imponer al Gobierno Vasco, Disposición Adicional Segunda que establece la suscripción de convenios de reintegración de patrimonio que se encuentre fuera de la C.A.P.V., Disposición Transitoria Primera sobre la aprobación

en un año de los reglamentos de organización y funcionamiento de los Sistemas Nacionales, Registro e Inventario, D.T.3ª en lo que hace al sometimiento a informe de la protección prevista con anterioridad a esta Ley para los bienes declarados de interés cultural y Disposiciones Finales 1 a 3 que le facultan para aprobar directrices generales de protección, dictar las disposiciones reglamentarias precisas para el cumplimiento de la Ley y actualizar la cuantía de las multas del art. 108.

Es pues manifiesto que el tenor de la Ley 7/1990, en todos estos aspectos en que se concede competencia a las instituciones autonómicas, no es congruente con lo dispuesto en el artículo 7.b.5 de la L.T.H. que si no hace referencia al carácter exclusivo de dicha atribución competencial, si que es claro cuando atribuye el desarrollo reglamentario y la ejecución de las normas dimanadas de las Instituciones Comunes a los Organos Forales.

Un reconocido autor ha llegado a señalar que a los T.T.H.H. *“prácticamente solo se (les) reconocen competencias ejecutivas, olvidando las de desarrollo normativo a que hace referencia la L.T.H.”*, dado que tan solo en un supuesto, el del art.45.4, *“la Ley se refiere explícitamente a que las Diputaciones Forales regularán por vía reglamentaria las obligaciones derivadas de la concesión de autorizaciones en actividades arqueológicas”*.⁶⁴⁴

Es desde luego contrario al tenor del citado art. 7.b.5 lo dispuesto en la Disposición Final 2ª de la Ley, porque encomienda al Gobierno Vasco el desarrollo reglamentario de la Ley con carácter cuasigeneral, no solo en los supuestos específicamente previstos en la Ley, que como hemos visto son ya unos cuantos, sino incluso respecto de todas las disposiciones reglamentarias necesarias para su cumplimiento. De esta manera se está desposeyendo a los Organos Forales de la competencia que la L.T.H. les había reconocido.

No obstante, el hecho de que no se derogue expresamente el art.7.b.5 y la generalidad de la referencia a las *“disposiciones necesarias para el cumplimiento”*, habida cuenta de que el legislador no aprecia inconveniente alguno en atribuir expresamente el desarrollo reglamentario al Gobierno Vasco en unos cuantos supuestos, nos induce a pensar que se está refiriendo aquí a las disposiciones de carácter reglamentario no expresamente demandadas y que estuviesen fuera del ámbito en el que la L.T.H. confiere dicha responsabilidad a los Organos Forales, interpretación que paliaría en cierta medida el contrasentido que surge en otro caso.

Incluso si algunos de los supuestos en que la Ley encomienda expresamente al Gobierno Vasco el desarrollo reglamentario están en la lógica de las cosas; no sería congruente que, establecido un Sistema Nacional de Archivos, Bibliotecas y Museos, se

⁶⁴⁴ AGIRREAZKUENAGA I. *“Dictamen jurídico en relación con la distribución competencial en materia de patrimonio cultural y juicio de legalidad sobre la distribución diseñada por el Avance del Plan Territorial Sectorial del Patrimonio Cultural Vasco”*. Informe inédito, solicitado por la Diputación Foral de Gipuzkoa, pag. 19.

remitiese su organización y funcionamiento a la normativa, potencialmente diferente, que pudiesen establecer los órganos de cada Territorio, en otros se manifiesta una voluntad de agotar el ámbito de la materia, de manera que quede espacio muy escaso para la actividad singular de los órganos de ámbito inferior, espíritu absolutamente diferente al que presidía la Ley que delimitó las competencias de unos y otros.

Es desde luego a nuestro juicio el caso de las remisiones de los artículos 24, 37, 100 y 103.

No hay que olvidar que “*conservación, mejora, restauración, y en su caso excavación...*”, ámbito en el que se atribuye el desarrollo reglamentario a Diputaciones y Juntas Generales, es el núcleo fundamental de la competencia asumida por la C.A. dado que comprende tanto la perspectiva protectora (conservación) como la acrecentadora (mejora) del patrimonio.

Naturalmente el uso de conceptos tan indeterminados no ofrece una solución de credibilidad tan indudable que cierre la controversia y una tesis más cara a las Administraciones de los T.H. expone que el término de conservación a que alude la L.T.H. debe abarcar la protección y defensa de los bienes sin lo que dicha conservación no sera posible.

La protección puede tener por adversario la exportación, expoliación (en cuyo caso intervendría la Administración estatal) o la destrucción o deterioro en cuyo caso debe entenderse de competencia de los T.H. so pena de convertir ese desarrollo legislativo foral en una mera relación de normas técnicas de conservación.

Parecida controversia se suscita en torno al alcance del término “*mejora*”. Aquí el punto de divergencia se sitúa en torno a la actividad de promoción y difusión del conocimiento sobre el patrimonio.

Aún y cuando pueda ser más discutible que en el caso anterior la consideración de la promoción y difusión como “*mejora*”, cuyo sentido parece ser otro, si que estimamos en este caso que a la luz de lo señalado por la L.P.C.V. la cuestión es clara. Se trata (art.3 de la L.P.C.V.) de una competencia habría que decir más bien deber) de todos los poderes públicos, con incluso (art.4.2) un mandato expreso a los Ayuntamientos de realizar esa labor con respecto a los bienes sitios en su municipio.

La L.P.C.V. en lugar de resolver esta controversia que suscita la redacción de la L.T.H. sobre nuestro objeto de análisis, enreda, si se nos permite el término, aún más la cuestión por su naturaleza reglamentista y el establecimiento por doquiera de procedimientos con intervención de las Administraciones Foral y Autonómica a cuyo posterior desarrollo ninguna de ellas renuncia, no estando dispuestas a que sea la otra

Administración la que determine plazos, requisitos etc. de los actos en que debe materializarse su intervención.

En cualquier caso sobre la primera de las controversias aludidas, el alcance del término "*conservación*", creemos que ofrece una serie de pistas que ayudan a pronunciarse, atribuyendo a los T.T.H.H. la competencia de desarrollo legislativo conforme a la primera de las tesis expuestas.

En primer lugar el artículo 29 sujeta a autorización foral, "*las intervenciones que deban realizarse sobre los bienes calificados y su entorno*". Es decir atribuye al órgano ejecutivo del T.H. la misión de verificar que las intervenciones sobre determinadas bienes culturales (los más relevantes) no merman su interés cultural.

En un supuesto tan solo, (el previsto en el artículo 36), establece una concurrencia de facultades autorizadoras entre Administración Foral y Autonómica, y en otro (art.33) la exclusión parcial de la Administración Foral y la concurrencia Administración Autonómica-Ayuntamientos.

Asimismo las restantes facultades ejecutivas son conferidas con carácter exclusivo a las Diputaciones Forales (Véase artículos 20, 23, 32, 35 etc...).

En suma que corresponden a los órganos ejecutivos de los T.H. las facultades ejecutivas con carácter general y hay que entender por tanto que dada su naturaleza instrumental también la reglamentación de los procedimientos a seguir para el ejercicio de las mismas, (en el estrecho margen que permite la Ley).

Si corresponde asimismo a los T.T.H.H. el desarrollo legislativo en conservación, mejora, restauración y en su caso excavación y hasta la facultad expropiatoria les es otorgada por la Ley, siquiera sea en régimen de concurrencia, parece razonable suponer el alcance de la conservación debe comprender la normación de 2º grado, de todo este tipo de materias.

Cuestión aparte es que la L.P.C.V. deje poco margen a su desarrollo legislativo y reglamentario invadiendo en muchos aspectos el ámbito natural en que deben actuar otros instrumentos.

Pero como ya hemos señalado subyace aquí otro problema cual es el de la regulación de los procedimientos en que intervienen de forma concurrente ambas Administraciones.

No cabe sino reconocer que con respeto a los principios que regulan el procedimiento administrativo general (vease el artículo 149.1.18 de la Constitución) esta facultad, de naturaleza instrumental correspondería a la Administración competente en razón de la materia, pero que en los casos de concurrencia debe entenderse éste como uno de los objetos del desarrollo legislativo que debe, corresponder a los T.T.H.H. en los términos establecidos en el tantas veces citado artículo 7.5.b.

La posible existencia de procedimientos diferenciados entre los diferentes Territorios no es en primer lugar ningún obstáculo dados los límites establecidos en el artículo 7.5.b y en la legislación administrativa estatal para el pleno ejercicio por parte de cada institución de sus facultades, simplemente puede por un lado constituirse en manifestación de la autonomía que Constitución (Disposición Adicional 1ª) y Estatuto reconocen a los T.T.H.H., y por otro resolverse en su caso con una adecuada coordinación a través de los cauces legalmente previstos para ello.

Pese al juicio más benévolo de Agirreazkuenaga que tan solo se permite “*dudar razonablemente de que sus previsiones se ajusten al esquema de distribución competencial derivado de la L.T.H.*”⁶⁴⁵, consideramos por nuestra parte que la Ley de Patrimonio Cultural Vasco ha modificado el contenido de la L.T.H. en lo que hace al desarrollo reglamentario de la protección del patrimonio cultural.

Con respecto a la ejecución podemos obtener conclusiones similares. El amplísimo elenco de facultades de ejecución reconocidas al Gobierno Vasco no es de ninguna manera compatible con la determinación del art. 7.b.5 de que no le corresponde la ejecución de las normas comunes.

En este apartado es además justificable en mucha menor medida en razones de lógica y coherencia la intervención ejecutora del ejecutivo autonómico, por cuanto bastaría con establecer, en caso de que fuese imprescindible que los hubiera, instrumentos de supervisión de la adecuación de la ejecución ajena al marco normativo, para evitar incoherencias e incumplimientos de la letra o el espíritu de las normas.

En la mayoría de los supuestos de ejecución a los que hemos hecho referencia se superan esas exigencias mínimas, para introducir facultades que no se justifican por la presencia de un interés autonómico general distinto del que persiguen los otros órganos a la hora del cumplimiento de sus respectivos fines y mandatos normativos.

También en este apartado se modifica lo dispuesto en el tantas veces citado artículo 7.b.5.

Dado que, como hemos señalado, la Ley de Territorios Históricos no es en absoluto rígida a la modificación, por su carácter de ley ordinaria modificable por

⁶⁴⁵ Ibidem, pag. 28.

cualquier otra posterior, no existe atentado alguno a la legalidad imputable a la modificación de una ley por otra.

No obstante el artículo 7.b.5 de la misma no ha sido expresamente derogado, con lo que debe seguir manteniendo plena vigencia respecto de aquello en que la Ley de Patrimonio Cultural Vasco no haya establecido prescripciones contrarias.

Debemos coincidir con Agirreazkunaga cuando sostiene que *“por disparatada, no creo que nadie pueda defender con rigor la tesis de que las previsiones de desarrollo normativo de la L.T.H. se vean ya colmadas con la exigua referencia contemplada en el artículo 45.4 y por consiguiente, solo se reduzca a ella la competencia normativa de los Territorios Históricos”*.⁶⁴⁶

Y esto pese a que presuntamente se ha sostenido por el Gobierno Vasco que la competencia foral no se extiende al desarrollo reglamentario sino meramente al *“desarrollo y ejecución de las normas emanadas de las Instituciones Comunes”*, distinción cuyo sentido no alcanzamos a comprender plenamente, porque si por un lado desarrollo comprendería todas las modalidades posibles del mismo en tanto en cuanto alguna no esté expresamente excluida, por otro hay que entender que el desarrollo de una norma legislativa se realiza a través de normas reglamentarias con lo que se pretendería, a través de tan sibilina y sofista distinción, privar en realidad al término *“desarrollo”* del contenido lógico que debe atribuírsele.

Más bien, y en esto también coincidimos, *“la idea acertada...sería...la tesis que defiende que los Territorios Históricos pueden desarrollar normativamente la Ley de Patrimonio Cultural Vasco en materia de conservación, mejora, restauración o, en su caso, excavación del Patrimonio Histórico-Artístico, Monumental y Arqueológico”*⁶⁴⁷, a nuestro juicio eso si, en lo que la Ley de Patrimonio Cultural Vasco no haya atribuido expresamente dicho desarrollo a las Instituciones Comunes.

4.2.3 La delimitación competencial de la L.P.C.V. y el respeto al régimen foral y los derechos históricos de los Territorios Forales

La cuestión clave es sin embargo si la Ley 7/1990 es acorde con lo dispuesto en el artículo 37.2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, en torno al respeto de las competencias que ejercían los Organos Forales con anterioridad a la aprobación del mismo.

En relación con esta cuestión no disponemos del pronunciamiento de la comisión a que hace referencia el artículo 39 del Estatuto, dado que fue regulada y entró

⁶⁴⁶ Ibidem, pag. 27.

⁶⁴⁷ Ibidem, pag. 27.

en funcionamiento a través de la Ley 13/1994 de 30 de Junio por la que se regula la Comisión Arbitral, con posterioridad a la promulgación de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, pronunciamiento que hubiese debido dilucidar la controversia.

Debemos por lo tanto aventurar conclusiones que carecen hasta el presente, que sepamos, de contraste doctrinal o jurisprudencial.

Una primera consideración al respecto es la relativa a que dada la naturaleza de Diputaciones Provinciales de carácter común de las de Bizkaia y Guipúzcoa durante el período franquista (por aquello de la “traición” a la sublevación victoriosa) y la inexistencia, en ellas y también en Alava, del órgano legislativo y de control que constituyen las Juntas Generales, restablecidas a través del Real Decreto-Ley 18/1977 de 4 de Marzo en Bizkaia y Gipuzkoa y el Real Decreto 1611/1977 de 2 de Junio, en lo que se refiere a Alava, no existió por parte de las mismas ejercicio de facultades de desarrollo reglamentario, o normativo en general, en la materia.

Por lo que hace a competencias de ejecución, son sin embargo diferentes las situaciones de Alava y de los dos territorios restantes, por cuanto aquel mantiene las competencias derivadas del sistema de Concierto Económico y las posibilidades, incluso de actuación en materias no explícitamente atribuidas, derivadas de la disposición de los recursos económicos que proporciona el mismo.

Sin embargo es necesario precisar también a qué “régimen foral” puede estarse refiriendo el artículo 37.2 del Estatuto de Autonomía, si al único superviviente, todo lo capitidismuido que se quiera durante la dictadura franquista, esto es al del T.H. de Alava, si es que puede calificarse el mismo de “régimen foral”, o a los desaparecidos en Bizkaia y Guipúzcoa y que se recuperan a través de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Constitución y el propio Estatuto, (no hay que olvidar todo lo anteriormente reseñado en torno a la actividad de las Diputaciones y los restantes órganos forales en la protección del patrimonio cultural durante el período de vigencia plena del mismo), en cuyo caso hay que pronunciarse también en torno al alcance de los “derechos históricos” de los Territorios Forales, fijando la etapa concreta de dicho régimen foral a la que nos referimos, al contenido, en su caso, sustraído a la disponibilidad autonómica y el alcance de la respetuosa referencia que nos ocupa.

Esta cuestión del alcance y contenido de los “derechos históricos” y su titularidad, ha sido objeto de un destacado análisis en la doctrina constitucional y administrativa vasca, habiendo sido objeto incluso de la tesis doctoral del profesor Larrazabal Basañez.⁶⁴⁸

Por referirnos a pronunciamientos anteriores sobre la cuestión, haremos referencia como especialmente ilustrativo, al recurso de inconstitucionalidad que la

⁶⁴⁸ LARRAZABAL BASAÑEZ S. *Contribución a una teoría de los Derechos Históricos Vascos*. Ed. I.V.A.P. Bilbao. 1997.

Diputación Foral de Bizkaia presentó ante el Tribunal Constitucional contra la Ley 1/1987 de Elecciones a Juntas Generales de los Territorios Históricos y el estudio inédito que tomándolo por base el mismo, realizamos sobre el régimen electoral de los órganos forales de los T.T.H.H.

La Disposición Adicional 1ª de la Constitución y la Disposición Adicional Unica del E.A.P.V. que recordemos reza **“la aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto, no implica renuncia del pueblo vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico”**, identifican al País Vasco como *“nacionalidad histórica, autónoma, y dotada de un entramado institucional específico, singular.”*

Estas disposiciones, junto al art.149.1.8.de la Constitución referido al derecho civil foral, corroboran la entraña histórica de la nacionalidad vasca y lo que el profesor Lucas Verdú ha llamado la *“penetración de la historicidad en el ordenamiento constitucional español.”*

Para la recurrente, los T.T.H.H. tendrían naturaleza de instituciones al modo como los profesores Hauriou y Santi Romano definen el concepto, entidades sociales permanentes, jurídicamente organizadas, que suscitan adhesiones emocionales a la idea que representan, disponen de medios singulares y cumplen una función, en definición del profesor Lucas Verdú serían entidades sociales permanentes porque hincan sus raíces en la sociedad vasca, poseen una organización jurídica inspirada en su pasado lejano, gozan del apoyo popular y representan la idea de la foralidad, disponen de medios materiales humanos y económicos y cumplen la función constitucional de conservar, actualizar y mejorar los derechos históricos. Los T.T.H.H. serían así *“reductos de la foralidad.”*

El propio T.C., recuerda el recurso, en su Sentencia de 2 de Febrero de 1984, señala que *“la determinación de las competencias de tales territorios (los forales) podrá exigir una investigación histórica acerca de cuales sean tales derechos”* recordando que los T.T.H.H. y la C.A.P.V. son *“entes jurídicamente distintos, y autónomos entre sí, dotados cada uno de ellos de su correspondiente esfera de intereses y de las competencias necesarias para su gestión.”*

Los testimonios que aporta el recurso, amén de incidir en la pluralidad institucional de la C.A.P.V., en su conjunción de autonomía y derechos históricos, tradición y modernismo, vienen a incidir en que de esa investigación histórica a la que llamaba el T.C. resulta evidente que los T.T.H.H., y en concreto sus Juntas Generales (como se recoge en la primera parte de esta trabajo) tuvieron siempre la competencia en la regulación de su régimen electoral, siempre también con la salvedad del diferente alcance del concepto entonces y ahora.

Conclusión similar podríamos extraer en lo que respecta a la protección del patrimonio cultural, al menos en lo que respecta a la actividad ejecutiva, (hemos aportado algunos testimonios de ello en el capítulo referido a los antecedentes legislativos), eso si con respecto a un elenco de bienes que no coincide ni muchísimo menos con los que hoy consideramos que lo integran.

Del mismo modo, acude el recurso a la S.T.C. de 28 de Julio de 1981, relativa a la Ley de Transferencia de las Diputaciones a la Generalitat de Catalunya, (Recurso de Inconstitucionalidad 40/1981 contra la Ley 6/1980 de 17 de Diciembre) que utilizando el concepto de garantía institucional sostiene que ésta *"no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una Institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar."*

Dicha garantía sería desconocida, según el T.C. *"cuando la Institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como Institución para convertirse en un simple nombre."*

Es lo cierto -continúa la Sentencia- *"que si el poder público ha de distribuirse entre más entes que los anteriormente existentes, cada uno de estos ha de ver restringida lógicamente parte de la esfera de dicho poder que tenía atribuida. En definitiva, hay que efectuar una distribución de competencias en función del respectivo interés entre las diversas entidades, para que el modelo configurado tenga efectividad práctica."* Pero en todo caso, *"la garantía constitucional de las autonomías locales (velis nolis trasladable a los órganos forales) no se reduce a incluir dentro de la materia reservada a la ley el contenido competencial de estas autonomías, pues es precisamente la necesidad de preservar la autonomía frente al legislador lo que da razón de ser a esta garantía."*

Como titulares de una autonomía constitucionalmente garantizada, *"las Comunidades Locales no pueden ser dejadas, en lo que toca a la definición de sus competencias y la configuración de sus órganos de gobierno, a la interpretación que cada C.A. pueda hacer de ese derecho."*

Las Disposiciones Adicionales no son para el recurso *"cláusulas anacrónicas, piezas de una especie de arqueología constitucional, sino artículos jurídicos vivos con indiscutible alcance normativo."* (Se apoya en sentencias del T.C. como la 4/1981 de 2 de Febrero, la 16/1982 de 28 de Abril, la 15/1982 de 23 de Abril...)

Asume la recurrente la tesis de Lucas Verdú sobre la *"palingenesia iuris foralis"*, el eterno retorno de los derechos forales y la penetración de la historicidad en el ordenamiento constitucional al que se incorporan contenidos sustanciales preexistentes. La novedad viene de la mano de la referencia a nuevos testimonios jurídicos a añadir a la Disposición Adicional 1ª y Disposición Derogatoria 2ª en apoyo

de esta tesis. Así, la Disposición Adicional 1ª de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (L.O.R.A.F.N.A.).

Esta Ley 13/1982 de 10 de Agosto, dispone, de forma similar al Estatuto de Gernika, que *”la aceptación del régimen establecido en la presente Ley Orgánica no implica renuncia a cualesquiera otros derechos originarios e históricos que pudieran corresponder a Navarra, cuya incorporación al ordenamiento jurídico se llevará a cabo, en su caso, conforme a lo establecido en el art. 71.”* El Preámbulo de dicha Ley también resulta ilustrativo al respecto.

Antecedentes históricos de esta penetración actual de la historicidad serían el art.29 de la Constitución de 1869 y el 31 del Proyecto de Constitución de la República Federal Española de 1873 (y en general, todo su Título Preliminar).

El carácter preconstitucional y originario de la foralidad es, para autores como Salinas Quijada, indiscutible, y reconocido por la citada sentencia del T.C. de 1984, que tiene un sentido bien claro; *”pues lo que quiere decir y dice, es que un tema son los derechos forales de los T.T.H.H., y que para resolver sobre ellos hay que investigarlos y estudiarlos, y otra cuestión son los derechos emanados de la Constitución Española, Estatutos de Autonomía y Leyes Orgánicas.”*

Tras referirse a las tesis de varios autores (Koulicher, Von Stein, Pergolesi, Mortati...) sobre la coexistencia de varios tipos de fuentes constitucionales, el recurso intenta acreditar la naturaleza pactada del E.A.P.V.

Citando a G. Jauregi⁶⁴⁹ se reconoce que formalmente no cabe hablar de pactos bilaterales pues fueron las Cortes Generales las que aprobaron el Estatuto de Autonomía, pero que un importante sector de la doctrina, (T. R. Fernandez, Leguina Villa, el propio Jauregi...), sostiene que en los Estatutos aprobados por la vía especial del art.151.1 y Disposición Transitoria 2ª de la Constitución cabe hablar de estatutos pactados.

Y más aún en el caso vasco, según Jauregi, debido a las dos Disposiciones Adicionales de la Constitución y el Estatuto que comentamos. Lo mismo sostienen Salinas Quijada y Asiain Ayala respecto al caso de Navarra. Sin embargo el recurso no extrae de ello conclusiones en relación con la cuestión de fondo.

Vuelve el recurso a hacer hincapié en que tanto la perspectiva garantista de estirpe liberal como la institucional son necesarias y complementarias para entender el

⁶⁴⁹ Para todas las citas de este capítulo, SOBRINO ARANZABE J.I. *“El régimen electoral de los órganos forales de los Territorios Históricos”*. Master de Derecho Civil Foral y Derecho Autonómico Vasco. Universidad de Deusto. Bilbao. 1997. Trabajo inédito.

significado de los derechos históricos. De ello se deriva que estos deben convertirse en parámetro de interpretación del E.A.P.V.

Las normas de la C.A.P.V. deben interpretarse conforme al Estatuto, y las Disposiciones Adicionales, tantas veces citadas, constituyen *”puntos de referencia inescusables para entender, con carácter vinculador el ordenamiento jurídico vasco.”*

Acudiendo a los parámetros de interpretación del art.3.1 del Código Civil nos encontramos con que *“los antecedentes históricos y legislativos”* obran en favor de la competencia electoral de las Juntas Generales, y lo mismo sucede con *”la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas”*. Lo mismo podría aducirse a favor de una competencia de los órganos forales sobre la protección del patrimonio cultural.

Así, por ejemplo, el Reino Unido o E.E.U.U. habrían logrado conciliar sus instituciones tradicionales con el progreso cultural, social y económico, no siendo incompatibles la preexistencia y originalidad de los derechos históricos, con los deberes que impone a los poderes públicos el art.9 del E.A.P.V. Quizá sea este uno de los puntos donde el recurso presenta menor solidez y mayor pobreza argumentativa y probatoria.

Otro argumento que expone el recurso en apoyo de su demanda, es el de que las dos Disposiciones Adicionales serían *”cláusulas intangibles para la reforma estatutaria”*.

El Título IV del Estatuto no establece cláusula alguna de intangibilidad, pero para la recurrente esto no significa que no exista.

La irrenunciabilidad de los derechos históricos del pueblo vasco convierte a la Disposición Adicional en un precepto inquebrantable *“por su carácter original y preexistente al propio Estatuto, como ocurre con la Constitución respecto a su D. A. 1ª y porque expresa la nacionalidad vasca, la identifica..., es una norma de cierre, que reitera lo señalado en la norma de apertura, el art.1.”*

Este artículo es una decisión estatuyente sobre el modo de organizar la convivencia política vasca, la Disposición Adicional una decisión también política que condiciona la aceptación del régimen de autonomía, y por tanto a la norma de apertura. Es obvio, según el recurso, que estos enunciados estatutarios constituyen un límite sustancial y absoluto para la reforma del E.A.P.V.

No compartimos esta tesis en lo que respecta a que la Disposición Adicional del Estatuto sea límite infranqueable en la reforma del mismo. Si indudablemente la Disposición Adicional de la Constitución, aunque lógicamente la dificultad se sitúe en

precisar el ámbito de la intangibilidad, pero no una Disposición que por mucho valor político y simbólico que posea, surge a la vida con ocasión del instrumento en que figura, al que queda ligada, sino su vida política, si desde luego la jurídica.

No hay que olvidar, por último a juicio de la recurrente, que sería paradójico mantener a ultranza el principio de la recíproca lealtad autonómica entre el Estado y las C.C.A.A., para luego olvidarlo y vulnerarlo dentro del ordenamiento estatutario.

Sobre el alcance de la Disposición Derogatoria 2ª de la Constitución, el recurso considera que *”se esfuerza por borrar del ordenamiento jurídico los aspectos restrictivos que para la foralidad pudieran haber representado (las leyes de 1839 y 1876) proponiéndose revitalizar una realidad histórica que se asume, no sólo simbólicamente, sino también en forma política y normativa. Políticamente, en cuanto voluntad de zanjar un conflicto, normativamente en cuanto hay un mandato en caminado a su protección.”*

No se limita a jugar una función meramente declarativa, al mismo tiempo *constituye un parámetro para contrastar la medida en que los Estatutos de Autonomía, leyes y demás normas jurídicas llevan a cabo su actualización.”*

No es esto incompatible con la doctrina del T.C., de que los D.D.H.H. no constituyen título autónomo de competencias, *“no pretendemos decir que lo sea, ni para las C.C.A.A. ni para los T.T.H.H.”*, la Disposición no contiene una lista de potestades, pero sí que suministra un instrumento de salvaguardia similar al del art.53 de la Constitución, cuando prescribe que las leyes que regulen el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I deberán respetar en todo caso su contenido esencial.

El E.A.P.V. refleja la naturaleza dual de la C.A.P.V. y sus arts.2 y 3 expresan que en ella conviven unas Instituciones Comunes creadas ex-novo, junto con las Instituciones Forales, cada una con sus competencias privativas. En la medida en que los T.T.H.H. constituyen la C.A.P.V. puede ocurrir que por la premura en la redacción y/o defectuosa técnica legislativa se entremezclen potestades de unas y otras, (por ejemplo en el art.10) . No obstante, interpretados los preceptos en el contexto de la Disposición Adicional y dichos artículos, las incertidumbres desaparecen.

Del análisis del art.10.3 en conjunción con el 37 y el 25.1 se deduce claramente:

- 1) *Que los Organos Forales se regirán por su régimen jurídico privativo.*
- 2) *Que dicho régimen no podrá verse alterado por lo dispuesto en el Estatuto. (y lógicamente tampoco por leyes posteriores que reciban del mismo su habilitación.)*

- 3) *Que tendrán competencia exclusiva sobre organización régimen y funcionamiento de sus propias Instituciones.* (Aspecto importante para el recurso pero ajeno a la cuestión que nos ocupa).

A modo de resumen final el recurso sintetiza en los siguientes sus argumentos en favor de la competencia de las Instituciones Forales sobre su propio régimen electoral:

1) La Constitución afirma (sic) los Derechos Históricos de los Territorios Forales.

Los T.T.H.H. son pues titulares de derechos (STC 11/1984 de 21 de Febrero) históricos, respetados, amparados y sujetos a actualización en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

2) La Constitución no define cuales son los Derechos Históricos, pero protege a los T.T.H.H. de la privación de los que no repugnen el orden constitucional.

Se configura una garantía institucional de la foralidad por la Constitución que impide su desfiguración por el legislador.(Sea estatal o autonómico). El ordenamiento jurídico “*debe*” asumir los elementos de la foralidad compatibles con la Constitución por imperativo constitucional.

Las investigaciones históricas (cita por ejemplo las de Monreal Zia y Herbosa López) acreditan que las J.J.G.G. han regulado en el pasado el sistema para elegir a sus miembros. El propio T.C. otorga valor a la investigación histórica, en este caso además incontrovertida, como medio de delimitación competencial. En conclusión la regulación de las elecciones a J.J.G.G. es un derecho histórico de los Territorios Forales amparado por la Constitución.

3) El E.A.P.V. actualiza los derechos históricos al regular el sistema electoral de las Juntas Generales.

Lo hace en su art.3 cuando autoriza a los T.T.H.H. a conservar, restablecer y actualizar su organización e instituciones de autogobierno, reiterándolo en el art.24.2. Además el art.37.3.a) atribuye a los Organos Forales (tras advertir que se regirán por su régimen privativo, y que el Estatuto no supondrá alteración de la naturaleza de su régimen foral específico ni de las competencias que lo integran) la competencia exclusiva sobre “organización, régimen y funcionamiento de sus propias instituciones”.

4) Cuando el E.A.P.V. pretende distinguir las competencias de las Instituciones Comunes de las de los Organos Forales, lo hace claramente (arts. 3, 5, 2,17.2, 24.2,

37, 39, 41.2, 42.a y 47),y cuando quiere encomendar potestades al Parlamento Vasco en materia electoral lo hace expresamente (art.26.5). Ningún precepto le atribuye la regulación de las elecciones a J.J.G.G.

Piensa la recurrente que pueden interponerse algunas otras objeciones a estos argumentos, como las que expone la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona de 22 de Noviembre de 1984, en relación con el Acuerdo de las Juntas Generales de Gipuzkoa de 13 de Enero de 1983 sobre la forma de elección de sus miembros.

La Sentencia establece que se trata de una materia que debe ser regulada por Ley formal, quedando así fuera de la competencia de las propias J.J.G.G. Esta objeción también sería planteable en relación con la protección del patrimonio cultural en la medida en que se estableciesen limitaciones al derecho de propiedad.

Dejando a un lado el citado recurso, contamos ya afortunadamente con un notable apoyo doctrinal y jurisprudencial que nos permitirá extraer algunas conclusiones en relación con el alcance y extensión de los Derechos Históricos.

No resulta difícil concluir con Lojendio Irure que la Disposición Adicional 1ª de la Constitución da por supuesto el previo conocimiento de los derechos históricos que ampara, y los territorios forales a que dichos derechos corresponden, toda vez que no precisa su naturaleza ni su contenido, no especifica de que territorios forales se trata, ni aporta referencias que permitan concretar lo que entiende por régimen foral.

Es pues una Disposición muy imprecisa, necesitada como ninguna otra de interpretaciones que concreten su extensión. Asumiendo de principio con este autor, que de ese previo conocimiento deriva que los territorios forales son los que mantuvieron la foralidad hasta la era constitucional (aunque se ha hecho una discutible aplicación del precepto para un supuesto muy específico de la Comunidad Valenciana) es decir los de Alava, Bizkaia, Gipuzkoa y Navarra, lo cual ha sido reconocido como veremos por el T.C., es a esas interpretaciones a las que vamos a referirnos.

Coincidimos con Lojendio en que no puede calificarse la Disposición como un precepto superfluo y sin contenido, o un mero gesto histórico, una simple declaración retórica.

A esto último podría haber quedado reducida la Disposición Derogatoria 2ª de la Constitución de no existir esta Disposición Adicional 1ª y el desarrollo que por ejemplo ha tenido en el E.A.P.V., pero si resulta posible atribuir carácter simbólico a las disposiciones derogatorias, en la medida en que (art. 2.2 del Código Civil) no suponen el retorno inmediato a la situación anterior a la promulgación de las normas derogadas, un mandato taxativo de amparo y respeto es todo menos superfluo, por mucho que exija una investigación mayor o menor sobre el alcance del objeto protegido.

También nos parece acertado sostener que la confrontación de los términos “*ampara y respeta*” de la D.A. con por ejemplo los de “*reconoce y garantiza*” que proponía la enmienda del grupo parlamentario vasco-PNV, conduce a un debate estéril.

No creemos que pueda concluirse, como hace Oscar Alzaga, que de la enmienda se derivase que se reconocía y garantizaba algo previo a la Constitución, cuya legitimidad y fuerza de obligar se veía esta obligada a constatar, es decir la asunción de una fuente de derecho distinta de la soberanía popular (estatal) y no se obtenga la misma consecuencia de una redacción que dice amparar y respetar algo, obviamente preexistente, cuya legitimidad y fuerza de obligar se asume tácitamente reforzándola con la auctoritas constitucional.

Podrá uno coincidir o no con quienes, como García Pelayo, critican el concepto y su asunción constitucional, (a nosotros nos parece una vía inteligente de intentar dar solución a una reivindicación nacional, que en buena lid democrática exigía otra basada en el respeto a la libre voluntad, esto es en el reconocimiento de la soberanía), pero es un hecho que está ahí, y que sigue necesitando precisiones en cuanto a su extensión y naturaleza.

Para entender éstas, es sin duda conveniente partir del principio de que la Constitución no da entrada a la uniformidad como condición de la unidad constitucional.

En palabras del profesor Tomás y Valiente, ex-Presidente del T.C., “*nuestro estado autonómico consiste no sólo en que está integrado por varias C.C.A.A., sino en que estas son en aspectos muy importantes diversas entre si; nuestro estado autonómico se caracteriza por la diversidad en la diversidad, ya que las C.C.A.A. difieren entre si en puntos tan fundamentales como el proceso de acceso a la constitución de la autonomía, el mínimo de organización institucional exigido en algunos casos, y el contenido de las competencias asumidas por cada comunidad en su Estatuto.*”

Esto hace que utilizar el concepto de privilegio y/o discriminación sea realmente peligroso, salvo en supuestos muy excepcionales.

Diversos autores han sostenido que la D.A.^{1ª} supone un plus de poder y de competencia de los Territorios Forales dentro del régimen general de autonomía, en palabras de Castells Artetxe “*es expresión de la voluntad consensuada de elevar el techo constitucional al máximo...,techo al que no podrán acceder otras comunidades salvo la Foral de Navarra.*”

T. R. Fernández y Santamaría Pastor señalan a su vez “*que no se trata de una norma complementaria del Título VIII de la Constitución sino que es un prius respecto al mismo*”, opinión que Fernández matiza posteriormente. En este sentido Porres

Azkona hace hincapié en su carácter de “*lex specialis*” frente a la norma general que constituye dicho Título VIII.

Para M. Herrero y Rodríguez de Miñón los T.T.H.H. “*son genéticamente iguales a la Navarra preautonómica, con una estructura igual y más parecido competencial a una C.A. que a una provincia*”.

Los obstáculos para que puedan recibir esta consideración serían la carencia de potestad legislativa, la ilegitimación activa ante el T.C. y la prohibición de federación de C.C.A.A. (art. 145.1 de la Constitución) que supone negar dicha condición a los T.T.H.H. para posibilitar la existencia de la C.A.P.V.

Se genera así el problema de la tan debatida naturaleza de las Normas Forales, el de la indefensión (Herrero no llega a utilizar el término) de las Instituciones Forales y el de definir su naturaleza. Para Herrero los T.T.H.H “*son depositarios de los derechos históricos, sujetos concurrentes en la formación de Euskadi, entes dotados de órganos políticos propios (se excluye así la aplicación de muchos preceptos de la Ley de Bases de Régimen Local) que ejercen competencias importantes, potestades autonómicas e incluso estatales y que constituyen subfragmentos de Estado, fragmentos de otro fragmento que sería la C.A.P.V.*”

Los Derechos Históricos jugarían así como “*instancia legitimadora*” de la C.A.P.V., siendo su esencia la preconstitucionalidad y preestatutoriedad. Los T.T.H.H. no se disuelven en la C.A.P.V., sino que la autonomía de ésta se funda en su concurso de voluntades.

Pablo Lucas Verdú caracteriza los D.D.H.H. como constitución sustancial del pueblo vasco. El E.A.P.V. contiene, en su opinión, entre sus normas de apertura (art.1) y cierre, un dispositivo simbólico (Título 1º), institucional (Título 2º) y garantizador de la permanencia sin perjuicio de los cambios necesarios (Título IV) que en diversas ocasiones reenvían a elementos históricos por lo que es uno de los más claros ejemplos de la penetración de la historicidad en el ordenamiento jurídico español.

El derecho histórico vasco, preexistente a la Constitución, penetra así en el ordenamiento, rasgo singular que no se da en otros ordenamientos occidentales. Los D.D.H.H. serían algo connatural a la identidad vasca y la Disposición Adicional 1ª de la Constitución supondría el engarce del ordenamiento jurídico originario, preexistente y previo vasco, con el constitucional de todo el Estado español. Los obstáculos al eterno retorno de los derechos forales (palingenesia iuris foralis) habrían sido removidos por la Disposición Derogatoria 2ª de la Constitución.

Como muy bien recoge, hay precedentes de esta preexistencia de elementos sustanciales en el ordenamiento constitucional, el art. 29 de la Constitución de 1869 o el Título Preliminar del proyecto de Constitución Federal de 1873 que expresamente

configura los derechos que recoge como “*anteriores y superiores a toda legislación positiva*”.

Lucas si que asume con G. Jáuregui, que los D.D.H.H. en ningún caso pueden ser contrarios o tener contenido extraconstitucional. Tanto los D.D.H.H. como las Instituciones Forales han de ser conformes con el Estado de Derecho. Asimismo el art. 2 de la Constitución y la “*indisoluble unidad*” juegan como límite en cuanto a su extensión, pero en palabras de Salinas Quijada, referidas a Navarra pero que Lucas cree aplicables a la C.A.P.V., “*el régimen foral reviste carácter originario, de naturaleza paccionada, no modificable unilateralmente, que legitima la integración de dos unidades políticas en una unidad nacional.*”

Los Derechos Históricos no son disposiciones supraconstitucionales sino pre y paraconstitucionales. No hay supraposición ni contraposición, sino enriquecimiento a través de la penetración de la historicidad.

Recogiendo la tesis de J.A. Asiain, la D.A.1ª respetaría y ampararía el régimen foral concebido desde una perspectiva ordinamental, no como un mero agregado de normas positivas, sino como una expresión jurídica del ámbito de autonomía reconocido en las leyes de 1839 y 1841 (para el caso de Navarra) y disposiciones complementarias.

Los Derechos Históricos son pues para Lucas, parámetro de interpretación del E.A.P.V., en el que además la hermenéutica administrativa debe ceder paso a la constitucional y cláusulas de intangibilidad para la reforma del mismo, por su carácter originario y preexistente y por expresar e identificar la nacionalidad vasca.

En tal sentido y sobre el tema concreto de la competencia sobre el régimen electoral de las instituciones forales, Lucas señala que desde esta perspectiva de una Disposición Adicional preestatutaria (indudablemente) y de carácter superior al resto de la normativa, aún admitiendo como hipótesis que fuese correcta la interpretación favorable a la competencia del Parlamento Vasco, decaería por no ser congruente con la Disposición Adicional originaria, que sirve de apoyo, con su carga histórica foral para postular la titularidad sobre los derechos forales de los T.T.H.H., y en concreto su competencia electoral a ejercitar mediante Normas Forales.

J. M. Azaola señala que la expresión “*históricos*” la emplea ya el Rey en su Discurso de apertura de las Cortes de 1977 y el artículo 1º del Proyecto de Estatuto de 1933. Para este autor los derechos históricos, “*son los sistemas legales propios de los T. Forales*”, sistemas que además de atribuir a estos territorios determinadas facultades jurídicamente protegidas, les imponen ciertas obligaciones, determinan la composición (dato clave para el tema que nos ocupa) y funcionamiento de sus instituciones, ordenan sus relaciones con el poder central y con sus propios ciudadanos y constituyen en suma un régimen, el régimen foral”.

Del apartado 2º de la D.A. concluye que la Constitución identifica “*Derechos Históricos*” con régimen foral. Estos derechos no pueden ser tomados en sentido subjetivo como facultades que un territorio puede reivindicar por haberlos poseído en algún momento de su historia porque se caería en un arcaísmo, anacrónico y caótico, sino en sentido objetivo a partir de la esencia de la foralidad, que Azaola concreta en el ejercicio de la soberanía con arreglo al Fuero (hoy el sometimiento a la Ley es principio básico del Estado de derecho), en la existencia de límites a la esfera de competencia del soberano y la comunidad, en el carácter pactado del Fuero, pacto con una autoridad cuya soberanía se reconoce y acata, negociando los términos y las condiciones de su ejercicio, en sus lejanas raíces en el tiempo, y en su carácter flexible, cambiante y evolutivo.

C. Coello por su parte deduce la existencia de un “*núcleo de competencias forales inmunes a la legislación autonómica*” como consecuencia lógica de dos fenómenos concatenados; la atribución competencial derivada del proceso de actualización de la Disposición Adicional 1º y el hecho de que los sujetos públicos intervinientes son el Estado y las Diputaciones.

Se configurarían así dos ámbitos competenciales estancos derivados de un proceso solapado. Sin embargo para este autor debe partirse de la residenciación de su titularidad en la C.A.P.V., la institución jurídica en que se conforma jurídicamente el único sujeto estatuyente posible, el pueblo vasco. La operatividad competencial de los derechos históricos “*es escasa o contraproducente en la vindicación competencial*”, su apelación como principio legitimador del principio de autonomía e incluso de autodeterminación (recordemos la Disposición Adicional Unica del E.A.P.V.) sólo adquiere su virtualidad desde la única formación jurídico-política existente en la que se articula como sujeto estatuyente el pueblo vasco, esto es la C.A.P.V. y concretamente sus instituciones comunes, el Parlamento y el Gobierno Vasco.

Tomás Ramón Fernández, autor cuya tesis será objeto de un análisis más detallado en razón de su asunción por el T.C., caracteriza los derechos históricos como un “*sistema de autogobierno peculiar de ámbito provincial*”. Su punto de partida se sitúa en la voluntad constitucional inequívoca de llegar al arreglo foral, que se materializa en la Disposición Adicional 1º y la Derogatoria 2º.

Si algo caracteriza a la foralidad sería su “*ser históricamente cambiante*” por lo que su esencia se traduciría en el concepto de “*garantía institucional*” usado con anterioridad por Ibarra y Zurita, de forma que lo pretendido por la Constitución resultaría reservar la imagen característica de la foralidad de forma que el proceso de actualización no la desfigure.

Esta imagen característica es constreñida por Fernández a una “*cierta organización basada en el binomio Juntas-Diputaciones, unas ciertas competencias, y un cierto esquema de relaciones con instancias territoriales superiores o inferiores, más naturalmente, el peculiar sistema de Concierto fiscal*”.

Sin embargo, la garantía institucional no pretende erigirse en una congelación absoluta de su objeto, la “congelación” es una radical contradicción con la “garantía” ya que esta persigue asegurar la supervivencia de la foralidad en las más difíciles o imprevistas circunstancias, para lo que es preciso flexibilidad, cierta capacidad de adaptación. Solo se pretende fijar lo que es esencial para su existencia a lo largo del tiempo como institución diferenciada.

Uriarte critica esta posición por creer que al protegerse sólo la imagen, se deja abierta la vía a la rebaja de sus contenidos actuales. Lucas Verdu sostiene que cabe aceptarla siempre que se ponga énfasis en el contenido institucional y no se olvide el elemento pactista subyacente, ya que estaríamos ante una *Vereinbarung*. (Unión de voluntades que se produce cuando dos o más personas acuerdan sobre algo determinado y como consecuencia de ese acuerdo, no se crea una situación o las de facultades acreedor-deudor, sino una situación objetiva, un *status*). En este caso no hay voluntades contrapuestas, ambas partes desean lo mismo, el nacimiento de una norma, una situación legal y objetiva, un nuevo orden político. Sobre este último particular también se muestra de acuerdo el profesor Larrazabal Basañez.

Lojendio estima que esa garantía institucional resulta vulnerable y que por encima de ella los derechos históricos se beneficiaran en su actualización de la doble garantía constitucional y estatutaria. (Hay que entender que de su contenido sea el que fuere y no tan sólo de una imagen). Su incorporación al ordenamiento estatutario garantizaría plenamente su protección.

Los condicionamientos y limitaciones a los derechos históricos serían tan sólo los derivados del marco constitucional (valores superiores del art.1, principio de autonomía del art. 2º, los principios constitucionalmente garantizados art. 9.1, los derechos fundamentales y las libertades públicas, los deberes del Capítulo II del Título I, los principios generales de la organización territorial del Estado y la normativa constitucional de las CCAA que establece el Título VIII, además del principio general de supremacía de la Constitución (art 9.1.).

Para Lojendio, no hay que olvidar que la creación de la Comunidad Autónoma de Euskadi implica una transformación profunda de a naturaleza política y jurídica de los Territorios Históricos con respecto a su historia. Explica la situación originada de forma analógica a la transmutación que el “*pactum unionis*” federal opera en la naturaleza de los Estados o territorios independientes que al suscribirlo hacen uso de la soberanía y tienen que cederla al mismo tiempo.

La integración política de los T.T.H.H. en una comunidad que como entidad política superior los comprende, sino afecta a la titularidad histórica de sus derechos, si que modifica la asignación de competencias enraizadas en el régimen foral.

Para Tomás y Valiente la identidad o personalidad histórica de cada pueblo, no puede ni debe confundirse *“con la resurrección o la restauración de una ventajosa parte de cualquier régimen pretérito”*. En modo alguno (como dispone el Art. 2 del Código Civil) puede entenderse que de la combinación de la Disposición Derogatoria 2ª de la Constitución con la Disposición Adicional 1ª se restaure la vigencia de los regímenes derogados en su día por las Leyes de 25 de Octubre de 1839 y 21 de Julio de 1876.

La Disposición Adicional 1ª de la Constitución debe ser interpretada *“en relación con lo que subsista vigente de los derechos históricos de los territorios forales: por ejemplo quiérese decir que se amparan y respetan los derechos civiles forales vigentes o las peculiaridades fiscales y administrativas de Alava y Navarra”*.

Es llamativo el feroz positivismo de esta postura que restringe el ámbito de la protección constitucional por ejemplo en Bizkaia a la limitada compilación franquista de Derecho Civil Foral de 1959 y en Gipuzkoa a no sabemos qué. La realidad constitucional y estatutaria ha superado ampliamente esta concepción, de la que discrepamos absolutamente, a través de la atribución de competencias directa o indirectamente fundadas en los Derechos Históricos.

El T.C. ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la extensión y naturaleza de los derechos históricos, principalmente en las sentencias 11/1984 de 2 de Febrero, 76/1988 de 26 de Abril. y 159/1993 de 6 de Mayo.

La primera de ellas trae causa de un conflicto de competencia positivo planteado por el Gobierno Vasco en relación con un acuerdo del Consejo de Ministros autorizando una emisión de deuda pública del mismo. La conexión del conflicto con los D.D.H.H. viene dada porque el Gobierno Vasco deduce el contenido y límites a su competencia emisora de deuda pública de las atribuciones que en dicha materia corresponderían a las instituciones forales de los T.T.H.H. en virtud de la Disposición Adicional 1ª, entendiéndose así exonerado de la autorización del Gobierno del Estado-

El fundamento Jurídico 3º de la Sentencia rechaza esta pretensión sosteniendo que *“no existe la pretendida conexión lógica entre las competencias de los Territorios Históricos en materia de endeudamiento público y las que puedan corresponder a la Comunidad Autónoma Vasca en lo referente a la emisión de su propia deuda pública”*.

Realmente destacable es que el T.C. señala que en modo alguno debe entender de los conflictos de competencia que *“pueden surgir entre el Estado y territorios históricos del País Vasco o cualesquiera otras entidades locales”*.

Es obvio, para el T.C. (F.J; 4º) que *“cada uno de los T.T.H.H. y la C.A.P.V. son entes jurídicamente distintos y autónomos entre si, dotados cada uno de su*

correspondiente esfera de intereses y de las competencias necesarias para su gestión, sin perjuicio de las relaciones funcionales existentes entre ellos y entre cada uno de ellos y el Estado”, y más adelante señala que las fuentes de las que nacen las competencias de los Territorios Históricos por un lado y de las C.C.A.A. por otro son necesariamente distintas.

Los territorios forales son titulares de “*derechos históricos*” respetados, amparados y sujetos a actualización en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, en virtud de lo dispuesto por la disposición Adicional 1ª de la Constitución; por lo que la delimitación de las competencias de tales territorios podrá exigir una investigación histórica acerca de cuales sean tales derechos, mientras que las competencias de las C.C.A.A. son las que están dentro del marco establecido por la Constitución hayan asumido mediante sus respectivos Estatutos de Autonomía, a los que habrá que acudir para el oportuno análisis.

Una última afirmación de la sentencia merece especial mención. Es la de que (Fundamento Jurídico 5º) “*la actualización del régimen foral a que dicha disposición adicional (la 1º de la Constitución) se refiere, (actualización que por otra parte ha de enmarcarse, no sólo en el marco del Estatuto de Autonomía, sino también y principalmente de la propia Constitución) sólo es aplicable a los derechos históricos de los territorios forales, y en modo alguno a las competencias de la Comunidad Autónoma Vasca*”.

Creemos que dos cuestiones, sin perjuicio de posteriores análisis, requieren de algunas matizaciones.

En primer lugar que no pueden contraponerse Constitución y Estatuto como parece realizar la sentencia, porque el E.A.P.V. debe servir como parámetro interpretativo de la Constitución, y en segundo que no compartimos la afirmación del Tribunal de que no debe de entender de conflictos de competencia que surjan entre el Estado y los Territorios Históricos del País Vasco.

Sobre la cuestión de la legitimidad (activa y pasiva) de los Organos Forales ante el T.C. nos remitimos al trabajo ya citado, tan solo señalaremos aquí que no puede descartarse que el T.C. deba pronunciarse en un conflicto de esta índole, vía la presentación del oportuno instrumento por cualquiera de los “*indudablemente*” legitimados, (de hecho la S.T.C. 76/88 es un ejemplo magnifico de ello, aunque en este caso el autor de la norma sea la Comunidad Autónoma).

No hay que olvidar que aunque el Tribunal desdeñosamente incluya a las Instituciones Forales entre las “*cualesquiera otras entidades locales*”, sin negarles tal naturaleza ostentan otra que las singulariza especialmente, la de titulares de derechos históricos que la Constitución ampara y respeta, entre los que quizá la investigación histórica cuya utilidad proclama la sentencia pueda descubrir la capacidad de accionar

“erga omnes” en defensa de sus derechos o la de preservar un determinado ámbito de intervención en la protección del patrimonio cultural propio.

La sentencia en que los derechos históricos son tratados en mayor detenimiento es la 76/88 de 26 de Abril, en la que el T.C. se pronuncia sobre el recurso de inconstitucionalidad que 55 senadores del grupo de Alianza Popular interpusieron contra la L.T.H., en concreto contra sus artículos 6.1., 14.3., 20, 21, 22, 24, 28, 29, y Disposiciones Transitorias 2º y 3º por presunta infracción de la Disposición Adicional 1º de la Constitución y de los artículos 3, 10, 24, 25, 37, 41, 42, y Disposición Adicional del E.A.P.V..

Comienza el T.C. señalando que las “*peculiaridades forales*” han atravesado fases históricas muy distintas, que no son homogéneas las características del régimen foral de cada “*provincia*” desde 1812 a nuestros días y que esos regímenes forales surgieron o cobraron vigencia en contextos muy distintos del que representa la actual Constitución.

Continúa afirmando que la Disposición Adicional “*ha de ser considerada en su conjunto, y no únicamente en cuanto reconocimiento y respeto de derechos históricos*” porque “*el carácter de norma suprema de la Constitución..... imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales*”.

La actualización de los derechos históricos supondrá así “*la supresión o no reconocimiento de aquellos que contradigan los principios constitucionales*”.

Será de la Disposición Adicional 1º y no de su legitimidad histórica de donde los derechos históricos, (para el T.C.) obtendrán o conservarán su validez y vigencia. Además la formación de una nueva estructura territorial del Estado “*no puede por menos que suponer una inevitable incidencia en situaciones jurídicas preexistentes: tanto en las competencias de las instituciones centrales del Estado como en las de otras entidades territoriales, los territorios forales, cuyos derechos históricos habrán de acomodarse o adaptarse al nuevo orden territorial*”.

La actualización por tanto, y como la Constitución dispone, ha de llevarse a cabo también en el marco de los Estatutos de Autonomía y ello puede suponer (contrariamente a lo señalado por los recurrentes) que determinados derechos históricos incompatibles en el hecho autonómico deban suprimirse, o que deban atribuirse a unos nuevos sujetos, las C.C.A.A., aquellos que resulten imprescindibles para su misma configuración o funcionamiento.

La garantía constitucional “*no puede estimarse como una garantía de toda competencia que pueda legítimamente calificarse de histórica*”, la idea de derechos

históricos “no puede considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicamente competencias”.

Lo que la Constitución ha venido a amparar y respetar no es una suma o agregado de potestades, facultades o privilegios, ejercidos históricamente en forma de derechos subjetivos de corporaciones territoriales, susceptibles de ser traducidos en otras tantas competencias de titularidad o ejercicio respaldadas por la Historia.

Lo que se viene a garantizar, recalca el T.C., “es la existencia de un régimen foral, es decir de un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, esto es de su foralidad, pero no todos y cada uno de los derechos que históricamente la hayan caracterizado”.

El contenido de la foralidad debe en virtud de ello “preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder, la imagen identificable de ese régimen foral tradicional”. De lo que se trata es de “la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar”.

La garantía institucional (el Tribunal acepta hasta en los términos que utiliza, la tesis del profesor T. R. Fernández) se desconocería cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre.

Si este es el parámetro a utilizar debemos confesar nuestra incapacidad de determinar si la Ley de Patrimonio Cultural Vasco es o no garantizadora de tal imagen, vistos los antecedentes históricos que hemos reseñado, y nuestra creencia de que jugaría entonces en favor de ella la presunción de legalidad como libre y legítima opción política en la delimitación competencial entre las instituciones comunes de la C.A.P.V. y los órganos forales.

El Estatuto de Autonomía es para el T.C. además de norma fundacional de las Instituciones comunes “norma de integración y reestructuración (o actualización) de la potestad de autogobierno de los tres T.T.H.H.”.

El E.A.P.V. sería así expresión del derecho a la autonomía que la Constitución reserva a la nacionalidad Vasca y al mismo tiempo “expresión actualizada del régimen foral” a través de una doble vía; la del reconocimiento de forma genérica de la existencia de los regímenes forales y la de la fijación de su contenido mínimo.

El reconocimiento se materializa en el art. 3 E.A.P.V. en cuanto a la organización e instituciones y en el art. 37.2 con respecto a las competencias. Este último artículo no representa que el Estatuto no implique ninguna limitación del

régimen foral históricamente definido y de correspondiente e indeterminado elenco de derechos históricos.

Si tal fuera el caso, sostiene el Tribunal, el E.A.P.V. no podría evidentemente llevar a cabo ninguna actualización y resultarían inexplicables cláusulas estatutarias, (como las referentes al régimen fiscal) que suponen una clara alteración de la posición histórica de los territorios forales.

En realidad el Art. 37.2 viene a establecer que los poderes y atribuciones que se confieren a las instituciones comunes, y el reparto competencial que se efectúa con las centrales del Estado, habrán de entenderse siempre sin menoscabo de la garantía del régimen foral y las inherentes competencias de los T.T.H.H. que el mismo Estatuto determina. Es una regla de respeto y protección de los regímenes forales tanto frente a las instituciones comunes del País Vasco como frente a los poderes centrales del Estado, fijándose en el E.A.P.V. su contenido esencial, intocable por los poderes autonómicos o estatales.

Por esto, difícilmente -concluye el Tribunal- puede considerarse que el ámbito actual y actualizado de los derechos históricos de los territorios forales haya quedado indeterminado y dependiente de investigaciones históricas o decisiones judiciales caso por caso: *La investigación que avalaba la sentencia 11/1984 de 2 de Febrero*, precisa el Tribunal, aclarando notablemente lo antes impreciso, “*podría contribuir a facilitar la solución de conflictos competencias en caso de duda, imprecisión o aparente concurrencia, pero no puede admitirse en modo alguno que tal investigación pueda sustituir o desplazar los mandatos estatutarios o legales que actualicen el régimen foral, ni cabe sostener que el régimen deriva única y directamente de una legitimidad histórica, independientemente de las normas que lo actualicen*”.

Acto seguido el Tribunal rechaza la impugnación de la L.T.H. por cuanto el Parlamento Vasco no esta realizando una mera interpretación sustitutiva de la voluntad estatutaria y constructora de los derechos históricos, sino que lleva a cabo una normación para la que se encuentra habilitado por el E.A.P.V.

El Parlamento ha enumerado las competencias ya reconocidas en el Estatuto (lo que no sería a si mismo necesario) ha añadido aquellas que transfiere o atribuye a los T.T.H.H. y ha precisado (art. 6.1) la atribución del resto de las competencias a las instituciones comunes. El Parlamento ha actuado en el ámbito para el que le habilita el Estatuto, al ejercitar la potestad legislativa genérica que le reconoce el art. 25 del E.A.P.V., y transferir competencias a los T.T.H.H. de acuerdo con el artículo 37 del Estatuto y sin transgredir sus límites.

La Sentencia 159/1993 de 6 de Mayo resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 55 senadores del grupo popular contra los arts. 2, 24, 107, 4, 109 y 110 y los que procedan por conexión de la Ley 4/1992 de 17 de Julio, del Parlamento Vasco,

de Policía del País Vasco. Lo impugnado es la integración del Cuerpo de Miñones de la Diputación Foral de Alava en la Ertzaintza, lo que desbordaría las previsiones estatutarias relativas a la refundición o reorganización de los cuerpos policiales forales y consiguiente vaciamiento del contenido esencial del Cuerpo de Miñones alavés como institución histórica a consecuencia de la reducción de sus funciones tradicionales.

El valor fundamental de esta sentencia es que constituye una reiteración de la doctrina expuesta en la S.T.C. 76/88, a la que se refiere en reiteradas ocasiones en esta ocasión, con apreciación de sí la garantía institucional de la foralidad resulta lesionada en un supuesto correcto, siendo la conclusión final del Tribunal que no hay tal .

La conclusión de la sentencia es que las funciones asignadas a Miñones, Forales y Miqueletes en la L.P.P.V. *“forman el núcleo básico de la instituciones que sin ellas sería irreconocible”*. Estas funciones son las que *“revisten un carácter indisponible por las Instituciones Comunes del País Vasco, ya que resultan inherentes a su propia subsistencia.*

Vista la jurisprudencia del Alto Tribunal, parece conveniente realizar algunas precisiones sobre el alcance y contenido de la Disposición Adicional 1º de la Constitución y las subsiguientes normas (especialmente los Art. 3, 24 y 37) del E.A.P.V. relativas a la materia, dado que van a servir de fundamento de buena parte de los argumentos que se expondrán en relación con aquella.

A tal efecto vamos a efectuar un análisis crítico de esta jurisprudencia del T.C. y de la doctrina expuesta por el profesor Tomás Ramón Fernández, autor de la tesis de *“la garantía institucional”* que asume, tomando como fuentes principales para ello la ponencia presentada por éste en el II Congreso Mundial Vasco y el dictamen que junto con D.Juan Alfonso Santamaria Pastor realizó sobre la conformidad con la Constitución y el E.A.P.V. del proyecto de L.T.H.

Además nos detendremos con especial interés en dos cuestiones de capital importancia, la de la titularidad de los derechos históricos y la de la legitimación de las instituciones forales para accionar en defensa de los mismos en la jurisdicción constitucional.

La Disposición Adicional 1º de la Constitución es para Fernández y Santamaría un prius respecto de Título VIII, no una norma complementaria del mismo. Se procede a la reintegración foral *“tantas veces solicitada por el pueblo vasco, como paso y situación previas a la elaboración del Estatuto de Autonomía”*. La Constitución consagra unos derechos (los *“históricos”*) que son previos al E.A.P.V., que este debe respetar estrictamente y sobre los cuales debe diseñarse el contenido estatutario, y que se imponen tanto al legislador estatal como al autónomo. Los titulares formales de estos derechos son las provincias vascas (sic) y Navarra *“separadamente consideradas y no en su conjunto”*.

La reintegración (que desde luego en los pacatos términos constitucionales no es la tan anhelada por el pueblo vasco, en contra de lo que parecen pensar los autores) no es plena ni automática, sino que debe procederse a una actualización no sólo por el procedimiento de elaboración de un Estatuto sino compaginadamente a las exigencias del Título VIII, es decir en el marco de una Comunidad Autónoma dotada de la organización mínima del Art. 152 y de competencias en el marco de los artículos 148 y 149.

Ahora bien *“la constitución del ente supraprovincial ha de subordinar la observancia de las reglas del Título VIII al respecto estricto hacia el bloque sustancial e inderogable del régimen foral, que la Disposición Adicional antepone y supraordina a la construcción comunitaria”*.

Compartimos este parecer de los ilustres catedráticos, compartido también por otros autores como Porres Azkona, que como ya hemos señalado caracteriza a C.A. 1º como *“lex specialis”* frente a la *“generalis”* del título VIII.

La actualización ha de suponer indefectiblemente un recorte parcial de las competencias inherentes al régimen foral (esto es claro desde el momento que el propio E.A.P.V. atribuye a las Instituciones Comunes en áreas como policía y educación competencias de raigambre foral) pero el proceso de asunción de poderes por los órganos comunes de la Comunidad tiene por limite el respeto al núcleo sustancial de esa autonomía provincial histórica.

Ese núcleo sustancial es algo difícil de definir a priori, nunca ha sido sistematizado pero obliga a garantizar a estos (los Territorios Forales) un conjunto de potestades que diseñen un ámbito autónomo no menor en sustancia al que poseían dichos territorios en 1839, habida cuenta de la evolución económica y social y las nuevas tareas asumidas en este siglo y medio por los entes públicos. En todo caso Fernández y Santamaría sitúan el nivel mínimo en el conjunto de potestades que poseían Alava y Navarra en 1978, fecha de la Constitución.

Compartimos el parecer del T.C. de que la Disposición Adicional no constituye título autónomo de competencias en el sentido de que no puede acudirse a cualquier competencia que históricamente hubiesen detentado en algún momento las instituciones forales para legitimar una atribución actual pero no ya porque, como señala Azaola, podamos caer en un arcaísmo anacrónico y caótico, sino porque a la inversa nos enfrentaríamos a una cuestión todavía mucho más espinosa; la de averiguar cuales de *“esas nuevas tareas asumidas en este siglo y medio por los entes públicos”* que señalan Fernández y Santamaría, se sitúan de forma inequívoca entre las que debieran detentar las instituciones forales por conectarse directamente a las que ejercían por ejemplo antes de 1839, o utilizando el argumento de los ilustres catedráticos para que gocen de un ámbito autónomo no menor al que entonces poseían.

Sin embargo no es necesario caer en exageraciones como la del Dictamen de los Expertos de UCD de 16 de Septiembre de 1978 sobre la Disposición Adicional 1º aprobada por la Comisión constitucional del Senado (luego rechazada por el Congreso) o el profesor García Pelayo (artículo en “*El País*” de 24 de Septiembre de 1978), con ser la foralidad flexible a históricamente cambiante, algo difícilmente rebatible, la investigación histórica, a la que el T.C. ha conferido una misión que también creemos acertada, puede poner de manifiesto cuales eran las bases y principios fundamentales en que se sustentaban el régimen foral, lo sustancial, más allá de competencias accesorias de las que se disponía en un periodo por completo y en otros con mayores limitaciones.

Pero es indudable que la Disposición Adicional 1º es título de competencias. No autónomo pero sí título. Son varias las competencias el E.A.P.V. atribuye a las Instituciones Comunes “*mediante el proceso de actualización del régimen foral*” (art. 17.1 en materia de policía), o “*en aplicación de lo dispuesto en la Disposición Adicional 1ª de la Constitución*” (art. 16 en materia de enseñanza), amén de la configuración del “*sistema foral tradicional de Concerto Económico o Convenios*” como mecanismo de regulación de las relaciones tributarias entre el País Vasco, o mejor la C.A.P.V. y el Estado.

Es por esto que consideramos acertado el considerar como hace el T.C. que el ámbito de autonomía reconocido en el E.A.P.V. es un contenido mínimo que deviene en indisponible “*esencial e intocable*” para el legislador autonómico.

El artículo 37.2 no consiste tan sólo en el establecimiento de una distribución competencial “*sin menoscabo de la garantía del régimen foral*” como señala el T.C. sino en un mandato al legislador autonómico más allá incluso de lo que como contenido mínimo de la foralidad le ha sido sustraído por el E.A.P.V. de su ámbito de disponibilidad. Creemos que se proscribe en dicho artículo, la conducta que Zubia Guinea en su análisis del 1º proyecto de L.T.H. reprochaba al mismo, la de convertir el contenido mínimo de la foralidad allí descrito en contenido máximo.

Si todo esto es así, no se puede menos que compartir las críticas que autores como Lojendio y Uriarte dirigen a la tesis de la garantía institucional. De lo que se trata no es de preservar una imagen (concepto bastante ambiguo e impreciso, cuyos contornos el T.C. no delimita), cuanto de preservar unos derechos, sea cual fuere el alcance y contenido que se da a los mismos.

Fijado que el ámbito de autonomía que el E.A.P.V. reconoce a las instituciones forales es el contenido mínimo, esencial e intocable de la foralidad, indisponible tanto para el Estado como la C.A. es al menos ese, el contenido de los derechos históricos que debe considerarse respetado y amparado por la Constitución, con independencia de imágenes o reconocibilidades pasadas o futuras.

Además ese contenido mínimo, susceptible de interpretaciones en sentidos divergentes como cualquier norma jurídica, debe ser interpretado conforme al mandato

del art. 37.2 en el sentido más congruente con lo que eran los regímenes forales específicos y sus competencias a la entrada en vigor del E.A.P.V. y debe considerarse esa interpretación como sujeto del amparo y respeto constitucional al mismo nivel que la anterior y esto por dos razones; porque el E.A.P.V. actualiza los derechos históricos, delimitando sus perfiles y otorgando al contenido que sitúa en ellos el amparo constitucional por remisión de la Constitución, y en segundo lugar porque asimismo es parámetro de interpretación de la norma máxima, según doctrina reiterada del T.C. y ya confiere una garantía expresa (art. 37.2) a un contenido específico (y no precisamente a una imagen).

La tesis de la garantía institucional ofrece margen para un último reproche; el de no haber sido llevada hasta sus últimos extremos.

Sin perjuicio de que se entra en un análisis más detallado de este extremo en la cuestión de la legitimación de las instituciones forales ante el T.C., a la que aquí no hacemos referencia, y que ya dice un viejo aforismo jurídico que “*no hay derecho sin acción*”, la ausencia de regulación de las Comisiones Arbitrales (que no ha existido hasta la Ley 13/1994 de 30 de Junio) pone a los T.T.H.H. a merced de las medidas que discrecionalmente puedan adoptar las Instituciones Comunes, simplemente porque carecen de toda posibilidad de reacción formal. Es el caso de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, Ley 7/1990 de 3 de Julio, recordemos.

Este, junto a lo etéreo del concepto de la imagen, resulta constituirse en el flanco débil, en la vía de agua de la doctrina común al profesor Fernández y al T.C.; la incongruencia de la misma con la falta de legitimación de las instituciones forales en sede de jurisdicción constitucional.

4.2.4 El desarrollo reglamentario de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco y la delimitación competencial.

Otra cuestión controvertida en la delimitación competencial va a venir derivada del específico carácter de la Ley 7/1990, que incluye preceptos y regula cuestiones que deberían indudablemente ser objeto de desarrollo reglamentario, con lo que se genera un posible problema de inconstitucionalidad formal en la posible norma de desarrollo que se limite a reproducir lo señalado en la Ley, (que no puede ignorar), sin añadir disposiciones enriquecedoras , (lo que Ley no le permite al agotar la materia).

Esta es una de las cuestiones que subyacen en la falta de desarrollo reglamentario de la Ley, toda vez que algunos de los intentos de proceder al mismo que se han esbozado por parte las Diputaciones Forales (concretamente el de la Diputación Foral de Bizkaia de 1992, en el que el autor tuvo la fortuna de tomar parte) han sido objeto de ese particular reproche, (se observa en el proyecto “*un segundo gran problema derivado de la escasa aportación que el mismo presenta sobre los contenidos*”).

*de la Ley, a la que mayormente reproduce fielmente*⁶⁵⁰, por lo que como nos dice Agirreazkuenaga,⁶⁵¹ *”en aplicación de la doctrina de la inconstitucionalidad formal elaborada por el Tribunal Constitucional, se entiende que los preceptos del Proyecto que reproducen la Ley deberán indicar su procedencia y ello debería justificarse en que beneficia la coherencia del texto”*.

Esta misma propensión reglamentista de la Ley va a motivar que diseñe procedimientos de ejercicio de competencias en que intervienen varias Administraciones Públicas (Gobierno Vasco, Diputaciones Forales y Ayuntamientos por ejemplo).

Se generará así un nuevo problema a la hora de configurar definitivamente el procedimiento a través del desarrollo reglamentario, dado que la Administración General va a sostener, sin base jurídica concreta más allá de la alusión a la posible discordancia en los procedimientos entre los Territorios, que no corresponde a los órganos de los T.H. regular el iter de actuación que corresponde desplegar a la C.A., de la misma manera que los T.H. no van a renunciar a la competencia de desarrollo legislativo que tienen atribuida ex-artículo 7.b.5., ni el Gobierno Vasco tampoco a regular la actuación de estos en aquello en que tiene expresamente reconocida la potestad de desarrollo reglamentario.

Un último problema de carácter general va a generarse dentro de los propios T.H.

La atribución al T.H. que realiza el artículo 7.b.5 de la competencia de desarrollo y ejecución, (aunque sobre este último punto no existe el menor problema) deja en el aire la cuestión de si corresponde al órgano legislativo o al ejecutivo del T.H.

La cuestión por supuesto no es baladí, no sólo están en juego el ejercicio *”strictu sensu”* de la competencia, sino el carácter de la norma que va a servir de instrumento para ello; y por supuesto para determinar el hipotético carácter reglamentario de la norma de desarrollo tiene mucho que ver esa pretensión omnicomprendiva que hemos atribuido a la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, que va a incidir decisivamente en la articulación competencial dentro de los propios territorios de Alava, Bizkaia y Guipúzcoa.

La experiencia nos hace ver que ese desarrollo foral de la L.P.C.V. en la escasa medida en que se ha producido, ha tenido por instrumento Decretos Forales de las Diputaciones, habiendo carecido los órganos legislativos territoriales de participación alguna en la normación sobre la materia.

⁶⁵⁰ Informe de la Asesoría Jurídica del Gobierno Vasco en relación con dicho Proyecto.

⁶⁵¹ AGIRREAZKUENAGA I. op. cit. pag. 31.

Pongamos por ejemplo en Bizkaia los sucesivos Decretos que regulan la realización de actividades arqueológicas en el territorio o los más recientes que regulan las subvenciones a conceder para la realización por los particulares de intervenciones sobre los bienes integrantes del patrimonio cultural.

En conjunto la definición competencial que resulta de la aplicación simultánea de lo dispuesto en la Ley de Territorios Históricos y la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, es confusa y controvertida y ha generado múltiples desacuerdos entre el Gobierno Vasco y las Diputaciones Forales, motivo al que hay que atribuir el hecho de que no exista un reglamento que desarrolle la L.P.C.V. con carácter general, y si normas muy sectoriales que regulan aspectos muy concretos y específicos.

El Gobierno Vasco está intentando cubrir esta ausencia a través de un instrumento de ordenación territorial, el Plan Territorial Sectorial de Patrimonio Cultural, de forma no menos controvertida como veremos y que introduce importantes incógnitas sobre su contenido y aplicabilidad futura.

5. LA LEY DE PATRIMONIO CULTURAL VASCO Y EL REGIMEN JURIDICO DE PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL VASCO⁶⁵²

5.1 LA ESTRUCTURA DE LA NORMA

La Ley 7/1990 de 3 de Julio, de Patrimonio Cultural Vasco, (publicada en el B.O.P.V. de 6 de Agosto de 1990) es, como no podía ser de otra manera, el principal instrumento jurídico regulador de la protección del patrimonio cultural en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Se trata de una norma que consta de una Exposición de Motivos y 110 artículos divididos en 6 Títulos, el primero de ellos caracterizado como "*Disposiciones Generales*" y los restantes como "*De los Bienes Culturales*", "*Del régimen de Protección*", "*De los Servicios de Archivos, Bibliotecas y Museos*", "*De las Medidas de Fomento*" y por último "*Sanciones*". A todo esto deben añadirse 5 Disposiciones Adicionales, 3 Disposiciones Transitorias, 2 Disposiciones Derogatorias y otras 2 Disposiciones Finales.

Podemos, echando una rápida mirada a la rúbrica de cada uno de los Títulos, hacernos una idea más que aproximada de cual es el contenido de cada uno de ellos; definido el ámbito, objeto y las instituciones encargadas de cumplir sus disposiciones en el Título 1, el 2º nos va a delimitar cuales son los bienes que integran el patrimonio cultural vasco, el 3º cual es el régimen de protección que se establece para cada uno de ellos en función de la diferente categoría en que sea ubicado, el 4º va a pretender organizar los servicios culturales que la Administración Pública, las instituciones sin ánimo de lucro o incluso los simples particulares van a prestar a la Comunidad, el 5º retribuir a los titulares de derechos reales sobre los bienes culturales para contribuir a su conservación y enriquecimiento y compensar las limitaciones que con respecto al ejercicio de diferentes derechos se establecen sobre los mismos y el 6º y último, disponer eventuales sanciones para el caso de incumplimiento de las disposiciones de la Ley intentando garantizar la consecución de los fines que se persiguen con su promulgación.

⁶⁵² Sobre la regulación jurídica de la protección del patrimonio cultural español puede consultarse, además de la bibliografía expresamente citada:

OROZCO PARDO G. y PEREZ ALONSO E. *La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural o artístico*. Ed. Mac Graw Hill. 1995.

RAMON ILIAN J. y ROLDAN VERDEJO P.J. "*Consideraciones sobre los valores histórico y artístico en los bienes muebles e inmuebles*". Revista de Derecho Urbanístico, nº 106. (1988).

SALINERO ALONSO C. *La protección del Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995*. CEDECS. 1997.

Las Disposiciones Adicionales van a su vez a referirse a la situación de los bienes que contasen con algún régimen de protección con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, al patrimonio cultural del pueblo vasco que se halla fuera del territorio de la C.A.P.V., a la cotitularidad interinstitucional de los museos y a la aceptación de donaciones, herencias, y/o legados de bienes culturales en favor de la C.A.P.V.

Las Disposiciones Transitorias al desarrollo reglamentario de la Ley, a la tramitación de expedientes iniciados con anterioridad a la Ley y al amparo de normativa diferente a la en ella establecida y a la conexión entre el régimen de protección de los bienes y el planeamiento urbanístico.

Las Disposiciones Derogatorias por su parte van derogar un conjunto de disposiciones concretas y específicas la 1º, y cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma la 2º, sin especiales particularidades, completándose la Ley con 2 Disposiciones Finales referidas a directrices generales de protección y defensa del patrimonio, a las disposiciones necesarias para el cumplimiento de la Ley a la actualización del importe de las sanciones pecuniarias y a la entrada en vigor de la Ley.

La Ley, en definitiva, regula materias que si bien comparten un mismo hilo conductor constituido por el objeto a que se refieren (los bienes culturales) mantienen entre si la distancia que puede mediar entre la simple presencia de un determinado bien cultural en un lugar determinado y la organización y coordinación de los servicios de complejas organizaciones como las que constituyen los modernos museos, bibliotecas y/o archivos de nuestra Comunidad.

Como antecedente directo de la L.P.C.V. no podemos desconocer en cualquier caso la promulgación de la Ley 16/1985 de 25 de Junio, del Patrimonio Histórico Español, no solo porque la ley vasca se inspira en ella en muchas de sus determinaciones sino porque es, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.3 de la Constitución, de aplicación supletoria con respecto a la legislación autonómica en la materia.

Así recurriremos en varias ocasiones a la comparación entre lo dispuesto en ambas normas, como muestra de los aspectos en que el legislador autonómico quiso separarse del marco normativo vigente hasta que hizo uso de la competencia que la Constitución y el Estatuto le reconocían.

Del mismo modo proporciona criterios a tener en cuenta, siquiera sea como referencia en ausencia de normativa autonómica o foral de desarrollo, el desarrollo reglamentario de la L.P.H.E., en particular el Real Decreto 111/1986 de 10 de Enero.

5.2 CONCEPTO Y EXTENSION DEL PATRIMONIO CULTURAL

5.2.1 La definicion legal del patrimonio cultural en el derecho estatal y autonómico comparado.

El de la definición del concepto y los límites de la extensión del patrimonio cultural es uno de los problemas capitales a que se enfrenta el legislador que acude a regular su protección. Diversas opciones y métodos se le ofrecen a la hora de determinar lo que pudiendo parecer relativamente fácil, es sin embargo, un reto que desde la perspectiva jurídica podemos tras la promulgación de las leyes que estamos analizando en este trabajo considerar todavía como una asignatura pendiente.

A la hora de establecer que bienes integran el patrimonio cultural son dos las opciones que se presentan, una minimalista de considerar solo aquellos bienes de valor cultural indudable, y otra maximalista que se decanta por incorporar todo bien poseedor de un cierto valor cultural aún no siendo ni muy elevado ni unánimemente reconocido.

La posición mayoritaria en Derecho comparado europeo es ésta última si bien su aplicación práctica notablemente diferente según los Estados. (Gran Bretaña 100.000 bienes reconocidamente integrantes del patrimonio cultural, Francia 30.000, Estado Español 5.000, siempre en cifras aproximadas).

En lo que respecta a la Comunidad Autónoma Vasca, década y media después de la promulgación de la Ley y según la cuantificación provisional del patrimonio cultural inmueble que obra en el Plan Territorial Sectorial de Patrimonio Cultural, al que más adelante nos referiremos, los incluidos en el Registro de Bienes Calificados son 314, los que se encuentran en fase de calificación 250, los inventariados 105 y los que se encuentran en trámite de inventario 17, es decir un total de 686 bienes sometidos a algún régimen de protección, mientras los que a juicio de dicho P.T.S. deben integrar el patrimonio cultural inmueble son en torno a 3.000, si no consideramos además los que dicho Plan considera de protección municipal, en cuyo caso el elenco se extiende hasta los 5.300 aproximadamente.

Sin embargo y cualquiera que sea la opción por la que en virtud de consideraciones políticas se decante el legislador es necesario un método de determinación de los bienes culturales.

Fundamentalmente podemos reconocer tres métodos diferentes, los de enumeración, clasificación y categorización.

El método enumerativo, es el que proporciona mayor seguridad jurídica pero tiene el inconveniente, amén de notables dificultades prácticas, de omitir siempre aquellos bienes desconocidos o cuyo valor no se ha desvelado en el momento de efectuar la enumeración, así como el de ser notablemente rígido frente a hipotéticos cambios en la mentalidad social con respecto a los valores que deben considerarse dignos de protección. Hoy por hoy salvo en el mundo anglosajón, y en razón de su diferente sistema legal y concepción del Derecho Administrativo, su utilización es residual y limitada.

El método de clasificación es el que comprende dentro del patrimonio cultural y de la protección legal aquellos bienes objeto de decisión específica de la autoridad competente, previo el correspondiente expediente administrativo. Ofrece una gran seguridad jurídica, claridad y precisión pero de no mediar un profundo conocimiento sobre todos los bienes culturales de su ámbito de aplicación, puede dejar sin protección una buena parte del patrimonio.

Por último el método conceptual o de categorización consiste en una descripción genérica de los bienes a considerar integrantes de la herencia cultural recibida de los antepasados y/o a legar a las generaciones futuras, de forma que se establezcan categorías o grupos de bienes descritos con mayor o menor precisión y haya que considerar sometido a la protección legal todo bien que reúna las características reconocidas en la categoría descrita, aún sin ninguna referencia individualizada al mismo.

Como puede fácilmente observarse el talón de Aquiles de este método es su inseguridad jurídica especialmente cuando no se produce una categorización precisa y detallada. No obstante ofrece las mayores dosis de sencillez y es el más eficaz en la protección del patrimonio.

La Ley de Patrimonio Histórico Español y la Ley de Patrimonio Cultural Vasco comparten un mismo enfoque a la hora de determinar el ámbito de elementos incluidos.

Así la Ley estatal señala que integran el P.H.E. (Art. 1.2) *"los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas así como los sitios naturales, jardines y parques que tengan valor artístico, histórico y antropológico"*.

La L.P.C.V. vasca configura como elementos integrantes del P.C.V. por su parte (Art. 2.1) *"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"*.

Es decir siquiera con pequeñas diferencias (alusión expresa a los bienes muebles e inmuebles, alusión en la normativa vasca a unos difícilmente evaluables valor urbanístico y social ..) las definiciones son similares.

Dado que la doctrina se ha referido ya con detenimiento a los valores comunes a ambas definiciones, nos centraremos en las peculiaridades derivadas del contenido del artículo 2.1. de la L.P.C.V.

Las innovaciones que contiene la definición de la norma autonómica con respecto a la estatal han sido analizadas por Abad Liceras, que, en referencia al valor urbanístico sostiene que *“se oculta (en él) una primera aproximación genérica a la técnica que se ocupa del desarrollo y de la ordenación de las ciudades o, más específicamente, del crecimiento de los asentamientos humanos”* y que *“puede ofrecer la ventaja de alentar a los Ayuntamientos de sus Territorios Históricos a desempeñar una primitiva e inicial protección y tutela de los edificios y construcciones situados en su término”*, a través fundamentalmente de instrumentos como los Catálogos urbanísticos o los planes especiales⁶⁵³.

En relación con el valor social, este mismo autor considera que *“no parece adecuado...identificar ese concepto con el etnológico en el sentido de recepción de usos, costumbres o formas de vida, en general, tradicional del pueblo vasco,...ya que se produciría una auténtica tautología al repetir un concepto ya incluido en el mismo precepto”*, que considerar incluible aquí cualquier elemento *“que haya sido determinado en ese sentido por la sociedad euskalduna parece uhn contrasentido si no se conoce de antemano quienes serán las personas o instituciones legitimadas para realizar tal determinación, ni cuales serán los criterios utilizados”* y que remitirse a los principios del artículo 3.1 del Código Civil proporciona reglas interpretativas que *“no sirven para identificar y delimitar lo que pretende la intrigante mención del artículo 2.1”*, concluyendo que la alusión *“parece sentar los pilares de una posterior declaración específica de un bien como espacio cultural, dada la amplitud de las actividades y situaciones comprendidas dentro del mismo”*.⁶⁵⁴

⁶⁵³ ABAD LICERAS J.M. op. cit. pags. 39-40.

⁶⁵⁴ Ibidem, pags. 40-41.

Estando de acuerdo con Abad en que le es aplicable a la L.P.C.V. la reflexión que sobre la ley estatal señalaba que, trata “*de proteger no solo los intereses tradicionales (como el artístico, histórico, arqueológico y paleontológico) sino también otros intereses nuevos (como el etnográfico, científico o técnico) cuyo análisis no se presenta sencillo atendiendo a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que encierran un doble criterio interpretativo: por una parte uno de carácter extrajurídico; y por otra parte, otro de carácter valorativo*”⁶⁵⁵, no alcanzamos sin embargo a advertir la tautología a que se refiere en torno al valor “social”, más allá de que las definiciones no puedan precisar en demasía en nociones sobre las que podemos encontrar al menos tantas definiciones diversas como las que encontrábamos sobre cultura.

Tampoco creemos que se desconozca quienes están legitimados para determinar elementos y criterios (nos estamos refiriendo a un instrumento dedicado expresamente a tal fin y que no es desde luego anónimo o de paternidad ignota).

Consideramos por nuestra parte que si bien será difícil encontrar un elemento de valor social que no esté dotado en mayor o menor medida de alguno de los anteriores, con lo que la mención podría ser superflua, lo pretendido aquí es abrir una puerta a la posibilidad de que la evolución de la mentalidad de la sociedad vasca terminase por conceder relevancia a valores no expresamente recogidos en la definición.

En todo caso hay que destacar que las leyes autonómicas posteriores a la vasca no hacen referencia a estos dos valores innovadores, (con la excepcional salvedad de la ley de Madrid) lo que refuerza esa convicción en torno a la innecesariedad de su mención, aunque a partir de la ley catalana se haga referencia a un valor arquitectónico, obviamente relacionado, aunque no sea estrictamente equivalente, con el urbanístico mencionado en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

La Ley de Patrimonio Histórico Español y quizá también en cierta medida la L.P.C.V. han constituido modelos de referencia para la definición de los bienes que integran el patrimonio cultural en la legislaciones de las diferentes Comunidades Autónomas del Estado. No estará de más hacer mención a las variaciones que algunas de ellas introducen en la forma de definir su respectivo patrimonio cultural.

La Ley 4/1990 de 30 de Mayo de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha, anterior a nuestra norma protectora, se limita a reproducir miméticamente la definición de la L.P.H.E. por lo que no merece especial mención en este sentido.

No es desde luego el caso de la Ley 1/1991 de 3 de Julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía, la primera de las cronológicamente posteriores a la norma vasca. Dispone esta Ley en su artículo 2 que “*el patrimonio histórico andaluz se compone de todos los bienes de la cultura, en cualquiera de sus manifestaciones, en*

⁶⁵⁵ Ibidem, pag. 41.

cuanto se encuentren en Andalucía y revelen un interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnológico, documental, bibliográfico, científico o técnico para la Comunidad Autónoma”.

Dejando a un lado lo impropio de la referencia a *“los bienes de la cultura”* como si fuese ésta la titular de alguno, mención que como veremos no va sentar precedente, lo que si hará la referencia de la Ley catalana, lo más llamativo de la definición es la limitación de la pertenencia al patrimonio histórico andaluz a los bienes que se encuentren en Andalucía.

Se trata de una limitación no exigida inexorablemente por el Ordenamiento, y que sin perjuicio del principio de territorialidad que hace que las normas de la C.A. de Andalucía solo sean aplicables en su territorio, debe ser criticada por cuanto doctrinalmente deben formar parte del patrimonio cultural andaluz, los bienes que reúnan los valores mencionados, con independencia de que las instituciones de la C.A. puedan o no adoptar cualquier tipo de iniciativa en relación con los mismos.

La Ley 9/1993 de 30 de Septiembre, de Patrimonio Cultural Catalán, define éste como el integrado *“por todos los bienes muebles o inmuebles relacionados con la historia y la cultura de Cataluña que por su valor histórico, artístico, arquitectónico, paleontológico, etnológico, documental, bibliográfico, científico, o técnico merecen una protección y una defensa especiales, de manera que puedan ser disfrutados por los ciudadanos y puedan ser transmitidos en las mejores condiciones a las siguientes generaciones”.* (Art.1.2).

También señala (art. 1.3.) que forman parte del patrimonio cultural catalán *“los bienes inmateriales integrantes de la cultura popular y tradicional y las particularidades lingüísticas, 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”.*

Observamos de inicio que se define el patrimonio de forma diferente, de manera que está formado por los bienes relacionados con la historia y la cultura de Cataluña que por la posesión de determinados valores merecen especial protección y defensa. Observamos también que se excluye, como también hacía la Ley andaluza, la referencia a los valores (urbanístico y social) que la Ley vasca añade a los recogidos en la L.P.H.E., que se añaden otros (arquitectónico, paleontológico, documental, bibliográfico...) que se modifica la referencia al etnográfico por el etnológico, y que se añade que el objeto de la protección y defensa es el disfrute por los ciudadanos y la transmisión en las mejores condiciones a las futuras generaciones.

Por último el apartado 3 del artículo 1 constituye en si mismo una novedad, con respecto a la Ley vasca en sede definitoria, aunque podamos considerar que se trata de elementos de valor etnográfico en los términos de ésta o incluidos cuando la norma de Euskadi se refiere a la noción de *“espacio cultural”* . (Art. 3).

La referencia relativa al objeto de la protección no constituye en si misma una novedad, (se encuentra sin ir más lejos en el artículo 3 de la L.P.C.V.) aunque se integre aquí en la propia definición del patrimonio, y la modificación del valor etnográfico por el etnológico no pasa de ser una precisión prácticamente irrelevante por lo que vamos a referirnos, a las modificaciones en la relación de valores y específicamente a la aportación inicial.

Opta el legislador catalán por definir el patrimonio en virtud de la relación de los bienes con la historia y la cultura de Cataluña, en lugar de hacer exclusiva referencia a la posesión de determinados valores. Consideramos que metodológicamente es un acierto enmarcar la posesión de los valores en su contexto, no refiriéndonos a los elementos como si tuviesen origen casual y dotando de sentido globalizador al conjunto de valores, aunque términos como “historia” y “cultura” aporten escasa precisión y puedan ser fuente de posibles controversias. Cabe sin embargo objetar la alusión a la protección “*especial*”, por cuanto pudiera interpretarse en sentido de que solo aquellos bienes que la merecen y que sobrepasarían el nivel de los que merecen una protección de menor grado, más ordinaria, integran el patrimonio cultural, cuando no creemos que sea ese el propósito del legislador.

En lo que respecta a los valores, la solución adoptada por el legislador catalán es recoger alguno de los omitidos por la L.P.C.V. con respecto a la estatal (el paleontológico), omitir alguno de los de la L.P.H.E. preterido también por el legislador vasco (el arqueológico), hacer caso omiso de las innovaciones vascas (sin olvidar la íntima conexión entre el valor arquitectónico y el urbanístico) y añadir como aportaciones novedosas la referencia al arquitectónico, al documental y al bibliográfico.

Creemos que se ponen aquí de manifiesto dos circunstancias; en primer lugar que unos valores y otros están tan íntimamente relacionados que en muchas ocasiones las precisiones son puramente eruditas e irrelevantes en la práctica y que algunos valores son de difícil precisión o excesivamente genéricos y que ello da pie a que cada uno de los legisladores pueda singularizarse respecto de los anteriores sobre la base de añadir, suprimir o modificar la referencia a uno u otro valor, sin especiales consecuencias en la práctica.

Si que reviste por último especial interés la referencia a las particularidades lingüísticas, porque por más que revistan una singularidad que las hace acreedoras a un tratamiento singular y específico, no dejan de formar parte del patrimonio cultural, y no parece oportuno que la ley lo desconozca. Es evidente que un idioma propio, y en su caso las variedades dialectales o particularidades en su habla, constituyen el principal patrimonio cultural de una comunidad humana, y este es un elemento que se da de forma indubitada tanto en el caso catalán como en el vasco.

Diferente es la opción escogida por el legislador gallego. (Ley 8/1995 de 8 de Octubre). Dispone (art.1.1) que “*el patrimonio cultural de Galicia está constituido por todos los bienes materiales e inmateriales que, por su reconocido valor propio, hayan de ser considerados como de interés relevante para la permanencia e identidad de la cultura gallega a través del tiempo*”, concretando en el apartado 3 de este mismo artículo que tales bienes son los que poseen determinados valores, que son el compendio de los recogidos en la Ley estatal y la catalana .

La peculiaridad es aquí la vinculación de la pertenencia al patrimonio con el “*interés relevante para la permanencia e identidad de la cultura gallega*”. Es ésta una disposición escasamente precisa y que ofrece múltiples flancos de crítica. Ya nos hemos referido a las muy diversas interpretaciones y definiciones sobre el significado de cultura y su adjetivación en términos de nacionalidad, amén de lo impropio de integrar en la definición el propio término a definir pero además ¿ Cual es la cultura gallega ? ¿ Cuales son sus caracteres, su naturaleza, qué elementos la integran ? Cuando la conexión de los bienes con el patrimonio cultural se establece en función de su utilidad con respecto a ella, la seguridad jurídica reclama que, al menos a grandes rasgos, se definan sus contornos en el propio instrumento legal.

Tampoco es afortunada la referencia a la permanencia e identidad. El segundo de los términos parece hacer referencia a un mantenimiento de los rasgos peculiares y propios de la cultura gallega que la diferenciarían de cualesquiera otras. No es propósito al que se deban a nuestro juicio oponer objeciones. Sin embargo su conexión con el “*interés relevante*” y la pertenencia al patrimonio cultural de los bienes que lo poseen a tal objeto, puede dar pie a interpretaciones sin duda no deseadas por el legislador como la de que aquellos bienes culturales que no contribuyen a mantener esa identidad singular, o que carecen de interés relevante para ello no pertenezcan al patrimonio cultural, por muchos valores de que se encuentren dotados. Con respecto a la permanencia, podría introducirnos en una peligrosa controversia sobre el interés cultural de las propuestas innovadoras, sobre si la permanencia se concibe en términos de inalterabilidad.

La Ley 4/1998 de 11 de Junio, del Patrimonio Cultural Valenciano, ofrece como especial aportación la referencia al problema planteado por la Ley andaluza cuando ligaba la pertenencia a su patrimonio al hecho de encontrarse el bien en su territorio. La solución adoptada en Valencia es sustancialmente diferente. Forman parte del patrimonio cultural valenciano, los bienes “*existentes en el territorio de la Comunidad Valenciana o que, hallándose fuera de él, sean especialmente representativos de la historia y la cultura valenciana*”.

Conforme a lo anteriormente señalado, consideramos la opción del legislador valenciano mucho más adecuada al contenido lógico de su patrimonio. Singular es también la referencia a “*las creaciones, conocimientos y prácticas de la cultura tradicional valenciana*” como precisión más detallada de los “bienes inmateriales” a que aludía la norma catalana.

Tratándose sin embargo de una Comunidad en la que existe otra lengua oficial además del castellano, llama poderosamente la atención la omisión de referencias al patrimonio o las “*peculiaridades lingüísticas*”, por más que su indiscutible pertenencia a la cultura popular y tradicional de amplias zonas de su territorio, ofrezca asidero para su protección con base en esta Ley.

Una ley casi simultánea en el tiempo con la anterior es la Ley 10/1998 de 9 de Julio, de Patrimonio Histórico de Madrid. Su aportación más singular, en sede de definición del patrimonio (artículo 1.3) es el especial empeño del legislador por recoger el mayor número de valores que los que determinan la pertenencia de bienes al patrimonio cultural, que le lleva incluso a repetir en dos ocasiones el valor social, y a incorporar como novedades el valor paisajístico, el natural, el industrial y un globalizador “cultural” que no sabemos si no es un compendio en si mismo de todos los restantes.

(Recordemos que Madrid se refiere al “*patrimonio histórico*” en nomenclatura que ya anteriormente hemos criticado). También en detalle de los bienes inmateriales junto a la cultura popular se refiere al folklore, y a las artes aplicadas y conmemoraciones tradicionales.

La Ley 4/1999 de 15 de Marzo de la C.A. de Canarias aporta algunas novedades dignas de mención. En lo que hace a los valores recoge los de la ley estatal con el único añadido del arquitectónico, que introducía ya la ley catalana, y es únicamente destacable, aunque no sea una innovación como ya hemos señalado, la alusión a “*las particularidades lingüísticas del español hablado en Canarias*” como elemento integrante del patrimonio histórico de Canarias. (Art. 2).

En sede de patrimonio arqueológico no obstante incluye como elementos integrantes de éste los “*elementos geológicos relacionados con la historia de Canarias, sus orígenes y antecedentes*”. (Art. 60). Excluye por otra parte de su ámbito el patrimonio documental (art. 1.2) que cuenta con ley propia y específica. (La Ley 3/1990 de 22 de Febrero, cuya vigencia se reafirma).

Consideramos que merece resaltarse la proclama de que “*todos los bienes integrantes del patrimonio histórico de Canarias forman parte del legado histórico común del pueblo canario, con independencia de donde se hallen situados y de la Administración que tenga encomendada su protección*”,(Art. 3) por manifestar una concepción del patrimonio no estrictamente territorial. Es sin embargo muy significativo que no se contenga en el Título Preliminar referencia alguna a la cultura guanche propia de las Islas.

El modelo canario es sin embargo singular en el aspecto organizativo por cuanto es una institución propia y peculiar, la de los Cabildos Insulares a la que “*incumbe el*

ejercicio de las competencias en materia de conservación y administración del patrimonio histórico insular”. (Art. 8).

Otra aportación interesante es la completa definición del patrimonio etnográfico (art. 73) que comprende un amplísimo elenco de elementos, *“construcciones y conjuntos resultado del hábitat popular, tales como poblados de casas, haciendas, poblados de cuevas etc, elementos arquitectónicos singulares tales como portadas, tapias, almenados, chimeneas, calvarios, cruces, pilares, caminos, piedras labradas, blasones, lápidas etc, y aquellos otros que por su funcionalidad histórica formen parte de la cultura popular ligada a la producción económica, tales como molinos, acueductos, aljibes, cantoneras, acequias, estanques, salinas, canteras, caleras, alfares, hornos, pajaros, eras, corrales, lagares, bodegas, y similares.”*

Del mismo modo los *“edificios y obras de ingeniería que reúnan las características que se determinen reglamentariamente, utensilios, objetos y herramientas que forman o han formado parte de la producción tradicional ligada a la artesanía, agricultura, ganadería y pastoreo, pesca, caza y el transporte, acarreo y comercio, oficios, habilidades y técnicas relacionadas con la producción y manipulación de materiales y recursos naturales, las manifestaciones de la cultura tradicional y su soporte comunicativo: medicinas y remedios populares, el patrimonio oral, folklore musical en general, indumentaria y gastronomía, el silbo gomero, los modismos y expresiones del léxico popular canario, las manifestaciones relativas a juegos, fiestas, bailes y diversiones tradicionales, los deportes tradicionales como el juego del palo o el garrote, el juego de la pelota de Lanzarote, el salto del garrote o hasta, el arrastre de ganado, el levantamiento del arado, la lucha canaria, la petanca, la vela latina y otros similares”*.

No menos, finalmente, *“la toponimia y el callejero tradicional, la documentación gráfica, grabados y dibujos que contengan referencias y elementos documentales sobre la vida, usos y costumbres, personajes o lugares, la documentación fotográfica, en particular toda la anterior a 1900 que sirva para referenciar y documentar la historia de las islas, así como las películas y cualquier otro soporte audiovisual que contengan datos documentales sobre el pasado del archipiélago.*

Aún y cuando la relación es según la propia Ley, *“enunciativa y no limitativa”* y *“comprenderá cualesquiera otros aspectos ligados a la cultura tradicional que tengan valor histórico”* estamos no ya ante una definición del patrimonio etnográfico, sino ante una extensa compilación de elementos que integran el conjunto del patrimonio cultural.

La Ley 1/2001 de 6 de Marzo de Patrimonio Cultural, de Asturias, sigue el modelo catalán a la hora de considerar integrantes del patrimonio los bienes relacionados con la propia historia y cultura, pero a continuación omite algunos de los valores a que han hecho referencia las normas anteriores, citando tan solo algunos e introduciendo una cláusula de cierre en la que sigue el ejemplo valenciano, *“o de*

cualquier otra naturaleza cultural” que comprendería cualesquiera otros valores o intereses no citados. (No pretendemos entrar aquí en la tan doctrinalmente disquisición entre las nociones de valor e interés que emplean unas y otras normas).

Es peculiar sin embargo la referencia de su artículo 1.3 a que *“lo dispuesto en el apartado anterior se aplica asimismo a los elementos geológicos y paleontológicos de interés por su relación con la historia del hombre y sus orígenes y a los bienes de interés geológico, paleontológico, botánico o biológico que hayan sido separados de su medio natural o deban ser conservados fuera de él y no estén protegidos con arreglo a su normativa específica”*.

Cabría en primer lugar preguntarse si esa aplicación de un mismo régimen se debe a la posesión de la cualidad (pertenencia al patrimonio cultural) de que ese régimen trae causa. La respuesta es sin embargo claramente negativa, toda vez que el precepto señala claramente que esa aplicación es subsidiaria en tanto se carezca de normativa específica.

Lo que podría ser una interesante innovación, la aplicación subsidiaria de la protección cultural a elementos del medio natural, se convierte sin embargo en referencia confusa toda vez que algunos de los elementos mencionados (los paleontológicos de interés por su relación con la historia del hombre por ejemplo) forman parte del ámbito que las restantes normas integran en el patrimonio cultural.

Sin embargo uno de los aspectos de la definición asturiana que deben someterse a mayor crítica es la alusión a que integran el patrimonio los bienes que por su interés *“merecen conservación y defensa a través de su inclusión en alguna de las categorías de protección que al efecto se establecen en la presente Ley, o mediante la aplicación de otras normas de protección contempladas en la misma”*.

Pudiera interpretarse, definido el patrimonio de esta manera, que tan solo está integrado por los bienes que la Administración incluya en *“alguna de las categorías de protección”*, siendo así que los que no gozasen de tal privilegio, no pertenecerían al mismo por elevados que fuesen los valores de que estuviesen dotados. Si así fuese, se atribuiría carácter constitutivo a la inclusión en lugar de meramente declarativo, opción contraria a la adoptada por las legislaciones de otras C.C.A.A. como la vasca. Sobre este particular nos extenderemos posteriormente.

La Ley 12/2002 de 11 de Julio de Patrimonio Cultural de Castilla-Leon, reproduce el modelo catalán, con la omisión de la relación de los bienes con la historia y la cultura propias, y la adición del valor arqueológico omitido en aquella, la referencia al *“patrimonio lingüístico”* en lugar de a las particularidades lingüísticas, así como una, a nuestro juicio no muy acertada, distinción entre *“las actividades y el patrimonio inmaterial de la cultura popular y tradicional”*.

Siguiendo un orden cronológico, toca finalizar este apartado refiriéndonos a la Ley 14/2005, de 22 de Noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra. Según su artículo 2 el patrimonio cultural de la Comunidad Foral “*está integrado por todos aquellos bienes inmuebles y muebles de valor artístico, histórico, arquitectónico, arqueológico, etnológico, documental, bibliográfico, industrial, científico y técnico o de cualquier otra naturaleza cultural, existentes en Navarra o que, estando fuera de su territorio, tengan especial relevancia cultural para la Comunidad Foral de Navarra*” y asimismo, “*los bienes inmateriales relativos a la cultura de Navarra, (esto es, los bienes integrantes de la cultura tradicional navarra y sus respectivas peculiaridades lingüísticas) en los términos previstos en esta Ley Foral*”.

No hay pues innovaciones sustanciales en este caso, ni tan siquiera recogida de todas las aportaciones interesantes derivadas de leyes anteriores de otras C.C.A.A., con el agravante añadido de que, esa referencia a las peculiaridades lingüísticas como patrimonio cultural de Navarra, es, al menos en lo que respecta al euskera, su principal activo, escasamente congruente con la zonificación de la conocida como “*ley del vascuence*” y con la usual política del Gobierno de Navarra de intentar acotar el ámbito del idioma vasco a una especie de reserva o ghetto que constituiría la zona pirenaica más occidental.

5.2.2. Consideraciones acerca de la definición legal del patrimonio cultural vasco.

¿ Que se puede añadir en torno a las definiciones legales ? En primer lugar que responden a una profunda tradición legislativa del Estado compartiendo en general el enfoque de la Ley de 1933 y los Decretos de 1926 y 1953.

Y en segundo lugar que constituyen un magnífico ejemplo de como realizar definiciones que de tan absolutamente genéricas pueden a la vez incluir cualquier elemento y no permitírnos reconocer en ellas a casi ninguno.

Alvarez observa en ellas la opción por la categorización como método, nosotros a la vista de por ejemplo el artículo 1 de la Convención de la UNESCO de 1970 contra la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales nos permitimos dudar de que constituyan ejemplos de categorización como el de dicha Convención.

Mientras las definiciones de las leyes citadas nos remiten a otras disposiciones para conocer realmente no ya los bienes concretos sobre los que va a aplicarse la Ley sino incluso las categorías de los mismos, este artículo 1 si que es un paradigmático ejemplo de lo que debe entenderse por categorizar cuando recoge que:

"Para los efectos de la presente Convención se considerarán como bienes culturales los objetos que por razones religiosas o profanas hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia y que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación:

a) Las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía y los objetos de interés paleontológico;

b) Los bienes relacionados con la historia, con inclusión de la historia de las ciencias y de las técnicas, la historia militar y la historia social, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional

c) El producto de las excavaciones (tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos

d) Los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico

e) Antigüedades que tengan más de 100 años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados;

f) El material etnológico.

g) Los bienes de interés artístico tales como:

I) Cuadros, pinturas y dibujos, hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (con exclusión de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano).

II) Producciones originales de arte estatuario y de escultura en cualquier material.

III) Grabados, estampas y litografías originales

IV) Conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier materia.

h) Manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguas, de interés especial (histórico, artístico, científico, literario etc...) sueltos o en colecciones;

i) Sellos de correos, sellos fiscales o análogos, sueltos o en colecciones.

j) Archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos.

k) Objetos de mobiliario que tengan más de 100 años e instrumentos de música antiguos.

En definitiva podemos considerar que lamentablemente no es categorizar en cuanto a la extensión del patrimonio cultural lo que las leyes de referencia realizan sino algo mucho más inconcreto y genérico.

Asimismo también podemos adelantar que tampoco será la categorización el método seguido para la protección de los bienes, lo que creemos un error que aumenta la gravedad del que ahora analizamos, aún cuando la citada Convención de la UNESCO está ratificada por el Estado español con los efectos que de ello se derivan, y esto independientemente de que la categorización que realiza esta norma deje de incluir, al menos expresamente, elementos de relevancia cultural indiscutible con los parámetros de hoy en día, como el patrimonio industrial.

No quiere decir que no podamos encontrar en la Ley vasca casos aislados en que sí se produce una categorización.

El artículo 55.2 establece que *“todos los documentos, fondos de archivo y colecciones de documentos de cualquier titularidad con una antigüedad de 50 años (pese a la deficiente redacción del artículo hay que entender que se refiere del mismo modo a los de antigüedad mayor) se considerarán históricos y quedan como tales incorporados al Inventario del Patrimonio Documental Vasco de la manera prevista en el artículo 16 y 59.2”* con lo que a través de este precepto se produce la incorporación de toda una *“categoría”* de bienes al Inventario, lo mismo que ocurre con la incorporación al Registro de Bienes Culturales Calificados de los elementos a que se refiere la Disposición Adicional Primera *“.....se consideran, asimismo, bienes culturales del pueblo vasco, y quedan sometidos al régimen previsto en la presente ley para los bienes calificados, las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones del arte rupestre”* .

Incluso la Ley prevé (artículo 10) eso sí con *“carácter excepcional”*, con lo que se priva de virtualidad a un instrumento de enorme potencial protector del patrimonio, que *“podrá otorgarse genéricamente la categoría de bien cultural*

calificado a un tipo, género o clase de bienes, otorgamiento que en todo caso habrá de hacerse por Ley”.

Si se exige la salvaguarda y garantía legal, lo que tampoco resultaba una exigencia inexcusable, no entendemos la exagerada prevención que muestra la L.P.C.V. frente a un instrumento que no deja de ser la traslación al ámbito cultural de técnicas utilizadas con profusión en otros sectores del ordenamiento, particularmente en el urbanismo y la ordenación territorial. En todo caso es una posibilidad que en casi década y media de aplicación de la Ley no ha sido, lamentablemente, utilizada, por lo que constituye una de tantas de las disposiciones que han quedado reducidas a “papel mojado”.

La consecuencia directa de todo esto es la imposibilidad manifiesta de determinar ni siquiera de forma aproximada cuales son los bienes integrantes del patrimonio cultural (especialmente en el caso de la C.A.P.V. por la ausencia de desarrollo legislativo y/o reglamentario y otra serie de circunstancias que posteriormente analizaremos).

Aunque unas definiciones tan ambiguas pueden ser posteriormente complementadas por normas de protección exhaustivas y precisas que aún y cuando no pueda nunca predicarse que tan sólo lo protegido (y más si no se utiliza el método conceptual) sea lo que integra el patrimonio, (entre otras cosas porque ninguna de las definiciones analizadas nos dan pie para ello) nos permitan incluir en este **al menos** lo protegido, vamos a observar que dicha complementación se produce de tal forma que no desvirtúa la tajante conclusión anteriormente obtenida.

Señala Abad Liceras que *“dada la exposición de los predicados recogidos en el precepto legal, (se refiere al artículo 2.1 de la Ley 7/1990) no basta con que dichos bienes posean alguna de las cualidades enumeradas en la descripción legal, sino que es necesario que con base en ellas sean merecedores de protección y defensa...la existencia de alguno de los valores...unido a la necesidad de su protección y defensa configurarán, en definitiva un bien jurídico al que se le reconocerá un interés cultural que le hará merecedor de su integración en la categoría general del patrimonio cultural vasco”*.⁶⁵⁶

Para este autor pues no basta que con los bienes posean alguno de los valores a que la Ley alude, y la consecuencia lógica de su tesis, ya que es necesario determinar cuáles y cuándo merecen protección, es que la concreción de los bienes que pertenecen al patrimonio cultural vasco *“en la práctica está subordinada a la correspondiente declaración administrativa formal en tal sentido que le haga ingresar en alguna de las categorías específicas en que se subdivide el concepto genérico de Patrimonio Cultural Vasco: como bien cultural calificado o como bien cultural inventariado”*.⁶⁵⁷

⁶⁵⁶ ABAD LICERAS J.M. op. cit. pag. 41.

⁶⁵⁷ Ibidem, pag.41.

En otras palabras para Abad, la calificación o inclusión en el Inventario tienen carácter constitutivo de la pertenencia de un bien al Patrimonio Cultural Vasco en lugar de carácter meramente declarativo.

Así concluye que *“la integración formal de un bien mueble o inmueble dentro del patrimonio cultural vasco requiere, a tenor de lo dispuesto con carácter general en el artículo 2.2, la existencia de un triple nivel de clasificación de carácter sucesivo: en primer lugar reunir alguno de los rasgos genéricos del artículo 2.1,... en segundo lugar, con carácter genérico ser incluido en alguna de las categorías de bien cultural calificado o bien cultural inventariado... y en tercer lugar ser clasificado en alguna de las tres categorías establecidas en el artículo 2.2... es decir como Conjunto Monumental, Espacio Cultural o Monumento”*.⁶⁵⁸

No podemos estar más en desacuerdo con esta tesis. En primer lugar por contraria al tenor literal de la Ley; el artículo 2.1 dispone expresamente que integran el patrimonio los bienes que posean alguno de los valores, y tras una coma se señala que *“por tanto”* (por poseer esos valores) *“son merecedores de protección y defensa”*.

No es entonces preciso que además de poseer los valores se sea adicionalmente acreedor, no se sabe en virtud de qué, de protección, sino que todos los bienes dotados de valores son ya acreedores a ella por ello mismo.

Y si fuesen precisas referencias legales adicionales no hay sino que acudir al artículo 2.2 que se refiere a que *“a los efectos de esta Ley, los bienes que componen el patrimonio cultural del pueblo vasco, **que pueden ser calificados e inventariados**, deberán clasificarse en alguna de las siguientes categorías:...”*.

En otras palabras no existe obligación alguna de calificar o inventariar todos los bienes integrantes del patrimonio cultural vasco, se trata de una facultad de la que la Administración competente hará uso en la medida que estime oportuno y no puede predicarse, en contra de lo que sostiene este autor, que la calificación o inventario, en la teoría o en la práctica sean condición para la patrimonialidad cultural de los bienes.

Pero discrepamos de esta tesis además por sus consecuencias, olvidando por un momento la mera exégesis jurídica. Hemos ya constatado la escasez de bienes incluidos expresamente en alguno de los regímenes de protección. Identificar esa inclusión con la pertenencia al patrimonio conduciría al desamparo más absoluto al 90% de lo que la propia Administración competente considera que integra el patrimonio y es por tanto acreedor de algún tipo de protección. (Nos remitimos al listado de bienes recogidos en el Plan Territorial Sectorial, mal llamado de Patrimonio Cultural Vasco.)

⁶⁵⁸ Ibidem, pags. 42-43.

Criterio idéntico al nuestro expone en relación con el precepto similar de la L.P.H.E. el profesor Anguita Villanueva, “*el valor cultural de los bienes es independiente de la declaración administrativa de interés cultural o de inventariarlo...la declaración es una constatación de que un bien tiene gran relevancia dentro del Patrimonio Histórico Español... atribuirle valor fundacional a la decisión administrativa sería tanto como decir que es la Administración la que concede el calificativo de cultura a algo... la administración solo viene a ratificar, con consecuencias jurídicas, la relevancia o interés que para la cultura española representa tal bien, nada más... la terminología empleada habla siempre de declaración lo cual parece indicarnos de nuevo la intención del legislador*”⁶⁵⁹.

En lo referente a la extensión del Patrimonio Cultural tenemos también que calificar como irrelevante y hasta superflua la clasificación de los bienes culturales que realizan tanto la Ley estatal como explícitamente la L.P.C.V. entre monumentos, conjuntos monumentales y espacios culturales e implícitamente la L.P.H.E. (Art. 14 y 15) al definir esas y/o otras categorías, toda vez que carece de efecto práctico alguno.

Puede atribuírsele un carácter pedagógico si se quiere, pero la inclusión en un régimen de protección en ningún caso va a tener relación con la adscripción de un bien a una de estas categorías, y la necesaria alusión a las especificidades que respecto de los conjuntos monumentales van a incluirse en los regímenes de protección (véanse por ejemplo los artículos 28 y 33 de la L.P.V.C. y 21 por ejemplo de la L.P.H.E.) no justifica la introducción de una clasificación sin ningún tipo de efecto práctico y sólo generadora de equívocos y confusiones. Bastaría con una alusión a que los bienes culturales pueden ser de naturaleza individual y plural y definir en este último supuesto los conjuntos monumentales, con esta o distinta denominación a los efectos de las especificidades citadas.

Se evitaría de este manera las notables confusiones derivadas de la diferente noción de monumento (todo bien individual con un interés) que estas leyes mantienen con respecto a la noción clásica (que reservaba el concepto a los de calidad notable) e introducir nociones como espacio cultural, jardín histórico etc que posteriormente carecen de relevancia jurídica alguna en cuanto a diferencias en los regímenes de protección con respecto de los bienes de esas otras categorías.

Desde la concepción de que forman parte del patrimonio cultural todos los bienes dotados de algunos de los valores a que hace referencia el artículo 2.1., y descrita la situación actual en la que el elenco de bienes incluidos en alguno de los regímenes de protección de la L.P.C.V. es numéricamente mínimo en relación con el que la propia Administración considera merecedor de protección y defensa, se plantea la cuestión de cual es la situación de tales bienes integrantes del patrimonio no calificados ni inventariados. Se trata como advertirá cualquier lector de una cuestión capital por cuanto afecta a la inmensa mayoría de los bienes culturales.

⁶⁵⁹ ANGUITA VILLANUEVA L.A. “*La protección jurídica de los bienes culturales en el Derecho Español*” en Ius et Praxis, año 10, nº1. 2004, pags. 19-20.

Del régimen legal establecido en la Ley 7/1990 podemos extraer como mínimos conclusiones a este respecto.

Una primera relativa a que como dispone su artículo 3 *“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 enriquecimiento y difusión, actuando con la eficacia necesaria para asegurar a las generaciones recientes y futuras la posibilidad de su conocimiento, comprensión y disfrute...”*.

Estamos aquí ante un mandato tajante a todos los poderes públicos de defender la integridad del patrimonio cultural, es decir de proteger todos los bienes dotados de valores. Para ello es evidente que tales poderes deberán disponer de algún haz de facultades que les permitan cumplir ese deber que se les impone.

Y sin embargo una segunda, y lógica, conclusión nos lleva a considerar que no puede ser la situación de estos bienes idéntica a la de aquellos que cuentan con un régimen de protección expresamente establecido como resultado del garantista proceso administrativo que a tal fin establece la propia Ley.

Por un lado, porque eso supondría negar la virtualidad de tales regímenes y consagrar su inutilidad, pero principalmente porque de tales regímenes se derivan una serie de derechos y obligaciones para los titulares de derechos reales sobre los bienes en ellos incluidos, que en virtud del principio de seguridad jurídica reclaman fundamento mayor que el de la mera atribución por parte de no sabemos quien, de unos valores quien sabe si debidamente constatados.

¿ Qué es entonces lo que los poderes públicos pueden (y deben a tenor del inequívoco mandato del artículo 3) hacer en favor de la protección de estos bienes ?
¿ Con qué instrumentos cuentan para hacer frente a esa responsabilidad que se les ha atribuido ? (Dejando a un lado que se trata de una situación a la que podría darse fin a través de la inclusión de los bienes en el régimen de protección que corresponda).

No es posible dar una respuesta precisa, careciendo además de apoyo jurisprudencial. Tan solo nos atrevemos a sostener que los poderes aludidos estarán obligados a adoptar las intervenciones correspondientes para garantizar la supervivencia de los bienes y de los valores de que están dotados y que fundamentan su patrimonialidad, siempre atendiendo al principio de proporcionalidad y al de intervención mínima, de manera que las medidas a adoptar deberán ser las estrictamente necesarias para garantizar la supervivencia física y no ir más allá a menos que se recurra en razón de la relevancia del elemento en cuestión a incluirlo específicamente en alguno de los regímenes de protección, en cuyo caso estaríamos ya fuera de este particular supuesto.

5.3. LOS ORGANOS CONSULTIVOS EN LA PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL

5.3.1. Los órganos consultivos en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

La L.P.C.V. prevé (art. 5) la creación del Centro de Patrimonio Cultural Vasco como órgano encargado entre otras tareas de organizar y mantener los registros de bienes culturales, impulsar la difusión del patrimonio cultural, asesorar a las Administraciones Públicas e informar y atender las consultas de los ciudadanos.

Asimismo faculta al Gobierno Vasco para crear órganos consultivos así como para nombrar entre personas de reconocido prestigio "*encargadas del cuidado del patrimonio cultural vasco*", es decir en terminología de mayor actualidad jurídica "*Defensores*" del mismo.

La cuestión que se plantea en relación con este punto es la de si la atribución de dicha facultad al Gobierno Vasco tiene o no carácter exclusivo. En principio de la ausencia de referencias a los T.T.H.H. podría deducirse que estos no pueden dotarse de órganos de esta naturaleza en su ámbito, pero un análisis más profundo de la cuestión desvirtúa por completo esta inicial conclusión.

En primer lugar porque son varias las atribuciones que la L.P.C.V. realiza a diversos órganos sin mencionar otros de las que no puede predicarse exclusivamente alguna. Así por ejemplo de entre las funciones que hemos señalado corresponden al Centro de Patrimonio Cultural Vasco es difícil sostener que difundir el patrimonio cultural, impulsar la investigación sobre el mismo, formar técnicos y especialistas o informar al ciudadano le correspondan en exclusiva y no estén comprendidas entre lo que el artículo 3 configura como común denominador de la actuación de todos los poderes públicos en esta materia.

En segundo lugar, porque no puede pretenderse negada en el marco legal vigente a un órgano la facultad de dotarse de los órganos asesores que resulten pertinentes para el ejercicio de sus propias competencias, El artículo 7.a.13 de la L.T.H. es explícito al respecto; es competencia exclusiva de los T.H. la "*Creación y mantenimiento de organismos culturales de interés del T.H.*".

Y por último porque de los estrictos términos del artículo 6 que estamos comentando no se deduce prohibición alguna ni se advierte referencia a exclusividades de ningún tipo.

Cuestión diferente será en caso de duplicidades orgánicas la articulación y coordinación de las actuaciones respectivas, o la posible necesidad de organismos de competencias un tanto reducidas, aspectos en cualquier caso a resolver dentro del régimen de estrecha colaboración en que el artículo 4.3 sitúa el ejercicio de las funciones y competencias de todas las Administraciones Públicas.

Respecto de la posibilidad de creación de este tipo de organismos a nivel municipal hay que extraer la misma conclusión. No puede negarse dicha facultad a los municipios si bien dado el carácter de las competencias que desarrollan habrá que concluir que serán notoriamente superfluos en la mayoría de las ocasiones.

Parece obvio que existiendo instituciones de ámbito supramunicipal con competencias de mayor alcance en esta materia, debe recurrirse a su asesoría aún en el caso de ejercicio de potestades estrictamente municipales si ello es menester.

No analizaremos un mera posibilidad teórica. El Ayuntamiento de Bilbao creó por Decreto del Alcalde de 29 de Septiembre de 1993 una llamada "*Comisión del Patrimonio de Bilbao*" con la composición, funcionamiento y normas de actuación reguladas en las Normas Urbanísticas (P.G.O.U.), aprobado provisionalmente el 25 de Junio de 1993.

Las competencias atribuidas a este organismo son las de emitir informes sobre las intervenciones a realizar en inmuebles incluidos los niveles de protección urbanística B (Especial), C y D (Básica) del citado P.G.O.U., así como sobre los conjuntos de interés arquitectónico y ambiental, con exclusión expresa de los Bienes Culturales Calificados (nivel A), que como cita el Preámbulo del Decreto "*están regulados por la Ley 7/1993 de 3 de Julio, de Patrimonio Cultural Vasco*", y todo ello "*en evitación de valores subjetivos y en aras de una unidad de criterios*".

Hay que llamar la atención sobre estas últimas afirmaciones en el sentido de que parecen querer restringir el ámbito de regulación de la L.P.C.V. y la competencia cultural de otras instituciones (limitando la cuestión al estricto ámbito urbanístico) a los Bienes Calificados cuando integran el patrimonio cultural vasco y son dignos de protección muchos otros bienes no incluidos en dicho régimen. No puede admitirse la afirmación ni las consecuencias que ella deriva al citado Ayuntamiento.

En la composición de esta Comisión figuran como miembros de pleno derecho (con voz y voto), por un lado aquellos directamente llamados a tomar las decisiones últimas en el procedimiento administrativo (lo que desvirtúa un tanto la naturaleza

asesora del organismo) y por otro en notoria minoría, representantes de otras instituciones con competencias en la materia, lo cual si por un lado puede suponer una manifestación de buena voluntad o reconocimiento de la necesidad de colaboración y asesoría interinstitucional, por otro es un intento de eludir la su actuación **formal** con dicho carácter. En ambos aspectos creemos que la adoptada no es la mejor solución posible.

Pero hay un aspecto que merece aún mayor crítica en cuanto a esta Comisión. Se le otorgan facultades que difuminan su naturaleza asesora dándole un confuso carácter que de hecho puede conferirle la condición de órgano resolutorio. A modo de ejemplo esta Comisión esta facultada para requerir documentación a particulares, requerir la presencia de los Técnicos representantes de los interesados, requerir informe de otras Administraciones competentes)

Lo que en cualquier caso debería tener en cuenta el Ayuntamiento de Bilbao y por extensión cualquiera otra que obrase de la misma forma, es que en ningún caso pueden, amparándose en las normas de planeamiento urbanístico modificar el régimen competencial establecido en la L.P.C.V., lo que creemos subyace (habida cuenta de la omisión de menciones al régimen jurídico de la Ley, de la preterición de lo relativo a los bienes inventariados y a los restantes incluidos en el patrimonio cultural y de la actuación municipal en este terreno) entre los motivos de creación de la Comisión.

Y por último es preciso recoger algunas consideraciones sobre la dudosa legitimidad de esta Comisión por su origen y naturaleza, para requerir informes de otras Administraciones, (en otro momento podríamos analizar lo que respecta a su relación con los particulares) y sobre que subyace, en todo lo que a ella respecta, una absoluta confusión entre lo que es por un lado el ámbito urbanístico y por otro el cultural.

5.3.2. Los órganos consultivos en las restantes normas relativas al patrimonio cultural.

Tanto la Ley 7/2006, de 1 de Diciembre, de Museos de Euskadi como la 11/2007, de 26 de Octubre que se refiere a las bibliotecas disponen la creación de órganos consultivos de la Administración en las materias que regulan. El primero de ellos dispone en el artículo 31 que *“se crea el Consejo Asesor de Museos de Euskadi como órgano consultivo del Gobierno Vasco en los asuntos relacionados con el ejercicio de las competencias y atribuciones establecidas en la presente ley”*.

Son funciones suyas, según el mismo precepto, *“informar sobre cuantos asuntos relacionados con el sistema de museos y con los programas de desarrollo museístico le sean sometidos a consulta”, “informar sobre el reconocimiento de museos y colecciones y su integración en el sistema”, (Nacional de Museos), “informar sobre la revocación de la condición de museos y colecciones”, “informar sobre las*

disposiciones reglamentarias que se dicten en el desarrollo de la Ley de Museos”, “elevar propuestas sobre su actuación en el ámbito museístico” y “todas las otras que por norma legal o reglamentaria se le atribuyan”.

Su composición se regulará reglamentariamente, (art.31.3) *“garantizando la participación de todos los sectores e instituciones implicados en el Sistema Nacional de Museos de Euskadi”*, y según la Disposición Adicional Segunda, debe constituirse *“en el plazo máximo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta ley”*. Esta disposición legal ha tenido reflejo en el Decreto 54/2008, de 18 de Marzo, del Consejo Asesor de Museos de Euskadi en el que se regula su composición y funcionamiento.

Una primera cuestión que plantea esta regulación es la de la relación del Consejo Asesor de Museos con los órganos consultivos creados por la L.P.C.V.

Nada se dice al respecto en la Ley 7/2006. Del contenido de la Disposición Derogatoria *“quedan expresamente derogados el capítulo III del Título IV de la Ley 7/1990, de 3 de Julio, de Patrimonio Cultural Vasco, su disposición adicional tercera y cuantas disposiciones de igual o inferior rango contravengan lo dispuesto en la presente ley”*, parece deducirse una vocación de exclusividad en el ámbito de la asesoría museística para este Consejo, que pasaría, una vez constituido, a asumir las funciones que teóricamente desempeñaba en este terreno el Centro de Patrimonio Cultural Vasco, pero no conocemos su relación con éste y particularmente si va a gozar de naturaleza independiente del mismo o insertarse de algún modo en su estructura administrativa. (A efectos, por ejemplo, de provisión de los medios materiales y humanos necesarios para su adecuado funcionamiento).

Una segunda cuestión es la derivada de su configuración como órgano asesor del Gobierno Vasco, de forma distinta a lo que establece la L.P.C.V. respecto del Centro de Patrimonio Cultural. Así, si el art.5 de la L.P.C.V. atribuye al Centro, entre otras, la función de prestar asesoramiento y colaboración a Diputaciones y Ayuntamientos en el desarrollo de las responsabilidades de tutela patrimonial que les competen, el 31 antes citado, caracteriza al Consejo Asesor de Museos como órgano consultivo del Gobierno Vasco, omitiendo cualquier referencia a otras instituciones y el art.3.k le confiere la responsabilidad de *“asesorar y prestar asistencia técnica a los museos y colecciones integrados en el sistema para el mejor cumplimiento de sus fines”*.

¿ Significa esto que no puede prestar asesoramiento técnico a Ayuntamientos y Diputaciones ?

Creemos que pese a la modificación que se realiza de la L.P.C.V., y esa significativa omisión partiendo de la situación precedente, nada obsta a que dicho asesoramiento pueda seguir prestándose en desarrollo del principio de colaboración entre administraciones públicas, habida cuenta además de que el art.3.e le impone *“colaborar con otras administraciones y museos en orden al fomento y mejora de la*

infraestructura museística y de sus fondos, con el desarrollo de planes de actuación consensuados, vertebrados, coordinados y complementarios”.

La Ley de Bibliotecas dedica su Título VIII, compuesto por un único artículo, el 44, a la regulación del Consejo Asesor de Bibliotecas.

Se crea éste *“como órgano consultivo de carácter técnico del Gobierno Vasco en los asuntos relacionados con la presente Ley y su desarrollo”*, actuará *“como órgano de información, consulta y asesoramiento del Sistema Bibliotecario de Euskadi e informará, con carácter preceptivo, las propuestas de normas reglamentarias de las Bibliotecas”*.

Su composición, como en el caso de su homónimo de los Museos, se regulará reglamentariamente, *“garantizando la participación de todos los sectores e instituciones integrantes del Sistema Bibliotecario de Euskadi, así como de las asociaciones, entidades y personalidades de prestigio en el ámbito de las bibliotecas y patrimonio bibliográfico”*.

Es evidente que debemos reiterar en relación con este Consejo lo que ya señalábamos con respecto al de Museos en torno a su relación con el Centro de Patrimonio Cultural Vasco y a la posibilidad de actuación como órgano asesor de las restantes administraciones públicas.

Si que es sin embargo llamativa y merece comentario específico la diferente regulación de las funciones del Consejo bibliotecario con respecto a las del museístico.

Solo se recoge expresamente su informe preceptivo en relación con las propuestas de normas reglamentarias de bibliotecas, mientras que en el caso del Consejo Asesor de Museos, también se establece respecto del reconocimiento de museos y colecciones y la revocación de tal condición, además de atribuirle específicamente la potestad de *“elevar propuestas sobre su actuación”*.

Sería recomendable si se quiere dar verdadero sentido al órgano, que, con independencia de que pueda asesorar sobre todo lo que se le solicite como es natural, se amplíe el ámbito de intervención preceptiva del Consejo de Asesor de Bibliotecas, al menos hasta el nivel de la del de Museos.

5.4. LOS REGIMENES DE PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL VASCO

5.4.1. La definición legal de los regímenes de protección en la ley estatal y en perspectiva autonómica comparada.

No cabe duda de que la verdadera medida de la eficacia de una ley tuitiva del patrimonio cultural la dan los regímenes de protección, los deberes que impone a titulares, administraciones y ciudadanía en general en relación con dicha protección y el correlativo haz de facultades que confiere a los poderes públicos y, eventualmente a los propios ciudadanos (la legitimación administrativa y procesal por ejemplo) para velar por el debido cumplimiento de aquellos.

Sin perjuicio como es obvio de que las leyes llegan a donde llegan y es necesario un proceloso itinerario posterior en el que deben conjugarse desarrollo reglamentario, voluntad administrativa y recursos suficientes para evitar que el tren protector no descarrile, es en los regímenes legales de protección donde se manifiesta el alcance de la protección que se está dispuesto a conferir al patrimonio cultural, donde se expresa la valoración que nos merece y donde deben conjugarse acertadamente el conjunto de los intereses en juego para que la ley no se convierta en papel mojado.

Cualquier análisis de la protección jurídico-administrativa del patrimonio cultural vasco es pues un análisis de estos regímenes, de su funcionamiento y desarrollo, de los bienes que incluyen y de su efectividad práctica.

A esta labor dedicaremos el presente capítulo, en el que recurriremos también a la perspectiva comparativa con la legislación estatal y las de otras C.C.A.A. conforme a la metodología que ya hemos utilizado en el anterior.

La Ley 16/1985 de 25 de Junio, de Patrimonio Histórico Español, diseña dos regímenes diferenciados de protección del patrimonio cultural. Dispone en primer lugar en su artículo 9 que “*gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada*”. Estos bienes serán inscritos en un Registro General dependiente de la Administración del Estado. (Art. 12).

El artículo 26 por su parte establece que “*la Administración del Estado, en colaboración con las demás Administraciones competentes, confeccionará el Inventario General de aquellos bienes muebles del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural que tengan singular relevancia*”.

La Ley estatal opta pues por implantar un régimen de protección singular de bienes que ampara tanto bienes inmuebles como muebles, y un régimen específico para los bienes muebles relevantes no incluidos en el anterior. Es el ejemplo que va a seguir la Ley 4/1990 de 30 de Mayo de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha.

Distinta es la opción escogida por el legislador vasco.

El artículo 10 de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco dispone que *“tendrán la consideración de bienes culturales calificados, aquellos bienes del patrimonio cultural vasco cuya protección es de interés público por su relevancia o singular valor y así sea acordado respectivamente”* y el 11 se refiere a la inscripción de estos bienes en el *“Registro de Bienes Culturales Calificados”* dependiente del Departamento de Cultura y Turismo (hoy Cultura) del Gobierno Vasco.

Por su parte el artículo 16 señala que *“tendrán la consideración de bienes inventariados aquellos que, sin gozar de la relevancia o poseer el valor contemplados en el artículo 10 de la presente ley, constituyen, sin embargo, elementos integrantes del patrimonio cultural vasco, y serán inscritos, a los efectos de la presente ley y de las disposiciones que la desarrollen, en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco, dependiente del Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco”*.

Observamos ya de partida una diferencia sustancial con respecto a la ley estatal a cuyas consecuencias nos referiremos posteriormente con mayor detalle; mientras que la legislación estatal reserva el Inventario a bienes muebles no declarados de interés cultural, el legislador vasco lo concibe como instrumento de protección tanto de bienes muebles como inmuebles caracterizados por no gozar de la relevancia o valor que demanda el artículo 10 para su inscripción en el Registro de Bienes Culturales Calificado.

Los dos regímenes de protección de la L.P.C.V. pueden incluir por tanto bienes de naturaleza mueble e inmueble, ejemplo que es seguido por la Ley 10/1998 de Patrimonio Histórico de Madrid y, por ejemplo, la Ley 12/2002 de 11 de Julio de Patrimonio Cultural de Castilla y León.

Cataluña opta por distinguir entre *“bienes declarados de interés nacional”* (calificación que puede amparar tanto bienes muebles como inmuebles) y bienes catalogados, que se inscriben respectivamente en el Registro de Bienes Culturales de Interés Nacional y el Catálogo del Patrimonio Cultural Catalán. (Arts.7, 13, 15, 16 y 17 de la Ley 9/1993). En este sentido, y dado que el Catálogo comprende también muebles e inmuebles el régimen legal catalán se decanta por solución similar a la vasca, aunque con importantes matizaciones.

Su Ley contiene un capítulo específico dirigido a dar respuesta a una de las inquietudes que ya hemos manifestado, la de qué sucedía con los bienes, integrantes del patrimonio en función de sus valores, y que sin embargo no habían sido expresamente incluidos en Registros, Inventarios o Catálogos.

El artículo 18 traslada al papel la interpretación que nosotros obteníamos (y que Abad no comparte) en el análisis de la Ley vasca. Reza así: *“además de los bienes culturales de interés nacional y los bienes catalogados forman parte también del patrimonio cultural catalan los bienes muebles e inmuebles que, pese a no haber sido objeto de declaración ni de catalogación, reúnen los valores descritos en el artículo 1.”*

Además la ley catalana realiza un ensayo de categorización, por seguir con la nomenclatura de Alvarez, cuando reconoce en todo caso la pertenencia al patrimonio de las colecciones y ejemplares singulares de zoología, botánica, mineralogía y anatomía y objetos de interés paleontológico, el mobiliario, instrumentos musicales, inscripciones, monedas y sellos grabados de más de cien años de antigüedad, y determinado tipo de documentos y libros, por ejemplo.

Las Disposiciones Adicionales 2ª, 3ª y 4ª de la Ley declaran además *“de interés nacional”, “los castillos de Cataluña”, “las cuevas, los abrigos y los lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre” y “la documentación recogida en el Archivo de la Corona de Aragón”* respectivamente, ampliando el elenco de la ley vasca a los castillos y a la documentación de un archivo de especial singularidad y relevancia.

Galicia distingue entre los bienes declarados de interés cultural, muebles, inmuebles y bienes inmateriales, y los incluidos en el Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia que comprende idéntico elenco material, pero con una importante novedad, la configuración del Inventario General del Patrimonio Cultural de Galicia como el que comprende (de forma más acorde al significado del concepto *“Inventario del Patrimonio”*) los bienes declarados, los catalogados y *“aquellos otros ... que sin estar incluidos entre los anteriores merezcan ser conservados”*.

La ley gallega sin embargo configura (art. 24.2 y 54) el Inventario como una especie de tercer régimen de protección que, tal y como al menos proponíamos respecto del artículo 3 de la L.P.C.V., delimita la misma en términos de *“evitar su desaparición”*.

La Ley 1/1991, de Patrimonio Histórico de Andalucía, constituye el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz (art. 6) con la importante novedad de permitir en él dos tipos diferentes de inscripciones, la de carácter genérico, *“cuando se pretenda únicamente identificar un bien como parte integrante de dicho Patrimonio”* y la de carácter específico *“cuando se quieran aplicar las normas generales y particulares especialmente previstas en la Ley para esta clase de inscripciones”*. (Art. 7).

La inscripción genérica conlleva la aplicación del régimen de protección general establecido por la propia Ley, y la específica sin embargo demanda “*instrucciones particulares*” como instrumento de individualización de la protección.

La opción del legislador andaluz es por tanto la de instituir un único régimen de protección, apartándose así de los anteriores, con dos diferentes modalidades eso si, pero que en absoluto se definen en virtud de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes, dado que en ambas podrían encontrarse indistintamente unos y otros.

Sin resultar una categorización por cuanto la inscripción genérica andaluza tiene vocación individual, su simplicidad y la existencia de un régimen de protección predeterminado facilita enormemente la protección de los bienes objeto de la misma, resultando a nuestro juicio, y al menos en el plano legal, una de sus más interesantes aportaciones.

También el legislador valenciano opta formalmente por establecer un único instrumento de protección, el Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano, si bien va a contener bienes sometidos a diferentes regímenes de protección.

En el Inventario pueden incluirse tanto bienes inmuebles como muebles e inmateriales, distinción ésta última que ya habíamos observado con anterioridad, aunque dentro del mismo puedan encontrarse “*declarados de interés cultural*” (cualquiera de ellos), inscritos como bienes inmuebles “*de relevancia local*”, o inscritos simplemente como bienes muebles o inmateriales inventariados. Cada uno de estos conjuntos cuenta con normas específicas de protección dentro del Inventario.

Existen además (art.2.c) los “*bienes no inventariados del patrimonio cultural*” que “*serán objeto de las medidas de protección que esta Ley prevé con carácter general para los bienes del patrimonio cultural, así como de cuantas otras puedan establecer las normas de carácter sectorial en razón de sus valores culturales*”, disposición de interpretación enormemente compleja.

La Disposición Adicional 2ª por su parte establece que el Gobierno Valenciano aprobará “*la relación de las cuevas y abrigos que contengan manifestaciones de arte rupestre, los castillos y los escudos, emblemas, piedras heráldicas, rollos de justicia, cruces de término y demás piezas y monumentos de índole análoga de más de cien años de antigüedad declarados todos ellos Bienes de Interés Cultural integrantes del patrimonio cultural valenciano por efecto de lo dispuesto en el apartado anterior*”, que considera B.I.C. todos los bienes existentes en la Comunidad Autónoma así declarados individualizadamente al amparo de la ley estatal, o colectivamente en virtud de lo dispuesto en el art. 40.2 y las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda de la L.P.H.E.

Esa Disposición valenciana además de ampliar notablemente, (y de forma muy acertada en ese sentido), con respecto a otras legislaciones como la vasca y la catalana el elenco de bienes declarados, conduce a una deslegalización que deja en manos del Gobierno, sin establecer además el procedimiento específico a seguir, la potestad de establecer cuales son los bienes de interés cultural en virtud de estar encuadrados en alguna de las categorías reseñadas en el precepto.

La ley valenciana dispone además (D.A. 3ª) que “ *se considerarán bienes de interés cultural valenciano todos los documentos depositados en el Archivo de la Corona de Aragón que tengan relación directa o indirecta con el proceso histórico del antiguo Reino de Valencia, hoy Comunidades Valenciana*” y, de forma más novedosa, que otra ley regulará específicamente “*el destino y utilización del Real Monasterio de Santa María de la Valldigna como punto de encuentro y unión sentimental de todos los valencianos y como centro de investigación y estudio para la recuperación de la historia de la Comunidad Valenciana*”.

Es singular el caso canario desde diversas perspectivas. A algunas de ellas ya nos hemos referido anteriormente, pero en sede de regímenes de protección de los bienes que integran el patrimonio cultural, el artículo 15 de la Ley 4/1999 relaciona nada más y nada menos, el Registro de Bienes de Interés Cultural, el Inventario de Bienes Muebles, los Catálogos Arquitectónicos municipales, las Cartas Arqueológicas municipales, las Cartas Etnográficas municipales y las Cartas Paleontológicas municipales.

En lo que hace a los dos primeros, los básicos y fundamentales, el legislador canario configura un Registro en el que pueden declararse de “*interés cultural*” (terminología que ya hemos criticado) tanto bienes muebles como inmuebles, con la peculiaridad de que pueden “declararse” “*conocimientos y actividades tradicionales*” en tres categorías diferentes según su ámbito sea el conjunto de Canarias, una sola isla, o algún ámbito inferior.

El Inventario de Bienes Muebles, que comprende únicamente éstos, incluirá los que “*ostenten especiales valores artísticos, etnográficos o históricos*” (art. 36) y hay que entender, ya que la Ley no lo señala expresamente, no merezcan sin embargo la declaración como “*bienes de interés cultural*”.

La Ley canaria recoge, a nuestro juicio de forma impropia e inadecuada, el Catálogo Arquitectónico municipal como régimen de protección del patrimonio. De forma impropia decimos porque dispone (art. 44) que “*los catálogos... tienen la consideración de catálogos de protección a que hace referencia la legislación urbanística y su formulación, tramitación y aprobación se efectuarán de acuerdo a lo establecido en la misma*” remitiéndose a una normativa de ámbito sectorial distinto, pero imponiendo a los Catálogos derivados de la misma determinados contenidos.

Inadecuada además porque se trata de instrumentos (los urbanísticos y culturales) no necesariamente guiados por consideraciones idénticas, incluso en el aspecto tuitivo de los valores de los edificios y construcciones, ni gestionados por departamentos de la Administración con idénticas prioridades e intereses, aunque pueda entenderse que existiendo un único régimen de protección de inmuebles el legislador eche en falta un segundo instrumento que permita diferenciar, reservando la máxima protección a los bienes de más relevancia.

De todos modos es una opción no seguida por las restantes C.C.A.A., que no obstante poseer “*Catálogos*” no los incardinan entre los regímenes culturales de protección ni determinan los contenidos que deben incluir. Si el interés del elemento sobrepasa el ámbito municipal, y sin enjuiciar ahora la protección que pueda depararle el Catálogo, parecería lógico que fuese un instrumento de superior ámbito el que la regulase, y en caso contrario no parece existir justificación suficiente para insmicuirse desde la ley autonómica en el ámbito de la autonomía municipal.

En orden a la categorización a la que antes hacíamos referencia, es importante destacar la declaración como bienes de interés cultural por ministerio de la propia Ley (artículo 62) de *“todos los sitios, lugares, cuevas, abrigos o soportes que contengan manifestaciones rupestres (de forma similar a como lo hace la L.P.C.V.), todas las momias, fardos, y mortajas funerarias pertenecientes a las poblaciones prehispánicas de las Islas Canarias, cualesquiera que sean su actual ubicación y estado de conservación; así como todas las colecciones de cerámicas, incluidos ídolos y pintaderas, existentes en Canarias, y los utensilios líticos, objetos de piel y madera o hueso malacológicos, los precios y aquellos otros fabricados en materia vegetal”*.

Madrid, sin que aporte especiales novedades en lo que se refiere a los regímenes de protección si que, de manera muy interesante, establece a través de la Disposición Adicional 2ª, que *“quedan sometidos al régimen de protección previsto para los bienes incluidos en el Inventario de Bienes Culturales... las iglesias, ermitas, cementerios y edificios singulares con más de cien años de antigüedad y asimismo los molinos, bodegas, cuevas y abrigos que contengan manifestaciones culturales, puentes, estaciones de ferrocarril, canales # viajes # de agua, norias, potros y fraguas y caminos históricos con más de cien años de antigüedad, teatros, mercados y lavaderos representativos de los usos para los que fueron edificadas, con más de cien de antigüedad, castillos, casas fuertes, torreones, murallas, recintos fortificados, estructuras militares y defensivas, emblemas, piedras heráldicas, rollos, cauces ¿ cruces? de término, hitos y picotas con más de doscientos cincuenta años de antigüedad, los muebles de carácter artístico o representativos de la forma de vida o de producción singular de la población de la región de Madrid que cuenten con más de doscientos años de antigüedad”*.

Es pues un elenco muy amplio de bienes el inventariado “ex lege” con lo cual el Inventario de Madrid es extraordinariamente rico desde su nacimiento, siendo el criterio

de la antigüedad, relativamente fácil de fijar, el utilizado para establecer la protección automática.

En Asturias la protección se estructura en torno a un triple régimen (Ley 1/2001 de 6 de Marzo), Bienes de Interés Cultural, bienes incluidos en el Inventario del Patrimonio Cultural de Asturias y Bienes incluidos en los Catálogos Urbanísticos de Protección. (Art. 9).

Los dos primeros regímenes pueden comprender tanto bienes muebles como inmuebles mientras que el último se refiere tan solo a inmuebles. La singularidad asturiana estriba precisamente en la configuración de éste, que pretende amparar bienes merecedores de conservación y defensa sin la suficiente relevancia para introducirse en los anteriores, pero que deben aparecer diferenciados de *“cuantos sean recogidos en los catálogos urbanísticos por razones distintas de su interés cultural”*. (Art. 27).

La ley asturiana realiza una curiosa inmersión en el ámbito urbanístico, prescribiendo contenidos de un instrumento de origen legal diferente, sin una fundamentación suficiente, a nuestro juicio, que lo justifique.

Si los bienes carecen de relevancia suficiente para ser incluidos en alguno de los dos regímenes básicos de protección, podemos reputar excesiva su consideración legal y que sin embargo, ésta se remita en ella a instrumento de ámbito local y disciplina ajena como es el Catálogo Urbanístico, complicando además sobremanera su elaboración, por cuanto exige la distinción respecto de los bienes incluidos por razones no culturales, siendo así que será difícil encontrar motivos de protección y defensa de un inmueble de raíz ajena por completo a la cultura. Si como veremos la existencia de dos regímenes de protección con idéntico elenco de objetos amparados plantea diversos problemas, la de tres diversos no contribuye a la claridad y seguridad jurídicas.

La singularidad asturiana no termina aquí sin embargo. La Disposición Transitoria Tercera de la Ley establece un mecanismo que denomina *“protección preventiva de bienes”* y que define del siguiente modo: *“durante un período de diez años y con vistas a su protección preventiva, los bienes a que hace referencia el apartado 2 de esta disposición transitoria quedan sometidos al régimen de los bienes incluidos en el Inventario del Patrimonio Cultural de Asturias, salvo que expresamente la Consejería de Educación y Cultura deseché su inclusión...el Gobierno del Principado de Asturias adoptará las medidas precisas para que antes de finalizado el mencionado plazo se haya producido la inclusión individualizada en el Inventario del Patrimonio Cultural de Asturias de cuantos bienes reúnan los méritos y condiciones precisas para ello”*.

El elenco de bienes a que afecta este precepto es el constituido por *“las edificaciones y, en general, los inmuebles construidos con anterioridad al año 1800, incluyendo puentes y obras singulares de infraestructura, aún cuando se encuentren en*

estado de ruina, las muestras más destacadas de la arquitectura y de la ingeniería moderna y contemporánea, con la excepción a que hace referencia el artículo 23 de esta ley (solo son incluíbles pasados 30 años de su construcción, salvo autorización del propietario), las iglesias parroquiales, casas rectorales, ermitas, capillas, capillas de ánimas, cruceros, cruces y señales religiosas, erigidas con anterioridad al año 1900, los edificios de mercados, las plazas de toros y las salas de espectáculos construidos con anterioridad al año 1960, los espacios en que se presume la existencia de restos arqueológicos significativos, los testimonios más reseñables de la historia industrial de la región, los hórreos, paneras y cabazos que constituyan muestras notables por su talla y decoración o características constructivas, por formar conjuntoso, en todo caso, ser de construcción anterior al año 1850...las construcciones tradicionales con cubierta vegetal, los conjuntos de abrigos de pastores y ganado con cubierta de piedra, los molinos e ingenios hidráulicos de carácter tradicional, los escudos, emblemas, piedras heráldicas y cruces de término de factura anterior al año 1950, las colecciones notables de titularidad pública o privada de fotografías, zoología, botánica, bienes de interés arqueológico, paleontológico, documental, artístico, etnográfico, bibliográfico, mineralógico o relacionado con la historia de la industria o la tecnología, incluyendo las filatélicas y numismáticas, de acuerdo con los criterios de valor económico que reglamentariamente se establezcan, las obras de arte pertenecientes a los entes públicos y eclesiásticos, los instrumentos musicales, las inscripciones y los sellos grabados de factura anterior al año 1900, y los bocaminas y castilletes anteriores a 1950". Este precepto, dada su enorme relevancia, requiere un análisis detallado de su contenido.

Asturias no opta como Madrid por establecer la inclusión automática en el Inventario del amplísimo elenco de bienes culturales que considera merecedores de protección en razón de su naturaleza.

Tan solo dispone su inclusión durante un período temporalmente definido, en el que debe adoptarse por la Administración la decisión en torno a si el elemento singular perteneciente a alguna de las categorías o grupos descritos merece, en virtud de sus propias características, la protección derivada de la inclusión en el Inventario.

Cabe además desechar desde el principio tal inclusión por parte del gobierno asturiano, de manera que pese a tratarse de un elemento de los definidos, no gozaría de la protección, hay que suponer que previa determinación de que no reúne manifiestamente los requisitos requeridos.

El período de diez años, aunque no se señale expresamente, hay que entenderlo computable a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley. Aún y cuando pudiera inicialmente parecer un período suficiente para poder determinar si procede la inclusión singular en el Inventario de los bienes pertenecientes a los conjuntos señalados en la disposición, hay que llamar la atención sobre lo extenso de la labor a realizar dado el amplio elenco recogido y plantear las consecuencias de que durante el período concedido no se produzca el pronunciamiento administrativo específico sobre alguno de aquellos, pese al mandato legal al gobierno en tal sentido.

Dada la naturaleza transitoria de la disposición, no cabe más que suponer que cesa en todo caso transcurridos los diez años el sometimiento preventivo de los bienes al régimen de protección del Inventario y es éste el motivo por el que nos parece preferible la solución adoptada por el legislador madrileño, pese a la menor prolijidad en cuanto al número de categorías o grupos de elementos amparados.

Conviene hacer referencia a que el legislador asturiano utiliza diferentes y variados criterios a la hora de establecer las características que hacen genéricamente merecedoras a los bienes de la protección preventiva.

Recurre en primer lugar a un criterio de larga tradición legislativa, el de la antigüedad de los bienes, aún y cuando la establece de manera diversa, sin que conozcamos el fundamento de la diferencia, en función de los bienes de que se trate (edificaciones anteriores a 1800, iglesias y elementos religiosos anteriores a 1900, mercados, plazas de toros y salas de espectáculos anteriores a 1960, horreos, paneras y cabazos previos a 1850, escudos, emblemas...y bocaminas y castilletes de factura anterior a 1950, instrumentos musicales, inscripciones y sellos grabados de antes de 1900...), también toma en consideración, de forma harto discutible, la titularidad de los bienes (obras de arte de pertenecientes a los entes públicos y eclesiásticos), acude asimismo al valor económico como parámetro de distinción (aunque en este caso se remite a las normas reglamentarias de desarrollo su fijación, caso de las colecciones fotográficas, zoológicas, botánicas etc) y se refiere finalmente al “*interés*”, notabilidad o carácter “*más destacado*”.

Con independencia de las críticas que hemos formulado a la disposición, el amplísimo conjunto de bienes recogido y el propio mecanismo de protección en sí mismo, constituyen un avance con respecto a lo establecido en la norma vasca en la línea de la protección eficaz del patrimonio cultural, que debemos por tanto considerar con una cierta envidia.

Navarra, sin embargo, opta por reconocer (art.13) tres regímenes distintos de protección, el de los “*bienes de interés cultural*”, los “*bienes inventariados*” y el de los “*bienes de relevancia local*”, categorías de bienes que “*serán de especial protección*”, dejando claro que hay bienes integrantes del patrimonio cultural de Navarra en una cuarta situación, los no incluidos en ninguno de estos regímenes. Los inmuebles de interés cultural pueden serlo en calidad de “*monumento*”, “*conjuntos histórico*”, “*sitio histórico*”, “*zona arqueológica*”, “*paisaje cultural*”, “*vía histórica*” o “*jardín histórico*”. La diferencia con los inventariados radica, como es habitual en el carácter más relevante que poseen respecto a éstos. (Arts. 14 y 16).

Los de “*relevancia local*” son los inmuebles (se excluyen aquí otros tipos de bienes) que, sin reunir las condiciones para ser incluidos en los restantes regímenes, tienen sin embargo, “*significación cultural a nivel local*”. (Art.17).

En la práctica, y en virtud de lo que establece el art.22, la calificación de estos bienes se produce a través de su inclusión por las entidades locales en los “*catálogos de planeamiento urbanístico*” con lo que nos encontramos una vez más ante una remisión al derecho urbanístico a la que le son aplicables las consideraciones que hemos realizado con anterioridad.

El Registro de Bienes del Patrimonio Cultural de Navarra, pese a todo, tiene carácter único y de público acceso. (Art.25).

5.4.2. Consideraciones acerca de la definición legal de los regímenes de protección del patrimonio cultural vasco.

Coincidimos con Azcarate, Ruiz de Alegría y Santana en que “*el primer requisito para poder planificar la protección y promoción global del patrimonio arquitectónico (de todos en general) así como para tomar decisiones específicas sobre elementos individuales del mismo, es la identificación básica de las edificaciones susceptibles de tutela*”⁶⁶⁰, pero ya hemos observado que son varias las normas autonómicas que revelan una conciencia sobre la inevitable existencia de bienes dotados de valores culturales que los convertirían en acreedores de tutela sin incluir en los regímenes de protección; en algunos casos por el desconocimiento de su propia existencia o de los valores que poseen, (caso paradigmático el de los yacimientos arqueológicos), y en otros por las propias limitaciones de la gestión administrativa, en función del procedimiento administrativo requerido para ello.

Las citadas normas recurren a diversas soluciones para enfrentarse al problema, pero en todos y cada uno de estos casos queda claro que la inclusión de cualquiera de los bienes en el régimen de protección que corresponda tiene carácter declarativo y no constitutivo de la pertenencia al patrimonio cultural.

La Ley de Patrimonio Cultural Vasco establece, sin perjuicio de la existencia, bien apuntada por Abad Licerias, de un régimen general de protección aplicable a los bienes inmersos en ambos regímenes singulares, y nos atreveríamos a sugerir que incluso uno general aplicable a cualquier elemento integrante del patrimonio cultural vasco que tiene su fundamento en el artículo 3, dos regímenes de protección que pueden incluir indistintamente bienes muebles e inmuebles.

Ello plantea el problema, que no se da en la legislación estatal ni en las que siguen su ejemplo, de distinguir entre los bienes a incluir en cada uno de los regímenes. La L.P.C.V. nos ofrece un único criterio de referencia para ello, el recogido en el artículo 16 en virtud del cual serán bienes inventariados los que “*no gocen de la*

⁶⁶⁰ AZCARATE A., RUIZ DE ALEGRIA M., y SANTANA A. op. cit.

relevancia o posean el valor” contemplados para incluirse en el Registro de Bienes Culturales Calificados. Es pues la “*relevancia*” el único criterio distintivo.

Estamos ante un criterio de indudable naturaleza subjetiva, y que en ausencia de desarrollo reglamentario detallador permite que cualquier bien pueda ser incluido en uno u otro régimen, en virtud del simple juicio administrativo sobre su valor, del que van a derivar consecuencias jurídicas no desdeñables.

Como veremos la intervención posible en el procedimiento de los titulares de intereses legítimos sobre los bienes, de las Administraciones de todos los niveles territoriales afectados e incluso de la acción popular si es la que da pie a su iniciación, disminuye notablemente el riesgo de arbitrariedad, pero no elimina totalmente la incertidumbre ni el peligro de incoherencia comparativa en la conjugación del binomio valor-protección.

La simple exégesis de lo dispuesto en la propia L.P.C.V. ya genera incertidumbre en torno a cual es la mayor relevancia de las “*cuevas, lugares y abrigos que contengan manifestaciones de arte rupestre*” respecto de los “*documentos, fondos de archivo y colecciones de documentos con una antigüedad de 50 años*”, que motiva, hecha abstracción de las características de las pinturas y documentos específicos, que se prevea para las primeras la inclusión en el Registro de Bienes Culturales Calificados y simplemente para los segundos su inscripción en el Inventario.

También vamos a referirnos más adelante a los problemas que plantea esta equiparación en el objeto de los dos regímenes singulares de protección en orden a determinar las facultades de la Administración y el nivel de protección derivado de cada uno de ellos.

La existencia de dos regímenes de protección de idéntico ámbito material solo se justifica desde la imposición a los titulares de derechos reales sobre los bienes de diferentes deberes, desde el otorgamiento a los mismos de diferentes derechos y desde la atribución a la Administración de diferentes facultades. Si las intervenciones sobre bienes calificados se sujetan a autorización administrativa previa, no puede utilizarse la misma técnica con los inventariados, lo que va a desvirtuar en cierta medida el nivel de protección que proporciona.

La L.P.C.V. a través de sus artículos 10 y 16 configura dos regímenes singulares de protección del patrimonio cultural vasco, el Registro de Bienes Culturales Calificados y el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco.

Dos aspectos merecen destacarse sobremanera de lo dispuesto en el artículo 10, los bienes culturales calificados han de ser de relevancia o singular valor, y además debe su calificación ser objeto de específica aprobación. Observamos pues que se opta

en este régimen por el método de clasificación, esto es por considerar bienes culturales calificados los que en tal sentido sean objeto de decisión específica de la autoridad competente.

A nuestro entender se trata de una opción legislativa equivocada. Especialmente cuando se establece con posterioridad en la propia Ley, un procedimiento notablemente rígido y dilatado, (como en parte es obligado en un país con tantas Administraciones Públicas como el nuestro), para la inclusión y/o exclusión de los bienes, y cuando no existe voluntad o medios en las Administraciones competentes para finalizar la tramitación de expedientes iniciados en fechas tan remotas como los años 70 u 80.

De esta manera la seguridad jurídica, principal valor jurídico a salvaguardar a través de la opción asumida se resiente, de modo que eliminando las ventajas nos quedamos tan sólo con los inconvenientes originados por este método.

Una más acertada configuración de esta categoría hubiese sido a nuestro juicio la adopción de una técnica mixta que junto a una serie de criterios delimitadores (aún reconociendo la dificultad de establecerlos) hubiese ofrecido la posibilidad de reconocer de forma específica en algunos bienes sus relevantes cualidades.

Es además contradictorio con ese afán de seguridad jurídica e inclusión individualizada, que la L.P.C.V. (Art. 10.3) permita, eso si con carácter excepcional *"otorgar genéricamente la categoría de bien cultural calificado a un tipo, género o clase de bienes, otorgamiento que todo caso habrá de hacerse por ley"*.

Y por último todavía más aún, que la propia L.P.C.V. realice este otorgamiento a las *"cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre"* a través de la Disposición Adicional 1º. Y lo mismo con respecto a la inclusión en el Inventario "ope legis" de los documentos y fondos históricos del artículo 55.2.

¿ No hubiese sido muchísimo más propio reconocer en el de la Disposición Adicional 1º uno de esos criterios, por cierto notablemente preciso, a los que anteriormente hacíamos referencia ?. La sensación de desorden conceptual en que recae la Ley, cuando consciente de las limitaciones del método escogido intenta superarlas por vías excepcionales, es manifiesta.

Volvemos a coincidir con Alvarez en considerar inadecuado el término *"bienes de interés cultural"* con que la ley estatal se refiere a esta categoría.

Todos los bienes incluidos en el patrimonio cultural, sea vasco o español, lo son por su interés cultural. Denominar así a un grupo concreto de entre ellos induce a considerar carentes del citado interés a los restantes.

Del mismo modo creemos poco afortunada la denominación de "*Bienes Culturales Calificados*" que utiliza la L.P.C.V. Todos los bienes incluidos en uno de los regímenes de protección a que se refiere la Ley se encuentran calificados de alguna manera. Si se quisiera aludir a su especial cualificación no hubiera estado de más la utilización de este último término que evita además la confusión que se deriva del significado concreto atribuible al término calificación en otras áreas del mundo jurídico (la urbanística a modo de ejemplo).

Y también desde luego consideramos tautológico decir que tendrán la consideración de bienes culturales calificados aquellos en que así de acuerde, ya que la alusión a conceptos tan indeterminados como relevancia o singular valor deja en la práctica a la actuación administrativa como único criterio delimitador.

Si que parece necesario incidir más detenidamente en las formas de declaración a que la L.P.C.V. hace referencia; por ministerio de la Ley (sea la L.P.C.V., caso de la D.A. 1º, u otra) o vía Decreto del Consejo del Gobierno Vasco (Art. 11) de forma individualizada.

La primera vía permite incluir en este régimen de protección todo un conjunto de bienes de determinada naturaleza o clase. Es la expresión más genuina de la categorización o utilización del método conceptual. Cuenta con precedentes claros en el Derecho estatal como son el Decreto de 22 de Abril de 1949 de protección de castillos, el de 14 de Marzo de 1963 en lo que se refiere a escudos, emblemas, piezas heráldicas etc. de más de 100 años de antigüedad y el de 22 de Febrero de 1973 sobre hórreos y cabezos de Asturias y Galicia.

La L.P.C.V. y la L.P.H.E. coinciden en utilizar esta vía, en lo que hace al máximo nivel de protección, (Disposición Adicional 1º y Art. 40.2 respectivamente) únicamente para las manifestaciones de arte rupestre. Lo que dicho sea por otra parte, carece de lógica alguna, habida cuenta de la existencia de otros muchísimos grupos de bienes de similar relevancia a los que debería haberse extendido una consideración similar.

Este es el sistema que creemos más idóneo para la protección de nuestro patrimonio cultural. Alvarez lo considera peligroso por cuando permite someter a protección sin necesidad de expediente toda una clase de bienes y además tentador por su simplicidad. A nosotros la tentación nos vence. La experiencia de más de una década de aplicación de la L.P.C.V. nos está demostrando que sólo una actuación administrativa rápida y eficaz, un procedimiento simple y unos criterios precisos y sin concesiones a amplias discrecionalidades, derivan en la efectiva protección de los bienes y en la superación de las inevitables presiones, generalmente de tinte especulativo, a que debemos enfrentarnos para proteger el patrimonio cultural.

Nada hubiese sido más simple, más rápido y más eficaz que proceder a determinar ex-lege, por lo menos el conjunto de bienes cuya inclusión en el régimen de protección de mayor alcance se consideraba prioritaria. Digo hubiese sido, porque como hemos visto tan sólo y excepcionalmente se ha hecho respecto de las manifestaciones de arte rupestre, y porque en ningún caso puede presumirse que normas posteriores específicamente relativas a la calificación, permítasenos utilizar también el término, de bienes culturales vayan a ser rápidas, simples y/o eficaces (en algunos casos desgraciadamente habrán perdido su objeto antes de ver la luz).

Puede oponerse a esto que hubiese sido más dificultoso aprobar las leyes de protección del patrimonio (L.P.H.E. y L.P.C.V.) por mor de las presiones de los posibles damnificados y que "lo mejor es enemigo de lo bueno".

No lo creemos así. La renuncia por parte de los representantes de la voluntad popular a dar prioridad al interés común sobre intereses privados, cuando el enfrentamiento es inevitable, no nos parece admisible a las alturas de evolución del Estado Social y Democrático de Derecho en que nos encontramos. Puede oponerse también con más sentido, siguiendo a Alvarez que puede privarse a multitud de personas de sus derechos sobre bienes que les pertenecen o limitarse enormemente sus posibilidades sin ninguna de las garantías que supone un expediente administrativo.

A esto hay que responder que no hay mayor garantía que la que supone el hecho de que sean los legítimos representantes de la voluntad popular y a través del instrumento con mayor exigencia de consideración y análisis público (la ley) los que aprueben la hipotética limitación. Ante ellos no se encontrarán el particular (mucho más si como se deriva de la naturaleza conceptual de la calificación son muchos los afectados) más indefenso que en un expediente administrativo en el que va a poder acreditar los perjuicios que se le causan pero difícilmente contrarrestar las razones que amparadas en la relevancia cultural del bien va a exponer la Administración para proteger el bien de que se trate.

Pero es que además la justicia o injusticia que por la afectación singular podría derivarse, se va a ver evaluada en función de un parámetro, la compensación al particular, que en ningún caso va a ser mayor o menor por el hecho de que sea la Administración y no el legislador quien la determine, siendo incluso a este respecto el Parlamento un foco donde quizá por la mayor dificultad de evaluar las concretas consecuencias económicas de su actuar, va a encontrar el afectado mayor receptividad a sus demandas y una más segura definición de compensaciones.

Por último y desde la misma perspectiva de protección eficaz de los bienes, puede oponerse que una actuación de esta índole quebraría la seguridad jurídica y generaría una desconfianza que haría que escapasen del control y publicidad todos aquellos bienes cuyos titulares creyesen encontrarse en situación de riesgo de verse sometidos a la norma.

Respecto a esto hay que partir del análisis de la situación actual. En la C.A.P.V. los bienes culturales calificados o en trámite de hacerlo en más de una década de vigencia de la L.P.C.V. son, y anteriormente se han proporcionado cifras oficiales, escasísimos.

Con esta magra producción administrativa y habida cuenta de la falta de desarrollo de la L.P.C.V. a la que repetidamente hemos hecho alusión un importante porcentaje de los elementos que integran el patrimonio cultural vasco se encuentra indefenso y a merced de cualquier actuación expoliatoria que sobre el mismo quiera practicarse. (Más adelante volveremos sobre esta cuestión). Por lo tanto parece evidente que no es la eficacia precisamente lo que puede oponer, frente a otras, esta forma de actuación.

La desconfianza del particular y el intento de evadir el control y la publicidad son un hecho. Pero no tienen por raíz una u otra forma de declaración o calificación, sino la mayor o menor dureza y restrictividad del régimen de protección a establecer, (de lo que trataremos de forma específica más adelante) y la ausencia de compensaciones equivalentes al perjuicio que se le hace soportar.

Ambas cuestiones son independientes de su tratamiento legislativo o administrativo, es más, la 1º de ellas, el régimen de protección, si que queda recogida en ambas leyes, aún a expensas de un posterior y particularizado régimen de protección para cada bien, que si se reclama en la Ley, la experiencia nos induce a pensar que va a ser uno general correspondiente a cada especie de bienes, con lo que va a quebrarse otra de las presuntas garantías del expediente administrativo, la del tratamiento individualizado.

Por otra parte algunas de las compensaciones (las fiscales, en particular) son de obligada naturaleza legal y en cualquier caso creemos que a este respecto no va a encontrar el particular mayor generosidad en la Administración sino todo lo contrario.

Pero es que además la evasión del control y la publicidad va a ser posible con carácter general sólo en lo que respecta a los bienes de naturaleza mueble. Respecto de los inmuebles y recordemos que los precedentes citados y la propia categorización ex lege de la L.P.H.E. y L.P.C.V. sólo se refieren a ellos, dicha evasión va a verse dificultada en mucha mayor medida.

Sin embargo la quiebra de la seguridad jurídica si que puede constituirse en un buen motivo de oposición a la categorización "ope legis".

Es esta la razón por la que consideramos más acertado optar por un método mixto que partiría de la conceptualización más precisa posible y se complementarían con la progresiva calificación individual de los bienes que lo merecieran.

Es obvio que no se solucionan de esta manera todos los problemas. Por un lado privamos de buena parte de su eficacia a la calificación con lo que habida cuenta del proceloso procedimiento administrativo que supone, podría promoverse el olvido de la inclusión individual de los bienes en el régimen de protección. Nos encontraríamos así de nuevo en la situación anterior.

Además no es que la seguridad jurídica se incremente mucho de esta manera en los casos en que planteasen dudas sobre la procedencia de la calificación, derivados de la no indudable inclusión del bien en cuestión entre los señalados en la conceptualización precisa, la situación sería la misma con el agravante en su caso de no constar la inclusión individual de los bienes.

En cualquier caso al primer problema una decidida voluntad administrativa, o la presión social correspondiente podrían darle una cumplida solución, o al menos queda una razonable duda sobre ello que contrasta con la certeza del fracaso del criterio asumido por las normas vigentes.

Y respecto del segundo, en todo caso la situación sería desde la óptica de defensa del patrimonio cultural mucho mejor que la actual. No conviene en ningún caso olvidar que estamos analizando el régimen de protección máxima y que habida cuenta de la existencia de otro menor, del que trataremos más adelante, la cuestión no es tan determinante, pues siempre nos encontraremos ante bienes indudablemente integrantes del patrimonio cultural.

Puede oponerse a esta propuesta que la calificación individual pretende diseñar una protección "a la carta", específica para cada bien y acorde a sus características, relevancia, situación, estado etc... Buena oposición sería si tal propósito legal fuese cumplido en la realidad y no dejase de constituir un desideratum utópico y falaz. La protección específica, en los pocos casos en que (en la C.A.P.V. al menos) ha surgido, se ha convertido en una mera relación de elementos destacados del inmueble y en la remisión a categorías generales de intervenciones admisibles (restauración científica, conservadora etc...) cuyo siempre impreciso significado hay que buscar en otras normas.

Pero es que ni tan siquiera esto se ve obstaculizado con el método que proponemos. De hecho, ésta sería la eficacia virtual de la calificación individual, la que justificaría su existencia, aún y cuando un determinado bien estuviese sin ningún género de dudas incluido entre los que se definirían en la categorización primera.

La L.P.C.V. no surge de la nada. El legislador vasco es plenamente consciente de que existen en su territorio bienes integrantes del patrimonio cultural sujetos a regímenes de protección o respecto de los que normas anteriores han establecido determinadas disposiciones.

Se ve por ello obligado a establecer una conexión entre la protección previgente y la que se implanta a través de la propia Ley y lo hace a través de la Disposición Adicional Primera que literalmente señala que *“todos aquellos bienes muebles e inmuebles sitos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco que hubieran sido declarados de interés cultural con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley pasarán a tener la consideración de bienes culturales calificados del pueblo vasco y quedarán sometidos al mismo régimen jurídico de protección aplicable a éstos...”*

Opta por tanto la L.P.C.V. por establecer una equivalencia entre la declaración de interés cultural y la calificación de modo y manera que se presume que los bienes que se hicieron acreedores a la primera reúnen “ab initio” los requisitos para acceder a la segunda.

La solución es absolutamente lógica y razonable pero no por ello dejan de existir diversos aspectos en la disposición sobre los que es preciso realizar consideraciones críticas.

Somos plenamente conscientes de que no es posible predicar la aplicabilidad de la L.P.C.V. fuera del ámbito territorial de la C.A.P.V. pero aún así, y aunque en el caso de los inmuebles es una cuestión carente de relevancia, la referencia a los bienes muebles sitos en el territorio deja fuera del ámbito tuitivo a aquellos que aún habiendo sido declarados de interés cultural por la posesión de los valores acreditativos de su pertenencia al patrimonio cultural vasco han dejado de estar ubicados en el territorio autonómico.

El artículo 2.1 de la Ley, al definir el patrimonio cultural vasco en ningún caso hace referencia a la ubicación de los bienes, con lo que integran el patrimonio, y pueden ser calificados e inventariados, los bienes dotados de los valores requeridos con independencia de aquella. Recordemos además que otras legislaciones autonómicas (véase por ejemplo el ya citado artículo 3 de la ley canaria) introducen referencias expresas a que integran el patrimonio cultural autonómico bienes que pudieran no encontrarse en su territorio. No es ésta la solución escogida por la Disposición Adicional, que de forma a nuestro juicio innecesaria e improcedente, por su incoherencia además respecto de lo dispuesto en el artículo 2.1., introduce la referencia a la ubicación.

Cuestión distinta es la de la eficacia de la disposición protectora si los bienes no se hallan en el territorio, pero independientemente de que puedan arbitrarse

instrumentos de colaboración interinstitucional que la posibiliten, se trata de una renuncia injustificada.

Un segundo aspecto a considerar es lo limitado de los efectos de la Disposición Adicional que se refiere a uno tan solo de los regímenes de protección establecidos en la L.P.H.E. obviando por completo la referencia al otro, al Inventario General de Bienes Muebles del Patrimonio Histórico Español.

La omisión nos conduciría a tener que sostener que con respecto los bienes incluidos en éste no existe introducción automática en ninguno de los regímenes de protección establecidos en la L.P.C.V. con la subsiguiente necesidad de calificarlos o declararlos individualizadamente.

La explicación puede venir derivada del hecho de tratarse de un Inventario de Bienes Muebles y la dificultad de evitar su movilidad y del diferente carácter que, como ya hemos señalado, ostenta el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco con respecto al estatal, pero aún así consideramos que se trata de una omisión injustificada.

En primer lugar porque el hecho de tratarse de bienes muebles no lo justifica. Los bienes muebles también podían (y pueden en aplicación de la ley estatal) ser declarados de interés cultural y no se introduce en la Disposición Adicional referencia alguna a que sobre ellos no se aplique la calificación automática.

Y en segundo lugar porque siquiera carezcan de la relevancia de los bienes “*declarados*”, los inventariados han sido objeto de un acto administrativo que acredita su pertenencia al patrimonio cultural y la necesidad de que se adopten ciertas medidas de protección y de garantía de que no se realicen intervenciones lesivas sobre ellos, y no pueden verse sumidos en el limbo de verse privados del amparo expreso de la norma aplicable, con la consiguiente inseguridad jurídica, por la imprevisión del legislador.

No es ésta desde luego la opción escogida por el legislador estatal que en la Disposición Adicional Primera de la L.P.H.E. dispone que “*los bienes que con anterioridad hayan sido declarados histórico-artísticos o incluidos en el Inventario del Patrimonio Artístico y Arqueológico de España pasan a tener la consideración y a denominarse Bienes de Interés Cultural; los muebles que hayan sido declarados integrantes del Tesoro o incluidos en el Inventario del Patrimonio Histórico-Artístico tienen la consideración de bienes inventariados conforme al artículo 26 de esta Ley, sin perjuicio de su posible declaración expresa como Bienes de Interés Cultural...*” En la normativa estatal se produce por tanto la traslación automática entre los bienes incluidos en cualquiera de los regímenes de protección anteriores.

Quizá estemos aquí ante un nuevo intento de diferenciar de alguna manera los regímenes de protección de la L.P.C.V. que no se diferencian en la naturaleza de los

elementos que incluyen. Si fuese así, estaríamos ante un error, por cuanto en ningún caso debe ni puede ser la seguridad jurídica el precio a pagar por ello. No hay objetivamente, en suma, razones que justifiquen la no inclusión automática de los bienes protegidos con arreglo a la L.P.H.E. en el equiparable de la L.P.C.V.

La Disposición se refiere por otra parte a los “*bienes declarados de interés cultural con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley*”.

La declaración de interés cultural es un singular y específico régimen de protección de determinados elementos integrantes del patrimonio cultural derivado de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español. Como podemos observar no es excesivo el lapso de tiempo transcurrido entre la entrada en vigor de una y otra Ley por lo que no son demasiados los bienes a que afecta la norma interpretada en sentido literal. ¿ Qué sucede con aquellos que gozasen de algún tipo de protección derivada de normas jurídicas previas a la Ley estatal ?

Con respecto a los protegidos bajo el amparo de normativa estatal anterior a la aprobación del Estatuto de Autonomía del País Vasco y la transferencia de competencias en la materia a la C.A.P.V. la cuestión está razonablemente resuelta en virtud de lo establecido en las Disposiciones Adicionales de la L.P.H.E., no solo en la Primera ya referida, sino también en la Segunda que viene a complementarla, “*se consideran asimismo de Interés Cultural y quedan sometidos al régimen previsto en la presente Ley los bienes a que se contraen los Decretos de 22 de Abril de 1949, 571/1963 y 449/1973.*”

Debemos referirnos entonces a la normativa dimanada de las instituciones de la C.A.P.V. con anterioridad a la promulgación de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

El Decreto 52/1984 de 13 de Febrero se refiere a la “*declaración de los monumentos y conjuntos histórico-artísticos de carácter nacional vasco*” (art.1) y a la “*declaración de monumentos de carácter territorial y local*”. (Art.2).

El Decreto 265/1984 de 17 de Julio procede a declarar como Monumentos Histórico-Artísticos de carácter nacional un conjunto de elementos al amparo de lo dispuesto en el anterior. ¿ Hay que entender que estos bienes se encuentran amparados por lo dispuesto en la Disposición Adicional ?

No hay referencias adicionales al respecto ni en la parte dispositiva de la L.P.C.V. ni en su Preámbulo. Con respecto a los “*monumentos de carácter nacional vasco*” considero que no existe inconveniente en optar por la respuesta afirmativa.

Por un lado porque se corresponde mejor con el carácter tuitivo de la Ley la interpretación flexible del “*declarados de interés cultural*”, toda vez que la posible objeción de afectar a la seguridad jurídica y a los derechos de los administrados, se desvirtúa aquí por cuanto lo que generaría inseguridad sería desconocer el régimen aplicable a unos bienes ya sometidos a medidas de protección y por cuanto la Ley no se limita a establecer restricciones al ejercicio del derecho de propiedad o los restantes derechos de sus titulares sobre el bien sino que prevé asimismo determinados derechos y compensaciones con la garantía de su fundamento legal.

Por otro lado porque la noción de monumento, entendido como “*todo bien mueble o inmueble que individualmente considerado presenta un interés cultural*” sigue presente en la Ley aunque lo refiera tanto a bienes calificables como inventariables (art. 2.a), pero sobre todo porque tratándose de los bienes más relevantes y del mayor nivel de protección no debe existir duda alguna sobre el régimen de protección que reclama la envergadura de los valores que poseen. No soy desde luego del mismo parecer con respecto a los “*monumentos de carácter territorial y local*”.

Me parece evidente que la diferenciación introducida con respecto a los nacionales en la normativa anterior debe tener traducción en la vigente (sin perjuicio de que en cualquier momento pueda modificarse la valoración que se realizó en su día acerca de su relevancia) y que por tanto no pueden hacerse acreedores al máximo nivel de protección, más aún cuando la misma alusión al interés territorial y/o local es sumamente expresiva de que no hay desde la óptica de la protección del patrimonio cultural vasco razones que lo demanden. Cabría pensar si habida cuenta de la naturaleza mueble e inmueble de los bienes a incluir en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco, el segundo de los regímenes de protección, podría predicarse su inclusión automática en éste.

Sin perjuicio de lo ya señalado en torno a lo injustificado de la omisión de la referencia a este régimen en la Disposición Adicional, creemos que superaríamos con ello el nivel de flexibilidad que permite la interpretación de la norma. El interés no es espacialmente parangonable “*strictu sensu*” y parece suficiente motivo como para no establecer una equiparación que la Disposición ha eludido.

5.4.3. Los procedimientos de inclusión de los bienes en los regímenes de protección.

5.4.3.1. El procedimiento de inclusión de los bienes en el Registro de Bienes Culturales Calificados

Una vez analizada la definición legal de los regímenes de protección de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco debemos referirnos al procedimiento a través del que los bienes son incluidos en ellos. Se trata de un procedimiento administrativo por cuanto es

a la Administración Pública, específicamente al Gobierno Vasco a quien la Ley atribuye la competencia para su desarrollo, y como tal, sujeto a las normas generales que regulan este tipo de procedimientos.

Haremos referencia en primer lugar al procedimiento de declaración de los bienes como "*Bienes Culturales Calificados*".

La L.P.C.V. establece los rasgos principales que lo definen en su artículo 11.

"1.La declaración de bien cultural calificado se aprobará por Decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Cultura y Turismo.

2.No obstante, cualquier persona física o jurídica podrá solicitar la apertura de un procedimiento de calificación, que deberá ser incoado por la Administración, salvo que medie denegación motivada, que será notificada a los interesados.

3. Asimismo, el expediente de calificación deberá ser sometido a información pública, y en el mismo deberá concederse audiencia a la Diputación del territorio afectado, al Ayuntamiento del término municipal en que se sitúa el bien en caso de bienes inmuebles y a todos los propietarios afectados por la calificación, excepto en el caso de conjuntos monumentales, en los que la notificación a los particulares quedará sustituida por la publicación en los Boletines Oficiales respectivos.

4. El expediente de calificación deberá resolverse en el plazo máximo de 12 meses a partir de la fecha en que haya sido incoado. Transcurrido dicho plazo, cualquier interesado podrá denunciar la mora en el plazo de tres meses. La Administración deberá resolver dentro de un nuevo plazo máximo de tres meses. No mediando resolución expresa el expediente quedará caducado.

5. El Gobierno Vasco notificará al Registro de la Propiedad la calificación otorgada, cuando la misma recaiga sobre un bien inmueble, a los efectos de que se practique la inscripción correspondiente, con artreglo a la legislación hipotecaria.

El Decreto 342/1999 de 5 de Octubre, del Gobierno Vasco, tiene asimismo por objeto la regulación de la organización y funcionamiento del Registro de Bienes Culturales Calificados y del Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco, por lo que nos referiremos también a las disposiciones que contiene.

Puestos a analizar cualquier procedimiento administrativo es forzoso referirse en primer lugar a su modo de iniciación. Aquí se sitúa uno de los grandes aciertos de la ley autonómica, y de la estatal cuyo ejemplo sigue, la atribución de legitimación para solicitar la apertura del procedimiento a "*cualquier persona física o jurídica*" (Art. 11.2 L.P.C.V., en términos similares el artículo 10 de la L.P.H.E.)

Además la L.P.C.V. hace referencia a que el expediente deberá ser incoado por la Administración salvo denegación motivada.

La actuación del particular adquiere así un destacado protagonismo, toda vez que va a provocar la automática apertura del procedimiento, salvo en los casos en que sin ningún asomo de duda sea posible "ab initio" determinar que no procede la calificación, (único supuesto amén de la falta de capacidad de obrar, en que podría basarse la motivación de la denegación, exclusión hecha claro está, del supuesto de que se solicitase la calificación de algo ya calificado).

Esa determinación "ab initio" sólo será factible en casos de incompetencia por razón de la localización del bien, más dudosamente en algunos casos en función de la titularidad del mismo, (recordemos la jurisprudencia al respecto del T.C.) o en casos de inexistencia del mismo, lo que convertirá dicha denegación en cuasianécdotica.

Todavía adquiere mayor importancia la iniciativa particular si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 22.1 en torno a que *“la incoación de un expediente para la calificación de un bien cultural determinará respecto al bien afectado la aplicación provisional del régimen de protección previsto en la presente Ley para los bienes calificados. Asimismo, causará la suspensión de las correspondientes licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en las zonas afectadas, así como de los efectos de las ya otorgadas. Las obras que por razón de fuerza mayor hubieran de realizarse con carácter inaplazable en tales zonas precisarán, en todo caso, autorización de la Diputación Foral correspondiente”*.

De esta aplicación provisional y de la incoación automática del expediente a solicitud de cualquier persona física y jurídica, deriva que quede en manos de cualquier ciudadano la aplicación del régimen de protección, siquiera sea tan solo durante el período necesario para que la Administración determine que la calificación no procede.

No es exorbitante en ningún caso está facultad si tenemos en cuenta su propósito, la protección de los valores culturales del bien y su provisionalidad temporal en tanto en cuanto la Administración procede a analizar su procedencia.

Coincidimos con Abad Liceras en que la acción pública *“es una consecuencia lógica tanto del nuevo concepto de interés consagrado por el artículo 24.1 de la Constitución, en relación con la tutela judicial efectiva, como de la concepción de la protección, promoción y divulgación del patrimonio histórico como una categoría propia e integrada dentro del concepto de los denominados intereses difusos o colectivos que legitiman una acción de carácter público para instar su defensa y salvaguardia”*.⁶⁶¹

⁶⁶¹ ABAD LICERAS. op. cit. pag. 281.

Es al desarrollo reglamentario de la Ley, hoy por hoy inexistente en este punto, al que correspondería determinar el contenido de la solicitud (documentación que debe acompañar, motivación de los valores o características que la justifican...) para evitar su utilización espúrea y facilitar el pronunciamiento administrativo en el más breve plazo posible.

No es ésta sin embargo la interpretación que de lo dispuesto en ambos preceptos realiza el Gobierno Vasco. En lugar de proceder a la incoación automática de expediente tras la solicitud, la Administración Vasca está remitiendo esta última a sus órganos asesores (a los que más tarde nos referiremos), iniciando solo el expediente si cuenta con el parecer favorable de los mismos. De este modo se está realizando un pre-judicio sobre la viabilidad de la pretensión, que en lugar de constituirse en el fundamento final de la decisión administrativa, oídos todos los interesados y contemplados todos los intereses legítimos en juego, se convierte en un filtro previo en torno a la apertura del procedimiento que determina en ocasiones la inviabilidad de que el mismo, y con él esa exposición y ponderación de intereses, se desarrolle.

Esta posición, que viene indudablemente motivada por los efectos que la incoación de expediente produce en virtud del artículo 22.1 y la falta de medios de la Administración para dar cumplimiento en plazo a los trámites establecidos por la Ley, creemos que carece de fundamento jurídico. El artículo 11.2 es taxativo a la hora de señalar que cualquier persona física o jurídica puede solicitar la apertura de un procedimiento de calificación, y que el mismo debe ser incoado salvo denegación motivada. Es evidente que establecido el deber de incoación la clave estriba en el elenco de motivos por los que puede denegarse la misma.

Consideramos que los mismos no pueden referirse a lo que debe ser el resultado de los actos procedimentales establecidos, que no puede adoptarse la decisión administrativa última, con omisión de los trámites de audiencia y alegación requeridos para garantizar la contemplación de las correspondientes posiciones legítimas a través de la mera denegación de la incoación solicitada.

La denegación de la incoación solo puede basarse en la manifiesta imposibilidad “ab initio” de que pueda atenderse la pretensión como consecuencia, por ejemplo, de la inexistencia de objeto o de su ubicación fuera del ámbito del patrimonio cultural vasco tal y como se define en el artículo 2.1.

El artículo 11 es especialmente parco en lo que hace a la iniciación de oficio del procedimiento por la Administración. Tan parco que ni siquiera contiene referencia alguna a la misma, aunque el “*no obstante*” del apartado 11.1 pueda quizá dar a entender (Abad es de esta opinión) que la regla es precisamente la incoación de oficio. En todo caso no se indica el órgano competente para proceder a la misma. Cabría pensar que si la única referencia a órgano administrativo del precepto es la que la declaración se realizará mediante Decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Cultura, pudiera procederse a la incoación de forma idéntica.

No parece sin embargo razonable que la mera incoación de un expediente administrativo, por importantes que sean las eventuales consecuencias derivadas de su finalización, deba remitirse al órgano que encarna junto al Lehendakari el máximo nivel de decisión política.

No es ésta desde luego la solución adoptada en el procedimiento de inclusión de bienes en el Inventario en el que, como veremos, existe encomienda expresa de la iniciación del procedimiento al Viceconsejero de Cultura (Art.17.1) por más que el acto administrativo de inscripción esté reservado al Consejero de Cultura y Turismo. Habrá que recurrir a las normas que desarrollen reglamentariamente la Ley en lo que respecta a estos procedimientos (hoy por hoy inexistentes) o los Decretos relativos a la estructura orgánica de la hoy ya solo Consejería de Cultura para halar luz en relación con este punto.

Respecto de los actos de tramite, la L.P.C.V. reclama el sometimiento de información pública del expediente y la concesión de audiencia a la Diputación Foral del territorio afectado, (lo cual no supone mayor problema en cuanto a los bienes inmuebles pero puede ocasionarlos en cuanto a los muebles, dada la posibilidad de que el territorio afectado pueda variar durante la tramitación), al Ayuntamiento del término municipal en que se sitúa el bien, con alusión específica en este caso al supuesto de bienes inmuebles y a todos los propietarios afectados, excepto en lo que hace a los conjuntos monumentales. (Art. 11.3)

Cabe realizar varias observaciones en relación con este precepto.

La primera es que parece que es voluntad de la Ley que se conceda expresamente a cada uno de los sujetos mencionados el trámite de audiencia. No bastará pues proceder a la información pública y remitir a la misma la posibilidad de alegación en lo respecta a los sujetos mencionados. Hay que entender por tanto que el trámite de información pública quedará reservado a quienes no gocen de la condición de Diputación Foral, Ayuntamiento o propietario y a todos estos deberá llamarse expresamente, notificándoles la apertura del trámite de audiencia.

No otra cosa cabe deducir de la sucesiva y diferenciada referencia a la información pública y a las audiencias de esos interesados privilegiados, que al poder alegar como cualquier otro en el ámbito de la información pública dejarían como superflua y repetitiva su mención si el propósito legal no fuese el de la audiencia particular y destacada.

La segunda consideración versa sobre la incongruencia de que la audiencia al Ayuntamiento en cuyo término se sitúe el bien, se limite a los supuestos de bienes inmuebles y no lo sea la de las Diputaciones Forales. Los problemas de localización de

los bienes muebles en razón de su gran movilidad van a darse del mismo modo entre municipios que entre los diferentes Territorios Históricos. Es por eso que consideramos arbitraria esta diferenciación. Lo lógico sería conceder audiencia a ambos en los casos de bienes muebles y cuando se produjeran situaciones dudosas, llamar a cuantos razonablemente pudieran sostener la afectación de sus intereses.

No por la fácil movilidad de estos bienes deja de tener interés la posición que puedan expresar órganos tan cualificados y si excluimos la misma por tan evidente motivo, deberíamos preguntarnos sobre la procedencia de expediente y procedimiento de virtualidad tan sometida a idéntica espada de Damocles. Hay que tener en cuenta además que nada se dice en la Ley sobre que no puedan estos trámites de audiencia ser simultáneos, por lo que no se dilataría el procedimiento.

Por último si que parece de mayor relevancia la omisión injustificada que la Ley realiza respecto de los titulares de derechos reales diferentes de la propiedad, a los que ex-lege no es necesario conceder expresamente audiencia. Creemos que caso de ser la Administración concedora de su Derecho deberían gozar del mismo trato.

El plazo máximo que la L.P.C.V. establece para la tramitación del expediente es de 12 meses, lo cual sería bastante razonable teniendo en cuenta la variedad de intervinientes y la necesaria consulta a órganos asesores, si dicho plazo se cumpliera en la realidad. La necesidad de denuncia de la mora en el transcurso de los 3 meses siguientes, y la concesión de un nuevo plazo de otros 3 meses a la Administración para resolver en tal caso, como requisitos para que de no mediar aún resolución alguna se produzca la caducidad, hacen que los expedientes no caduquen por más que en muchos casos se sobrepase en su tramitación el plazo inicialmente determinado.

Esta regulación de los plazos procede de la legislación estatal anterior a la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y se aparta sustancialmente de las reglas que ésta establece con respecto a ese procedimiento común.

Hay diversos aspectos de la misma que deben ser sometidos a crítica.

En primer lugar la necesidad de denuncia de la mora es escasamente congruente con el principio de impulso de oficio del procedimiento por la Administración (Art. 74 de la Ley 30/1992). Es evidente que es la Administración la que mejor puede conocer el estado de tramitación y que no debe precisar que el ciudadano le recuerde que ha transcurrido el plazo legalmente establecido para su tramitación.

Cuando el procedimiento se inicie de oficio es además escasamente congruente con la existencia de un interés público que es el que ha determinado la apertura del procedimiento, y que impone a los ciudadanos preocupados por la protección del bien

una carga excesiva, la de vigilar el cumplimiento de los plazos en un procedimiento en el que no son parte y cuyos actos no les son objeto de notificación.

Si la iniciación del procedimiento ha sido a instancia de parte, se le impone a ésta la carga de denunciar la mora cuando ha cumplido, por llamarlo de alguna manera más que de sobra con instar el procedimiento y alegar en su caso lo procedente en el oportuno trámite. Finalmente habría que reprochar a esta exigencia de denuncia la configuración de un período de hasta tres meses en el que el procedimiento administrativo se encuentra en una situación indeterminada, de caducidad latente, fuente potencial de incertidumbres y conflictos.

También debemos referirnos en tono crítico al establecimiento de un silencio administrativo negativo, a la caducidad del procedimiento y desestimación por tanto de la pretensión, transcurrido el plazo en que debe resolverse el mismo.

(Aunque no se señale expresamente, la utilización del término “*caducidad*” que tiene un innegable sentido desestimatorio de la pretensión para la que el expediente se incoaba y el tenor expreso del artículo 22.2 cuando refiriéndose a la suspensión cautelar de licencias de parcelación, edificación o demolición dispone que “*producida la caducidad del expediente, la suspensión quedará sin efecto... en caso de existir resolución se estará a lo que en la misma se determine*”, conducen de manera bastante clara a esta conclusión.)

En primer lugar parece incongruente con el espíritu y finalidad tuitiva de la norma y la apertura de un procedimiento de protección el que éste fenezca por el simple transcurso sin resolución administrativa expresa de un período, en el que se han podido desarrollar trámites varios (alegaciones de instituciones públicas, de titulares de derechos, de órganos consultivos...) que hayan acreditado la necesidad de la inclusión del bien en el régimen de protección.

Es además paradójico que en beneficio de la protección se establezca la vigencia provisional del régimen y no se establezca un silencio administrativo positivo que, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver en todo caso, con el que esta caducidad no casa, permitiese al titular de derechos recurrir el acto administrativo presunto, al ciudadano seguir contando con un bien protegido hasta tanto en cuanto se desvirtúe la presunción de que la merece y a todos en general eliminar períodos de incertidumbre.

El tenor de la Disposición Transitoria 2ª “*la tramitación y efectos de los expedientes sobre declaración de bienes de interés cultural incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley quedarán sometidos a lo dispuesto por ésta*” merece también alguna consideración.

Es en primer lugar una disposición de objeto necesario; es preciso determinar la situación en la que se encuentran aquellos bienes cuyo régimen de protección se encontraba en proceso de establecimiento. Es además una disposición de contenido lógico y razonable; en la medida en que se trata de instaurar regímenes de protección de bienes es adecuado establecer una conexión entre los anteriores y los que se adoptan que garantice la permanencia de la protección y la seguridad jurídica, con independencia de las adaptaciones precisas.

Y sin embargo es una disposición a la que hay que someter a una severa crítica. En primer lugar por algo a lo que ya nos hemos referido con anterioridad, por referirse a la “*declaración de bienes de interés cultural*” cuando éste es tan solo uno de los regímenes de protección establecidos en la Ley de Patrimonio Histórico Español.

Podría entonces pensarse que los expedientes dirigidos a proteger los bienes a través de medios diferentes a la “*declaración*” no estarían afectados por lo dispuesto en esta Disposición Transitoria.

Creemos por el contrario que hay que interpretar la referencia declarativa con flexibilidad. De no ser así careceríamos de directrices en torno a los trámites a seguir en relación con aquellos expedientes, con la consiguiente inseguridad en torno a su situación legal, pero es que además, vista la coincidencia en los fines respectivos el sentido de la Disposición Transitoria es plenamente congruente y razonable también en los supuestos diferentes al de la Declaración.

Un segundo motivo de crítica no obstante, es que la Disposición no da respuesta completa al propósito que parece guiar a sus inspiradores. Se limita a disponer que la “*tramitación y efectos*” de esos expedientes no culminados, se someterá a lo dispuesto por esta Ley. Interpretada de forma literal la norma es absurda por superflua. La tramitación de los expedientes queda sometida a lo dispuesto en la norma vigente. Naturalmente, ¿cómo no iba a ser así?

Podría suponerse que dado que se está manifiestamente pensando en expedientes iniciados al amparo de una legislación de ámbito diferente, se intenta así evitar que pueda deducirse que permanecen en el ámbito de la regulación de dicha norma, que lógicamente realiza una atribución competencial bien diversa en lo relativo a la tramitación, pero la delimitación competencial que en la materia realizan Constitución y Estatuto de Autonomía hubiese permitido llegar a esta conclusión sin necesidad de la Disposición Transitoria cuyo objeto debiera ser la conexión entre regímenes, o mejor entre expedientes de regímenes distintos (al menos parcialmente).

Esta conexión es la que no se realiza de forma expresa, cuando es la verdadera razón de ser de la disposición como ya hemos señalado anteriormente.

Implícitamente podemos deducir, como hace Abad Liceras⁶⁶², que recuerda en apoyo de la tesis el tenor de la Disposición Adicional Primera y el de la Disposición Transitoria Tercera a la que más adelante nos referiremos, que se pretende que la tramitación de los expedientes de declaración de interés cultural no finalizados se reconduzca a los de inclusión de los bienes en el Registro de Bienes Culturales Calificados, lo que vista la similitud entre ambos es plenamente congruente, pero implícitamente.

Los expedientes dice la norma “*quedarán sometidos a lo dispuesto*” por una Ley que no vuelve a referirse a ellos, ¿ a qué quedan entonces sometidos ?. Naturalmente que si interpretamos la norma con la flexibilidad reclamada en párrafos anteriores, solución idéntica deberíamos establecer respecto de los Inventarios a que se alude en las leyes estatal y vasca.

Si nada se decía en la Ley en torno al órgano administrativo competente para incoar el expediente, tampoco encontramos referencia alguna al encargado de proceder a la instrucción (razonablemente el mismo competente para aquello) ni a la manera en que debe proceder.

Deberemos entonces, en ausencia también de desarrollo reglamentario “ad hoc”, recurrir a las normas que regulan con carácter general el procedimiento administrativo, particularmente a la Ley 30/1992, o eventualmente a otras normas autonómicas con incidencia en la materia para determinar el contenido y forma de la misma.

El procedimiento finaliza con la calificación del bien en cuestión como “*Bien Cultural*” y su inscripción en el Registro de Bienes Culturales Calificados, a través del correspondiente Decreto del Consejo del Gobierno Vasco.

El artículo 12 de la L.P.C.V. dispone literalmente a este respecto que “*la calificación de un bien cultural incluirá, en los términos que reglamentariamente se desarrollen, los siguientes extremos:*

- a) *El otorgamiento de la categoría procedente de conformidad con las establecidas en el artículo 2º.2.*
- b) *La descripción clara y precisa del bien o de los bienes integrantes, con sus pertenencias y accesorios, sujetándose en todo caso a las técnicas de inventario y catalogación vigentes, según la naturaleza del bien. En el caso de bienes inmuebles, deberán relacionarse además los bienes muebles que se reconozcan como inseparables de los mismos.*
- c) *La delimitación del bien y del entorno que resulte necesaria para la debida protección y puesta en valor de aquel, así como las razones que la han*

⁶⁶² ABAD LICERAS J.M. op. cit. pag. 279.

motivado. El entorno delimitado tendrá, a los efectos de esta ley, el carácter de parte integrante del bien calificado.

- d) *El régimen de protección del bien calificado, con especificación de las actuaciones que podrán o deberán realizarse sobre el mismo y las que queden prohibidas. Cuando se trate de bienes culturales destinados al culto religioso habrá de tenerse en cuenta la peculiaridad de los fines religiosos inherentes a los mismos.*
- e) *La relación de los bienes que se consideren de singular relevancia cuando se trate de un conjunto monumental”.*

El requisito exigido en el apartado “a” se refiere a la determinación de si el elemento inscrito se considera Monumento, Conjunto Monumental o Espacio Cultural.

Ya nos hemos referido a la irrelevancia jurídica de esta consideración de la que no derivan consecuencias en orden al régimen de protección, más allá de que en el caso de los Conjuntos la aprobación de un instrumento urbanístico de protección derive en una modificación en el régimen autorizatorio según lo que dispone el artículo 33 de la Ley. Es por ello que nos parece que exigir su determinación como contenido necesario de la calificación es un requisito perfectamente omisible, por más que pueda ser útil en el caso de los conjuntos a los efectos reseñados.

La descripción y delimitación del bien y su entorno son requisitos insoslayables y que derivan de la propia lógica de las cosas. Son requisitos de eficacia de la resolución y medios necesarios para garantizar la seguridad jurídica. Es sin embargo aportación relevante la de determinar que el entorno del bien (obviamente referido al supuesto de los inmuebles aunque no se haga a ello referencia expresa) es parte integrante del bien calificado y queda sometido a su régimen de protección.

Esta disposición refleja la más moderna concepción de que el bien a proteger no es solo un elemento aislado, cuanto su inserción en un entorno que permita el completo aprecio de su valor e impida intervenciones de las que se deriven discordancias inasumibles.

Se trata sin embargo de un aspecto controvertido. Sirva de ejemplo la anulación por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, a través de la Sentencia 773/2004 de 29 de Octubre de 2004, del Decreto 146/2003, de 1 de Julio, del Gobierno Vasco, por el que se califica como Bien Cultural, con la categoría de Conjunto Monumental, la Zona Arqueológica del poblado romano de Forua.

Esta anulación trae causa de un recurso presentado por el Ayuntamiento de Forua en el que alega que el Decreto infringe el art.12 “*ya que la parte expositiva del Decreto*

describe de forma genérica y vaga las estructuras constructivas encontradas”, cuando “resultaba sumamente fácil incorporando al documento algún dibujo fotografía (sic)⁶⁶³ de dichas estructuras” , que “la parte no excavada no constituye el poblado romano”, se desconoce “si constituyen el conjunto monumental los caseríos, las chabolas, la vivienda unifamiliar, los restos del Convento de los Franciscanos, la plataforma desmontable, las huertas, los prados, las tierras etc, que están comprendidas en la delimitación y son ajenas al poblado romano”, no se contiene “una relación de los bienes que se consideran de especial relevancia para el conjunto” y existe falta de motivación, por cuanto el estudio que obra en el expediente, solo confirma el origen romano y la importancia histórica de cuatro de las estructuras excavadas, “pero solo de esas cuatro, sin llegar a justificar la delimitación realizada”. (Fundamento Jurídico Primero)

El Gobierno Vasco opone, sin embargo, que existe una descripción clara y precisa del bien y su delimitación en los Anexos I y II del Decreto, rechaza la falta de motivación y niega al Ayuntamiento legitimidad para la defensa de los derechos de terceros interesados.

El T.S.J. afirma en primer lugar que en el Anexo II que realiza la delimitación de Conjunto, solo se describen las cuatro estructuras del bien calificado y *“como bien señala el Ayuntamiento recurrente, no se describen elementos o estructuras comprendidas en el amplio espacio circundante”,* por lo que *“es manifiesto que dicho espacio circundante viene a ser calificado.....como entorno necesario para la debida protección y puesta en valor del bien cultural”.*

A partir de dicha premisa, *“es obligado concluir que el Decreto incumple la expresa exigencia de motivación”,* puesto que *“no se da ni una sola razón que justifique dicha delimitación ya que se limita a describir sus linderos por los cuatro aires, pero prescinde de la menor justificación de las razones por las cuales se ha considerado necesario incluir dicho entorno”;* el Decreto *“se limita a decir que el poblado romano de Forua es conocido en ámbitos científicos, lo que no se cuestiona, pero no es suficiente para justificar la delimitación efectuada”,* todo lo cual *“determina la estimación del recurso, toda vez que es disconforme a derecho al omitir la necesaria justificación de la delimitación efectuada del bien cultural y de su entorno”.* (Fundamento Jurídico Segundo).

En virtud de todo ello el Fallo declara *“la disconformidad a derecho del Decreto recurrido que consecuentemente anulamos”.*

La Sentencia es obvio que reclama el comentario en muchos aspectos. En primer lugar, y aunque el Tribunal no se pronuncia expresamente sobre ello, (la rechaza implícitamente cuando admite la pretensión del recurrente) parece necesario analizar la falta de legitimación del Ayuntamiento de Forua que aduce la representación del Gobierno Vasco.

⁶⁶³ Las citas están recogidas literalmente de la Sentencia en cuestión.

Debemos apoyar en este punto la decisión del órgano sentenciador.

En primer lugar por el carácter de institución competente, "*a efectos de la presente ley*", que le confiere el artículo 4 de la L.P.C.V. con las subsiguientes responsabilidades a que se hace referencia en diversos artículos, (pongamos aquí a modo de ejemplo por su directa relación con el supuesto de hecho, las que derivan del art.48) y el tenor literal del art.3 que establece la legitimidad de cualquier persona para actuar en defensa del patrimonio ante las administraciones públicas "*y/o tribunales competentes, exigiendo el cumplimiento del dispuesto en esta ley*".

Adicionalmente, las innegables consecuencias que para las competencias municipales en el ámbito del planeamiento urbanístico y el diseño de infraestructuras tiene la Calificación como Bien cultural del yacimiento, convierten al Ayuntamiento en interesado directo en la cuestión que se debate.

Dicho esto, hay que discrepar sin embargo de la premisa de partida del Tribunal.

La no descripción de elementos o estructuras más allá del terreno excavado, (el T.S.J. obvia el fundamental detalle aducido por la recurrente de que "*la parte no excavada no constituye el poblado romano*", afirmación inverificable desde luego hasta que precisamente se excave) no convierte en "*manifiesto*", ni muchísimo menos, que el espacio circundante a las estructuras descubiertas se haya calificado solo como "*entorno necesario para la debida protección y puesta en valor del bien cultural*". Existen otras posibilidades que el Tribunal desdeña sin prestarles la menor atención, cuando parece evidente que son las que fundamentan la decisión delimitadora.

No hay más que observar que cualquier actividad arqueológica se somete a autorización foral previa (equiparándola a la intervención sobre bienes calificados) y que en las zonas donde se presume la existencia de restos arqueológicos se establece idéntico régimen y equiparación, para comprender que la delimitación comprende o debe comprender todo el área en que sea razonable esperar la existencia de éstos. La razonabilidad de esta decisión es la que debe cuestionarse el Tribunal y lo hace insuficientemente, de forma impropia e inadecuada.

No es casualidad que los terrenos excavados sean los de titularidad foral. Si no ha podido determinarse si en todo el ámbito de la delimitación podemos encontrar huellas del poblado romano, (cuya existencia ni los recurrentes niegan) es por responsabilidad, entre otros, de los titulares de los terrenos, que impiden a la administración verificar con exactitud si tales restos existen o no.

Hay que recordar que el propio Ayuntamiento reconoce la existencia en ese espacio de indicios (“*estructuras, restos de cerámica...*”) aunque considera que “*podrían determinar la declaración de zona de presunción arqueológica pero no llegar a constituir un bien cultural*”.

Llama poderosísimamente la atención que el T.S.J. no se haya detenido en este punto.

El régimen jurídico que afecta al yacimiento calificado como Bien Cultural y como zona de presunción es sustancialmente similar. En ambos casos (en uno por lo que dispone el art.29 de la L.P.C.V. y en otro por lo que señala el 49) se precisa autorización foral previa y un estudio arqueológico previo a cualquier intervención, y esa intervención arqueológica (que el Tribunal podría haber reclamado para verificar si la delimitación responde realmente a la configuración del yacimiento o, entonces si, puede reputarse, con necesidad o sin ella, como entorno del mismo) debe en su caso servir para modificar la inscripción en el Registro de Bienes Culturales Calificados. Así se deduce de la aplicación combinada de los artículos 10 y 15 de la Ley.

Hay pues una cierta confesión de parte sobre lo fundado de la decisión administrativa protectora, sobre su motivación real y su congruencia con los objetivos y responsabilidades que la Ley atribuye a la administración autonómica.

En definitiva, puede concluirse sin dar excesivo pábulo a la imaginación que la razón que está detrás de la delimitación del Bien que realiza el Gobierno Vasco es la presunción de que pudiera extenderse el yacimiento y encontrarse restos del poblado romano en todo el ámbito que comprende, y no la consideración del mismo como entorno necesario para la debida protección y puesta en valor, que se refiere por definición a un espacio que se ha comprobado fehacientemente que no forma parte propiamente del Bien (en este caso yacimiento romano) pero en el que resulta preciso restringir las intervenciones por su incidencia directa o indirecta en el mismo o en el derecho de todos a su disfrute.

El criterio del Tribunal se basa, a nuestro juicio, en una consideración de los yacimientos arqueológicos como bienes culturales de idéntica naturaleza a los edificios exentos, por ejemplo, de manera contraria a lo dispuesto en la L.P.C.V., que para algo establece normas de mayor rigor tuitivo dada la mayor vulnerabilidad y desconocimiento que en los yacimientos concurre sobre entre otros aspectos, la delimitación concreta de su extensión.

Olvida el órgano jurisdiccional que no habiéndose procedido a excavar todo el perímetro de la delimitación administrativa y existiendo indicios de que pudieran encontrarse restos del poblado romano en cualquiera de sus puntos (como reconoce la propia parte recurrente cuando cree que justificarían la consideración como zona de presunción) no puede sostenerse que la delimitación carezca de sentido como constitutiva del Bien, y no ya como entorno preciso para su debida apreciación.

Existiendo esa posibilidad de investigación, y debiendo modificarse la delimitación en función de los resultados de la misma, de modo y manera que de no encontrarse restos carecería de justificación, si no es precisamente como entorno, lo que debería fundamentarse específicamente, no debe impugnarse “a priori” la decisión administrativa.

Es muy posible que pueda exigirse mayor o mejor motivación al Decreto 146/2003, o que su redacción no sea la óptima o la que sería deseable desde este punto de vista, pero ello no autoriza a concluir que estemos ante un entorno del yacimiento y no ante el yacimiento mismo.

Vuelve a omitir el Tribunal un hecho significativo en este terreno. El Decreto es el fruto de un largo procedimiento administrativo en el que intervienen (o pueden intervenir al menos) todos los niveles administrativos, el propio Ayuntamiento recurrente, la Diputación Foral, el Gobierno Vasco y los particulares interesados. Nada se dice en la Sentencia en torno a las alegaciones que hayan podido realizar con anterioridad.

El Decreto, presuntamente, no justifica suficientemente, en su tenor literal, que haya que incluir en la delimitación el perímetro controvertido. El informe técnico solo alude a estructuras que se encuentran fuera del mismo, se nos dice.

¿ Es esto así en todo el procedimiento ? ¿ Adujo ya el Ayuntamiento, en el trámite de audiencia que le correspondía, esta circunstancia y no fue tenida en cuenta ? ¿ Ningún otro interviniente se refirió a la misma ? ¿ No consta, en ningún extremo del expediente argumento alguno que permita concluir, de forma contraria a lo que sostiene el Tribunal, que la Administración no reputaba entorno, sino parte integrante del bien cultural la delimitación impugnada ?

La Sentencia mantiene un mutismo total en relación con el procedimiento administrativo seguido para la calificación, cuando se trata de un dato fundamental para validar o negar la premisa de la que parte.

No hemos tenido acceso al informe técnico y al expediente administrativo, pero nos resistimos a creer que no exista argumento alguno en todo él que se refiera a porque la línea se establece de aquí a allí y no entre cualesquiera otros puntos.

Quien impugne la delimitación por considerarla infundada, existiendo los indicios reconocidos incluso por el recurrente, no puede menos que reclamar a la administración (y facilitarla si está en su mano) la actividad investigadora, para corroborar esos indicios, o en caso contrario, solicitar, ahora si con argumentos de peso y desde la única

legitimación posible de la delimitación como comprendedora de un “entorno”, la modificación y limitación de la misma.

Curiosamente éste es el elemento controvertido en la demanda que da pie a la Sentencia 654/2005 de 7 de Octubre de 2005, otro recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 146/2003, que el T.S.J. va a declarar inadmisibles por pérdida sobrevenida de objeto, dada la Sentencia anterior.

Los recurrentes, “*propietarios de distintas fincas comprendidas en el ámbito calificado como bien cultural*”⁶⁶⁴, según los define la Sentencia, impugnan el Decreto por omisión “*de un estudio previo acreditativo de la existencia de valores arqueológicos relevantes*”. A su juicio, la administración ha presentado “*unos estudios puramente históricos, que no arqueológicos en los cuales se afirma que hubo una ocupación romana y que pudieran existir parte de las construcciones correspondientes a dicha ocupación*”, “*desplazando hacia los propietarios interesados la carga de la prueba negativa*” y “*sin contar con un estudio riguroso que lo justifique*”. También impugnan el Decreto por “*ser de imposible ejecución al acompañarse (suponemos que falta un “no”) de un régimen financiero que posibilite la conservación y utilización del ámbito calificado*”.

Hubiese sido sumamente interesante que el T.S.J. hubiera analizado los argumentos de la parte recurrente, por cuanto se refieren al meollo de la cuestión, tal y como hemos observado en relación con la Sentencia precedente.

Consideramos por nuestra parte que carece de fundamento la alegación de la imposible ejecución, por cuanto no hay tal; los interesados disponen de la posibilidad de solicitar las ayudas públicas establecidas en la Ley o en posteriores normas de desarrollo y de impugnar en su caso los actos administrativos de concesión si su importe no es proporcional al de las restricciones impuestas a sus derechos, y el Decreto es en este punto absolutamente similar a cualquier otro de los múltiples emitidos para calificar bienes culturales que conservan plena vigencia.

Sin embargo el carácter y naturaleza del estudio previo necesario para fundamentar la delimitación que se haga en cada caso del bien concreto, si que constituye una impugnación relevante.

Sobre este particular hay que reiterar que no necesariamente deben aplicarse similares criterios con respecto a bienes conocidos y documentados, como sucederá con la práctica totalidad de los bienes exentos, y a bienes de los que se desconoce con precisión su configuración, como sucede en el caso de los yacimientos arqueológicos. En estos casos la existencia de indicios mínimamente razonables puede ser suficiente para la delimitación, sin perjuicio del derecho de los titulares, en contrapartida, a que se

⁶⁶⁴ Las citas están recogidas literalmente de la Sentencia en cuestión.

desarrollen con celeridad las investigaciones que procedan para cerciorarse de la real extensión del perímetro a proteger.

Lógicamente junto a la descripción del elemento a proteger es el régimen de protección a establecer el contenido fundamental de la calificación. Sobre éste se impone el deber de establecer intervenciones de tres diferentes caracteres, las intervenciones permitidas, aquellas que se faculta a los titulares para poder realizar si tal es su deseo, las intervenciones debidas, aquellas que deben realizar como traslación del deber que se les impone de velar por la conservación en su integridad evitando la *“pérdida, destrucción o deterioro de los bienes”* (art. 20), y las intervenciones prohibidas, aquellas cuya realización se proscribe en virtud de sus consecuencias respecto de los valores que adornan al bien en cuestión.

Es sumamente razonable que la L.P.C.V. predetermine de este modo el contenido del régimen que la Administración debe establecer. Sin embargo hay que señalar que será difícil que el régimen de protección sea capaz de prever todas las eventualidades a que pueda verse expuesto el elemento de que se trate, todas las posibles intervenciones de que pueda ser objeto, y que sea capaz con respecto a todas ellas de introducirlas en alguna de éstas categorías de intervenciones (debidas, permitidas y prohibidas) a las que hemos hecho mención.

De ahí que tan importante como que el régimen de protección sea lo más preciso y detallado posible es la atribución a la administración de la potestad de velar, a través de la técnica de la autorización previa, por que la intervención proyectada sea congruente con dicho régimen.

Junto a estos extremos de contenido necesario de la calificación, el artículo 12.3 establece que *“el régimen de protección podrá incluir determinaciones respecto a la demolición o retirada forzosa de elementos, partes o, incluso, construcciones y edificios incompatibles con la puesta en valor del bien protegido. Estas determinaciones serán causa justificativa de interés social a efectos de expropiación. Cuando se ejecuten en suelo urbano podrán tener el carácter de actuaciones aisladas a efectos de su gestión urbanística”*. Es ésta una disposición sobre la que pueden efectuarse consideraciones desde diferentes perspectivas.

Una primera resaltaría la importancia de facultar a la Administración para imponer a la propiedad y resto de titulares de derechos la realización de determinadas actuaciones sobre el bien. Es evidente que la situación del mismo y la protección debida de sus valores pueden convertir dichas intervenciones en imprescindibles y que no pueden dejarse las mismas al albur de la iniciativa particular, como es la regla general en la que la Administración se limita a someter a autorización previa las intervenciones que deseen realizar los interesados. Como veremos al referirnos al régimen general de protección establecido por la Ley ésta disposición está íntimamente relacionada con la atribución a las Diputaciones Forales (art.20.3) de la potestad de ordenar la realización de intervenciones en el supuesto de daños ilícitos.

Y una segunda, de manera lógica, parece implícitamente reconocer que no se trata de imposiciones que el afectado deba asumir a su costa sin compensaciones por parte de la Administración. La remisión a la regulación de la expropiación nos indica que cuando la afección de los derechos de los titulares sea lo suficientemente relevante será ésta la vía a seguir por aquella. Es por supuesto obvio que la adopción de este tipo de determinaciones en el régimen de protección del bien tendrá justificación en aquellos casos en que la protección de los valores relevantes lo exija, no admitiendo soluciones menos drásticas.

El artículo 5 del Decreto 342/1999 de 5 de Octubre dispone la inscripción de oficio a instancia del Consejo de Gobierno, órgano que la aprueba, la anotación en el Registro de *“todos los actos y negocios jurídicos, así como las resoluciones administrativas que sobre los mismos recaigan”*, así como la anotación preventiva de la incoación de un expediente de calificación.

El Registro se encuentra dividido en dos secciones, correspondientes respectivamente a bienes muebles e inmuebles (art. 6) y la inscripción debe contener (art. 7) la denominación y código de identificación, la descripción clara y concisa del bien con los datos textuales y gráficos suficientes para su *“rápida y fácil identificación”* con concreción además en los inmuebles de su delimitación y localización, la fecha de declaración y de publicación de la resolución en los boletines oficiales con expresa indicación de si se trata de un elemento singular, o de un Conjunto o Espacio, con referencia en los bienes muebles a la eventual inseparabilidad de un inmueble que debe asimismo identificarse claramente, filiación y domicilio de los propietarios y en su caso poseedores y titulares de derechos reales con indicación de su contenido, datos registrales en los inmuebles y fecha de notificación al mismo y un extracto de las informaciones más relevantes del expediente de declaración.

La identificación de los propietarios y titulares de derechos y los datos registrales y fecha de notificación al Registro de la Propiedad no son exigibles con respecto a la inscripción de Conjuntos Monumentales o Espacios Culturales. (Art.7.2).

El artículo 7.3 dispone finalmente la publicación en el B.O.P.V. con carácter anual de la relación de bienes inmuebles calificados a lo largo del ejercicio, *“a los solos efectos de su general conocimiento”*.

Esta disposición es especialmente criticable, por cuanto excluye de la publicación necesaria los bienes muebles objeto de inscripción. No parece haber razón para ello pues si la publicidad inmobiliaria se fundamenta en las importantes repercusiones de la adquisición de derechos sobre bienes de esa naturaleza, no cabe excluir que tal sea también la circunstancia que adorne determinadas transacciones sobre bienes muebles y en todo caso el público conocimiento facilita la colaboración de los particulares en la defensa y protección de los elementos en cuestión.

Consideramos en todo caso que la anotación de las modificaciones que pueda sufrir el régimen dominical del inmueble es un indudable acierto toda vez que permitirá, de cumplirse la prescripción normativa, que la Administración y los ciudadanos interesados, dado el acceso público al Registro, conozcan la evolución del régimen de propiedad y que aquella disponga de la información necesaria para proceder a la adopción de eventuales medidas protectoras actualizada, con la consiguiente celeridad a la hora de la aplicación de las mismas.

Menor relevancia posee la anotación preventiva de la incoación de un expediente, habida cuenta de la publicidad en los boletines oficiales de la misma y su anotación en el Registro de la Propiedad. (Obviamente refiriéndonos a los inmuebles, que son los que acceden a ese Registro). En todo caso resultará útil en la medida en que su consulta, a través por ejemplo de los modernos medios tecnológicos, sea más rápida y sencilla que la de esos otros instrumentos, más aún si resulta gratuita, aspecto sobre el que el Decreto 342/1999 nada dice.

Si que sin embargo echamos en falta, habida cuenta de su condición de administraciones principalmente competentes en la ejecución de las medidas protectoras, que se establezcan mecanismos para el conocimiento inmediato por parte de Diputaciones Forales y Ayuntamientos afectados de las modificaciones que sufra las anotaciones del Registro referidas a los bienes ubicados en su territorio.

Abad Liceras⁶⁶⁵ ha dedicado un pormenorizado análisis a la inscripción de la calificación en el Registro de la Propiedad tal y como deriva del tenor del artículo 11.5 de la Ley *“el Gobierno Vasco notificará al Registro de la Propiedad la calificación otorgada, cuando la misma recaiga sobre un bien inmueble, a los efectos de que se practique la inscripción procedente, con arreglo a la legislación hipotecaria”*. Nos sumamos a sus conclusiones en torno a la legitimidad gubernamental para proceder a la inscripción, aunque es otro el aspecto que deseamos analizar a continuación.

La previsión legal se refiere a la notificación de la *“calificación otorgada”*.

Es pues manifiesto que la redacción literal nos conduce a excluir como deber de la administración autonómica la notificación de la incoación de un expediente, pese a que con carácter todo lo provisional que se quiera la consecuencia es la misma, la vigencia del régimen de protección establecido para los bienes calificados, que se traduce aquí, como más adelante veremos, en la necesidad de obtener autorización administrativa previa para cualquier intervención que afecte a cualquiera de ellos.

Sin embargo las razones que justifican la notificación al Registro de la Propiedad de la inscripción final existen del mismo modo con respecto a la incoación.

⁶⁶⁵ ABAD LICERAS J.M. op. cit. pags. 289-290.

Dada la no prohibición legal de la notificación de este acto administrativo, ni en sede de Ley de Patrimonio ni en sede de legislación hipotecaria, cabe entender que el Gobierno Vasco notifique la incoación del expediente al Registro de la Propiedad aún en ausencia de obligación legal expresa, en virtud de la limitación del derecho de propiedad y eventualmente de otros derechos reales que se deriva de la misma.

Es digno de mención por otra parte que el procedimiento (artículo 15 de la L.P.C.V.), para dejar sin efecto una declaración de Bien Cultural Calificado es el mismo que para la declaración, con los mismos requisitos y trámites. (*“El Decreto de Consejo de Gobierno por el que se acuerda dejar sin efecto una declaración de bien cultural calificado deberá someterse a los mismos requisitos y trámites que para su declaración”*).

Parecería sumamente lógico y razonable que así fuese, desde la perspectiva garantista de la protección de un bien que tuvo en su día la relevancia cultural suficiente para merecer la calificación, y sin embargo observamos la necesidad de proceder con mayor celeridad en estos supuestos.

En primer lugar porque los motivos para proponer la descalificación parece que sólo pueden ser aquellos a que se refería el artículo 20 del Reglamento de 1936, *“haber desaparecido a causa de derribo o de ruina; por haber perdido el interés que anteriormente aconsejó su inclusión; o por estimarse no ser merecedores de la atención, cuidados y dispendios que la declaración e inclusión en el catálogo llevan anejos”*.

Podemos de entre ellos considerar el último como extraño, en la medida en que el dilatado procedimiento escogido debe garantizar un preciso examen de la calidad y relevancia del bien en cuestión. Podría aducirse que pueden variar los criterios y valoraciones fruto de tendencias, modas o actitudes sociales y/o culturales pero deberá en cualquier caso reclamarse de la Administración y de los organismos culturales llamados a intervenir en el proceso una consideración lo suficientemente objetiva como para estar relativamente a salvo de contingencias inmediatas de este tenor.

Los otros motivos se reducen a uno; la desaparición del interés cultural del bien, bien sea por su desaparición física o bien porque su estado haya perjudicado el reconocimiento de sus elementos más relevantes de forma irreversible.

En la práctica va a ser éste el motivo principal y cuasi-exclusivo de descalificación toda vez que en el marco de un procedimiento tan largo y complejo sólo va a solicitarse la descalificación cuando sea evidente la desaparición del interés cultural del bien.

La experiencia en la C.A.P.V. (el 100% prácticamente de las descalificaciones lo son por este motivo y se conceden) así lo corrobora. Y si esto es así, si además la comprobación del derribo y/o la pérdida del interés cultural va a ser tan relativamente sencilla, nos encontramos ante la segunda razón por la que sería exigible un procedimiento de descalificación más sencillo y sobre todo más breve, el grave perjuicio que los titulares de derechos reales, en particular los propietarios de los bienes se ven obligados a soportar durante la tramitación del procedimiento.

Un periodo de 12 meses y la vigencia provisional durante el mismo del correspondiente régimen de protección son razonables en la medida en que los perjuicios que sufre el particular (cuando menos la inseguridad jurídica sobre el sentido de la resolución administrativa última) se ven compensados por un lado por el interés público, y por otro, por las compensaciones que la legislación otorga al particular afectado.

Nada de esto ocurre cuando unas u otras circunstancias ocasionan la desaparición del interés cultural. Por un lado ya no existe el interés público a que antes hacíamos referencia, y por otro el particular sufre el perjuicio de verse privado de hipotéticas expectativas urbanísticas o de verse sometido a adoptar determinadas medidas de conservación y/o reparación, que pueden no estar debidamente justificadas por la valoración actual del bien.

Nada digamos de cuestiones como la responsabilidad civil en que pudieran incurrir titulares o administraciones, por no adoptar determinadas medidas en evitación de males mayores, que un procedimiento tan poco flexible en determinados casos podría hacer inviables, en respecto estricto de sus disposiciones.

Hay en todo caso que matizar que el plazo que la L.P.C.V. establece tiene un carácter de máximo y que nada impide (si no es la rutinaria adecuación administrativa a un actuar poco flexible) que la Administración obre con mayor celeridad en el marco de este mismo procedimiento.

En cualquier caso la solución descalificatoria está condicionada por lo dispuesto en el artículo 15.3 en torno a que *“la alteración de las condiciones que motivaron la calificación no podrá ser causa determinante, a los efectos previstos en el apartado anterior (la descalificación) si el nuevo estado en que se encuentra el bien afectado se debe al incumplimiento de las obligaciones exigidas por esta Ley”*.

No es suficiente por tanto la pérdida de valor o interés cultural del bien sino que ésta no debe tener por causa el incumplimiento por el interesado de sus obligaciones legales.

La disposición pretende evitar la comisión de fraudes que burlen el espíritu de la norma sobre la base de causar voluntariamente el deterioro u omitir los debidos cuidados para que el deterioro causado por los agentes externos a que cualquier bien (particularmente los inmuebles que son claramente aquellos en que el artículo está pensando) está expuesto, conduzcan al resultado lesivo deseado y a la descalificación subsiguiente.

Sin embargo debemos preguntarnos si en los supuestos de daños de difícil reversibilidad o de forma más concluyente en los de desaparición material del objeto de protección, la norma no nos conduce a un resultado absurdo.

No poder descalificar un elemento desaparecido por mor de que la desaparición haya tenido causa ilícita, supone separar Derecho y realidad y desvirtuar la información proporcionada por el Registro.

Cuestión distinta será la de la sanción que dicha conduzca merezca, que deberá ser todo lo desincentivadora que sea posible, pero creemos que la disposición del artículo 15.3 solo tendrá sentido cuando sea posible recuperar de algún modo los valores culturales de que el bien estaba dotado o cuando su mera supervivencia física material sea en si misma, y en cualquier estado valor a proteger. No le vemos sentido en el caso de desaparición material aunque puedan establecerse las condiciones que se consideren oportunas (es otro tema) con respecto al elemento que ocupará el lugar del desaparecido.

Nos queda una última e importante cuestión por analizar en relación con la inclusión de bienes en el Registro de Bienes Culturales Calificados. El artículo 27 de la L.P.C.V. dispone literalmente que *“los bienes culturales calificados cuyos propietarios sean la Comunidad Autónoma, los territorios históricos o los municipios quedarán automáticamente protegidos bajo el régimen de dominio público, siendo, en consecuencia, sea cual fuere su destino o afectación, imprescriptibles e inalienables, quedando sujetos al régimen de uso y aprovechamiento propio de los bienes demaniales”*.

Coincidimos nuevamente con Abad en buena parte de las críticas que realiza al precepto.⁶⁶⁶ El carácter demanial de los bienes no deriva de su titularidad pública sino de su afectación a un uso o servicio público. Ahora bien, el precepto no establece la condición de bienes de dominio público de aquellos a que se refiere, sino tan solo su condición de *“automáticamente protegidos bajo el régimen de dominio público”* y la consiguiente imprescriptibilidad e inalienabilidad.

Es llamativo el contraste por ejemplo, con la expresa y taxativa referencia del artículo 47 a que los bienes de interés arqueológico y paleontológico descubiertos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma *“serán de dominio público”*.

⁶⁶⁶ ABAD LICERAS J.M. op. cit. pags. 302-303.

Podríamos entender con Abad que se ha tratado de crear una especie de “tertium genus” de bienes no demaniales pero si protegidos por el régimen de ese tipo de bienes, pero la redacción del artículo es cuando menos confusa. La omisión de la referencia a la embargabilidad como rasgo característico de tal régimen crea además incógnitas adicionales. ¿ Es una exclusión deliberada ? ¿ Tiene algún sentido ?.

Desde el punto de vista de la finalidad tuitiva del precepto también creemos que es susceptible de crítica.

En primer lugar porque impone a la Administración el mantenimiento en manos públicas de bienes que pueden tener mejor uso en manos privadas. La Administración Pública es en nuestras modernas sociedades titular de un importante patrimonio, particularmente inmobiliario, cuyo mantenimiento (a veces tan solo para mantenerlo cerrado sin ningún uso productivo) reporta gastos de elevado importe que lastran su capacidad de emplear dichos fondos en actuaciones de mayor rentabilidad social. En ocasiones esa falta de utilización repercute en que no puedan divulgarse los valores del bien con la eficacia legalmente requerida, es decir que no pueda darse respuesta proporcionada a su interés social.

Sin embargo dadas las importantes garantías establecidas por la Ley en orden a la necesidad de autorizaciones previas para intervenir sobre bienes calificados, la posibilidad de determinar desde el régimen de protección los usos e intervenciones y por último la capacidad de reacción foral ante actos ilícitos, no hay mayor obstáculo en que tales bienes sean transmitidos a titulares privados que puedan darles un aprovechamiento compatible con los valores a proteger y que repercuta al mismo tiempo en un ahorro de gastos para la Administración con la posibilidad de utilizarlo junto al producto obtenido en la hipotética enajenación en una más eficaz política tuitiva.

Ejemplos hay muchos. Puede incluso que con ello puedan atraerse importantes inversiones exteriores que favorezcan la actividad económica y la creación de puestos de trabajo, que no deben sacrificarse a una rigidez mal entendida y al prejuicio sobre que los titulares privados no vayan a saber conservar los elementos que determinan el interés del bien, del mismo modo al menos que la Administración Pública.

Un último efecto pernicioso de la norma puede ser el desincentivar a la Administración a adquirir bienes culturales calificados ante el evidente riesgo de tener que cargar con ellos (y con los gastos que ocasionan) a perpetuidad, cuando la flexibilidad pudiera dar pie a su mantenimiento en mano pública hasta que una iniciativa privada respetuosa se interesase por él, y cuando esa adquisición pública puede ser imprescindible para su debida protección coyuntural.

5.4.3.2. El procedimiento de inclusion de bienes en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco

El segundo tipo de bienes a que la L.P.C.V. hace especial referencia es el de aquellos incluidos en el Inventario General de Patrimonio Cultural Vasco.

El artículo 16 define de nuevo de forma tautológica estos bienes al decir que son aquellos que *"sin gozar de la relevancia o poseer el valor contemplados en el artículo 10"*, (el relativo a los calificados) constituyen sin embargo elementos integrantes del patrimonio cultural vasco, y dispone que *"serán inscritos"* en el citado Inventario.

La defectuosa redacción de este artículo 16 parece sugerir que son bienes inventariados todos aquellos que integran el patrimonio cultural vasco y no poseen la relevancia o valor suficiente como para merecer su calificación. Como por definición bienes inventariados, sólo serán aquellos que efectivamente figuren inscritos (de acuerdo al mandato imperativo *"serán inscritos"*) en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco, podríamos llegar a la conclusión de que tan solo son elementos integrantes del patrimonio cultural vasco los bienes incluidos en el Inventario, amén de los calificados, claro está.

Esta conclusión es tan absurda como peligrosa. Es absurda porque se da de bruces con lo dispuesto en el artículo 2, que otorga carácter determinante a los valores poseídos por los bienes y sólo declarativo (además de forma facultativa *"pueden ser calificados e inventariados"*) a su registro e inscripción.

Además, no podía ser de otra manera si tenemos en cuenta que la pretensión de completar y recoger todos los elementos que define a un Inventario, es en esencia un desideratum que raras veces se alcanza en los de este calibre, quedando siempre bienes por descubrir, valores por desvelar y, desgraciadamente en muchos casos, negligencias y olvidos por corregir.

Pero es peligrosa también, porque sitúa al operador jurídico ante la tentación de primar la seguridad jurídica, tan cara a la soberbia de los juristas, anteponiéndola incluso a la evidencia, lo cual en situaciones de tan escaso elenco de elementos inventariados o en trámite de serlo, puede causar un perjuicio grave e irreversible a nuestro patrimonio cultural.

Jurídicamente, la conexión entre lo dispuesto en el artículo 2.1 en torno a los bienes que integran el patrimonio y 2.2 en torno a la *"posibilidad"* de calificación e inventario apoyan suficientemente la conclusión que exponemos.

El procedimiento de inclusión de bienes en el Inventario General de Patrimonio Cultural Vasco es similar al de calificación, con ligeras diferencias en cuanto a lo que se refiere al órgano iniciador (el artículo 17.1 establece que se inicia por Resolución del Viceconsejero de Cultura, referencia que vimos se omitía respecto del de calificación) y finalizador (la inscripción en el Inventario tiene lugar por Orden del Consejero de Cultura y Turismo mientras que la del Registro se hace a través de Decreto del Consejo de Gobierno, arts.17.1 y 11.1 respectivamente).

La tramitación del expediente de inventario se realiza de forma idéntica a la del de calificación según remisión expresa del artículo 17.1 a lo dispuesto en el 11.3.

Aunque con respecto a la iniciación no se reconoce expresamente la acción pública, creemos que no existe inconveniente alguno en concluir que si cabe para el procedimiento que mayores restricciones va a producir en los derechos de terceros como es el de calificación (art.11.2) no tiene porque no reconocerse para el que tiene consecuencias jurídicas en principio más leves.

Es ésta además la solución más congruente con la legitimación popular para actuar en defensa del patrimonio cultural vasco que establece el artículo 3 de la Ley y constituye por otra parte la práctica administrativa usual, siquiera sea con el matiz que señalábamos respecto a lo no incoación automática de expediente por el Gobierno Vasco. La remisión en la tramitación a lo dispuesto en el procedimiento de calificación evita que tengamos que referirnos a las cuestiones ya tratadas en relación con éste.

Una disposición sin embargo contiene regulación diferenciada con respecto a la de la calificación. El artículo 17.2 señala que *“el acto por el que se resuelva inscribir un bien cultural.....en todo caso habrá de producirse en el plazo de seis meses desde su iniciación”*. Se produce pues una modificación en los plazos del procedimiento que merece consideración específica.

La reducción del plazo de tramitación del expediente con respecto al procedimiento de calificación que atiende a los bienes de mayor relevancia (y por tanto aquellos que debieran ser objeto de atención preferente) solo puede tener sentido en el supuesto de que se reduzcan asimismo los trámites de seguimiento obligado en la tramitación. De la comparación entre ambos procedimientos tan solo detectamos una diferencia sustancial, la no exigencia expresa respecto de los bienes inventariados del establecimiento de un régimen de protección con las determinaciones que para la calificación se establecen en el artículo 12.

La remisión del art. 17.1 al 11.3, y dejando a un lado que sea uno u otro órgano del Gobierno Vasco el competente para dictar el acto administrativo correspondiente nos permite deducir la supresión en el inventariado de ninguno de los trámites de audiencia que se establecen para la calificación. Ahora bien ¿ significa esto que los

bienes incluidos en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco no deban contar con un régimen de protección ? Creemos desde luego que no es así.

El fundamento de la inclusión de los bienes en el Inventario está en la posesión de unos valores y la necesidad de su protección y defensa. (Art.2). Si tal es así, y con independencia de que en defecto de cualquier otra disposición tuitiva contamos ya, como veremos, con la que establece la obligación de comunicar a la Administración las intervenciones a realizar sobre estos bienes (art.30) como régimen de protección mínimo, es imprescindible la existencia de una disposición administrativa que motive cuales son los valores que justifican la delimitación de las facultades dominicales que se produce en su virtud, y que establezca las medidas a adoptar para su salvaguarda, de manera que no pueda imputarse a los titulares de derechos sobre los bienes o incluso a terceros ajenos, la lesión de lo que no estaban obligados a conocer o la no adopción de medidas que desconocían estar impelidos a adoptar y de manera asimismo que no se deje a una ilimitada discrecionalidad administrativa de difícil interdicción, la determinación posterior de qué intervenciones pueden y no pueden realizarse, con las obvias consecuencias para los interesados. Atentaría contra la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad, el carecer de un régimen de protección que permitiese su enjuiciamiento.

La L.P.C.V. presupone por otra parte en algún otro apartado la existencia de dicho régimen también respecto de los bienes inventariados. El art.23 faculta a las Diputaciones Forales para requerir el cambio de usos que contravengan lo dispuesto en el régimen de protección y se refiere expresamente tanto a los bienes calificados como a los inventariados.

Si tal régimen existe, concluiríamos que son idénticos (con los matices ya reseñados) los trámites a seguir para calificar y para inventariar los bienes. La conclusión es obvia; si son idénticos los trámites a seguir no se alcanza a comprender el sentido de reducir a la mitad el plazo de tramitación en el caso del Inventario.

Pudiéramos pensar en que existirían quizá regímenes menos detallados y por tanto necesitados de menor período para el análisis, pero creemos que no es así. Por principio las intervenciones posibles son las mismas y aunque pudiesen existir menos valores a proteger (no necesariamente) o en todo caso de menor relevancia (esto si que necesariamente) es preciso el análisis completo que demanda la compatibilización de los intereses públicos con los de la propiedad y demás titularidades privadas.

Por otra parte esta reducción del plazo puede tener un efecto perverso para la protección del patrimonio cultural. Podría conducir a la Administración, (cualquier buen conocedor de la dinámica administrativa no lo descartaría ni muchísimo menos) dado el menor plazo, a la atención preferente de los bienes a incluir en el Inventario, cuando es obvio que ésta debería dirigirse hacia los bienes a calificar, y que en todo caso debería reducirse el plazo respecto de los elementos a proteger de mayor relevancia.

El Decreto 342/1999 de 5 de Octubre se refiere a la inscripción de bienes en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco, que se organiza en dos secciones, bienes inmuebles y muebles respectivamente (art. 14), disponiendo que se practicará de oficio tras la Orden del Consejero de Cultura que resuelve afirmativamente la pretensión.

Ni la Ley ni el Decreto determinan expresamente a quien corresponde la inscripción, Abad Liceras concluye que debe tratarse del Consejero en virtud de su autoría de la resolución a inscribir⁶⁶⁷.

En realidad pudiera distinguirse, como realiza la norma, entre la resolución a inscribir y el hecho de la inscripción misma, pero en cualquier caso, establecido el deber de inscribir queda claro a quien compete en último extremo dicha responsabilidad, por lo que la cuestión pierde relevancia. Responderá a la específica organización administrativa de la Consejería, a quien se atribuya específicamente tal misión.

La inscripción debe reflejar todos los actos jurídicos y las alteraciones físicas que afecten a los bienes a que se refiere (art.13.2) y debe contener como mínimo (art.15) la denominación y código de identificación del elemento, la descripción clara y concisa del mismo con datos suficientes para su “*rápida y fácil identificación*” (en el caso de inmuebles incluyendo delimitación y localización), la fecha de inscripción y de publicación de la resolución en los boletines oficiales, la filiación y domicilio de los propietarios, poseedores y en general titulares de derechos reales con indicación de sus títulos, (salvo en el supuesto de conjuntos monumentales y espacios culturales en que dicha determinación se complicaría sobremanera), las transmisiones de titularidad y traslados, así como un extracto de las informaciones más relevantes contenidas en el expediente administrativo de inscripción.

Asimismo se dispone la publicación anual en el Boletín Oficial del País Vasco de las inscripciones realizadas, “*a los solos efectos de su general conocimiento*”. (Art. 16).

La incoación de expediente es objeto de anotación preventiva en el Inventario, (art.16), y en lo restante, el artículo 17 remite a la normativa del Registro de Bienes Culturales Calificados, por lo que no nos referiremos a las cuestiones ya analizadas en relación con éste.

Finalmente el artículo 19.1 de la L.P.C.V., en claro paralelismo con lo que también sucede en el otro régimen de protección, dispone que “*la exclusión de un bien cultural del Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco deberá ser sometida al mismo procedimiento contemplado para su inclusión*”.

⁶⁶⁷ ABAD LICERAS J.M. op. cit. pag. 346.

La crítica realizada previamente al similar precepto referido al Registro sería reproducible “velis nolis” en todos y cada uno de sus extremos en este caso.

5.4.4. EL REGIMEN GENERAL DE PROTECCION DE LOS BIENES CALIFICADOS E INVENTARIADOS

5.4.4.1. El deber general de conservacion.

El régimen general de protección de los bienes calificados e inventariados se contempla en la Ley en el Título III, (artículos 20 a 27), que comienza con una disposición fundamental, “*los propietarios, poseedores y demás titulares de derechos reales sobre bienes culturales calificados y sobre los inventariados están obligados a conservarlos, cuidarlos y protegerlos debidamente para asegurar su integridad y evitar su pérdida, destrucción o deterioro*”. (Artículo 20, cuyo tenor reproduce el art.2.1 del Decreto 306/1998, de 10 de Noviembre).

Esta disposición sigue el ejemplo del artículo 36 de la Ley estatal que le sirve de inspiración y que reza “*los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes*”, detallando en mayor medida el contenido de los deberes, pero separándose (desafortunadamente) del criterio de la norma estatal en el capital aspecto del elenco de bienes cuyos titulares están sujetos al deber.

Otras C.C.A.A. han detallado, sin embargo, el alcance de la obligación tuitiva con mayor detalle e incluso en algunos casos dotándola de diferente extensión.

Así, la Ley 4/1999 de Canarias precisa que “*se entiende por conservación de los bienes muebles el conjunto de medidas que se limitan a prevenir y retardar el deterioro de los mismos, con la finalidad de asegurar la mayor duración posible de la configuración material del objeto consolidado*”, (art.52.2) en definición que sería asimismo perfectamente aplicable a los inmuebles, pero sobre todo introduce como obligación de “*los titulares de derechos reales o simples poseedores*” la de proceder a la restauración, en caso de precisarse.

Consideramos por nuestra parte que se trata de una disposición manifiestamente excesiva.

No puede imponerse al titular, (y mucho menos al simple poseedor), la obligación de hacer frente al deterioro que el bien haya podido sufrir por causas ajenas a su responsabilidad, tanto si es el producido por el simple transcurso del tiempo, como el que se haya producido durante el tiempo en que lo poseía sin que se deba a su acción o omisión dolosa o culposa.

Cuestión diferente sería que se estableciese el deber del particular de permitir la restauración por parte de la administración cuando la misma se estimase culturalmente conveniente, pero establecerla como deber del tercero, por muchas ayudas de la administración a las que se llame después a colaborar nos parece absolutamente desproporcionado por hacer recaer sobre el propietario actual el efecto de incurias y negligencias anteriores, e inviable.

Aún sin conocer la experiencia canaria nos atrevemos a pronosticar que este será una de tantos mandatos legislativos que no se trasladan posteriormente a la vivencia cotidiana de los ciudadanos.

La Ley 10/1998 de la Comunidad de Madrid tras definir el deber en términos similares a los de la L.P.C.V., (eso si con referencia acertada a *“los bienes integrantes del patrimonio histórico de la Comunidad”*, criterio que siguen también otras normas como la Ley 4/1998 de Valencia que se refiere a los *“bienes del patrimonio cultural valenciano”*, o la 8/1995 de Galicia que se refiere a *“los bienes integrantes del patrimonio cultural”*) especifica de forma algo reiterativa que *“este deber básico comporta salvaguardar la integridad del bien y no destinarlo en ningún caso a usos y actividades que pongan en peligro la pervivencia de los valores que hacen de él un bien cultural”*. (Art.18.1).

La Ley 1/2001 de Asturias se refiere, como varias otras, no a la pérdida o deterioro del bien cuanto a la de *“su valor cultural”*.

Lo mismo podemos decir respecto de la Ley 1/1991 de Andalucía que prescribe un deber de conservación y custodia *“de manera que se garantice la salvaguardia de sus valores”*.

Creemos que no es una referencia acertada. La pérdida del valor cultural del bien puede venir derivada de su minusvaloración social como consecuencia del descubrimiento de otros semejantes que atenúen su singularidad, de la disminución en la consideración de la época, estilo o autor del que es testimonio, de una mayor información sobre las circunstancias concretas referidas al mismo que redunden en su menor apreciación etc, aspectos sobre los que el propietario o poseedor tiene escaso poder de actuación.

A nuestro juicio lo único exigible al titular es que vele por el estado físico del bien a su cargo, ni más ni menos. Y en tales términos debería establecerse su obligación, en los de velar por la conservación de los elementos con valor patrimonial, más que en la del valor mismo.

La norma asturiana añade además en el mismo precepto (art. 28.1) que “*se prohíbe la destrucción total o parcial de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de Asturias*”, disposición cuya virtualidad viene a ser la de reiterar el deber conservador ya aludido, a menos que tenga destinatario diferente al de los titulares obligados. Mayor sentido tiene sin embargo la expresa referencia, (art. 28.2), a que “*los usos que se realicen en los entornos delimitados para la protección de bienes inmuebles, no deben atender contra su armonía ambiental*”, disposición que otras leyes, por ejemplo la vasca, remiten a los específicos regímenes de protección que se establezcan “ad hoc” para los bienes.

Aquí pese a su genericidad si que nos parece acertado el régimen que configuran el apartado 27.1.b en lo que respecta al deber de “*utilizar los bienes de modo que no sea incompatible con los valores que aconsejan su conservación*”, y el art.27.3 respecto de que la acción de las administraciones “*se dirigirá de modo especial a facilitar la incorporación de los bienes del Patrimonio Cultural a usos activos y adecuados a su naturaleza, como medio de promover el interés social en su conservación y restauración*”.

Comentario específico merece por su singularidad el artículo 21 de la Ley 9/1993 de Catalunya que reza literalmente “*todos los bienes integrantes del patrimonio cultural catalán serán conservados por sus propietarios y poseedores. Se pueden establecer por reglamento procedimientos para la expurgación y la eliminación de determinadas clases de bienes, si no han sido declarados de interés nacional ni han sido catalogados.*”

Un primer aspecto a destacar en él es lo escueto de los términos en que se establece el deber. Dejando a un lado que la redacción en voz pasiva parece dotar de menor fuerza expresiva al precepto, aunque jurídicamente no tenga consecuencias relevantes, se impone exclusivamente la conservación, no sabemos si referida a los elementos materiales o sus valores por más que estén íntimamente relacionadas, sin precisar en mayor medida qué es lo que comprende.

Aún y cuando sea elogiable la línea de referir el deber a “*todos*” los “*bienes integrantes del patrimonio cultural*” no hay referencia alguna a los titulares de derechos, (particularmente reales), diferentes a propietario y poseedor, lo que evidentemente no puede conducir a interpretar que no estén obligados a la conservación en la medida en que sus acciones u omisiones puedan redundar en perjuicio de los bienes patrimoniales.

Sin embargo lo más llamativo del precepto es la mención de la posibilidad de regular por vía reglamentaria, “*procedimientos para la expurgación y la eliminación de determinadas clases de bienes*”, no declarados de interés ni catalogados.

Hay que criticar en primer lugar lo impropio de la redacción. No se tratará en ningún caso de eliminar “clases de bienes”, cuanto de hacerlo respecto de bienes singulares, y frecuentemente, si entendemos eliminar en el sentido excepcionalmente expurgatorio que parece impregnar el precepto, partes tan solo de aquellos.

Pero sobre todo, lo que hay que señalar es que el precepto no proporciona una habilitación de la que la Administración careciese sin él, dado que tanto con carácter general como específicamente en el régimen de protección de cada elemento podría (y quizás debería) hacerse referencia a esa expurgación o eliminación de elementos superfluos o incluso degradantes, (por utilizar terminología urbanísticamente al uso) y que sin embargo el hecho de que la posibilidad se ciña a los bienes no declarados o catalogados puede inducir a confusiones.

¿ Significa esta habilitación normativa que no puede regularse la expurgación o eliminación, (en este caso obviamente parcial salvo razones que primen sobre la consideración del valor cultural), en los bienes declarados o catalogados ?

Más aún, ¿ significa que no puede realizarse sobre los mismos ninguna intervención de ese carácter, ni cuando tenga propósito de difusión o realce de sus verdaderos valores culturales ?

Nos parece que la respuesta tiene que ser forzosamente negativa y que no puede entenderse el precepto en el sentido de que se proscriba la regulación general de estas intervenciones y todavía más su realización efectiva.

Dejando a un lado la justificación teórica del establecimiento de estos deberes y restricciones al ejercicio de la propiedad y demás derechos reales, que sintetiza oportunamente Abad Licerias,⁶⁶⁸ y que concluyen en el interés público prevalente de la conservación de los bienes integrantes del patrimonio cultural en garantía del que nosotros hemos denominado derecho humano al disfrute del patrimonio cultural, si que consideramos preciso referirnos con más detalle, en primer lugar, al elenco de sujetos pasivos del deber que establece el artículo 20 de la L.P.C.V.

Se refiere el mismo a los “*propietarios, poseedores y demás titulares de derechos reales*”; nosotros por nuestra parte no aludiremos a la consideración implícita de la posesión como un derecho real cuanto a la justificación de las presencias y ausencias entre los sujetos pasivos.

⁶⁶⁸ ABAD LICERAS J.M. op. cit. pags. 165-168

Conviene comenzar señalando que la obligación de conservación, cuidado y protección no es exclusiva de los aquí aludidos. En otros preceptos de la Ley se ha dejado sentado que los poderes públicos deben velar por la integridad del patrimonio y que cualquier persona puede actuar en defensa del patrimonio cultural ante administraciones y tribunales (artículo 3, por ejemplo) de donde cabe concluir que no recae exclusivamente sobre los mencionados en el artículo 20 ni el deber, ni la posibilidad de actuar en pro del objetivo aludido.

La justificación de la referencia singular y explícita estriba en la preferente posición que detentan tales sujetos en relación con los bienes sobre los que cuentan con derechos subjetivos. Dado su constante acceso a los bienes, su capacidad ordinaria de impedir además el acceso de otros en determinados casos y la posible influencia del ejercicio de los derechos sobre la conservación y tutela de los bienes, es lógico y acertado que se recuerde su especial responsabilidad y la necesidad de conjugar el derecho propio y el interés público tuitivo.

Entendido el precepto de este modo no podrá sustentarse la tesis de que la referencia a los titulares de derechos reales excluya el deber de conservación y la eventual responsabilidad de los titulares de otro tipo de derechos o de quienes careciendo de derechos sobre los bienes actúen de forma incompatible con el objeto de la disposición.

Por lo que respecta al carácter de la obligación material, si puede distinguirse perfectamente la conservación entendida como prolongación de vida material y garantía de supervivencia, de las actuaciones dirigidas a recuperar el estado original o subsanar los daños causados por la acción humana o los agentes físicos y el mero transcurso del tiempo, es más complicado establecer diferencias y matices en relación con los subsiguientes conceptos de cuidado y protección.

Si cabe entender “*cuidado*” en los términos de la Ley de Régimen del Suelo, como deber de vigilancia para mantener el bien en adecuadas condiciones de seguridad, salubridad y ornato, no cabe duda de que queda subsumido en el deber de conservar que lo presupone y exige, y no cabe duda de que si protección puede constituir eventualmente un deber más amplio que el de mera conservación, su materialización “pasiva” en la segunda parte del artículo, lo reconduce a la faceta conservadora.

El objeto del deber es “*asegurar la integridad y evitar la pérdida, destrucción o deterioro*”.

Puede generar confusión la referencia al aseguramiento de la integridad en la medida en que se entienda más amplia que la mera salvaguarda de la supervivencia física del bien en el estado en que se encuentre. ¿ Que sucede si el bien ha perdido ya la integridad original, se está exigiendo al titular su reposición al estado de creación ?

Creemos que no puede considerarse como deber y obligación del titular responder de los daños que el bien haya sufrido a lo largo de su historia y que por tanto, no puede exigírsele, como obligación jurídica, la restauración del elemento de que se trate. Es interesante a estos efectos la consideración de Abad⁶⁶⁹ en torno a que la integridad no tiene un alcance exclusivamente físico, sino que comprende las condiciones relativas a su status jurídico.

Problema similar al de la conservación, cuidado y protección, se genera respecto de la pérdida, destrucción y deterioro. Pérdida y destrucción pueden considerarse términos similares por más que la destrucción sea una de las formas en que puede producirse la pérdida, mientras que deterioro sin embargo es el resultado de cualquier acción u omisión de la que no deriva un daño tan global, completo e irreversible.

En todo caso el problema principal que genera la concreta redacción del artículo 20 de la Ley, y que cuestiona en cierta medida la congruencia interna de la misma es el referido al elenco de bienes sobre los que recae la obligación.

El artículo 20 nos proporciona una declaración inicial que establece que *"los propietarios, poseedores y demás titulares de derechos reales sobre bienes culturales calificados y sobre los inventariados están obligados a conservarlos, cuidarlos y protegerlos debidamente para asegurar su integridad y evitar su pérdida, destrucción o deterioro"* de forma muy similar a lo que establece el artículo 36.1 de la L.P.H.E.

Sin embargo la estricta literalidad de los términos del artículo 20, y más aún, la comparación con este último artículo 36.1 nos sitúan en uno de los problemas más serios a que se enfrenta en la actualidad la gestión de nuestro patrimonio cultural, como es el del tratamiento y protección que reciben los bienes no calificados ni inventariados.

Piénsese que no es un tema baladí; la opción por el método de clasificación va a provocar que sea necesario un expediente administrativo específico para someter cada bien a un régimen de protección.

Como consecuencia de esto y de la notable complejidad burocrática que implica, va a transcurrir mucho tiempo hasta que este así amparada una parte sustancial de nuestro patrimonio, pero es que además siempre habrá una cantidad indeterminada de bienes desconocidos o cuya relevancia no se nos ha revelado todavía, así como algunos respecto de los que (en particular si se trata de bienes muebles) no será posible averiguar todos los datos que la tramitación administrativa reclama para su calificación, (lato sensu), por la resistencia u hostilidad de sus propietarios a su público conocimiento.

⁶⁶⁹ Ibidem, pag.171.

Todos estos bienes no van a estar específicamente incluidos en un régimen de protección. ¿ Están obligados los propietarios, poseedores y titulares de derechos reales a conservarlos, cuidarlos y protegerlos debidamente ? El artículo 36 de la L.P.H.E. no deja lugar a dudas, "*bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español*", pero no así el artículo 20 de la L.P.C.V. que se refiere expresamente a los bienes calificados y/o inventariados.

¿Puede un propietario en la C.A.V. destruir un cuadro de Goya, derribar un caserío de más de 200 años de antigüedad o saquear un yacimiento arqueológico, sito por ejemplo en terrenos de su propiedad, por el mero hecho de que no estén calificados o inventariados ?

Parece evidente que no, al menos amparado por la Ley, porque la experiencia nos demuestra que algunas de estas actuaciones se desarrollan, y además con absoluta impunidad.

Aunque de forma confusa el artículo 20 se refiera exclusivamente a los bienes calificados e inventariados, hay que entender que ex-artículo 2, el resto de bienes integrantes del patrimonio cultural vasco "*son merecedores de protección y defensa*", y que los poderes públicos deben velar por ellos (artículo 3).

Hay que entender por tanto, del mismo modo, que los titulares de derechos, como el resto de ciudadanos, están obligados a conservarlos, cuidarlos y protegerlos al menos en la medida en que conozcan su patrimonialidad, aspecto clave sin duda en ausencia del privilegiadísimo medio de prueba de la declaración administrativa. Cuestión distinta será la posibilidad de sancionar a los sujetos que desarrollen actuaciones de esta naturaleza.

El Título III de la L.P.C.V. se refiere al régimen de protección que se establece para los bienes calificados e inventariados integrantes del patrimonio cultural. El artículo 12 por su parte reclama de la declaración de Bien Cultural Calificado entre otros apartados la fijación del "*régimen de protección del bien calificado con especificación de las actuaciones que podrán o deberán realizarse sobre el mismo y las que queden prohibidas*".

Podríamos entonces interrogarnos sobre la relación que van a mantener la protección genérica otorgada a un bien en cuanto inmerso en una de las categorías o regímenes y la específica fruto de la calificación. ¿ Puede ésta última alterar el régimen establecido con carácter genérico para los fines de su categoría ?

Por otra parte una cuestión que puede resultar también espinosa es el alcance de la deslegalización que efectúa el artículo 12 de la L.P.C.V. y que en ausencia de desarrollo reglamentario nos permitiría sólo pronunciarnos ante ejemplos concretos.

¿ Puede la declaración de Bien Cultural Calificado imponer obligaciones no expresamente objeto de la habilitación de la Ley o tan solo materializar "ad singula" las que ésta establece ?

Formulada la pregunta en estos términos podría ofrecerse quizás una respuesta, pero no será fácil establecer los límites entre lo debido, y lo lesivo por abusivo.

Respecto de la primera cuestión podemos precisar la respuesta en mayor medida.

Partiendo de la premisa de que el objeto de ambos regímenes de protección (el genérico y el singular) es diferente, dado que la L.P.C.V. se limita a disponer la necesidad de una serie de procedimientos administrativos de garantía, (autorizaciones, informes, desafectaciones ...), sin precisar salvo en supuestos muy concretos actuaciones permitidas o prohibidas, (art. 28.2), y aún en estos casos con carácter transitorio, podemos concluir que en ningún caso la determinación del régimen de protección singular va a variar lo establecido en el Título II.

La razón es que en ningún caso va a encontrar habilitación para ello en lo que encomienda el artículo 12 y sobre todo porque la calificación va a ofrecer simplemente a particulares y Administración un marco objetivo limitador de la amplísima discrecionalidad en que la L.P.C.V. sitúa el ejercicio de las facultades de intervención de los poderes públicos y de delimitación de intervenciones permitidas y prohibidas.

Manifestación particular del deber general de conservación es la disposición recogida en el artículo 23 en torno a que *“el uso a que se destinen los bienes culturales calificados y los inventariados deberá garantizar su conservación”*.

Estrictamente hablando se trata de una reiteración superflua de lo establecido en el artículo 20; no ya el uso sino cualquier acción relacionada con los bienes debe garantizar la conservación, pero el carácter general y omnicomprendido del uso y la correlativa atribución a la Administración en el mismo precepto de facultades específicas para actuar contra el lesivo e irrespetuoso, justifican a nuestro juicio la referencia particular al mismo.

5.4.4.2. Obligaciones específicas de los titulares de derechos sobre bienes calificados e inventariados

a) *La obligación de proporcionar información a la Administración*

El deber general de conservación y tutela de los bienes calificados e inventariados se concreta en diversas obligaciones específicas que en sede de régimen general se imponen a quienes detentan derechos sobre ellos. El artículo 24.1 señala que los propietarios, poseedores y titulares de derechos reales sobre este tipo de bienes “*deberán facilitar a las autoridades competentes la información que resulte necesaria para la ejecución de la presente Ley*”, y el 24.2 que “*estarán obligados a permitir su estudio por los investigadores, previa solicitud razonada de éstos ante la Diputación Foral correspondiente...*”. Ambos preceptos sugieren varias líneas de comentario.

Es llamativa la amplitud de la obligación establecida en lo que respecta a facilitar información. No se limita en razón de su contenido a aquella relacionada con la existencia, estado físico o situación jurídica del bien, ni en razón de grado a la información mínima relativa a los datos más básicos, por lo que cabría en principio concluir que la obligación de proporcionar información no necesariamente debe limitarse al elemento material (al bien) propiamente dicho, sino que puede requerirse en torno a cualquier circunstancia con él relacionada, otros bienes no integrantes del patrimonio cultural por ejemplo, siempre que sea precisa para la ejecución de la Ley, y que tampoco se ciñe a proporcionar meros datos que puedan obrar en documentos (facturas, escrituras y en general documentos de naturaleza contractual privada o pública) de que sea poseedor el obligado, sino que puede extenderse incluso a la realización de informes o valoraciones en cualquier soporte en torno a cualesquiera circunstancias relevantes.

Consideramos no obstante que hay otras perspectivas desde la que hay que matizar esta conclusión inicial.

En primer lugar, obviamente, la de la posible colisión de la obligación aquí impuesta con el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y en no menor medida el derecho de los particulares a las contraprestaciones correspondientes a los gastos que pueda suponerles el cumplimiento de la obligación.

La “*causa petendi*” que legitima el requerimiento de las autoridades competentes, (aunque la Ley conceda a cualquier ciudadano la posibilidad de actuar en defensa del patrimonio cultural según el artículo 3, la obligación de facilitar información se limita a las “*autoridades competentes*” en la ejecución de la Ley, que no son otras, art. 4 dixit, que los Ayuntamientos, Diputaciones Forales y Gobierno Vasco) es “*la necesidad para la ejecución de la Ley*”.

Es importante resaltar que no se trata de la conveniencia o la facilitación de la labor de las autoridades, sino de la necesidad para una actuación muy concreta, la ejecución de los mandatos legales.

Viene esto a significar que tan solo la información imprescindible, con el contenido, grado y soporte indispensables para hacer uso de la misma, es la exigible sin incurrir en exceso con respecto a lo que el particular está impelido a soportar. Es sin duda un importante paliativo a la ausencia, ya reseñada, de límites materiales en la información a proporcionar.

Dada además la detallada distribución competencial que realiza la L.P.C.V., junto a otras leyes autonómicas, (la L.T.H. verbigracia), y el propio Estatuto de Autonomía, hay que concluir también que la información demandable por cada Administración es tan solo la que precise para el ejercicio de la propia competencia.

Esto podría redundar en sucesivos requerimientos al particular por parte de las diferentes autoridades, pero es imprescindible tener en consideración que el deber de colaboración entre las Administraciones Públicas les obliga a recurrir preferentemente a la información que ya obra en mano pública.

Aún y cuando la redacción del precepto que establece la obligación informativa sea tan amplia, las consideraciones antedichas y el hecho de que en el fondo la obligación de facilitar información deba ceñirse a la que ya obra en manos del obligado, o a facilitar que la Administración la obtenga, permiten no calificar de exorbitante o desproporcionada la obligación y el deber impuesto.

Manifestación específica y singular de este deber de proporcionar información es la impuesta a los titulares de bienes calificados en el artículo 14.2 y la correlativa del 18.1 para el caso de los de bienes inventariados.

Establece el primero de los preceptos aludidos que *“será obligación del titular del bien calificado comunicar al Registro de Bienes Culturales todos los actos jurídicos que sobre los mismos recaigan, así como las alteraciones de los datos contenidos en el decreto de calificación”* y el 18.1 por su parte que *“las alteraciones jurídicas deberán ser comunicadas por sus propietarios en los términos regulados en el artículo 14.2 de la presente Ley”*.

Debemos plantearnos en primer lugar si de la diferente redacción de ambos preceptos se deriva algún tipo de consecuencia jurídica con respecto al deber de los titulares afectados.

No parecería ser así, pese a la omisión de la referencia al destinatario de la comunicación en el 18.1 y a las técnicamente incongruentes modificaciones de *“actos jurídicos”* por *“alteraciones”* y *“titulares”* por *“propietarios”*, si tenemos en cuenta la remisión final del artículo 18 a *“los términos del 14.2”*, pero hay que fijar la atención en que respecto de los bienes inventariados se hace tan solo alusión a las *“alteraciones*

jurídicas” como objeto de comunicación, mientras que en el caso de los calificados se añade la referencia a *“las alteraciones (de cualquier origen) de los datos contenidos en el decreto de calificación”*.

La consecuencia parece obvia; no sería obligado comunicar en el caso de los bienes inventariados, las modificaciones que no tuvieran carácter de *“alteraciones jurídicas”*, y a la vez incongruente, pues la veracidad de los datos es un requisito necesario para el ejercicio de las facultades que la administración tiene atribuidas y eventualmente para el ejercicio por parte de los ciudadanos de los derechos que les corresponden, en lo que respecta a los bienes incluidos en el Inventario tanto como en los calificados.

Conviene destacar que estos artículos 14 y 18 se refieren a alteraciones o modificaciones ya producidas, sin incluir como por ejemplo realiza implícitamente el art.14 de la ley andaluza, la posibilidad de que la información se refiera a *“planes, programas, o proyectos, tanto públicos como privados...que lleven aparejado riesgo de destrucción o deterioro”* del bien.

La existencia de una cláusula general como la del artículo 24.1 que se refiere a la *“información (de cualquier tipo) necesaria para la ejecución de la Ley “* permite sin embargo, aún sin que se llegue a la precisión de otras normas, que la exigencia de información de tal naturaleza cuente en la norma vasca con cobertura legal.

Es llamativo, en contraposición a lo realizado en nuestra Comunidad, que algunas otras C.C.A.A. (Andalucía, Catalunya, Castilla-León, Castilla-La Mancha...) no hayan sentido la necesidad de recoger expresamente esta obligación general de proporcionar información, salvo en lo que hace al supuesto diverso y que trataremos específicamente del ejercicio del derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración.

Es cierto que puede entenderse que el derecho de acceso de la Administración al bien puede proporcionar la oportunidad de obtener esa información y que el establecimiento de un deber general de denuncia del peligro de deterioro mitiga en parte el efecto de la no imposición expresa del deber, pero no es el tanteo y retracto la única situación en que la Administración puede tener necesidad de obtener información, ni siquiera como desafortunadamente a nuestro juicio limita el artículo 26.2 de la ley gallega, la de proceder a la inclusión del bien en alguno de los regímenes de protección.

La L.P.C.V. contiene como disposición relacionada con el deber general de conservación del patrimonio, la del establecimiento de un deber de *“denunciar el peligro inmediatamente a la Diputación Foral correspondiente”*, cuando *“sean necesarias obras de reparación para la conservación de un bien cultural calificado o inventariado, o si existe peligro inminente sobre el mismo”* (art.35.1).

Este precepto se aleja notablemente de los términos en que se configura la denuncia pública del peligro de destrucción o deterioro de los bienes culturales en por ejemplo el artículo 3.1 de la Ley de Patrimonio Cultural de Galicia (la Ley 8/1995), el 4.1 de las leyes 1/2001 de Asturias y 4/1990 de Castilla-La Mancha, 5.1 de las leyes 12/2002 de Castilla-León, y 1/1991 de Andalucía, o 5.2 de las leyes 10/1998 de la Comunidad de Madrid y 4/1998 de Valencia.

En primer lugar por su limitada referencia a los bienes calificados e inventariados, sin incluir aquellos que pueden precisar, dado el posible desconocimiento de su relevancia, en mayor medida, que se impulse el actuar administrativo a través de la denuncia.

Pero más aún todavía, porque a menos que interpretemos que la referencia junto a los propietarios a los "*demás obligados*" tiene alcance universal, referido a todos los ciudadanos, y carecemos para ello de fundamentación expresa en la L.P.C.V., la obligación de denunciar se limitaría a las personas titulares de derechos sobre el bien, cuando buena parte de las otras normas autonómicas confieren efectivamente ese alcance universal al deber de denuncia.

Veamos por ejemplo la ley gallega "*las personas que observasen peligro de destrucción o deterioro de un bien integrante del patrimonio cultural de Galicia...*" o la valenciana "*cualquiera que tuviera conocimiento del peligro de destrucción, deterioro o perturbación en su función social de un bien del patrimonio cultural o de la consumación de tales hechos, deberá comunicarlo inmediatamente...*".

Es la de todas esas normas una aportación interesante para la conservación del patrimonio que hay que reconocerles, ya que es evidentemente muy diferente ofrecer la posibilidad de la acción pública en defensa de los bienes culturales y establecer el deber de poner en conocimiento de la Administración los hechos que pueden facilitar la actuación de ésta, por más que un deber tan extenso en cuanto a la universalidad de sujetos a que se refiere y tan genérico, y más aún si no va acompañado de sanciones ciertas y seguras para el supuesto de incumplimiento, pueda quedar fácilmente convertido en agua de borrajas.

En todo caso alguna de las redacciones de los preceptos legales es manifiestamente confusa o desafortunada.

La Ley valenciana a modo de ejemplo (art.5) se refiere como hemos visto "*al peligro de destrucción, deterioro o perturbación en su función social de un bien del patrimonio cultural*" siendo así que puede resultar controvertida incluso para los expertos la definición de cual es tal "función social", y de lo que la destruye, deteriora o perturba, por lo que resulta impropio convertirla en contenido de un deber general y universal.

Se refiere asimismo a la “*consumación de tales hechos*” tratándose de algunos no mencionados con anterioridad, por lo que no se puede saberse si estamos ante la consumación de ese deterioro de la función social o más específicamente ante la afectación física del bien más allá de lo que pueda referirse a su función social, que como ya hemos señalado en otro apartado puede simplemente variar por la diferente percepción que del patrimonio tenga la sociedad en su evolución dinámica.

b) La obligación de permitir el acceso a los bienes culturales

La L.P.C.V. al contrario que lo que realizan otras normas autonómicas no hace referencia expresa a la obligación de los titulares de permitir a la administración, (y eventualmente a terceros), el acceso a los bienes culturales, a efectos por ejemplo de verificar su estado, comprobar las medidas que se toman para su conservación o mantenimiento, o completar la información y el conocimiento sobre el mismo. (Dejando aparte el supuesto de estudio por los investigadores, que analizamos seguidamente)

El artículo 24 lo reconoce sin embargo, implícitamente, cuando dispone que “*a estos efectos, dichas autoridades, previo requerimiento, podrán acceder a los bienes culturales calificados e inventariados, siempre que sea necesario a los efectos de inspección*”.

Si las autoridades competentes están facultadas para acceder a los bienes, es obvio que existe la obligación por parte de los titulares, (y de cualesquiera otros), de no perturbar, como mínimo, el ejercicio de tal derecho. Este modelo es también el que sigue el art.24 de la ley andaluza.

Otras normas autonómicas, de forma más adecuada a nuestro juicio, establecen expresamente el deber de “*propietarios poseedores y demás titulares de derechos reales de facilitar el acceso con fines de inspección a la Administración competente*”, (art.26.1 de la Ley de Galicia, 19 de la Ley de Madrid), o con fines además de “*realización de los estudios previos e informes necesarios para la tramitación de procedimientos de declaración como Bien de Interés Cultural o de inclusión en el Inventario*” (art. 25.1 de la Ley de Castilla-León) .

También se refieren a “*facilitar su inspección y examen*” y “*permitir el acceso a los investigadores previa solicitud razonada*” (art.18 de la Ley de Valencia), o a permitir “*el acceso por parte del personal de la administración autorizado en ejercicio de sus funciones inspectoras*” (art 28.1.a de la Ley de Canarias) .

Caso singular es el de la ley asturiana que menciona expresamente la obligación (art. 28.3) de “*permitir su examen material si así se lo requieren las Administraciones competentes*”, pero principalmente por la previsión de que el Principado “*establecerá unidades administrativas especializadas para el cumplimiento de las funciones de inspección atribuidas por esta Ley, dotándolas del personal adecuado, con capacitación técnica y medios suficientes*” y de que “*reglamentariamente se regulará su funcionamiento y las condiciones en que realizarán el acceso a dichos bienes*”.

La ley catalana contiene por último la singular obligación de permitir “*la colocación de elementos señalizadores de su condición de bienes culturales de interés nacional*” (art.30.1.b) que en otros casos puede encontrarse incluida entre las medidas de protección que la Administración está facultada para adoptar o imponer que los titulares adopten.

En la L.P.C.V., como en la mayoría de las restantes normas autonómicas, el acceso se conecta necesariamente con el ejercicio de facultades de inspección. (Hay excepciones notables como la norma asturiana en la que el acceso no se vincula o sujeta a motivo concreto sino tan solo al requerimiento discrecional, la norma castellano-leonesa, que ya comentaremos, en que se recogen otros fines, y la norma navarra en que muy escuetamente se establece el deber de “*permitir su examen*”, pero para los amplísimos fines de “*conocimiento, conservación y protección*”). No puede accederse a los bienes en búsqueda de información, al menos en la interpretación literal de lo dispuesto en el artículo 24, sino es bajo dicha cobertura.

Creemos que es una limitación injustificada. Lo sería incluso aunque no acudiésemos a una interpretación estricta del término “*inspección*” que demandaría medidas o actos previos cuyo respeto o cumplimiento se pretende verificar, o la expresión de las circunstancias a inspeccionar, porque la administración, tuteladora del interés público, puede estar legítimamente interesada en acceder a los bienes por otros motivos.

Recordemos que nos estamos refiriendo tanto a bienes muebles como inmuebles, que el acceso en principio hay que entenderlo inocuo, (respecto al bien cultural por descontado), o susceptible de compensación, y que, particularmente en el caso de los inmuebles, muchas informaciones son obtenibles sin necesidad de este acceso.

Si lo que se pretendía era limitar el acceso en virtud de los inconvenientes que su reiteración podría producir al titular, poseedor o usuario, esto no se consigue por cuanto a efectos de inspección el acceso es potencialmente ilimitado.

Es particularmente grave la limitación si tenemos en cuenta que al referirse en el apartado 2º al deber de permitir la investigación, “*previa solicitud razonada*” de los investigadores ante la administración, parece excluirse que se trate de investigaciones a desarrollar directamente por ésta. Aunque siempre exista la posibilidad de que la

administración encomiende a terceros la misma y de que sean éstos, por tanto, los responsables de la *“solicitud razonada”*.

Mucho más relevante, en todo caso, en orden a la debida protección del patrimonio cultural es la importantísima limitación del acceso a los bienes ya calificados o inventariados. Contrasta ésta con la acertadísima disposición castellano-leonesa que permite el acceso general a efectos de realización de los estudios, informes y trámites para la declaración o inventario.

Habida cuenta del escaso número de bienes incluidos en alguno de los regímenes de protección, y la necesidad de acceso a muchos de esa mayoría de bienes culturales no protegidos de ese modo para verificar la procedencia de la inclusión, no cabe duda de que constituye un lastre importante o una gran oportunidad perdida de facilitar la labor de las administraciones tutelantes, ante una eventual resistencia a que sean conocidos los valores reales o el estado de los bienes en manos privadas.

c) La obligación de permitir el estudio de los bienes culturales.

Similares conclusiones a las obtenidas en el análisis del precepto anterior de la ley vasca pueden obtenerse en relación con la necesidad de permitir el estudio de los bienes por parte de los investigadores autorizados por la Diputación Foral correspondiente. En principio la obligación de permitir el estudio se impone de forma ilimitada, siempre y cuando se haya producido una *“solicitud razonada”* ante la administración y ésta haya autorizado el estudio.

(Hay que reprochar al legislador una defectuosa técnica que hace que no se señale expresamente la necesidad de la autorización administrativa del estudio, aunque implícitamente haya que entenderlo así de la referencia a que *“la autorización -que debe existir por tanto- podrá ser otorgada condicionadamente en atención a la debida protección del bien cultural o a las características del mismo”*.)

Sin embargo esta obligación sin límites debe, afortunadamente, matizarse en función de los ya aludidos derechos al honor a la intimidad y a la propia imagen y al derecho del particular a no verse privado del núcleo sustancial de facultades de las que constituyen su derecho, sin recibir a cambio la correspondiente contraprestación.

No cabe que el estudio se realice, por ejemplo, privando de la posesión del bien (en el caso de los bienes muebles particularmente) a su titular de forma permanente o temporalmente significativa, o que las exigencias del *“estudio”* científico afecten a su explotación económica o a su uso cotidiano sin que el particular reciba una compensación proporcionada, provenga de los autores del estudio, en caso por ejemplo de que vayan a obtener una rentabilidad económica del mismo, o provenga de la

propia administración autorizadora, como tutelante del interés público al que presuntamente sirve la investigación.

Hay que recordar en particular que cuando el estudio conlleve la entrada en un domicilio privado deberá contarse con la autorización judicial en defecto de consentimiento del titular, con lo que la autorización foral se convertiría en condición necesaria pero no suficiente para el acceso.

Es éste uno de los preceptos de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco en que la redacción es menos afortunada. No solo por lo ya señalado en torno a una autorización que se recaba tan solo implícitamente, sino porque tampoco se expresa su contenido con claridad. Podríamos entender que la autorización administrativa versa sobre la realización del estudio tanto como sobre el acceso propiamente dicho al bien para su efectiva materialización.

En la primera de las hipótesis hay que señalar que parece desproporcionado exigir que la administración competente (en este caso las Diputaciones Forales) deba autorizar la realización de cualquier clase de estudio sobre los bienes calificados e inventariados.

En buena lógica su intervención debería limitarse a los estudios que potencialmente pudiesen causar daño o perjuicio al patrimonio, dado que, además de absurdo, es una invasión injustificada del ámbito de libertad de los ciudadanos pretender que cualquier investigación de cualquier aspecto que tenga relación con este tipo de bienes deba someterse a autorización administrativa previa para poder llevarse a cabo.

Si se tratase efectivamente de autorizar el estudio únicamente en los casos en que por el método o técnicas a utilizar pudiera derivarse con mayor o menor probabilidad un resultado lesivo, podríamos cuestionarnos la necesidad del precepto y si no tiene carácter superfluo, en el caso de los bienes inmuebles calificados al menos, cuando, como veremos, todas las “*intervenciones*” sobre los mismos se someten a tal autorización, ex artículo 29.

Parecería entonces más adecuado entender que la autorización foral debe recaer sobre el acceso al bien más que sobre la propia realización del estudio. No obstante la referencia al posible condicionamiento de la autorización en virtud de la “*debida protección del bien cultural*” o de las “*características del mismo*”, sin mayor concreción, introducen una notable dosis de incertidumbre al respecto, incrementada por lo que ya hemos apuntado anteriormente en torno a que el acceso de la administración a los bienes se conecta con funciones inspectoras (y de la inspección a la investigación hay un matiz).

Es llamativo que tratándose de una obligación a soportar por el titular, y al contrario que en otras que asimismo la Ley le impone, como la del régimen de visita pública del mismo artículo 24, no se haga ninguna referencia al condicionamiento o incluso exención del deber en virtud de circunstancias relativas al titular o su derecho. Más aún cuando el legislador debe ser consciente de lo ya reseñado en torno a que su autorización se constituirá en condición necesaria pero no suficiente.

Cabe pensar que precisamente porque se es conocedor de que puede existir una intervención judicial se remita a ésta la valoración de tales circunstancias, pero si el objeto de la autorización es el acceso al bien, por más que la administración deba tener como criterio inspirador la defensa del interés cultural no parece muy propio que se pueda desconocer por completo la repercusión sobre el interés privado legítimo.

Por otra parte si la autorización puede ser condicionada en virtud de la protección del bien o sus "*características*", (disposición fuente de exagerada discrecionalidad), parece que nos encontramos ante un supuesto de estudio con consecuencias potencialmente lesivas como el que anteriormente aludíamos.

Si se trata de autorizar el acceso a un bien de titularidad privada a efectos de investigación, hay que entender que el ámbito de la autorización es el del ejercicio de facultades de las que ya goza el titular de forma ordinaria y rutinaria, por lo que el condicionamiento del acceso por razones tuitivas solo tendría sentido, cuando del acceso múltiple derivasen repercusiones diferentes del singular.

La cuestión no es baladí ni muchísimo menos. No ya desde la óptica del titular afectado obviamente, sino desde la de la propia administración autorizadora. Si se trata únicamente de autorizar la realización de estudios con un potencial lesivo para el elemento estudiado, la autorización deberá tener por objeto la garantía del menor resultado lesivo y concederse siempre y cuando las conclusiones a obtener del estudio superen en interés a este último, pudiendo concederse todas en las que concurra esta circunstancia.

Si la autorización tiene por objeto el acceso, habida cuenta del resultado perjudicial cierto para el titular y su no consentimiento, que de obrar no justificaría la necesidad del acto administrativo, no pueden concederse múltiples sino tan solo aquellas que acrediten un estudio singular y diferenciado y que no pueda realizarse de otro modo, y tiene menor sentido el condicionamiento por razones inherentes al elemento dado que estaríamos en caso contrario, (al menos en inmuebles calificados), ante el supuesto de hecho del artículo 29.

A falta de desarrollo reglamentario carecemos de información en torno al procedimiento administrativo a seguir para el desarrollo de esta disposición. La normativa establecida en otras C.C.A.A., (por ejemplo el Decreto de 7 de Febrero de

1995 de la Junta de Andalucía) nos ofrecen algunas pautas sobre las que merece la pena alguna reflexión.

En primer lugar en torno a la procedencia de restringir el ejercicio del derecho de estudio a investigadores “acreditados” de alguna manera y sobre los que la Administración cuente con garantías de producción científica relevante.

No lo consideramos conveniente. Consideramos que es el concreto estudio y no la identidad del investigador lo que debe constituirse en elemento determinante de la decisión administrativa.

Investigadores de pedigrí notable pueden verse tentados a recurrir a estudios o investigaciones que no justifiquen por su potencial valor adicional el requerimiento por la administración al titular de facilitar el acceso y soportar sus inconvenientes, y por el contrario, autores “desconocidos” o provenientes de disciplinas que raramente deben recurrir a estudios de esta naturaleza, pueden tener apremiante necesidad de analizar “in situ” el elemento y no existir justificación para negar el mismo en razón de no tener reconocida la condición.

Es el estudio, su fundamentación en el caso concreto, el objeto de la autorización administrativa y como tal su necesidad y potencial científico de sus conclusiones, su metodología y sus repercusiones de toda índole.

En segundo lugar en torno al procedimiento a seguir para poner en conocimiento del particular el estudio y su obligación de facilitar que se desarrolle. Es imprescindible a este respecto que se requiera por parte de la administración al titular el desarrollo de cuantas iniciativas sean precisas, con expresión detallada del alcance de todas ellas, de manera que se le facilite la vía de recurso si no todas ellas son exigidas de forma indubitada por la concreta necesidad investigadora.

Y por último, lo que las normas no suelen prever, en torno a la existencia de compensaciones en relación con los eventuales perjuicios que pueda sufrir el titular, por la privación temporal del pleno uso y disfrute de su propiedad o por los costes de las iniciativas a desarrollar para que el investigador puede desarrollar el estudio de que se trate.

d) La obligación de notificar la pretensión de venta.

El artículo 25 de la L.P.C.V. impone otra obligación a los propietarios de bienes calificados o inventariados en los siguientes términos, “*toda pretensión de venta de un bien cultural calificado o inventariado deberá ser fehacientemente notificada al Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco con indicación del precio y*

condiciones en que se proponga realizar aquella, debiendo acreditar también la identidad del adquirente. Los subastadores deberán notificar igualmente y con la suficiente antelación las subastas públicas en que se pretenda enajenar cualquier bien integrante del patrimonio cultural vasco". Es también ésta una obligación que da pie a comentarios diversos.

Algunas normas autonómicas siguen con matices no demasiado relevantes el modelo vasco. (Galicia, Madrid con la utilización de "transmisión" en lugar de "venta", Castilla-León...) Algunas otras sin embargo contienen aportaciones significativas.

El artículo 18 de la ley andaluza se refiere a "*la voluntad de transmitir la titularidad o tenencia*", ampliando los negocios jurídicos sujetos a notificación e introduce además de a la administración autonómica a los ayuntamientos correspondientes como destinatarios de ésta. Ambas constituyen aportaciones interesantes y enriquecedoras por cuanto amplían las posibilidades de protección o permiten que las Corporaciones Locales manifiesten su interés por el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto subsiguientes, a los que luego nos referiremos.

La norma valenciana (art.22.1) y la navarra (art.33.1) se refieren con mejor técnica jurídica, (art.22.1) a "*la transmisión a título oneroso del dominio o de derechos reales de uso y disfrute*", prescribiendo la comunicación a los ayuntamientos por parte por parte de la propia Conselleria de Cultura. Caso singular es el de Asturias, en el que la obligación de notificar se limita, a nuestro juicio de forma injustificada, pese a su más sencilla transmisibilidad, a los actos relativos a bienes muebles

. Analizaremos la cuestión con mayor detenimiento en sede de los derechos de tanteo y retracto ligados a la obligación notificadora. Todavía más peculiar es, por último, la omisión en Castilla-La Mancha de cualquier referencia a esta obligación.

Un primer aspecto de obligado análisis en la norma vasca es el que afecta al propio objeto de la obligación definido en el precepto como "*pretensión de venta*". La exégesis del término "*pretensión*" (deseo, ambición... en este sentido según el diccionario⁶⁷⁰) nos conduciría a la conclusión de que debe notificarse la mera voluntad de vender.

Sin embargo es incompatible la comunicación de esta mera voluntad con la exigencia de que se produzca indicación del precio, condiciones e identidad del adquirente, que no tienen porque existir en el momento en que el titular decide proceder a una operación de venta. Parece lógico entender por tanto que no es la mera voluntad de vender lo que debe comunicarse, cuanto dicha voluntad cuando se ha materializado en una oferta más o menos detallada en relación con esos otros aspectos de obligada notificación.

⁶⁷⁰ FONTANILLO MERINO E. (dir). *Diccionario Básico Anaya de la Lengua*. Madrid. 1991.

Esta interpretación no resuelve sin embargo las incertidumbres que pueden suscitarse en relación por ejemplo con los supuestos en que un titular encomienda a un tercero, (agente o intermediario inmobiliario, pongamos por caso), la venta con condiciones más o menos rígidas o cerradas o dejando un abanico o margen en que el intermediario puede comprometer la operación.

¿ Debe notificarse el encargo, la existencia de interesados en determinadas condiciones comunicada por el agente o la disposición a celebrar la operación con éstos una vez precisados todos los detalles ? ¿ Qué sucede cuando la disposición a vender se manifiesta en un anuncio público, (a través de los medios de comunicación, por ejemplo), con indicación de algunas o todas de las condiciones, sujetas o no a modificación en virtud de negociación posterior con los interesados ?

Desconocemos pues con certeza el momento en que el titular debe cumplir con la obligación legalmente impuesta, aunque la exigencia de notificar la identidad del adquirente nos conduce a interpretar que será cuando la operación esté plenamente acordada con un sujeto concreto cuando deberá procederse a la comunicación a la administración.

La identificación de la pretensión como “*de venta*” nos lleva a limitar la obligación a negocios en que se produzca la transmisión de la titularidad del bien. Coincidimos con Abad⁶⁷¹ en que la utilización del término “*transmisión*” en lugar de “*venta*” hubiese permitido integrar negocios en que se produjese, no ya la transmisión de la titularidad plena, cuanto la de cualquier otro derecho real sobre el bien (inmueble, obviamente), más la L.P.C.V. se refiere a ventas y por tanto solo estas deben ser de notificación fehaciente.

También es lógico concluir como hace este autor que por “*notificación fehaciente*” no hay que entender necesariamente la que desarrolle a través de fedatario público, sino “*cualquier tipo de notificación que permita dejar constancia del envío o transmisión de un documento*”,⁶⁷² particularmente la que se realice a través de los medios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La “*acreditación de la identidad del adquirente*” puede también ser objeto de interpretaciones diversas. El término “*acreditación*” podría conducir a pensar que se exige al vendedor la notificación de la verdadera identidad de quien realiza la operación en el caso de que se realice ésta con intermediario o representante, o incluso a exigir que se proporcione documento probatorio de la identidad, cual pudiera ser compromiso firmado de adquisición o precontrato.

⁶⁷¹ ABAD LICERAS J.M. op. cit. pag. 204.

⁶⁷² Ibidem, pag. 208.

Por otro lado parece terminológicamente no muy correcto aludir al adquirente cuando lo que parece deducirse de la obligación de notificar una “*pretensión*” es que la comunicación debe producirse antes de que la operación se haya perfeccionado, y por tanto cuando podrá hablarse de “*presunto adquirente*”, (y la utilización de un término de tan marcado sentido penal no parece muy propia) o de “*persona que muestra voluntad de adquirir*”, pero no de adquirente strictu sensu.

No obstante creemos que la obligación del pretendido vendedor es la de notificar meramente la identidad de la persona con quien ha acordado los términos de una venta aún no realizada, sin que se extienda a acreditar la identidad del adquirente real si no es éste, ni a proporcionar prueba indubitada de que esa persona ha suscrito compromiso irrevocable de adquisición en las condiciones fijadas.

Los subastadores que deben comunicar las subastas públicas en que se pretenda enajenar cualquier bien integrante del patrimonio cultural vasco, no se encuentran definidos posteriormente en la Ley, ni en norma reglamentaria alguna hasta el día de hoy.

No es éste sin embargo el principal problema ante el que nos coloca el segundo párrafo del artículo 25.1 sino que son los derivados de la referencia a la “*suficiente antelación*” y a “*cualquier bien integrante del patrimonio cultural vasco*”. Suficiente antelación es por definición un concepto que por su indeterminación genera notable incertidumbre, de no contar con norma de desarrollo ulterior que lo precise en mayor medida.

La valoración de la suficiencia puede y será de hecho diferente desde la óptica administrativa de contar con el mayor tiempo posible para adoptar las medidas que procedan, y desde la óptica de un obligado para quien la comunicación a la administración condiciona en cierta medida la posibilidad de modificación de fechas, obliga a trámites a veces costosos y quizás a cerrar actos con antelación contraria a la moderna y apresurada gestión del tiempo comercial.

Obviamente esta imprecisión actúa en contra del propio objeto del precepto por cuanto será difícil sancionar los posibles incumplimientos de la obligación de comunicar, fundados en que el momento de la misma deje a la administración con escasa capacidad de reacción.

Donde la norma incurre de forma más manifiesta en el desacierto es en la referencia final a cualquier bien integrante del patrimonio cultural vasco. Como ya hemos observado, la definición de tal patrimonio del artículo 2.1 y el carácter declarativo y no constitutivo de la calificación e inventario hacen que no coincidan necesariamente.

La obligación de comunicar las subastas se extendería así más allá de las que afectasen a los bienes calificados e inventariados para comprender cualquiera en que se trasmitiesen derechos sobre bienes que tuviesen los valores patrimoniales del art.2.1. con la consiguiente dificultad para el subastador de conocer con certeza cuando está obligado a comunicar la subasta.

Esta redacción y su interpretación literal conduce a una exigencia a los subastadores mayor que la que afecta a los particulares con pretensiones de venta, respecto de los que la referencia es expresa a los bienes calificados e inventariados.

Es cierto que la relación profesional de los subastadores con los bienes patrimoniales puede justificar esa mayor exigencia, pero tampoco hay que olvidar que la exigencia de comunicación está en íntima relación con el derecho de tanteo y retracto que se atribuye posteriormente en la Ley al Gobierno Vasco y que la extensión de tal derecho a bienes que la administración no haya incluido en alguno de los regímenes de protección parece desproporcionada, atendida la regulación general, aún y cuando pudiese ser recomendable desde un punto de vista tuitivo.

Analizaremos en sede de facultades administrativas si es o no procedente interpretando el artículo 25 en su conjunto.

5.4.4.3. Obligaciones específicas de los titulares de bienes culturales calificados

a) La obligación de permitir la visita pública

El artículo 24.3 establece que *“los bienes culturales calificados deberán ser sometidos a visita pública en las condiciones que reglamentariamente se determinen, mediante un programa aprobado por el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco. Quedarán eximidos de la obligación de visita los bienes culturales y zonas o elementos de los mismos cuando sus titulares o poseedores legítimos aleguen causa justificada fundamentada en el derecho a la intimidad, honor y otros derechos fundamentales y libertades públicas, o cualesquiera otras causas que fueran estimadas por el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco. Las causas alegadas deberán ser acreditadas en un procedimiento administrativo establecido al efecto. Las causas de exención serán desarrolladas reglamentariamente”*.

Es pues obligación de los titulares de derechos sobre tales bienes permitir la visita pública a menos que con la misma puedan vulnerarse otros derechos prevalentes como los que se aluden en el propio precepto. Como en bastantes otras de las obligaciones legales que afectan a los titulares de bienes culturales, las restantes normas autonómicas introducen importantes matices diferenciales con respecto a la redacción de este precepto.

La norma gallega, (art.26.3), aunque también contiene la remisión expresa al reglamento y una curiosa omisión de las referencias a las causas de exención, señala que la visita pública *“en todo caso será gratuita durante cuatro días al mes, en días y horario prefijado”*, régimen similar al de la norma de Cataluña, (art.30.1.c), al de la de Castilla-León (art.25.2), que lo extiende a los bienes inventariados, al de la canaria (art.28.1), que se refiere a la dispensa por razones justificadas *“en particular cuando el edificio constituya la vivienda habitual de su titular”*, y la valenciana, (art.32.1), que añade que días y horas *“se harán públicos con la difusión adecuada tanto en medios de comunicación como en centros de información turística y cultural”*, pero sobre todo que la administración *“prestará a los titulares de los bienes, en la forma que reglamentariamente se determine, la asistencia necesaria para el cumplimiento de esta obligación en las adecuadas condiciones”*.

La ley madrileña por su parte, (art. 19.2), impone la visita pública *“al menos una vez a la semana y en días y horas previamente señalados”*, exigiendo en el caso de bienes inmuebles, *“el informe del Ayuntamiento afectado”*.

Asturias dispone de un diferente régimen de visita a los bienes inmuebles declarados e inventariados. En el primer caso, se establece (art. 43.2.a) *“un número mínimo de cuatro días al mes, durante al menos cuatro horas por día”*, mientras que en el segundo, (art. 43.2.b), los titulares *“deberán señalar un número mínimo de seis días al año, durante al menos cuatro horas por día”*. Respecto de los bienes muebles, *“el acceso se podrá sustituir... por su depósito (durante dos meses en cinco años salvo acuerdo en contrario) en el centro público”* que la Administración señale, *“para exposición pública y estudio por los investigadores”*.

Otras C.C.A.A., finalmente, (Andalucía, Castilla-La Mancha...) carecen en sus normas de referencias a la visita pública de los bienes culturales.

Una primera consideración a realizar sobre el artículo 24.3 de la L.P.C.V. tiene que ver con su expresa limitación al supuesto de los bienes culturales calificados; no se encuentra legal y expresamente establecida, a diferencia, como hemos visto, de algunas otras C.C.A.A., la obligación de permitir la visita pública respecto de los bienes incluidos en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco ni respecto de los bienes integrantes del patrimonio cultural vasco no calificados ni inventariados, lo cual no obsta, por supuesto, para que pueda ser fruto del acuerdo entre sus titulares y la Administración, si así lo estiman oportuno.

Se trata ésta de una opción plenamente legítima; desde el momento en que los bienes calificados son los de relevancia o singular valor (art. 10) es muy razonable que se establezca que son éstos los visitables en razón de constituir aquellos en que sus destacados valores justifican esta restricción de la libertad de sus titulares. Cuando los valores patrimoniales no alcanzan la relevancia suficiente como para justificar la

calificación, tampoco parecen justificar una intromisión tan importante en los derechos de terceros cual es la visita por parte de cualquier persona interesada, con independencia de su delimitación en los términos “*que reglamentariamente se determinen*”.

Más discutible puede resultar que la visita pública se establezca respecto de los bienes calificados sin distinción entre bienes muebles e inmuebles. No porque los valores de los bienes muebles no justifiquen su apreciación pública por parte de los ciudadanos, sino porque se trata de bienes que por su condición pueden fácilmente ser transportados de un lugar a otro, con lo que resulta difícil articular un régimen de visita pública que no obligue a modificar esta esencial condición durante el período temporal de mayor o menor extensión que se establezca. Esta si que puede constituir una restricción excesiva de los derechos del titular en función de cómo se articule, por cuanto le privaría de una de las características primordiales e intrínsecas del bien cual es su movilidad.

Por otra parte la sujeción de los bienes muebles al régimen de visita pública puede conllevar la de los bienes inmuebles en que se hallen, cuando puede que estos no tengan ningún interés patrimonial derivándose de aquí una afección cualificada a tales derechos.

Por ello consideramos que no es el régimen de visita pública el más idóneo para garantizar el derecho al disfrute por los ciudadanos de los valores culturales de los bienes muebles, sino que el establecimiento de su cesión obligada para las exposiciones en que tengan razonable cabida o su exhibición periódica en los museos que establezca la administración, podrían sustituir ese régimen de forma más barata y eficaz, excepción hecha por supuesto del caso en que los bienes muebles formen parte de un inmueble, cuyo valor quede capitidismuido sin su presencia.

Creemos además que no debe concebirse como situación excepcional o alternativa, en defecto del régimen de visita pública (tal y como hace la ley madrileña por ejemplo) sino que debería configurarse como régimen general en el caso de los bienes muebles.

Así lo entiende la Ley estatal cuando el artículo 13.2 dispone, “in fine”, que “*en el caso de bienes muebles se podrá igualmente acordar como obligación sustitutoria el depósito del bien en un lugar que reúna las adecuadas condiciones de seguridad y exhibición durante un período máximo de cinco meses cada dos años*”, el artículo 32.2 de la ley valenciana, “*en el caso de bienes muebles que no estén habitualmente expuestos al público, los titulares de los mismos estarán obligados a cederlos temporales a exposiciones organizadas por entidades o instituciones públicas previa autorización de la Conselleria de Cultura, Educación y Ciencia, de acuerdo con el desarrollo reglamentario*”, el art. 36 de la ley de Madrid, “*podrá establecer, en virtud de las circunstancias excepcionales alegadas por el titular o motivadas por la administración, como medida alternativa a la visita pública, el depósito de los bienes en un centro cultural o museo...*” o el 25.3 de la ley de Castilla-León que prescribe en

todo caso que *“no será obligatorio realizar los préstamos y depósitos a que se refiere el párrafo anterior por un período superior a un mes por año”*.

El deber legal de permitir la visita pública no se configura como absoluto e inevitable. La Ley establece la exención del mismo en virtud de la prevalencia de otros derechos lesionables con la visita, el derecho a la intimidad, el derecho al honor y otros derechos fundamentales y libertades públicas o *“cualesquiera otras causas que fueran estimadas por el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco”*.

Es absolutamente lógico y razonable que sea así tenida en cuenta la relevancia constitucional de tales derechos, aunque pueden hacerse críticas de diversa índole a la concreta redacción del precepto.

En primer lugar es superflua la referencia a la posibilidad de exención de visita de zonas o elementos de los bienes culturales si se establece la posibilidad de exención de la visita a todo el conjunto de los mismos.

Según un viejo aforismo jurídico de perfecta aplicabilidad al supuesto, *“quien puede lo más, puede lo menos”* y si puede un titular verse eximido de la visita a todo su bien cultural, puede con igual fundamento verse libre de someter a la visita determinadas partes del mismo.

Es más, creemos que con carácter general el derecho a la intimidad y los demás que pueden aducirse para oponerse al legalmente establecido en este caso, raramente podrán dar cobertura, (al menos en el caso de los inmuebles), a la exención total de cualquier tipo de visita u observación, (por supuesto que no nos referimos a la exterior, por más que algunos modernos personajes públicos, de los que llenan las páginas de las *“revistas del corazón”* intenten incluso impedirla en muchos casos), sino que será este supuesto de la exención de zonas o elementos el más frecuente y característico. Si con esta referencia expresa quería el legislador vasco garantizar que pudiese admitirse la exención parcial, hay que señalar que no era realmente precisa.

Es todavía más criticable la relación de circunstancias que legitiman la exención.

No por la referencia a los derechos que pudieran resultar prevalentes, por más que haya que entender la misma como un necesario *“numerus apertus”*, por cuanto cualquier otro derecho no aludido podría prevalecer sobre el de visita pública en las circunstancias de un supuesto concreto como muy bien refleja la referencia de cierre a *“otros derechos fundamentales y libertades públicas”*, sino por la referencia a las *“cualesquiera otras causas”* estimadas por el Departamento de Cultura y Turismo.

Es ésta una disposición que deja en manos de la administración, de una concreta de las legalmente competentes, el ejercicio de un derecho que se atribuye al común de los ciudadanos. Y en términos, a falta del desarrollo reglamentario al que se llama, absolutamente discrecionales.

Creemos que no es una redacción muy adecuada. Si consideramos la visita pública como un derecho, como una manifestación del derecho humano más global al disfrute del patrimonio cultural, y esa es la opción por la que se decanta el legislador vasco, solo otro derecho del mismo, o más probablemente de diferente titular, puede oponerse a su ejercicio con fundamento tal que lo desvirtue hasta tal punto que pueda llegar a anularlo por completo. No “*cualquier otra causa*”, por más que pueda estimarla una administración, que no es en absoluto la titular del derecho.

Sin perjuicio además de considerar discutible que sea ella quien deba arbitrar en un conflicto o colisión de derechos, lo que en ningún caso puede hacerse es conferirle una potestad discrecional al respecto. La única limitación (o delimitación más bien) de la potestad estimatoria (o desestimatoria) de las causas de exención, es la sujeción (por cierto también de referencia superflua, ¿ es qué la administración actúa de otra manera ?) al procedimiento administrativo.

No hay finalmente regla alguna predeterminada sobre los criterios de ponderación de los intereses en juego, ni mayor información sobre los medios de llegar a la recta intelección de los intereses en juego, tan solo referencia a que la visita se produce “*mediante un programa aprobado por el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco*”.

Se produce por tanto la encomienda legislativa al Gobierno Vasco para que determine en cada caso en cumplimiento de las condiciones reglamentariamente establecidas, cual va ser el contenido del derecho de visita pública, su concreta y específica materialización en lo que se refiere a las circunstancias de tiempo, lugar y alcance.

Dicho programa deberá garantizar que el régimen de visita no lesione, o lo haga en la menor medida posible, cualesquiera otros derechos con los que colisione, así como las contraprestaciones debidas para que el deber y sus costes no recaigan de forma exclusiva o desproporcionada sobre el titular o poseedor.

Un acierto sin embargo del precepto es la ausencia de conexión expresa y necesaria entre los titulares o poseedores legítimos y el derecho lesionable aducido como justificación de la exención.

Dicho de otro modo, el artículo 24.3 de la L.P.C.V. no exige que el derecho al honor, intimidad o cualquier otro que justifique la exención sea el del propio titular o

poseedor legítimo. Este último podría actuar en defensa de derechos ajenos y fundamentar la exención en la vulneración de los mismos.

Lo contrario nos hubiese colocado ante una situación de posible vulneración de derechos ante la que expresamente carecían sus titulares de posibilidad de actuar, pues el precepto sí que establece taxativamente que la exención se produce “*cuando los titulares o poseedores legítimos (y no otros) aleguen causa justificada*”.

Es cierto que no parece lo más lógico exigir que un determinado derecho deba ser ejercido a través de tercero, y que pueden plantearse conflictos cuando el posible perjudicado no desee recurrir a esta vía, pero al menos la Ley ofrece un cauce por el que puede defenderse ese derecho en el procedimiento administrativo de verificación de la existencia de las causas de exención.

Por cierto que éste procedimiento podría prever reglamentariamente la intervención de este tercero cuando sus derechos fuesen aludidos como justificación, atenuando así en cierta medida la rigidez de la Ley al limitar la alegación a los titulares y poseedores legítimos de los bienes o de sus zonas, elementos o partes. (Como se colige del “*sus titulares*” posterior a la relación de éstos).

Abad Liceras se ha planteado ya uno de las cuestiones más relevantes que suscita la confusa redacción de este artículo 24.3, la de la congruencia de disponer que “*las causas de exención serán desarrolladas reglamentariamente*”, cuando se han definido las mismas anteriormente en términos de derechos fundamentales y libertades públicas o cualesquiera otras que estimase el Gobierno Vasco.

Considera este autor que la contradicción que parece manifestar el precepto puede salvarse, “*acudiendo a una interpretación que ha de remitirse al correspondiente Reglamento en donde habrá de regularse y desarrollarse en concreto las diversas causas de exención mencionadas en el propio artículo (unas de naturaleza constitucional y otras de naturaleza flexible) así como las condiciones y procedimiento a seguir*”.⁶⁷³

Coincidimos en que es ésta la interpretación que parece corresponderse mejor con una interpretación global del régimen jurídico del derecho a la visita pública, con particular hincapié en el término “*desarrollo*” que acompaña la referencia al reglamento.

No creemos sin embargo que pueda admitirse la interpretación alternativa que ofrece este autor en pro de considerar la existencia de dos tipos de causas de exención, unas de carácter reglamentario y otras de naturaleza extrarreglamentaria, directamente conectadas a la Ley.

⁶⁷³ Ibidem, pag. 310.

Si hemos reprochado que pueda oponerse a un derecho “*cualquier causa*” que estimase la administración, el mismo motivo de oposición afecta a que por vía reglamentaria se desnaturalizase el derecho, admitiendo cualquier causa de exención que no tuviese por fundamento otro derecho subjetivo lesionable de forma proporcionalmente superior al provecho del régimen de visita.

Adicionalmente la norma menciona el “*desarrollo*” reglamentario, no la creación por esta vía de motivos de exención. Incidentalmente suscribimos también la observación de Abad en torno a que la apreciación discrecional por el Departamento de Cultura casa mal con esa previsión de desarrollo reglamentario de las causas de exención.

La L.P.C.V. establece el deber de someter a visita pública los bienes culturales calificados “*en las condiciones que reglamentariamente se determinen*”.

Aún y cuando no aparezca la atribución expresa, el hecho de que se aluda a un programa aprobado por el Gobierno Vasco parece atribuir a éste la competencia y responsabilidad de la regulación. El desarrollo reglamentario de las causas de exención al que también se alude estaría íntimamente conectado con tales términos o condiciones por lo que correspondería también al mismo. (Remitimos aquí al análisis competencial que realizamos en otro apartado de este trabajo).

Sea como fuere, el hecho es que no existe norma reglamentaria alguna en la C.A.P.V. que regule el régimen de visita pública de los bienes culturales calificados y por tanto es un derecho de imposible ejercicio al menos en lo que respecta a los bienes culturales en manos privadas. También con respecto a algunos en manos públicas que por no estar afectos al servicio público o por estarlo de forma restringida, no son visitables o no lo son en su integridad.

En cualquier caso dicha norma reglamentaria deberá pronunciarse en torno a algunos de los problemas principales que suscita la articulación de un régimen de visita pública a bienes culturales en manos privadas.

Una primera cuestión a contemplar es la del obligado a soportar los costes que supone el ejercicio de este derecho por los ciudadanos. No puede exigirse al titular o poseedor legítimo que asuma íntegramente y a su costa los costes del ejercicio de un derecho ciudadano que beneficia a todos con carácter general. Su deber culmina con permitir la visita, no con poner los medios para se realice de forma tal que sea compatible con el legítimo ejercicio de sus derechos, esto le corresponde a la administración, como responsable de la salvaguarda del orden público y del libre y pacífico disfrute de los derechos que a cada uno le corresponden.

Quiere esto decir que es la administración quien debe correr con los gastos que conlleve la ordenación del régimen de visitas, la adaptación del bien al mismo en el caso de que la precise y la paliación de los efectos que la visita pública pueda eventualmente causar al bien objeto de la misma. Formas para ello hay múltiples y variadas.

Independientemente de esta responsabilidad de la administración, se plantea la procedencia de una contraprestación adicional a favor del titular o poseedor legítimo del bien afectado por el régimen de visita pública, en virtud de los inconvenientes que el mismo causa al ejercicio de sus facultades dominicales sobre el elemento, restringidas en mayor o menos grado.

Aún y cuando el régimen de visita se justifique en el carácter social de la propiedad y el derecho humano al disfrute del patrimonio cultural, es difícil negar que cuando suponga un especial daño o perjuicio para un sujeto concreto éste debe verse resarcido de alguna manera.

El régimen expropiatorio prevé la indemnización incluso de servidumbres u ocupaciones temporales que adquieren un cierto paralelismo con el supuesto que nos ocupa, y la propia L.P.C.V. demanda asimismo un programa de ayuda a los propietarios para la conservación, recuperación y difusión de los bienes (art. 102). Junto a estas consideraciones de naturaleza jurídica no cabe tampoco olvidar las prácticas, relativas a que si se minusvalora el atractivo de ser titular de este tipo de bienes se está incentivando su deterioro, su abandono y en correspondencia dificultando el ánimo conservador y de tutela.

Ni que decir tiene que nos referimos exclusivamente a los supuestos en que la visita pública se produzca y no a aquellos en que aún y cuando debiese tener lugar no lo tiene en virtud de la concurrencia de alguna de las causas de exención a que hemos hecho tantas veces referencia.

Si *“por el simple hecho de la imposición de un régimen de vinculaciones y limitaciones no surge el derecho a exigir una indemnización”*,⁶⁷⁴ no cabe duda de que sobrepasado el deber general de conservación y cuando se trata de facilitar activamente el ejercicio de derechos subjetivos individuales de otras personas, estamos ante una restricción tal de las facultades dominicales que justifica la compensación.

Otra cuestión sobre la que el desarrollo reglamentario debería pronunciarse, proporcionándonos criterio más preciso, es sobre la delimitación de responsabilidades en relación con los resultados lesivos derivados de la visita pública con respecto a personas o bienes, en particular sobre el bien cultural objeto de aquella.

⁶⁷⁴ BASSOLS COMA M y GOMEZ-FERRER y MORANT R. citados por ABAD LICERAS. op. cit. pag. 316.

En la medida en que se trata de un deber legal que se impone a los titulares consideramos que es la administración pública competente la responsable de que dicha visita se desarrolle por los cauces oportunos y de hacer frente a las contingencias derivadas del incumplimiento del deber “in vigilando” del que no se puede hacer responsable al titular.

Si se trata de una actividad de interés público, que es por definición el que la justifica en un ámbito potencialmente privado, no otra puede ser la conclusión, salvado el caso en que la responsabilidad de lo acontecido sea única y exclusivamente achacable al titular, del mismo modo que no se niega que la administración pueda actuar y repercutir sobre el causante real.

Finalmente el desarrollo reglamentario debería establecer las características de la visita en el sentido de determinar las actividades permitidas y prohibidas durante la misma, tanto en virtud de los daños potenciales a personas o bienes como al respeto a los derechos del titular. En particular la reproducción por cualquier medio del ámbito sometido a visita y su congruencia con el derecho a la intimidad personal y familiar y con posibles derechos de propiedad intelectual o industrial debería ser objeto de análisis.

Y un último aspecto a contemplar es el de la gratuidad de la visita o su sujeción a precio público.

La existencia de un derecho es perfectamente compatible con la sujeción del ejercicio del mismo a tasa, impuesto o precio, en la medida en que éste no se constituya por su naturaleza o carácter en obstáculo para el acceso general al mismo. Aunque la Ley estatal se refiera a “*las condiciones de gratuidad que se determinen reglamentariamente*”, (art. 13.2), no creemos que sea en si misma ni de obligado seguimiento, ni la opción más adecuada desde la óptica de la gestión patrimonial.

5.4.4.4. Las facultades de las Diputaciones Forales y el Gobierno Vasco.

Abad Licerias⁶⁷⁵ ha observado que el conjunto de medidas que la Ley de Patrimonio Cultural Vasco permite adoptar a las administraciones competentes configura “*un sistema progresivo, a semejanza de una escala gradual (con base en el principio de proporcionalidad administrativa, postulado consagrado en el artículo 131 de la ley 30/1992)*”.

Por nuestra parte consideramos que no se trata tanto de un sistema progresivo o gradual cuanto de posibilidades de actuación en todos y cada uno de los períodos en que

⁶⁷⁵ Ibidem, pag. 173.

puede concurrir la actuación lesiva; con anterioridad a la misma cuando se observa un riesgo o peligro, en el momento en que se produce el resultado o actuación lesiva para intentar impedirlo o atenuar sus efectos y con posterioridad a su efectiva realización, para procurar corregir, subsanar o compensar el daño.

Y lo consideramos así por cuanto no son de diferente envergadura las medidas que pueden adoptarse en cada uno de estos períodos sino que en todos ellos pueden adoptarse medidas enormemente restrictivas para los derechos de los titulares y medidas de no tanta repercusión, medidas que impongan obligaciones enormemente gravosas en el plano económico y medidas sin apenas consecuencias reales en este terreno.

a) La facultad suspensiva de intervenciones y la de orden de ejecución de medidas protectoras

El apartado 2º del artículo 20 otorga a las Diputaciones Forales la facultad suspensiva en relación con todas las actuaciones que se realicen contraviniendo dicha Ley permitiendo asimismo *"ordenar la actuación que proceda"*. En particular el apartado 3º las faculta para ordenar de forma ejecutiva a los responsables la reparación de los daños causados *ilícitamente* en los bienes culturales calificados y en los inventariados, mediante la adopción de las medidas de demolición, reparación, reposición, reconstrucción u otras que resulten precisas para recuperar el estado anterior del bien, con independencia de la sanción que en su caso proceda. En caso de que el requerimiento no sea atendido, las Diputaciones podrán ejecutar subsidiariamente dichas medidas.

Complementariamente, nos referiremos posteriormente a la evidente relación directa que existe entre ambos preceptos, el artículo 35.2 de la L.P.C.V. señala que *"cuando los propietarios, poseedores o titulares de derechos reales sobre bienes calificados o inventariados no den cumplimiento a las obligaciones previstas en el artículo 20, la Diputación Foral correspondiente, de oficio o a instancia del Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco, podrá exigir su cumplimiento en un plazo adecuado y, en caso contrario, ordenar su ejecución subsidiaria por cuenta del propietario. Asimismo, La Diputación Foral podrá realizar de modo directo las obras necesarias que resulten inaplazables para asegurar la integridad del bien. La ejecución directa no obsta para que su costo deba ser abonado por el propietario si así resulta procedente"*.

La ley gallega por el contrario dispone respecto de las obras ilegales (art.40.3 y 47.3) que *"los ayuntamientos y, en su caso, la Conselleria de Cultura ordenarán si fuera preciso, su reconstrucción o demolición con cargo al responsable de la infracción"*, mientras que (art.42 y 52.3) *"la Conselleria de Cultura impedirá los derribos y suspenderá cualquier obra o intervención no autorizada en un bien declarado"* y en el caso específico de los conjuntos históricos (art.47.3) *"las obras que se realicen al amparo de licencias contrarias al plan especial aprobado serán ilegales y la Conselleria de Cultura habrá de ordenar su reconstrucción o demolición con cargo*

al Ayuntamiento que las hubiese otorgado, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación urbanística”.

Es especialmente novedosa con respecto a la L.P.C.V. esta previsión de licencia concedida en contra de lo dispuesto en la Ley o de las disposiciones de los órganos competentes en la protección del patrimonio y el establecimiento de un mecanismo de responsabilidad municipal expresa, que le obliga a hacerse cargo de la financiación de las medidas de reposición.

Aún y cuando podamos considerar que quien puede lo más puede lo menos, y están previstas en la norma las medidas más extremas en uno y otro sentido, reconstrucción y demolición, es más completo sin embargo el elenco de medidas intermedias (reparación, reposición...) recogido en la L.P.C.V.

Es evidente que la diferente naturaleza de las Diputaciones Forales con respecto a las Provinciales de régimen común, derivada del ejercicio de competencias que le atribuye el Estatuto de Autonomía del País Vasco con base en los “*derechos históricos*” a que hace referencia la Disposición Adicional Primera de la Constitución, y que reconoce la Disposición Adicional 2ª de la Ley de Bases de Régimen Local, explica el importante papel que juegan en el terreno protector del patrimonio, papel que otras normas reparten entre la administración autonómica y la local.

Así los ayuntamientos gallegos son competentes en la ordenación de medidas que corresponden a las Diputaciones Forales vascas, del mismo modo que en otros casos lo serán órganos de las respectivas administraciones autonómicas..

La ley andaluza introduce importantes matices adicionales. En primer lugar no se refiere expresamente al supuesto de obras ilegales o daños causados ilícitamente. El artículo 16.1 dispone que “*los órganos competentes de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente podrán ordenar a los propietarios, titulares de derechos o simples poseedores de bienes inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico la ejecución de obras o la adopción de las previsiones necesarias para la conservación, mantenimiento y custodia de los mismos. Dichas órdenes no excusan de la obligación de obtener de otras Administraciones Públicas las licencias o autorizaciones que correspondan*”.

Se trata pues de una facultad que permite a los órganos competentes imponer la realización de obras o la adopción de medidas protectoras, (llamadas “*previsiones*” en terminología muy discutible), no ya en el supuesto de actos ilícitos del obligado, sino en cualquier caso en que lo demanden la conservación, mantenimiento o custodia, lo cual amplía muy notablemente el elenco de supuestos en que pueden adoptarse.

Es manifiesto que de no modularse esta facultad estaríamos ante un riesgo potencial de desvirtuar el contenido del derecho de propiedad, (y eventualmente los restantes derechos reales), convirtiendo a los titulares en “esclavos” de la voluntad administrativa en relación con el standard de conservación, con independencia de que el estado del bien tuviese algo que ver con su conducta, dicho de otro modo, aún y cuando no pudiera imputárseles culpa o negligencia alguna.

El legislador andaluz es consciente de ello y en el apartado 2º establece que *“los destinatarios de tales órdenes de ejecución tendrán la posibilidad de liberarse de la carga impuesta siempre que el coste de las obras o previsiones necesarias ordenadas por la Consejería, excedan del 50% del valor total del bien de que se trate y ofrezcan a la Consejería, para ella misma o para un tercero, la transmisión de sus respectivos derechos sobre el indicado bien, por el precio por ellos estimado al calcular el porcentaje que supone sobre el total el coste de las obras o actuaciones impuestas por la Consejería de Cultura y Medio Ambiente”*, y en el 3º que *“en el supuesto de que la Consejería de Cultura y Medio Ambiente opte por no adquirir el bien ofrecido, el propietario, titular o poseedor del bien vendrá obligado a adoptar únicamente aquellas previsiones cuyo coste no supere el 50% del valor del bien con arreglo a las prioridades señaladas en cada caso por la Consejería de Cultura y Medio Ambiente”*.

Resulta sintomático que el legislador se refiera a la facultad administrativa en términos de “carga”, de la que puede uno “liberarse” a través de la oferta del bien a la administración.

Aún y cuando desde la perspectiva del titular afectado pueda indudablemente apreciarse así, es un manifiesto error de política legislativa. La protección del patrimonio no debe constituir una “carga” para los titulares, como tampoco para ningún otro de los sujetos relacionados con la misma y desafortunado es que un texto legal así lo reconozca. Lo que parece traslucir el precepto es la conciencia de sus autores sobre su carácter confiscatorio en relación con algunas de las atribuciones y facultades que forman parte del contenido esencial del derecho de propiedad.

No puede exigirse a los titulares la asunción a su costa exclusiva de medidas que no tengan por objeto el mero mantenimiento y conservación de los bienes en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público ordinarias, que superen el ámbito de lo exigido a los restantes titulares, con independencia de que la conservación del bien y de sus valores culturales haga dicha conservación más onerosa.

No puede condenarse a los titulares a resolver a su costa lo que no sea resultado de su culpa o negligencia sino consecuencia, por ejemplo, de la incuria histórica que el elemento haya podido sufrir. La no limitación en este sentido de la norma andaluza, en los términos en que por ejemplo lo hace la vasca, que se refiere a “daños ilícitos”, la convierte en desproporcionadamente exigente con los titulares, sobre los que recae en exclusiva la garantía del ejercicio de un derecho de todos.

Medidas de conservación, mantenimiento o custodia que se prevén superiores en coste al 50% del valor del bien, amén de desvirtuar el derecho de propiedad, convierten a la conservación, mantenimiento o custodia en deberes sustancialmente diferentes de los exigidos a los titulares de otro tipo de bienes, no ya en cantidad sino también en calidad.

El legislador es consciente de la notable exigencia impuesta y en su virtud ofrece, de forma innovadora, a los destinatarios de las órdenes de ejecución la posibilidad de “*liberarse*” de la “*carga*” de su ejecución.

Tan solo están obligados a ejecutar las órdenes cuyo coste sea inferior al 50% del valor del bien, siendo así que si las obras o medidas ordenadas superan el 50% pueden además ofrecer a la administración la adquisición del bien al precio sobre el que se ha calculado dicho porcentaje.

Es digna de crítica la disposición en el sentido de que si las obras o medidas son realmente precisas, deberían ejecutarse con independencia de la proporción de su coste sobre el valor económico del elemento, (cuestión diferente es a costa de quien), mientras que el artículo 16 dista mucho de garantizar eso, toda vez que los propietarios no están obligados a ejecutar lo que supere el 50% y no se prevé que lo haga la propia administración o proporcione la ayuda necesaria para que su ejecución no suponga perjuicio mayor del 50% para el titular. (Como otras legislaciones, entre ellas la vasca, prevén para el supuesto de ruina).

Consideramos mucho más razonable la exigencia de responsabilidad frente a la actuación dolosa, culposa, o negligente en general, el establecimiento de un deber de conservación, custodia y mantenimiento del bien en el estado en que el titular se hizo cargo del mismo y la asunción por la administración de la carga económica que supongan las medidas que excedan de tal ámbito, con independencia de que la administración pueda exigir, y el titular esté obligado a soportar, que se adopten todas las medidas, llegando incluso hasta la restauración del elemento, que se consideren precisas para el disfrute general de sus valores y cualidades culturales.

La norma andaluza prevé frente a la resistencia al cumplimiento de lo establecido en las disposiciones anteriores, el mecanismo de la multa coercitiva, (art.17) por importe máximo mensual del 10% del coste de las obras o actuaciones impuestas o “*la ejecución subsidiaria con cargo al obligado a su realización*”.

Nada hay que oponer a la introducción de la multa coercitiva, también como aportación novedosa frente a otras normativas autonómicas, ni a la ejecución subsidiaria a costa del obligado que ya se preveía en algunas anteriores (como la L.P.C.V.) y que de todos modos cuenta aquí con mayor detalle en relación con la exigencia del pago anticipado, sujeto a liquidación definitiva tras la ejecución, o la detracción del importe

de la ejecución subsidiaria del precio de adquisición por la administración en un plazo de 5 años. Sin embargo y en conexión con lo anteriormente señalado contribuyen a configurar un sistema desproporcionadamente lesivo para los titulares.

No es lo mismo establecer la ejecución subsidiaria de medidas de respuesta a daños ilícitos, que de cualquier tipo de medida que la administración considere discrecionalmente necesaria para la conservación, mantenimiento y custodia.

La ejecución subsidiaria por la administración, en caso de negativa del titular, de todas aquellas medidas que no fuesen estrictamente precisas como consecuencia de la propia conducta de éste, aún siendo un adecuado mecanismo de protección del patrimonio, debería correr a su costa y no a la aquel, por cuanto es la administración en defecto de exigencia a los verdaderos responsables anteriores, la responsable de haber permitido el deterioro del elemento que eventualmente se trata de subvenir.

La norma valenciana establece (art 10) la suspensión cautelar de cualquier intervención que ponga en riesgo los valores de los bienes culturales con la particularidad de que *“tratándose de bienes inmuebles requerirá al Ayuntamiento correspondiente para que adopte las medidas necesarias para la efectividad de la suspensión, que serán ejecutadas subsidiariamente por la propia Conselleria en defecto de actuación municipal”*.

La previsión de la ejecución material de las medidas de suspensión por parte del Ayuntamiento correspondiente y la intervención subsidiaria por parte de la administración autonómica es una aportación interesante de esta norma, reflejo además de la colaboración que debe presidir la actuación de las diferentes instituciones públicas en la protección del patrimonio cultural.

Se incrementan así las posibilidades de una actuación rápida y efectiva, por cuanto la administración local cuenta con la policía municipal como instrumento de imposición de medidas y su experiencia en el ámbito de las medidas urbanísticas, mientras que la administración autonómica no siempre (en realidad en pocos casos) cuenta con fuerzas policiales propias que puedan hacer efectivas sus disposiciones con rapidez, dándose precisamente en la C.A.P.V. el curioso caso de que la administración con atribuciones ejecutivas (la foral) es la única que carece de medios policiales y precisa por tanto en mayor medida de la colaboración de las restantes, verdadero “talón de aquiles” de la efectividad de algunas de las disposiciones legales.

Donde mayor sentido podría quizá tener esa previsión de la colaboración, (en la C.A.P.V. dada la multiplicidad de administraciones con intervención relevante), es uno de los lugares en que, más allá de las genéricas alusiones a la colaboración interinstitucional en el cumplimiento de la ley, se carece de su específica determinación en este terreno.

La norma valenciana, de forma también diferente a la vasca, establece un plazo límite de dos meses para la suspensión, transcurrido el cual *“acordará lo que en cada caso sea procedente, incluida en su caso la iniciación del procedimiento correspondiente para la inscripción del bien en el Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano”*. Transcurrido el plazo señalado sin que hubiese recaído resolución se entenderá levantada la suspensión.

La diferente regulación se explica porque el precepto valenciano está específicamente pensando en el supuesto de intervenciones que pongan en peligro bienes no declarados ni inventariados, y de ahí que se prevea la inscripción como una de las posibles medidas para resolver la suspensión y que determine la posibilidad de llevar o no adelante la misma, mientras que la norma vasca en su genericidad (*“obras o trabajos que contravengan la presente ley”*, art.20,) se refiere principalmente al supuesto de intervenciones ilegales en bienes calificados o inventariados, toda vez que desconoce con carácter general a los no incluidos en alguno de estos regímenes de protección.

En este sentido el precepto valenciano contribuye a proteger un mayor número de bienes culturales ampliando el ámbito de la actuación suspensiva, dado que hay que entender que la administración puede también ordenar la suspensión de las actuaciones ilegales en bienes ya declarados o incluidos en el Inventario.

El hecho de que se incluyan esos bienes que no cuentan aún con un régimen de protección específico, es el que obliga a limitar temporalmente la suspensión, de modo y manera que no se sitúe al titular en una situación de indefensión y de incertidumbre acerca de la situación de su elemento y de las posibilidades de intervención sobre el mismo. Dado que la norma vasca no se refiere específicamente a estos bienes dicha limitación temporal no es tan necesaria.

La Ley valenciana se refiere a la ejecución subsidiaria de medidas por la administración en los artículos 19 y 37, limitando su ámbito como en el caso de la norma vasca y a diferencia del andaluz, al supuesto de incumplimiento por los titulares de su obligación de conservación y mantenimiento o al de obras ilegales, disponiendo *“el coste íntegro de dichas actuaciones con cargo al obligado”* o la *“restitución con cargo al responsable de la infracción”*.

A la luz de las observaciones anteriormente realizadas parece un régimen más adecuado, sin perjuicio de la aportación andaluza de la imposición de cualquier medida tuitiva que se considere necesaria, que debería no obstante ir ligada a la asunción de su coste por la administración ordenante.

La norma madrileña es similar a la vasca, aún y cuando se refiere a un “*incumplimiento del deber de conservación*”, un tanto genérico, como causa habilitante de la “*ejecución o paralización de obras o actuaciones de conservación*”. (Art. 18.3).

También acoge exclusivamente, al menos de forma expresa, los bienes declarados e inventariados como objeto, lo mismo que Castilla-León que faculta a la administración (art. 24.3) para “*ordenar su ejecución subsidiaria*” (sin hacer alusión a la facultad suspensiva) “*cuando los propietarios, poseedores o titulares de derechos reales no realicen las actuaciones necesarias para el cumplimiento de las obligaciones previstas en el apartado 1 de este artículo*” (conservación, custodia y protección).

La C.A. de Canarias regula con mayor detalle (con una notable excepción como veremos) el supuesto que nos ocupa.

El art.48.1 atribuye, como en el caso vasco, a administración distinta de la autonómica, los cabildos insulares, el deber de “*adoptar medidas cautelares en caso de urgencia, a efectos de evitar la destrucción o deterioro de los bienes integrantes del patrimonio histórico, incluso en aquellos casos en que, aún no estando formalmente declarados de interés cultural o inventariados, tales bienes contengan los valores propios del patrimonio histórico de Canarias que se especifican en el artículo 2 de esta Ley, en cuyo caso se instará simultáneamente al Ayuntamiento competente a la adopción de las medidas protectoras que procedan*”, que el mismo deberá adoptar con “*rigor y diligencia y poniéndolo de inmediato en conocimiento del Cabildo Insular respectivo*”, según dispone el apartado 2º.

Es un indudable acierto de esta norma, no haremos más hincapié en ello, el referirse a todos los bienes integrantes del patrimonio, no solo a los declarados e inventariados, no olvidemos que la premisa es el riesgo de destrucción y deterioro y la Ley, (también la L.P.C.V.), pretende la conservación del patrimonio en su integridad.

Consciente sin embargo de lo ya apuntado en torno a la posible indefensión e incertidumbre, la norma obliga a los ayuntamientos a determinar en treinta días si procede el mantenimiento de las medidas en el caso de los bienes no declarados ni inventariados, supuesto en que hay que instar la declaración o inventario o modificar el planeamiento urbanístico para hacerlo congruente con las medidas adoptadas, limitando a seis meses el período máximo de vigencia sin iniciación del procedimiento declarativo correspondiente.

La norma canaria limita sin embargo a los supuestos “*de urgencia*”, la posibilidad de adoptar medidas cautelares. Es indudable que cuando se habilita con tanta discrecionalidad a la administración, la apelación a la urgencia es un importante límite para atenuar el impulso de intervención de la misma “*urbi et orbe*”. En cualquier caso la interpretación administrativa del alcance de la urgencia, dada la extensión del

riesgo de “*deterioro*”, será un aspecto capital a la hora de determinar el grado de intervención y la frecuencia con que deberán establecerse medidas cautelares.

La administración autonómica, celosa en el cumplimiento de sus deberes, es habilitada por el art.48.3 para “*interesar de los Cabildos Insulares la adopción de las medidas cautelares contempladas en este artículo*”; si se desentendiese el requerimiento en el plazo conferido para ello y continuara el riesgo para la integridad de los bienes afectados, “*se dispondrá por aquella de las medidas necesarias*”.

Cabe pues la adopción de medidas cautelares por todas y cada una de las administraciones canarias, aún y cuando las autonómicas lo sean en defecto de las locales.

El elenco de medidas susceptibles de adopción, (art.48.4), es cuasi-ilimitado, “*suspensión de obras, actividades, emisiones o vertidos y cualesquiera otras que tiendan a la cesación de efectos y riesgos perjudiciales sobre los bienes a proteger*”.

La referencia a emisiones o vertidos es especialmente interesante desde la perspectiva de que permite la actuación más allá de las obras o intervenciones sobre el propio bien “*strictu sensu*”, (aquellas a que se refieren expresamente la mayoría de las normas) o del deber de conservación del titular, (supuesto de hecho de la mayoría de ellas), ante actuaciones de terceros y sobre bienes distintos de los propiamente culturales, que tengan sin embargo consecuencias sobre éstos.

No se desconoce tampoco la posibilidad de que el Cabildo Insular pueda “*ordenar su ejecución subsidiaria*”, previo requerimiento, “*cuando los propietarios o titulares... no ejecutaran las actuaciones exigidas*”(art.53) o “*el depósito (de los bienes muebles) en centros de carácter público, mientras no desaparezcan las causas que originaron dicha necesidad*”

La legislación canaria mantiene por contra un sorprendente silencio sobre la imputación del coste de las medidas cautelares a adoptar. Desconocemos si, como se establece en otras normas, recaen sobre la cuenta del titular del bien o son asumidas por la propia administración. En ausencia de pronunciamiento expreso habrá que estar a la determinación del grado de responsabilidad del titular en relación con la causa que origina las medidas cautelares para legitimar a la administración a repercutir el coste.

Asturias confiere tanto al gobierno autonómico como a los ayuntamientos la potestad de ordenar a los titulares, “*en caso de incumplimiento del deber de conservación...la ejecución de las obras o realización de las actividades que sean necesarias para conservarlos, cuidarlos y protegerlos*” (art.29.1), si bien la actuación municipal está ligada al supuesto de que tengan facultades para ello según la legislación

urbanística y de régimen local y en el caso de bienes incluidos en los catálogos urbanísticos de protección.

Sigue pues esta C.A. la línea ya observada de no restringir a bienes declarados o inventariados la potestad administrativa, así como la de circunscribirla a los supuestos de incumplimiento del deber de conservación. Es de todos modos susceptible de crítica la remisión de la actuación municipal a lo dispuesto en norma sectorial distinta tanto en perspectiva como en intereses a proteger.

El caso de incumplimiento de los requerimientos “*supondrá la imposición de multas coercitivas*”, interesante habilitación del art. 30 que se completa con un régimen de imposición (Título IV, arts. 104 y ss) al que nos referiremos en sede de sanciones, y de no ser atendido según dispone el 31, “*las administraciones competentes procederán o bien a su reiteración o bien, cuando la urgencia en la adopción de las correspondientes medidas lo aconseje, a ejecutar subsidiariamente las medidas que procedan, con cargo, en todo caso, a los responsables de la conservación del bien de que se trate... todo ello sin perjuicio, en el caso de bienes muebles, de su depósito provisional en un centro público en los términos previstos en el artículo 44 de esta Ley*”.

El artículo 33 prevé además una aplicación específica de la facultad suspensiva en lo que hace a los usos de los bienes, “*en caso de que...sean utilizados de forma que suponga menoscabo de sus valores, la Consejería de Educación y Cultura ordenará a sus propietarios poseedores y titulares de derechos reales que cesen o rectifiquen dicho uso u opten por un aprovechamiento alternativo...lo mismo harán los Ayuntamientos cuando proceda con arreglo a la legislación urbanística y en el caso de los bienes incluidos en los catálogos urbanísticos de protección*”.

Castilla-La Mancha se refiere (art. 13) al supuesto de “*actos de edificación o uso del suelo que....requieran autorización*” y “*se efectúen sin licencia y orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en las mismas*”, como supuesto en el que “*el Alcalde o la Consejería de Educación y Cultura dispondrá la suspensión inmediata de dichos actos*”.

Cabe destacar aquí la previsión de actos expesos y no de omisiones del deber tuitivo y la defectuosa redacción que parece exigir licencia y orden de ejecución para realizar actos de esa naturaleza. También opta la comunidad manchega por facultar tanto al Alcalde, (no al Ayuntamiento in genere como otras), como a la Consejería de Educación y Cultura, (y no al Consejero que pudiera haber demandado la coherencia con la opción anterior), para disponer la suspensión.

De forma sin embargo coherente con la limitación a actos de edificación o uso la única medida expresamente prevista para el caso de no atención del requerimiento es que “*el Ayuntamiento (y no expresamente el Alcalde aquí) acordará la demolición de*

las obras a costa del interesado y procederá a impedir definitivamente los usos a que diera lugar". Si el interesado no procede a la demolición en un mes "el Alcalde (de nuevo) o el órgano de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha competente en materia urbanística dispondrá directamente dicha demolición a costa asimismo del interesado".

Es éste un precepto especialmente desafortunado a nuestro juicio desde la perspectiva cultural. En primer lugar limita la facultad de las autoridades propiamente culturales a la de disponer la suspensión de los actos, sin habilitar en absoluto su intervención para hacer efectivo el propósito de la misma en caso de ser desconocido por el interesado. Solo el Ayuntamiento puede acordar la demolición, no la Consejería de Educación y Cultura y solo el Alcalde y el órgano urbanísticamente competente de la Junta de Comunidades disponer la demolición directamente.

Existe pues una intención expresa de restringir la actuación directa a las autoridades municipales y urbanísticas. A éstas últimas se llama de forma indebida además, en razón de que no son ellas las que deberían primordialmente proteger los valores culturales, ni las más adecuadas para ello, y de que se las sitúa en la tesitura de disponer la ejecución directa y subsidiaria de medidas en cuya adopción no han tenido parte alguna.

La primacía que parece concederse a los intereses urbanísticos, o a los medios y competencia de sus autoridades, para la actuación en el supuesto de hecho nos parecen inasumibles desde la perspectiva cultural.

La ley catalana finalmente también ofrece a la Generalitat la posibilidad de "impedir cualquier obra o intervención en bienes integrantes del patrimonio cultural no declarados de interés nacional" (art.23) aunque remite la ejecución directa de las medidas a los Ayuntamientos y solo "si éste no lo hace puede adoptarlas subsidiariamente". El límite temporal de la suspensión, imprescindible como ya hemos señalado en esta clase de bienes, se fija aquí en dos meses.

En lo que respecta a los bienes culturales de interés nacional o bienes muebles catalogados, Catalunya permite a su administración, (art. 67.1), "ordenar a los propietarios, poseedores y titulares de derechos reales sobre dichos bienes la ejecución de las obras o la realización de las actuaciones que sean necesarias para preservarlos, conservarlos y mantenerlos... estas medidas pueden ser adoptadas también por los ayuntamientos, si se refieren a bienes inmuebles catalogados...la administración no puede ordenar la ejecución de obras o actuaciones por un importe superior al 50% del valor del bien, fijado por el Departamento de Cultura o por el ayuntamiento correspondiente por medio de la aplicación de los criterios establecidos por la legislación sobre expropiación forzosa".

Es elogiable el espíritu que anima la norma catalana, y no solo en este particular supuesto, en orden a dotar de importantes facultades de actuación a los ayuntamientos y demás entidades locales (Consejos Comarcales en particular, en dicha Comunidad Autónoma).

Por eso mismo hay limitaciones que no resultan fáciles de entender, como la exclusión de los bienes muebles de aquellos sobre los que las entidades locales pueden ordenar la ejecución de medidas protectoras. Pero el principal objeto de comentario sobre el art. 67.1, debe ser sin duda la limitación en la cuantía del coste de las medidas ordenables por la administración al 50% del valor del bien.

Consideramos el precepto desafortunado desde distintos puntos de vista.

En primer lugar no tiene sentido la limitación legal de la adopción de medidas tuitivas en razón del coste de las mismas. Y esto es algo que también realizan otras legislaciones como la andaluza. Cuestión diferente será la de quien debe hacerse cargo de su coste o en qué medida, pero las medidas que según reza el precepto “*sean necesarias para preservarlos, conservarlos y mantenerlos*”, deben poder ser adoptadas con independencia del coste que representen en relación con el valor del bien. Ya será la administración quien, como gestora eficaz de recursos siempre escasos, delimite, caso de tener que asumir los costes, cuando estamos ante supuestos en que se justifica la adopción de medidas de tal repercusión.

En segundo lugar el precepto nos deja en la incertidumbre en torno a la conducta a seguir cuando las obras o intervenciones precisas tengan tal coste. ¿ Debe acaso permitirse el deterioro ? ¿ Qué puede hacer la administración si la adopción de medidas parciales que no superen el 50% del valor del bien deviene en ineficaz en razón de que se precisaría una intervención integral sin la que pierden sentido o eficacia ? ¿ Cabe entonces únicamente el recurso a la vía expropiatoria con lo que dejamos en manos del titular incumplidor la generación impune de su procedencia ?

El precepto pretende sin duda, evitar la actuación abusiva de la administración en la adopción de medidas, que conduzca a una exigencia al titular que exceda de lo que propiamente es su responsabilidad en el cumplimiento de los deberes legales. Sin embargo, esto puede lograrse sin menoscabar las posibilidades de protección del bien, a través de la delimitación de los supuestos en que el titular y la administración deben hacerse cargo respectivamente de los costes de las medidas, solución a la que tienden otras normas.

No olvidemos que el supuesto de hecho es el “*incumplimiento del deber de conservación*”, deber que ya hemos precisado que no puede extenderse a la paliación de todos los efectos que la incuria histórica haya ocasionado al elemento, sobre los que en su caso corresponderá a la administración asumir la responsabilidad.

Guiada por la perspectiva de que será el titular quien deba asumir el coste de las medidas, la norma catalana comete el error, a nuestro juicio, de mezclar la cuestión de las medidas a adoptar con la de la asunción del coste que conllevan.

Es llamativa, refiriéndonos ya específicamente a la normativa vasca, la amplitud de las facultades de la Administración, que puede ordenar y ejecutar en su caso cualquier tipo de medida precisa para recuperar el estado anterior del bien. Sin embargo parece limitada esta posibilidad a los supuestos de daños causado ilícitamente. ¿Y en los supuestos de daños causados lícitamente, el amparo de otros intereses jurídicos que primen en el supuesto concreto?.

Del tenor de la Ley parece deducirse que no cabe tal orden, cuando, con independencia de que corra a cargo de titulares o Administración el coste económico de las mismas, estas medidas de reparación deberían poder ser ordenadas caso de poderse mantener o recuperar los valores de los bienes.

En este sentido parece moverse la alusión a que la ordenación de medidas es independiente de la sanción que, en su caso, esto es no siempre y de forma necesaria, proceda.

También debería estar prevista la posibilidad, aun pareciendo claro en este caso que dichas medidas correrían a cargo de los poderes públicos de no mediar responsabilidad del particular, de que las actuaciones no se limiten a recuperar el estado anterior del bien sino que alcancen la restauración completa y efectiva, dado que en muchos casos va a resultar extremadamente difícil conocer "*el estado anterior del bien*", especialmente cuando la oposición del titular haya impedido exhaustivos análisis técnicos.

La posterior normativa de otras C.C.A.A. ha puesto además de manifiesto las incertidumbres que rodean a nuestra regulación con respecto a buena parte de las circunstancias que rodean a la suspensión de intervenciones y las órdenes de ejecución de otras.

En primer lugar la vinculación de la facultad suspensiva a "*toda clase de obras y trabajos que se realicen contraviniendo la presente ley*", del artículo 20 en un contexto en el que el apartado anterior se ha referido expresamente a los bienes inventariados y calificados, deja en el limbo la posibilidad de suspensión de intervenciones sobre bienes no calificados ni inventariados pero que reúnan los valores que los hacen integrar el patrimonio cultural vasco.

Es cierto que el artículo 3 de la L.P.C.V. impone a los poderes públicos el deber de velar por la integridad del patrimonio cultural y que la facultad suspensiva debería

entenderse como una herramienta precisa para ello, más aún desde la perspectiva de la acción pública judicial y del espíritu tuitivo de la norma, pero en la medida en que tales bienes son ignorados en este capítulo de la Ley, que no contiene ninguna disposición específicamente protectora sobre ellos, resulta difícil determinar cuando puede darse el supuesto de hecho fundamentador del ejercicio de la facultad suspensiva de que las obras o trabajos contravengan la norma.

Parecería además que nos encontramos ante una actuación administrativa que se pone en marcha tras tener conocimiento del desarrollo de una obra o intervención contraria a la Ley. No es del todo exacto. El artículo 32, para el caso de los bienes inventariados, prevé la posibilidad de “*suspender cautelarmente*” la ejecución por un plazo máximo de un mes de “*las actuaciones previstas sobre los bienes inventariados que puedan hacer peligrar los mismos*”. Respecto de los bienes calificados esta disposición no es precisa, por cuanto se somete a autorización administrativa previa toda intervención que les afecte. Analizamos en otro apartado estas disposiciones con mayor detalle.

El artículo 35.2 es todavía más claro en este sentido cuando establece como supuesto de hecho, el de que los titulares “*no den cumplimiento a las obligaciones previstas en el artículo 20*” que son las de conservar, cuidar y proteger debidamente los bienes para asegurar su integridad y evitar su pérdida, destrucción o deterioro.

No estamos ya ante una conducta activa de lesión sino ante la potencial omisión de la conducta tuitiva exigible.

No encontramos referencia en este título de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco a cual debe ser el papel que deben jugar los ayuntamientos en este ámbito, lo que contrasta con el notable protagonismo específico que les atribuyen otras legislaciones autonómicas. La carencia de medios policiales propios por parte de las Diputaciones Forales, directamente llamadas por la Ley a la suspensión de actos, la emisión de órdenes de ejecución y la ejecución subsidiaria, y la potencial efectividad de la policía local que desarrolla una labor similar en el ámbito estrictamente urbanístico, aconsejaría especialmente la atribución de un papel especialmente relevante a las instituciones locales en la ejecución de las medidas necesarias.

Sin embargo su total preterición en este apartado podría ser entendida en el sentido de que la L.P.C.V. no contempla su intervención, si no fuese por la cláusula general que contiene el artículo 4.2 de la Ley y que reza literalmente “*en particular corresponde a los Ayuntamientos la misión de realzar y dar a conocer el valor cultural de los bienes integrantes del patrimonio histórico del pueblo vasco que radiquen en su término municipal. Les corresponde asimismo adoptar, en caso de urgencia, las medidas cautelares necesarias para salvaguardar los bienes del expresado patrimonio histórico cuyo interés se encontrare amenazado. Todo ello sin perjuicio de las funciones que específicamente se les encomiendan mediante esta Ley u otras*

disposiciones legales". Es evidente que este precepto da pie a comentarios diversos en torno a su contenido.

En primer lugar consideramos que hay que descartar que del uso del término "*patrimonio histórico*" se deriven especiales consecuencias jurídicas, con lo que la utilización referida se convertiría en un mero error, por incongruente con lo señalado en el Preámbulo y con la sistemática del resto de la Ley, susceptible de generar confusión pero tras el que no existe intencionalidad alguna.

No parece que el legislador pretenda limitar la posibilidad de actuación de las corporaciones locales a los elementos dotados propiamente de valores históricos y en los que son características de esta naturaleza las que los constituyen en integrantes del patrimonio cultural vasco, excluyendo de dicho ámbito de actuación aquellos elementos en que sean otros valores de los mencionados en el art.2.1 (artísticos, científicos, sociales ...) los causantes de tal pertenencia. Decimos no parece, por cuanto no se adivinan razones de política cultural para dicha diferenciación y porque resultaría extremadamente difícil proceder al deslinde de los valores predominantes y con ello a la delimitación del entorno objetivo de actuación municipal, si tal fuese la pretensión.

En segundo lugar hay que resaltar que se alude en el precepto a los "*bienes integrantes del patrimonio histórico*" sin referencia singular y concreta a los bienes calificados e inventariados. Ya hemos señalado que en virtud de lo establecido en la propia L.P.C.V. no son éstos tan solo los elementos integrantes del patrimonio, sino que lo son todos los que cuenten con determinados valores.

Teóricamente y en principio habría que concluir que la actuación de los ayuntamientos, y en particular en el supuesto que nos ocupa, la "*adopción de medidas cautelares*", no está pues restringida del mismo modo que la de las Diputaciones Forales (arts. 20 y 35.2) a los bienes calificados e inventariados. Ahora bien ¿ es esto congruente con lo dispuesto en tales artículos que se refieren específicamente a la materia y que limitan en mayor medida las posibilidades de actuación de la institución a la que encomiendan expresamente la competencia ? La respuesta a esta interrogante debe partir de considerar el diferente ámbito de cada uno de los preceptos.

Una primera diferencia significativa entre los preceptos que se refieren a las Corporaciones Locales y Diputaciones Forales es la prescripción de que la actuación municipal se limita al "*caso de urgencia*", restricción que no se impone a las Diputaciones. Quiere esto decir que su actuación, en defecto de quien ostenta la responsabilidad ordinaria de suspender intervenciones ilegales va dirigida no tanto a corregir la actuación lesiva ya producida, aunque también pueda tener por objeto minimizar sus efectos, cuanto a impedir su desarrollo, cuando "*el interés de los bienes se encontrare amenazado*" y no se hubiesen adoptado o no fuese posible adoptar las medidas que corresponde adoptar a las restantes instituciones competentes.

De forma ordinaria corresponderá a éstas la adopción de las medidas oportunas para hacer frente a intervenciones ilegales o incumplimientos de los deberes que la ley impone a los titulares. Más aun cuando la Ley prevé además que *“la Diputación Foral podrá realizar de modo directo las obras necesarias que resulten inaplazables para asegurar la integridad del bien”*, cuando los titulares incumplan sus deberes, lo que induce a pensar que la actuación municipal urgente tiene carácter subsidiario.

La caracterización de las medidas a adoptar por los ayuntamientos como *“medidas cautelares”*, incide en la misma línea de considerarlas como medidas urgentes e inmediatas, fundamentadas en la proximidad de la administración local a bienes y titulares y su potencial actuar rápido y efectivo, y que tienen exclusivamente por objeto la salvaguarda de la integridad del bien o de sus valores en peligro inminente, no ya la ejecución de intervenciones de mayor alcance. La medida cautelar deja por definición de tener sentido cuando el riesgo ha desaparecido aún y cuando sea por haberse consumado el resultado lesivo que se trataba de impedir con ella.

Su objeto es sin embargo potencialmente mucho más amplio que el de la actuación frente a obras o intervenciones que contravengan la ley o la respuesta frente al incumplimiento de deberes de los titulares a que se conecta la actuación foral, aunque según la interpretación que se diese a su responsabilidad en la conservación o mantenimiento (fundamentalmente si ceñido a la salvaguarda del estado actual o a la preservación digna de sus valores relevantes) pudiéramos llegar a un ámbito cuasi-similar. La actuación municipal alcanza cualquier medida cautelar necesaria para salvaguardar el bien, con independencia de que el riesgo tenga o no origen en actuaciones ilícitas o incumplimiento de deberes.

Estas consideraciones legitiman su aplicabilidad al caso de los bienes culturales no calificados ni inventariados sin generar incongruencias con lo establecido en los artículos 20 y 35.2. Se trata de medidas cautelares para salvaguardar en caso de urgencia, es decir ante situaciones excepcionales y necesidades imperativas, la integridad de los bienes y sus valores frente a un riesgo cierto, que encuentran amparo y cobertura en el deber que impone el artículo 3 en tal sentido a todos los poderes públicos, y pretenden garantizar, eventualmente, que pueda establecerse sobre los bienes el régimen de protección que proceda, lo que no podría quizá realizarse si no se adoptan tales medidas.

Como ya hemos señalado, la descripción de las medidas de posible adopción por las Diputaciones Forales es por el contrario bastante precisa, aún y cuando no se haga referencia, como en el caso canario, y para el supuesto de cese o suspensión, a la relevante influencia potencialmente nociva de las emisiones y vertidos.

En todo caso es interesante destacar que la legislación vasca no vincula, (acertadamente a nuestro juicio), las órdenes de ejecución con el incumplimiento de los deberes de conservación de los titulares, de modo y manera que son susceptibles de suspensión las obras e intervenciones, (por ejemplo esas emisiones y vertidos),

realizadas por terceros contraviniendo la protección reclamada por la Ley, y cabe ordenar a los responsables, con independencia de su relación jurídica con el bien y su titular la reparación de los daños causados ilícitamente.

Hay que introducir aquí una importante matización, que constituye la diferencia fundamental entre lo prescrito en los artículos 20 y 35.2 de la L.P.C.V. La norma distingue dos supuestos, el de obras o intervenciones ilícitas en el que no se produce esta vinculación y el del art. 35.2 en que si se refiere expresamente al supuesto de incumplimiento de los deberes del titular.

Sin embargo no hay diferencias sustanciales entre los dos supuestos en cuanto al elenco de medidas a adoptar, *“las de demolición, reparación, reposición, reconstrucción u otras precisas para recuperar el estado anterior del bien”* (art. 20) y *“las obras precisas”* (art. 35.2) y las únicas apreciables son la previsión de que el Gobierno Vasco pueda instar a las Diputaciones a exigir el cumplimiento por los titulares, lo que el art. 20 prevé para la suspensión pero no para las órdenes de ejecución aunque tampoco lo excluye en modo alguno, y especialmente la taxativa referencia del artículo 35.2 a que la ejecución subsidiaria se realiza *“por cuenta del propietario”* en el caso de incumplimiento de deberes, que tampoco excluye, ni muchísimo menos, que la ejecución subsidiaria de las medidas precisas para reponer intervenciones ilícitas del artículo 20 deba realizarse a su costa.

Es cierto que artículo 20 carece de referencia alguna a quien debe hacerse cargo del coste económico de las medidas a adoptar. No obstante sus disposiciones parecen implícitamente determinar que es el responsable quien debe asumir tal coste. En primer lugar por la referencia a la orden *“a los responsables”*, por la alusión a la ilicitud de la conducta de la que derivan los daños y a la de que las medidas son independientes *“de la sanción que en su caso proceda”*.

Hubiera sido deseable que la norma dispusiese expresamente, como en otras C.C.A.A., que las medidas se adoptan y eventualmente ejecutan a costa del obligado, por más que derive implícitamente del concepto en el caso. Teniendo en cuenta, sin embargo, esa conexión directa con la responsabilidad del obligado, no hay sin embargo nada que oponer a la imposición a éste de los costes, lo que si ocurriría si, como en el caso andaluz, se vincula la potestad de ordenar intervenciones únicamente al estado del bien.

La L.P.C.V. no prevé como medida de presión hacia el obligado la imposición de multas coercitivas, como realizan otras normas autonómicas. Es cierto que puede constituirse en instrumento eventualmente eficaz para inducir a que el propio titular ejecute las medidas ordenadas por la administración con mayor celeridad que la que se deriva de la necesidad de acudir a la ejecución subsidiaria, pero lo determinante, establecida la procedencia de las medidas, es que se faculte a la institución competente para proceder a la ejecución subsidiaria, en caso de resistencia del titular que suele darse en el ámbito urbanístico incluso frente a la imposición reiterada de multas coercitivas.

A este respecto es interesante la observación de Abad Licerias en torno a que *“la falta de una prohibición legal permitirá poder utilizar, (además de la ejecución subsidiaria), si las circunstancias lo aconsejan, el resto de los medios de ejecución forzosa tipificados en el artículo 96 de la Ley de 26 de Noviembre de 1992, sin perjuicio de considerarlos en este punto con un carácter subsidiario o supletorio”*.⁶⁷⁶

El Decreto del Gobierno Vasco 306/1998 de 10 de Noviembre contiene diversas disposiciones que desarrollan el contenido de los preceptos que analizamos.

El art.2.2 dispone que *“en caso de que se lleven a cabo actuaciones sobre los bienes culturales calificados y los inventariados que pongan en peligro su integridad, o supongan su pérdida, destrucción o deterioro, las Diputaciones Forales podrán ordenar a los responsables las medidas necesarias para recuperar el estado anterior del bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.3 de la Ley 7/1990 de 3 de Julio, de Patrimonio Cultural Vasco”* y el 4.4 que *“sin perjuicio de la obligación de inspeccionar y velar en todo momento por la integridad del patrimonio cultural que compete a las Diputaciones Forales, a la vista de la información facilitada por los Ayuntamientos sobre la situación de los bienes culturales calificados y de los inventariados, la Diputación Foral correspondiente inspeccionará los inmuebles que considere necesarios a fin de ordenar la ejecución de las obras de conservación o reparación pertinentes”*.

Como no podía ser de otra manera, el Decreto sigue la línea marcada por la Ley. Aunque no se hace explícita referencia aquí, al contrario que en la L.P.C.V., a la naturaleza de las medidas a adoptar, ni a su carácter independiente de la sanción, la alusión global *“medidas necesarias”*, las comprende todas.

La única diferencia apreciable es que frente a la mención global de los *“daños causados ilícitamente”* como supuesto de hecho, aquí se incluyen las *“actuaciones que pongan en peligro su integridad”* aún y cuando no se haya producido aún el daño ilícito. La habilitación para este añadido podría encontrarse en la genérica redacción del deber de los poderes públicos del 3 de la Ley.

La otra aportación del Decreto en este terreno es el establecimiento del deber foral de inspeccionar los inmuebles (no se refiere a los bienes muebles) a fin de ordenar las medidas de conservación que procedan y el de los Ayuntamientos de proporcionar información de esta naturaleza.

Abad Licerias ha diferenciado los dos supuestos ante los que cabe la respuesta administrativa emitiendo órdenes de ejecución, considerando que el art.20 se refiere a

⁶⁷⁶ Ibidem, pag. 178.

supuestos de deterioro ilícito mientras que el 35.2 “regula los que podrían calificarse como deterioros lícitos”⁶⁷⁷.

No consideramos por nuestra parte acertado el concepto de deterioros lícitos para caracterizar la regulación del artículo 35.2. Cuando se trata del caso en que los titulares “no dan cumplimiento a las obligaciones previstas en el art.20” creemos desacertado hablar de licitud de la conducta.

Si que compartimos que la mención a que la repercusión de coste al propietario no sea inexorable, sino “si así resulta procedente”, induce a pensar en el supuesto de “aquellos daños sufridos por el bien cultural que tengan su origen en causas involuntarias o ajenas a la voluntad del titular del elemento histórico o artístico afectado por la medida de intervención administrativa”⁶⁷⁸, pero este del daño fortuito o la fuerza mayor por ejemplo, es tan solo uno de los posibles casos que habilitan la intervención administrativa.

Cuestión diferente es que los daños tengan origen no tanto en una conducta activa del titular cuanto en una actitud omisiva de las obligaciones que la Ley le impone, pero el grado de ilicitud puede ser incluso mayor en este último supuesto, dependiendo del grado de lesión que sufra el bien cultural de que se trate.

b) La facultad expropiatoria de bienes culturales.

El artículo 21 de la L.P.C.V. regula lo relativo a la expropiación de los bienes culturales. En concreto señala que “la defensa y protección de los bienes culturales calificados y de los inventariados serán consideradas causa de interés social a efectos de su expropiación”, (art. 21.1) que lo será también a fines de difusión del patrimonio cultural “la creación de archivos, bibliotecas y museos”, (art. 21.2) y que serán competentes para la ejecución de las expropiaciones “el Gobierno Vasco, las Diputaciones Forales y los Ayuntamientos en función de las respectivas competencias y causas de la expropiación”.

La expropiación en el campo de los bienes culturales tiene una larga tradición normativa en la legislación del Estado. Ya se preveía en la Ley de 7 de Julio de 1911 respecto de las excavaciones (arqueológicas) y en su Reglamento de 1912 con respecto a las ruinas y antigüedades. El Real Decreto-Ley de 1926 ya configura una posibilidad expropiatoria, destinada a evitar que se altere el aspecto típico y característico de un monumento histórico-artístico, que adquiere definitiva carta de naturaleza cuando la Ley de 1933 permite la expropiación, en caso de “uso indebido o peligro de destrucción o deterioro”, amparando por primera vez la de edificios y propiedades que impidan la conservación de un monumento o lo que destruya o aminore la belleza, o la seguridad de museos o conjuntos históricos.

⁶⁷⁷ Ibidem, pag. 176.

⁶⁷⁸ Ibidem, pag. 177.

Por último la Ley de Expropiación Forzosa vigente, de 16 de Diciembre de 1954, junto con su Reglamento de 1957 establecen un procedimiento específico de expropiación de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico.

La Constitución de 1978 dispone en su artículo 33 que *"nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes"*.

Lo que la L.P.C.V. realiza es reconocer como *"causa justificada de utilidad pública o interés social las recogidas en el artículo 21"*, y alguna otra como la prevista en el artículo 36.7.

Otras normas autonómicas también atribuyen esta facultad a las correspondientes instituciones competentes. Así el artículo 38 de la ley catalana dispone que *"la administración de la Generalitat y las administraciones locales pueden acordar la expropiación, por causa de interés social, de los inmuebles que dificulten la utilización o contemplación de los bienes culturales de interés nacional, atenten contra su armonía ambiental o conlleven un riesgo para su conservación"* y el 67.4 establece que *"son causa de interés social, a efectos de expropiación, el incumplimiento de los deberes de conservación, preservación, mantenimiento y protección establecidos por esta Ley y la situación de peligro o ruina inminente de un inmueble de interés nacional...son competentes para proceder a la expropiación la administración de la Generalitat, los consejos comarcales y los ayuntamientos en el ámbito de sus competencias respectivas"*.

La norma catalana es especialmente digna de elogio en dos apartados; el que se refiere a la concesión de la facultad expropiatoria a las administraciones locales, habida cuenta de que la administración autonómica puede no disponer de recursos, y sobre todo de posibilidades de utilización posterior de los bienes expropiados y ante la evidencia de que, en la práctica, no es una solución eficaz habilitarla para la expropiación en beneficio de otros entes, públicos o privados, y el de la extensión de la potestad expropiatoria a los inmuebles carentes propiamente de interés cultural, pero que dificulten el pleno disfrute de los valores de otros que si lo tengan.

No obstante hay que criticar la excesiva genericidad en que define los supuestos de hecho. Dificultar la contemplación de los bienes culturales más relevantes es algo que realiza cualquier inmueble sito en un espacio de centenares de metros a la redonda en torno a ellos, y es desde luego un propósito atentatorio contra la propia dimensión histórica del patrimonio el pretender aislar los elementos culturales del tejido social y urbano surgido muchas veces en torno a ellos. (Aunque es muy positivo que el legislador haya detectado la relación que otros bienes tienen con el disfrute pleno de los valores de los propiamente culturales).

Si es cierto que la ley precisa de posteriores instrumentos de desarrollo, términos como *“armonía ambiental”* sin ulteriores adjetivos, dejan demasiado margen a la administración en el ejercicio de facultades como la expropiatoria que afectan de modo grave y de difícil reversibilidad al derecho de propiedad.

Por último, legitimar la expropiación ante cualquier incumplimiento del deber de conservación, toda vez que no parece que la norma exija acumulativamente incumplimiento y situación de peligro o ruina inminente, sin restringirlo a los supuestos de reiteración, especial gravedad o peligro o daño cierto y relevante, es abrir demasiado la puerta a la discrecionalidad, y eventualmente arbitrariedad, del actuar administrativo.

Idénticos reproches a los realizados a la norma catalana pueden hacerse a los artículos 31, *“el incumplimiento de las obligaciones de protección y conservación será causa de interés social para la expropiación forzosa de los bienes declarados y catalogados por la administración competente”*, y 44.3 *“podrán expropiarse, y proceder a su derribo, los inmuebles que impidan o perturben la contemplación de los monumentos o den lugar a riesgos para los mismos”* de la ley gallega.

El artículo 19 de la norma andaluza contiene como novedad añadida la posibilidad de la expropiación parcial. No sabemos si el legislador está pensando en realidad en la expropiación de partes de un elemento o en la de algunas (no todas) de las facultades que configuran el derecho de propiedad sobre todo él, en todo caso la redacción del precepto permite ambas intervenciones de la administración.

Otra aportación de esta norma, concretamente de su artículo 20.2 es la subordinación de la potestad expropiatoria de los municipios a la de la administración autonómica que *“tendrá prioridad en el ejercicio de esta potestad”*, que también recoge el artículo 21.2 de la ley valenciana.

Este mismo artículo 21, prevé en su primer párrafo la posibilidad, a nuestro juicio de indudable acierto, de expropiación del bien en caso de *“destino del mismo a un uso incompatible con sus valores”*.

Se amplía así el ámbito de ejercicio de la potestad para incluir potencialmente supuestos en que no se afecta al estado físico del bien, que puede conservarse debidamente, pero en los que se utiliza de forma incongruente con los valores que le dan relevancia, (pensemos en un inmueble testigo de un acontecimiento histórico cuya memoria se desvirtúa por su utilización frívola o atentatoria contra la raíz de esa historicidad, o en un edificio religioso representativo utilizado para mofa y escarnio de los valores que pudo representar en algún momento).

Una última aportación de la legislación valenciana, de análisis obligado, es la de disponer la expropiabilidad de los inmuebles que perturben o impidan la contemplación de un bien o sean causa de riesgo o perjuicio para el mismo, que deberá hacerse “*respetándose la trama urbana de que forma parte el edificio*”.

Constituye esta disposición una manifestación de que el legislador es consciente de que el bien cultural forma parte de un entorno con el que mantiene una relación que, en el caso urbano en particular, puede ser de especial valor en si misma.

Alterar esa trama para favorecer una determinada mirada sobre el bien aislado, puede conducir a la desaparición de otro elemento culturalmente interesante cual es el derivado de la inserción histórica del bien en ese entorno. Por otra parte es una limitación notable que puede privar a la expropiación de sentido en muchos casos cuando sea la propia trama urbana la que impida la contemplación del bien que se desea.

Disposición novedosa es la de la ley de Madrid, (art. 23), en torno a que son también causa de interés social para la expropiación forzosa “*las necesidades de suelo para la realización de obras destinadas a la conservación de los Bienes de Interés Cultural y de los destinados a la creación, ampliación y mejora de museos, archivos y bibliotecas*”.

En principio parece un tanto sorprendente la redacción de la primera parte del precepto. Si se trata de “*conservar*”, estaremos hablando de algo existente por definición, y de ahí que no sea fácil imaginar el supuesto en que “*se necesita suelo para obras de conservación*”. Especialmente porque si las necesidades van ligadas a obras, es de suponer que cesarían acabadas éstas y entonces la ocupación temporal se constituiría en medida mucho más apropiada que la expropiación strictu sensu.

Cabe pensar que lo que el legislador haya pretendido sea referirse a los descubrimientos de yacimientos arqueológicos en que la norma puede tener mayor sentido, o que intentase a través del término “*conservación*” incluir los supuestos de contemplación debida o evitación de daños a que se refieren como ya hemos visto otras normas. Lo que no sabremos hasta que los tribunales se pronuncien, es en qué medida lo ha conseguido.

Con respecto a la segunda parte del precepto hay que agradecer en ella la conciencia sobre la relevancia de las infraestructuras culturales para el ejercicio del derecho al disfrute del patrimonio cultural. En todo caso si los supuestos de ampliación y mejora no parecen plantear excesivos problemas, dejando a un lado el general a que ahora nos referiremos y aunque siempre quepa la posibilidad de que existan diferentes alternativas, el supuesto de creación de museos, archivos y bibliotecas puede suscitar, dada la condición de infraestructuras novedosas no condicionadas por su ubicación previa, diversas incógnitas en relación con la justificación de la expropiación. ¿ La creación de cualquier museo, archivo o biblioteca legitima el recurso a esta facultad o

tan solo la de equipamientos que acojan bienes individualmente declarados o incluidos en los inventarios ?

La norma de Castilla-León da respuesta parcial a la cuestión desde otra óptica; su artículo 29.3 se refiere a la *“instalación, ampliación o mejora de archivos, bibliotecas y museos de titularidad pública”*, restringiendo la potestad administrativa en mayor medida que la norma madrileña. No cabría recurrir pues a la expropiación en Castilla-León a favor de infraestructuras de titularidad privada. No sabemos si dicha titularidad pública debe ser exclusiva o, lo que es extraordinariamente frecuente en el ámbito cultural, se comprende también el caso en que resulte compartida con entidades privadas.

No negaremos que el criterio de la norma castellana es sencillo y cuenta con un fundamento muy razonable; la garantía de que es realmente el interés público el que está detrás de tan importante agresión al derecho de propiedad. Sin embargo consideramos por nuestra parte que lo relevante es la naturaleza patrimonial de los bienes que se exhiben y conservan en el museo, archivo o biblioteca y su acceso público. Si tales se garantizan en medida suficiente, estamos ante infraestructuras cuya creación, ampliación o mejora legitiman, con independencia de su titularidad, que se consideren de *“utilidad social”* las medidas que redunden en su provecho.

La norma castellano-leonesa es por lo demás un compendio, dada su reciente promulgación, de las aportaciones anteriores, incumplimiento de las obligaciones de protección y conservación de los bienes declarados o inventariados como fundamento, junto a los bienes que impidan o perturben la utilización, contemplación, acceso o disfrute de los Bienes de Interés Cultural, que atenten contra la armonía ambiental o que generen riesgo para su conservación.

Si que interesa resaltar que en este último supuesto del art.29.2, se limita exclusivamente la expropiabilidad a lo que afecte a bienes declarados, excluyendo inventariados y meramente patrimoniales sin más, y que un defecto de redacción amplía potencialmente el elenco de bienes expropiables a todos los que atenten contra la armonía ambiental en lugar de referirse explícitamente, como la norma catalana, a los atentados contra la armonía ambiental de los bienes declarados únicamente.

La norma canaria dispone inicialmente en su artículo 49.1 que *“la declaración de bien de interés cultural conlleva implícita la declaración de utilidad pública e interés social a efectos de su expropiación”*.

El precepto se refiere exclusivamente, como el resto del artículo, a los bienes de interés cultural pero es importante destacar que omite la referencia a que sean la protección o defensa de los bienes las que constituyan interés social suficiente a efectos expropiatorios, ampliándose así su ámbito, por cuanto la mera declaración permite

expropiar el bien sin que se produzcan incumplimientos del deber tuitivo responsabilidad del titular.

A esta consideración coadyuva el tenor del art. 49.3 *“del mismo modo podrán expropiarse los bienes declarados de interés cultural cuando se incumplan las prescripciones específicas sobre su uso y conservación establecidas en los instrumentos de protección que les afecten”*.

Si la *“expropiación por incumplimiento”* figura específicamente recogida en el apartado tercero, no cabe menos que entender que el apartado primero, como se deriva de su propio tenor literal, tiene un ámbito distinto y más amplio.

Consideramos que el precepto se excede a este respecto por cuanto, si el bien se encuentra debidamente protegido y su acceso público garantizado a través de las medidas que en tal sentido puede adoptar la administración, no existe fundamento alguno para privar al propietario de su derecho de propiedad o a los demás titulares de derechos reales de los que legítimamente les corresponden.

Es Asturias la Comunidad Autónoma con regulación más completa y detallada de la facultad expropiatoria para la protección del patrimonio cultural.

En primer lugar el artículo 39 que contiene la normativa sobre la materia se refiere explícitamente a *“los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de Asturias”*, incluyendo tanto muebles como inmuebles, declarados, simplemente inventariados o incluso bienes no incluidos en ninguno de los regímenes de protección pero dotados de valores patrimoniales. (Aquí la controversia se situará en el terreno de la prueba).

En segundo lugar la causa justificativa es tanto *“la defensa y protección”*, como *“los inmuebles que atenten contra su armonía ambiental, perturben su contemplación o conlleven un riesgo para su conservación”* y *“las mejoras en los accesos a dichos bienes, la dignificación de su entorno y, en general, la mejora en las condiciones de su disfrute público”*.

En este caso hay que realizar algunas observaciones. Teniendo en cuenta que los elementos que pueden dar pie al inicio del procedimiento expropiatorio son todos los patrimoniales, parece exagerado el ámbito expropiativo que delimita la utilización de conceptos tan generales como *“armonía ambiental”*, *“dignificación del entorno”* o *“mejora en las condiciones de su disfrute público”*. Puede, con esta base, expropiarse prácticamente cualquier edificio o terreno, con tal de que en un indefinido entorno a su alrededor exista algún elemento integrante del patrimonio cultural asturiano.

El artículo 39.2 caracteriza también, “*con fines de difusión*” como “*causa expropriandi*” de edificios o terrenos “*la creación de archivos, bibliotecas, museos u otros centros públicos de difusión cultural*”. En si misma esta disposición no contiene nada novedoso, aunque si el añadido de que “*esta declaración podrá extenderse a los edificios o terrenos contiguos a aquellos en los cuales se instalen estos centros, cuando así lo requieran razones de seguridad, para la adecuada conservación de los inmuebles o de los bienes que contengan, de acceso o de promoción cultural de los mismos*”.

En primer lugar se establece aquí una limitación a la facultad expropiatoria a los “*edificios o terrenos contiguos*” en lugar de dejarla espacialmente abierta siempre que su objeto sea la mejora de los equipamientos. Es evidente que son los terrenos y edificios contiguos el ámbito normal al que afectará la expropiación incluso en el caso de las normas que no lo establecen así, pero pueden existir supuestos en los que la presencia de bienes patrimoniales de difícil traslado y con vínculos relevantes con los ya ubicados en un museo, archivo o biblioteca, pueda justificar el ejercicio por la Administración de esta facultad sin la presencia de tal contigüidad. Aún y cuando pudiera considerarse incluida en conceptos como “*mejora*” es destacable asimismo la referencia a los motivos de “*seguridad*” como legitimadores.

Donde la norma asturiana innova realmente es en lo que hace al tercer apartado de este artículo, notablemente extenso que dispone literalmente que “*el establecimiento de las condiciones adecuadas para el estudio por los investigadores y el disfrute público de los bienes muebles declarados de Interés Cultural o incluidos en el Inventario de Patrimonio Cultural, así como la protección y defensa de sus valores culturales, serán causa de interés social o ,en su caso, de utilidad pública, a efectos de expropiación de los mismos en los siguientes casos:*

- a) *cuando se trate de bienes para los que, por su excepcional interés, no sean suficientes las medidas a que hace referencia el apartado 2 del artículo 43 o las que eventualmente pudieran proponer sus propietarios o poseedores acogiéndose a lo dispuesto en el apartado 7 del mencionado artículo.*

- b) *cuando se incumplan reiteradamente las medidas a que hace referencia el apartado 2 del artículo 43.*

- c) *cuando no se garantice el mantenimiento de la integridad de colecciones que como tales hayan sido declaradas de Interés Cultural o incluidas en el Inventario del Patrimonio Cultural de Asturias.*

- d) *cuando no se garantice el mantenimiento de la vinculación histórica de un bien mueble con un inmueble declarado de Interés Cultural.*

Finaliza el precepto señalando que “*dichos principios también serán de aplicación cuando se trate de restablecer vínculos históricos suficientemente acreditados y relevantes que hayan sido rotos en el pasado mediante la separación de los referidos bienes.*” El apartado cuarto de este artículo 39 proclama, por su parte, la competencia de gobierno asturiano y ayuntamientos, declarando la preferencia de aquel cuando se haga en beneficio de determinadas bibliotecas, archivos o de los museos regionales.

Esta preferencia puede tener sentido desde la perspectiva de que dichos equipamientos regionales puedan ofrecer mejores posibilidades de protección y/o conservación y especialmente contribuir de mejor modo a la difusión de los valores culturales de los bienes a expropiar dado su mayor número de visitantes y protagonismo social, pero nos parece muy acertado que no se establezca la preferencia autonómica general fuera de estos beneficiarios concretos, toda vez que no es necesariamente predicable una mejor consideración hacia el bien de la administración autonómica en el caso de que tanto esta misma como la municipal estén interesadas en el ejercicio de la facultad, por el contrario, la involucración de la administración local puede además favorecer el mejor empleo de los recursos, siempre escasos, de las restantes administraciones culturales en la protección de otros bienes en que no exista interés local tan acusado. Siempre, claro está, que la administración expropiante garantice la adecuada conservación del bien y suficiente difusión de sus valores.

Lo más interesante no es sin embargo este aspecto sino la expresa referencia expropiatoria a los bienes muebles del artículo 39.3. Es éste un primer aspecto a destacar, se prevé la expropiación de los bienes muebles con condiciones específicas y no meramente en el marco general de los bienes patrimoniales.

Sin embargo, una primera y llamativa diferencia es la mención expresa del precepto a los bienes muebles de Interés Cultural o incluidos en el Inventario, frente a la ya vista alusión del art.39.1 a los “*bienes integrantes del Patrimonio Cultural de Asturias*”, que son por definición, (art.1.2) todos estos y además aquellos otros que también “*merecen conservación y defensa*” por “*su interés histórico, artístico, arqueológico... o de cualquier otra naturaleza cultural.*” ¿ Significa esto que no son expropiables los bienes muebles integrantes del Patrimonio Cultural de Asturias que no hayan sido declarados o inventariados ?

La utilización de conceptos equivalentes “*defensa y protección de los bienes integrantes*” en el 39.1 y “*protección y defensa de sus valores culturales*” en el art.39.3, parecen querer llevarnos a esa conclusión. Si así fuese sin embargo nos parece que carece de justificación la diferencia de trato entre los bienes muebles y los inmuebles. Sentado su interés cultural, la única diferencia apreciable entre unos y otros elementos es la derivada de la intrínseca movilidad de los primeros que dificulta en primer lugar su conocimiento y facilita en segundo lugar la elusión de las obligaciones legales con mayor facilidad, a través simplemente del traslado de los bienes fuera del ámbito territorial de vigencia de la norma.

No obstante esta dificultad no justifica la privación a la administración de la facultad expropiatoria, sino que en todo caso justificaría que se le concediesen instrumentos o medios adicionales de actuación. A interés cultural equivalente no entendemos cual es la razón por la que podría expropiarse un inmueble para su debida protección y no podría serlo un bien mueble.

Cuestión aparte es tanto en uno como en otro caso, la de la prueba de la pertenencia al patrimonio cultural de los bienes que no hayan sido objeto de declaración o inventario por la administración y de que su interés (que no ha justificado aquellas) y necesidad de protección son lo suficientemente relevantes como para legitimar el recurso a la facultad expropiatoria.

Un nuevo fundamento expropiatorio que aporta el art. 39.3 de la norma asturiana es el del “*establecimiento de las condiciones adecuadas para el estudio por los investigadores*”.

Es llamativo que se establezca una “*causa expropriandi*” en beneficio de particulares que ostentan, desde luego, menores derechos que el titular en relación con el bien, aún y cuando implícitamente podamos entender que la expropiación no tiene por objeto, en este caso, atribuir a los investigadores la propiedad del bien cuanto, puesto éste en manos de la administración, permitir a través de ésta que realicen sus estudios sobre el mismo.

El único fundamento posible de esta expropiación es la consideración de que las investigaciones en cuestión son de interés público y benefician al conjunto de la sociedad que tiene derecho al conocimiento que pueda derivar de las mismas. A nuestro juicio esto no es necesariamente cierto con carácter general.

No puede presumirse que cualquier investigación, por el mero hecho de la existencia de interesados en emprenderla sin ánimo de lucro indebido o de lesión al propietario, genere un interés público suficiente como para justificar la afectación de los derechos de los titulares.

Solo investigaciones que hayan agotado otros medios previamente y que por su originalidad o innovación en metodología o enfoque puedan ofrecer realmente conclusiones nuevas o confirmar decisivamente hipótesis relevantes anteriores, pueden requerir justificadamente el acceso directo al elemento de que se trate en perjuicio tan importante del disfrute de su titular dominical.

Solo será justificable la expropiación ante una eventual resistencia del titular a permitir esa clase de investigaciones o su negativa o imposibilidad de facilitarla en condiciones adecuadas, (concepto de una indeterminación más que notable), en circunstancias en que la administración ofrezca compensaciones suficientes por los

perjuicios que sufra el titular con motivo de su desarrollo o sufrague precisamente el coste del establecimiento de las condiciones adecuadas. Lo contrario nos situaría ante una confiscación de difícil encaje constitucional. No hay que olvidar que el beneficio para la sociedad derivado presuntamente de las investigaciones a realizar, no puede recaer exclusivamente sobre las espaldas del propietario o poseedor.

Lo mismo cabe decir del “*disfrute público*” de los bienes muebles como legitimador de la expropiación. Existe un disfrute público claramente compatible con la propiedad privada de estos bienes cual es el de su puesta a disposición de la administración a través de la cesión para exposiciones o depósito temporal en museos u otros equipamientos culturales.

No sería justificable la expropiación sino ante una resistencia del propietario a permitir ese disfrute compatible, en circunstancias en que la administración no haga recaer exclusivamente sobre él sus repercusiones, y no meramente arguyendo ese disfrute público como finalidad que se persigue.

A estos condicionantes tratan de dar respuesta las condiciones de legitimidad de la expropiación de los apartados “a” a “d” del artículo 39.3. La primera de ellas hace referencia a que “*no sean suficientes*” las medidas del artículo 43.2 (visita pública de inmuebles cuatro días al mes durante cuatro horas al menos en el caso de inmuebles declarados, y seis días al año durante cuatro horas en el de los inventariados, alternativamente depósito de los bienes muebles en centro público de dos meses cada cinco años) o “*las que eventualmente pudieran proponer propietarios o poseedores*”.

Debemos entender que la insuficiencia de las medidas reseñadas en el artículo 43 lo es para el desarrollo de las investigaciones o el disfrute público de los bienes. Entendido el acceso directo a los bienes como una mera técnica investigadora más en el marco de otras muchas, y el disfrute público como precisado en principio de compatibilización con los legítimos derechos particulares sobre el bien, creemos que el precepto se excede a la hora de facultar a la administración a recurrir a la facultad expropiatoria que implanta un régimen excesivamente lesivo para los intereses de propietarios y titulares de derechos sobre los bienes culturales. Estamos por definición ante un supuesto en el que existe colaboración por parte de los titulares, y no resistencia, ni muchísimo menos, para el desarrollo de las investigaciones o el disfrute público, como se deriva de la referencia a otro régimen que pudieran proponer los afectados.

Si tal es así la administración deberá acreditar sin ningún género de duda que la investigación o el disfrute solo e inexcusablemente, sin que puedan obtenerse sus objetivos en otro caso, pueden desarrollarse, en condiciones que los propietarios o poseedores se niegan a permitir.

En lo que respecta al disfrute parece difícil de imaginar una diferencia tal entre el que la administración considera mínimamente exigible y el derivado del artículo 43

como para legitimar una expropiación, habida cuenta de que si se considera conveniente su titularidad pública puede adquirirse sin ejercicio del imperium administrativo.

En lo que se refiere a la investigación es cierto que en determinados supuestos, y un ejemplo claro pueden constituirlo las investigaciones arqueológicas, el acceso directo y continuado al bien puede ser requisito imprescindible para el buen desarrollo de la investigación, pero no hay que olvidar que ésta debe tener un propósito definido y un período razonable de ejecución, y que una vez finalizada hipotéticamente la expropiación quedaría sin cobertura.

Nada hay que oponer sin embargo a lo que dispone el apartado b del artículo 39.3 en torno a la legitimidad de la expropiación en el supuesto de incumplimiento reiterado de las medidas impuestas por el artículo 43.2. La garantía de ese mínimo régimen de disfrute público e investigación nos parecen suficiente cobertura para el ejercicio de la facultad expropiatoria.

Tan solo habrá que observar que para recurrir a la expropiación no deberíamos estar solo ante un incumplimiento reiterado sino también ante un incumplimiento grave, un incumplimiento que ocasione perjuicios relevantes a los objetivos perseguidos en el artículo 43, no ante cualquier incumplimiento reiterado de carácter menor o irrelevante.

Tampoco opondremos reserva alguna al supuesto de mantenimiento de la integridad de colecciones declaradas o inventariadas como tales, (aquí recordaríamos lo ya señalado para aplicarlo al caso de las colecciones de bienes patrimoniales hipotéticamente no declaradas ni inventariadas), como causa de privación de la titularidad dominical. Estamos ante un supuesto que constituye un ataque potencialmente grave y quien sabe si de difícil reversibilidad a los valores culturales del bien, lo que legitima de sobra la medida.

En lo que respecta al apartado d, (falta de garantía de la vinculación histórica de un bien mueble con un inmueble declarado), también consideramos acertada la disposición del legislador con tal de que esa vinculación haya sido establecida en el régimen de protección de cualquiera de los bienes. En todo caso consideramos injustificada la restricción a los supuestos de inmueble declarado cuando en los inventariados puede existir idéntica vinculación e incluso resultar más valiosa en razón de la cualificación específica del mueble de que se trate.

Más cuestionable es la disposición final en torno a que también será utilizable la expropiación para *“restablecer vínculos históricos suficientemente acreditados y relevantes que hayan sido rotos en el pasado a través de la separación de los bienes”*.

La vida de los elementos culturales puede haber transcurrido entre avatares suficientes como para poner en cuestión que sea uno u otro momento histórico el escogible para detener el tiempo e intentar reproducirlo en la actualidad.

Nada hay que objetar a que se procure la unidad de lo que artísticamente pierde sin ella parte sus valores, pero la mera fundamentación histórica no apoyada además en otros valores culturales nos parece discutible como legitimadora, no lo olvidemos, de una lesión de intereses tan relevante. Será exigencia ineludible en estos casos la ubicación de los elementos unidos en museos, archivos o equipamientos en general que permitan su disfrute público y que no se fundamente la expropiación exclusivamente en ella misma sino como motivo coadyuvante.

La facultad expropiatoria en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco

Recordemos que como señalábamos páginas atrás, es el artículo 21 de la L.P.C.V. el que regula lo relativo a la expropiación de los bienes culturales. En concreto señala que *"la defensa y protección de los bienes culturales calificados y de los inventariados serán consideradas causa de interés social a efectos de su expropiación"* (Art. 21.1) que lo será también a fines de difusión del patrimonio cultural *"la creación de archivos, bibliotecas y museos"* (Art. 21.2) y que serán competentes para la ejecución de las expropiaciones *"el Gobierno Vasco, las Diputaciones Forales y los Ayuntamientos en función de las respectivas competencias y causas de la expropiación"*.

En lo que se refiere pues específicamente a la legislación vasca, parece oportuno resaltar en primer lugar la amplitud de los términos del artículo 21.1. *"defensa y protección"*, frente a la más concreta alusión, no a la mejor difusión del patrimonio en general, sino a la específica creación de museos, archivos y bibliotecas del apartado 2º.

Asimismo la comparación con los términos de la L.P.H.E. nos permite ver en ésta mayor concreción, toda vez que establece como causa expropiandi en el artículo 36.4 *"el incumplimiento de las obligaciones (de conservación, uso, custodia...) previstas en dicho artículo"*, o *"el peligro de destrucción o deterioro o uso incompatible con sus valores"* en el 37.3, o el ser sede actual o futura de Archivos, Bibliotecas o Museos de titularidad pública.

Un supuesto especial, no propiamente de expropiación sino de indemnización de daños con arreglo a la legislación expropiatoria, es el de necesidad de excavaciones o prospecciones arqueológicas, regulado de forma similar en ambas Leyes (Art. 43 L.P.H.E. y 50 L.P.C.V.)

Llama especialmente la atención que la L.P.C.V. no relacione expresamente la expropiación general con el incumplimiento de deberes por el titular, como realiza la Ley estatal, sobre todo porque la Ley vasca si lo hace en relación con patrimonios específicos, como el documental por ejemplo, *"el incumplimiento de estas obligaciones (correcta conservación material y no destrucción, división ni merma) podrá ser causa*

de expropiación”, (art. 62). En conjunto es pues mucho más precisa la L.P.H.E., con la excepción que vamos a analizar de forma más detallada.

Debemos pues reprochar a la norma vasca una excesiva amplitud en cuanto al ámbito que confiere a la posibilidad de expropiar. La titularidad pública de los bienes culturales no es en ningún caso un requisito indispensable para garantizar el debido ejercicio por parte de la generalidad de los ciudadanos de su derecho al disfrute del patrimonio.

Una situación en que aún estando los bienes en manos privadas se permite ese disfrute en las condiciones que prescribe la Ley, no debería legitimar el recurso a la expropiación. Cuestión diferente es que la administración desee en el marco de su política cultural utilizar los bienes patrimoniales para fines que aconsejen o requieran su ubicación en mano pública. Cuenta en estos casos con la posibilidad de acordar la adquisición o la cesión de los correspondientes derechos como cualquier actor en el mercado, sin utilizar el imperium expropriatorio.

La genérica “*defensa y protección*” de los bienes como definición de causa expropriandi, permite a la administración recurrir a ella, en principio, siempre que pueda justificar que se va a producir una mejora en el standard tuitivo. Nos parece que solo la defensa y protección de los bienes cuando se encontrasen en una situación de riesgo o peligro cierto para los valores culturales que les dan relevancia, debería legitimar la expropiación, no cualquier posible mejora en la conservación.

No porque esta última no sea deseable, sino porque existen múltiples posibilidades de conseguirla sin necesidad de recurrir a expropiar el bien. Incluso la situación de riesgo o peligro para el bien, con independencia de que sea responsabilidad directa de alguno de sus titulares o simplemente responsabilidad de terceros pero que estos no pueden subsanar, debe venir acompañada de la oferta por parte de la administración de los medios necesarios, (en la parte que exceda al menos la responsabilidad del titular), para superarla y la negativa del particular a ponerlos en práctica.

Lo contrario podría conducir a una utilización fraudulenta de la expropiación, una utilización no conforme con el espíritu de la Ley a través de la que la administración colocaría a los particulares en una situación de imposible cumplimiento de los deberes legales que les corresponden.

Dicho de otro modo, la expropiación-sanción, la derivada del incumplimiento por el propietario de sus deberes legales en orden a la protección del patrimonio y difusión de sus valores, es la única que a nuestro juicio debería contar con legitimidad legal, a la luz de lo anteriormente expuesto.

No existe en otro caso interés público suficiente que justifique una lesión tan importante de los derechos legítimos de los titulares privados. Ya hemos señalado además que no cualquier incumplimiento, sino uno grave y reiterado como reclaman, (al menos en este último aspecto), algunas otras legislaciones autonómicas sería el que debería poner en marcha el procedimiento.

Tanto la norma estatal como algunas otras autonómicas limitan el campo de los bienes culturales objeto de expropiación a los "*bienes declarados de interés cultural*". La L.P.C.V. se refiere, sin embargo, a los bienes culturales calificados y/o inventariados. Es éste un aspecto de gran relevancia. Quedarían, conforme a una interpretación literal, desamparados como causa expropriandi los bienes inventariados y todos los no declarados en la legislación estatal, y los bienes no calificados ni inventariados conforme a la L.P.C.V.

Como ya hemos señalado anteriormente podría ser ésta una opción legislativa derivada de la convicción de que debe reservarse la potestad de expropiar para el supuesto de los bienes culturales más relevantes. En el caso vasco creemos que no es así. Si hubiese sido ése el propósito del legislador hubiera constituido a los bienes calificados, (los incluidos en el régimen de protección reservado a los de mayor interés o relevancia) en únicos legitimadores de su ejercicio, y sin embargo se incluye también a los inventariados.

Consideramos que como sucede en otros apartados de la L.P.C.V. la norma simplemente "*olvida*" a la hora de referirse a la expropiación, la existencia de unos bienes a los que ha conferido la condición de integrantes del patrimonio cultural vasco, (art.2.1) y determinado que deben ser protegidos por los poderes públicos (art.3), pese a que, quien sabe si, solamente, no han sido calificados ni inventariados aún.

Si la expropiación tiene por objeto "*la defensa y protección*" de los bienes, creemos que constituye un error, que es más razonable la opción escogida por otras C.C.A.A., (Asturias por ejemplo), estableciendo la expropiabilidad en pro de la protección de todos los bienes integrantes del patrimonio cultural propio. Aunque solo fuese porque eventualmente pudieran encontrarse en tal situación bienes de mayor interés, en razón de su reciente descubrimiento o de mejor conocimiento de la dimensión real de su valor, y porque puede tratarse precisamente de los elementos patrimoniales más desprotegidos y vulnerables en virtud del propio régimen legal.

Es innegable que pueden plantearse problemas de prueba y generarse una cierta inseguridad jurídica, pero coherente con la derivada en general del juego conjunto de los artículos 2 y 3 de la propia L.P.C.V., y no mucho mayor que la que generan los términos tan amplios en que la Ley establece la causa expropriandi.

Otra cuestión que plantea la redacción del artículo 21 de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco es la de la limitación de la expropiabilidad de bienes culturales a las

causas y motivos recogidos en el mismo. Alvarez cree sin embargo, en referencia a la, en este aspecto, similar legislación estatal, que se trata tan sólo de una presunción de existencia de "*causa de interés social*", pero que no se deroga lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa y que conforme a la normativa general cabe iniciar una expropiación por otra causa de utilidad pública o interés social.

Sobre esto último creemos que no cabe ninguna duda, pero en relación con la causa expropiandi a que alude el artículo 76 de la L.E.F., creemos que es la Ley de Patrimonio Histórico Español el instrumento a partir del que debe ser interpretada, sin olvidar la posible aplicabilidad del principio de derogabilidad entre disposiciones del mismo rango, y con Pera Verdaguer coincidimos en que para la aplicabilidad del procedimiento especial de la L.E.F. es necesaria la previa declaración oficial del carácter artístico, histórico o arqueológico.

Esto último ampararía la inclusión de los bienes inventariados dado que parece claro que la declaración a que alude Pera lo es en sentido genérico, pero aquí es donde desafortunadamente las omisiones de los artículos 21 L.P.C.V. y 36 L.P.H.E. adquieren plena relevancia. El otorgamiento de una facultad como la expropiatoria a la Administración Pública como límite del derecho de propiedad no puede, sino ser objeto de una interpretación restrictiva, que habrá de manifestarse en nuestro caso en una sujeción a los términos literales de las normas.

La redacción del artículo 21.2 nos plantea además un problema añadido.

Por un lado supone una novedad y un avance histórico en la legislación del Estado la admisión de la difusión del patrimonio cultural como motivo de interés social para la expropiación. No hay que ser un experto conocedor de la materia para hacerse una idea sobre las posibilidades que se abren por esta vía y los peligros y dificultades de su aplicación práctica, amén de sus posibles consecuencias sobre actividades como el coleccionismo privado o el comercio de objetos culturales. Sin embargo se limita en la norma vasca la causa expropiandi a "*la creación de archivos, bibliotecas y museos*".

Dejando a un lado temas procelosos como la aplicabilidad del precepto a supuestos de archivos, bibliotecas o museos de titularidad o gestión parcialmente privada nos centraremos en un único aspecto conflictivo. ¿Es tan solo la creación el supuesto justificador, o también la mejora o enriquecimiento de un archivo museo o biblioteca ya existente? Es obvio que otras C.C.A.A. han sido conscientes de la incertidumbre que genera la redacción de nuestra Ley y han incluido expresamente la referencia al supuesto.

Creemos que desde la razón de fondo de difusión del patrimonio que justifica la atribución de la facultad expropiatoria, carece de sentido limitarla a la creación, cuando en un museo ya existente la relación de visitantes, las condiciones de conservación etc

etc, pueden ser utilizadas como parámetro de valoración de la procedencia de la expropiación.

Sin embargo, y habida cuenta de lo antes señalado sobre el carácter de la expropiación deberemos esperar a un previsiblemente lejano pronunciamiento jurisprudencial para conocer el alcance de este precepto. No hay que olvidar que la referencia específica a la difusión del patrimonio, (del conocimiento y disfrute del mismo), diferenciada de la de la “*defensa y protección*”, parece dificultar aún más la ya difícil justificación de partida de expropiar bienes en buen estado para facilitar tan solo su disfrute público en ese tipo de equipamientos.

Es este otro aspecto en el que las normas autonómicas posteriores han podido mejorar a la vasca, una de las pioneras, proporcionando mejor cobertura a la actuación administrativa a favor del derecho al disfrute del patrimonio por los ciudadanos.

La L.P.C.V. sin embargo no subordina el ejercicio municipal de la facultad expropiatoria al de la instituciones supramunicipales, (autonómicas más en concreto), por cuanto no hay que presuponer “*ab initio*” mejor actuación tuitiva de unas u otras, ni mejor garantía del derecho de los ciudadanos derivada de una u otra titularidad. Tratándose del ejercicio de una facultad de titularidad múltiple es sin embargo preciso establecer algún criterio que permita dilucidar los conflictos derivados de una común pretensión de imposible ejercicio conjunto.

La Ley determina la actuación institucional “*en función de las respectivas competencias y causas de la expropiación*”. (Art.21.3)

Es evidente que constituye ésta la mejor respuesta teórica que es posible dar a la controversia, y que la consideramos un indudable acierto siempre y cuando las competencias y causas estuviesen perfectamente delimitadas, pero no es así. Especialmente en lo que afecta a la difusión del patrimonio, en virtud de la que la creación (¿ y eventualmente según lo dicho, ampliación o mejora ?) de archivos, bibliotecas y museos es causa expropiatoria, no hay delimitación alguna, y cabe potencialmente la expropiación para constituir un museo, archivo o biblioteca municipal tanto como uno foral (en el caso vasco) o autonómico. Cuando se pretenda simultáneamente el ejercicio de la facultad expropiatoria por distintas administraciones para dicho fin, no habrá pues más remedio que demandar el acuerdo interinstitucional derivado del deber de colaboración a que alude el artículo 4.3.

Tampoco contiene la norma vasca, en contraposición a otras autonómicas (de nuevo Asturias como mejor ejemplo) disposición alguna relativa a la expropiación de los bienes muebles. No se distingue entre muebles e inmuebles, estableciéndose idéntico régimen en lo que respecta a unos y otros, lo que en principio es positivo en la medida que no se predicarían entre ellos diferencias de cualidad o rango.

Varias de las condiciones particulares (mantenimiento de la integridad de colecciones, o de la vinculación histórica entre los muebles y algún inmueble) de la norma asturiana se encuentran además amparadas como motivo de expropiación por la “defensa y protección” tan genéricas a que alude la L.P.C.V. Pero es cuando menos discutible que esos mismos términos permitan la expropiación para “*el establecimiento de las condiciones adecuadas para el estudio por los investigadores*” o el “*disfrute público de los bienes muebles*”, en los términos de la norma astur que hemos considerado razonables.

Particularmente en el caso de incumplimiento del régimen de visita pública que se establezca reglamentariamente, dado que la Ley vasca, al revés que aquella, no lo contiene; supuesto además que no es susceptible de solución a través de la sanción que conectan al hecho los artículos 108.1.a y 108.3.

La experiencia de la aplicación de la Ley en la C.A.P.V. durante más de un decenio nos muestra en todo caso la escasa virtualidad de la facultad expropiatoria, o al menos el escaso uso que los poderes públicos han hecho de la misma. Ni una sola vez han sentido la necesidad de recurrir a la misma para garantizar la defensa y protección de los bienes culturales o propiciar una mejor difusión de sus valores y ejercicio del derecho humano al disfrute del patrimonio cultural.

c) El derecho de tanteo y retracto sobre los bienes culturales

La L.P.C.V. en su artículo 25 establece un derecho de tanteo y en su caso retracto sobre bienes culturales, tanto calificados como inventariados, en favor del Gobierno Vasco.

“1) Toda pretensión de venta de un bien cultural calificado o inventariado deberá ser fehacientemente notificada al Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco con indicación del precio y condiciones en que se proponga realizar aquella, debiendo acreditar también la identidad del adquirente...los subastadores deberán notificar igualmente, y con suficiente antelación, las subastas públicas en que se pretenda enajenar cualquier bien integrante del patrimonio cultural vasco”.

2) “En el plazo de dos meses el órgano competente del Gobierno Vasco podrá ejercer el derecho de tanteo para si o para otras instituciones públicas o de carácter cultural sin ánimo de lucro, obligándose al pago del precio convenido”.

3) “En los casos en que el Gobierno Vasco no ejerza el derecho de tanteo, si la venta no queda formalizada en las condiciones notificadas o si, a pesar de no haber variado las condiciones inicialmente establecidas, ha transcurrido un año sin que el

contrato haya quedado formalizado, el enajenante estará nuevamente obligado en los términos previstos en el apartado 1.

4) Cuando se trate de bienes integrados en conjuntos monumentales no calificados individualmente, únicamente se podrá hacer uso de este derecho respecto de aquellos que hayan sido reseñados en el régimen de protección del conjunto como de singular relevancia”.

5) Si la pretensión de venta y sus condiciones no han sido notificadas correctamente, se podrá ejercer, en los mismos términos previstos para el derecho de tanteo, el de retracto en el plazo de dos meses a partir de la fecha en que se tenga conocimiento fehaciente de la venta”.

No se trata de ninguna novedad legislativa, la L.P.H.E. reconoce un derecho similar en su artículo 38 y precedentes pueden encontrarse en todas y cada una de las normas que han regulado anteriormente la materia, Decretos de 1926, 1930 y 1953, Leyes de 1931 y 1933, L.E.F. de 1954 etc.

Otras C.C.A.A. también han recogido en sus respectivas normas referencias a estos derechos como instrumento de los poderes públicos para garantizar la debida protección y defensa de los bienes culturales y el disfrute por los ciudadanos de sus valores. El artículo 22 de la ley catalana establece que la Generalitat *“puede ejercer los derechos de tanteo y retracto sobre cualquier bien integrante del patrimonio cultural catalán que se subaste en Cataluña”* y que puede ejercerlos *“en beneficio de otra entidad pública o de una entidad privada sin finalidad de lucro”*.

El artículo 26, por su parte, extiende el ámbito de aplicación a *“las transmisiones onerosas de la propiedad o de cualquier derecho real de disfrute sobre los bienes culturales de interés nacional o sobre los bienes muebles catalogados”*.

Este mismo artículo confiere a *“los consejos comarcales y los ayuntamientos”* la posibilidad de ejercer el derecho de tanteo y posteriormente el de retracto, subsidiariamente con respecto a la Generalitat, con preferencia eso si del Ayuntamiento, en caso de concurrencia entre ellos, *“en beneficio de otras instituciones públicas o de entidades privadas sin ánimo de lucro”*. Respecto de los inmuebles meramente catalogados, se establecen derechos de tanteo y retracto que asimismo *“pueden ser ejercidos por los consejos comarcales y los ayuntamientos”*.

Un primer aspecto merecedor de comentario es el derivado de la comparación de los términos de los artículos 22 y 26. Mientras el art.22 se refiere al tanteo y retracto sobre *“cualquier bien integrante del patrimonio cultural catalán que se subaste en Cataluña”*, el 26 se refiere en su párrafo inicial exclusivamente a los *“bienes culturales de interés nacional”* y *“bienes muebles catalogados”* y en el último a los *“inmuebles*

catalogados” dejando fuera del ámbito del tanteo y retracto a los elementos integrantes del patrimonio cultural catalán que no se encuentren incluidos en ninguna de tales categorías.

La conclusión lógica que se derivaría de esta discordancia es la de que el elenco de bienes sobre los que puede la administración ejercer estos derechos es diferente en el caso de las subastas con respecto al de las transmisiones por cualquier otro medio.

(Hay que señalar en todo caso que la ley catalana no es tan clara como otras normas autonómicas a la de hora de conectar la pertenencia al patrimonio exclusivamente con la posesión de los valores históricos, artísticos, arqueológicos, etnológicos etc, porque al indicar que lo integran, art.1.2 los bienes que por esos valores “*merecen una protección y defensa especiales*” podría interpretarse que solo los que merezcan esa especial defensa y para ello sean incluidos en alguno de los regímenes de protección, gozan de la condición de patrimoniales).

No encontramos argumentos de suficiente peso para sostener que deban tratarse de diferente modo las transmisiones en subasta pública en relación con las que se realicen entre actores concretos y singulares, la conveniencia de que a los efectos tuitivos o de difusión de que se trate se encuentren determinados bienes en mano pública tiene que ver con sus valores y características y no con el modo en que se coloquen en el mercado.

Parece que se trata con ello de atender a los supuestos en que pueda con motivo de la subasta ponerse de manifiesto la existencia o valor de bienes anteriormente no conocidos, y por tanto no incluidos en régimen de protección alguno.

Extender el tanteo y retracto en las subastas a cualquier bien integrante del patrimonio, significa, sin embargo, situar a los intervinientes en las subastas en una manifiesta inseguridad jurídica, pues buena parte de los bienes que sean objeto de subasta es susceptible de poseer alguno de los valores que señala la Ley.

Dejando a un lado que la administración puede en cualquier caso acudir a la subasta como un oferente más, consideramos más perjudicial la inseguridad jurídica a que conduce el cumplimiento estricto de la norma, que el hipotético beneficio de descubrir bienes culturales antes no conocidos, que salvo negligencia administrativa grave tendrá carácter excepcional.

Tratándose de derechos de tanteo y retracto, y como tales de irrupciones de una administración dotada de imperium en el régimen jurídico de los negocios civiles transmisores de la propiedad o de derechos reales, negocios respecto de los que crea importantes distorsiones, parece lógico reservarlos a los supuestos de mayor relevancia.

Sería pues criticable desde este punto de vista la extensión de los mismos a “*cualquier bien integrante integrante del patrimonio*”, y acertada su limitación a los bienes muebles e inmuebles de mayor relevancia, incluidos por ello en el régimen de protección más estricto.

Por ello tampoco consideramos oportuno que la norma catalana establezca un particular derecho de tanteo y retracto a favor de consejos comarcales y ayuntamientos, y del que excluye a la Generalitat, en el caso de los inmuebles catalogados, y que por tanto no son “*de interés nacional*”.

La norma catalana se distingue de la vasca (que confiere estos derechos exclusivamente al Gobierno Vasco, en detrimento de las restantes administraciones competentes según la propia L.P.C.V.) en que, acertadamente a nuestro juicio, faculta para ejercer el tanteo y retracto además a otras administraciones, consejos comarcales y ayuntamientos.

Esta multiplicidad de facultados conduce a establecer mecanismos de precedencia, que la norma resuelve situando en primer lugar a la Generalitat, en segundo a los Ayuntamientos y en último a los consejos comarcales. La norma navarra permite ejercer asimismo el derecho de tanteo y retracto a las entidades locales, pero solo respecto de los inmuebles declarados de interés cultural (sin que exista fundamento expreso alguno para excluir esta facultad en el caso de los bienes muebles) y con preferencia expresa para el “*Departamento competente*” (hay que suponer que del Gobierno de Navarra, aunque con defectuosa técnica legislativa no se identifique).

Otra distinción catalana, en este caso a nuestro juicio no tan oportuna, es la definición de los posibles beneficiarios privados del tanteo o retracto de las administraciones públicas, como entidades privadas sin ánimo de lucro frente al “*carácter cultural sin ánimo de lucro*” con que las caracteriza la norma vasca, sin perjuicio de lo que en su momento señalaremos sobre la fundamentación de un derecho de tanteo y retracto publico con beneficiario final privado.

Esta ausencia de mención a la naturaleza cultural de las entidades permite en principio que resulten beneficiarias entidades que no tengan una finalidad cultural como principal objeto social. Consideramos que tratándose de bienes culturales, debe garantizarse particularmente no solo su protección y defensa sino una difusión de sus valores acorde al motivo por el que se les atribuyen los bienes, lo que justifica suficientemente la exigencia de que se trate de una entidad con fines culturales.

La norma gallega no aporta dejando a un lado diferencias cuasianecdóticas matices significativos, si exceptuamos la previsión de que el tanteo y retracto en las subastas no se extiende en el caso de los bienes no declarados ni catalogados sino a los casos en que “*reglamentariamente se exija*”. (Art. 27.1). La ley andaluza por su parte

(art.18) se refiere como ámbito material de estos derechos a la *“transmisión de la titularidad o tenencia de bienes inscritos en el Catálogo General”*.

Con independencia de que sea técnicamente incorrecto referirse a derechos de tanteo y retracto en relación con la transmisión de la mera posesión, (*“tenencia”*), y no de la titularidad de los bienes, el legislador andaluz se plantea la hipótesis de que el bien se encuentre materialmente en manos ajenas a las de su titular dominical y que sean esas las responsables de que el bien no se encuentre debidamente protegido o no se de debida difusión a sus valores, o las que no lo garantizan suficientemente.

No es sin embargo el recurso a estos derechos la vía más adecuada para conseguir el objetivo que debe perseguir la administración, entre otras cosas porque puede siempre dirigirse contra el propietario o titular de derechos reales por esa misma cualidad que caracteriza a su derecho, mientras que resulta difícil actuar en relación con el simple tenedor, que se libera transmitiendo meramente la posesión material de los bienes, lo que cabe con mucha mayor celeridad de la que caracteriza al proceder administrativo.

En lo que respecta a los beneficiarios del ejercicio de los derechos hay que reproducir para el caso andaluz lo ya señalado en torno a la norma catalana y la supresión de la naturaleza cultural de las entidades privadas como requisito inexcusable. Como novedad de la ley andaluza la exigencia de abono en dos anualidades del precio de enajenación.

Un defecto técnico en la redacción de esta última es el de no atribuir expresamente en el art.18.3 a los ayuntamientos el ejercicio del tanteo y retracto. Cuando se señala que *“la Consejería de Cultura y Medio Ambiente podrá ejercitar el derecho de tanteo para si o para las Corporaciones Locales”* parece querer reservarse exclusivamente a la Consejería el ejercicio, lo que viene a ser contradicho claramente por lo dispuesto en el 18.6 que *“no excluye que los derechos de tanteo y retracto puedan ser ejercidos por los ayuntamientos en que radiquen los bienes”*.

La técnica del *“sin perjuicio”* viene a ser habitualmente utilizada para salvaguardar atribuciones realizadas en otros preceptos o normas, cuando ninguno anterior realiza tal atribución expresa a los ayuntamientos. También se recoge la preferencia autonómica en caso de concurrencia, sobre la que ya nos hemos pronunciado con profusión en relación con la expropiación. En el caso específico de las *“enajenaciones en pública subasta”* parece sin embargo que es la Consejería autonómica la única facultada para tantear o ejercer el retracto, a tenor de la redacción del art.18.5.

Un aspecto que si demanda comentario específico es el de la referencia como facultados a los *“ayuntamientos en que radiquen los bienes”*. (Art.18.6).

Es evidente que concedido el derecho a las Corporaciones Locales, es preciso establecer un punto de conexión con los bienes que delimite su competencia. No lo es menos que el criterio de ubicación de los elementos sobre los que se va a ejercer el derecho es el más sencillo y lógico, pero si su efectividad en el caso de los inmuebles no puede ponerse en duda dada su difícil movilidad, es escasamente útil en el de los bienes muebles, dado que pueden eludir fácilmente los límites territoriales del municipio.

La conclusión obvia es que, a menos que exista un régimen de protección que haya establecido la inmovilidad, se limitará en la práctica el ejercicio municipal de estos derechos al caso de los inmuebles, en defecto de acuerdo o consentimiento de los titulares afectados.

La norma valenciana limita expresamente el retracto municipal a estos bienes inmuebles. Amén de la explícita mención a los bienes ya protegidos o respecto de los que *“se hubiera iniciado expediente de inclusión”* (art. 22.1), lo que implícitamente ya deriva del juego combinado de distintos preceptos en otras normas, (por ejemplo la vasca), la otra aportación más destacada es la limitación de los bienes afectados en las subastas a los inventariados *“así como a los bienes muebles no inventariados que posean el valor y las características que reglamentariamente se determinarán”*, no a todos los integrantes del patrimonio cultural como realizan otras normas. Mientras que esta última limitación podría paliar la inseguridad jurídica a que hemos hecho repetida referencia, resulta sorprendente la ausencia de mención expresa a los bienes declarados en cuanto sujetos a tanteo y retracto.

La Comunidad Autónoma de Madrid, aunque sigue la línea general de distinguir el ámbito de bienes afectados, (declarados e inventariados con carácter general, *“cualquier bien integrante del Patrimonio Histórico”* en el caso de las subastas) introduce otro matiz específico de obligado análisis en el artículo 20 de su Ley de Patrimonio Histórico que es el que regula el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto.

Señala el mismo que la Consejería de Educación y Cultura (o subsidiariamente el Ayuntamiento correspondiente, sin indicar como en el caso andaluz, la forma de determinar esta *“correspondencia”*) *“podrá ejercer el derecho de tanteo sobre las transmisiones onerosas de la propiedad o cualquier derecho real de disfrute sobre Bienes de Interés Cultural o sobre los bienes incluidos en el Inventario”*.

Limita pues la norma el derecho a las transmisiones onerosas, quedando fuera de él las lucrativas o gratuitas. Esta disposición puede favorecer que se produzca una elusión en gran escala del tanteo administrativo, a través de la simulación de la gratuidad de las transmisiones o incluso de la transmisión realmente gratuita realizada al objeto de que no sea la administración la finalmente destinataria del bien .

Es evidente que el tanteo en una transmisión gratuita cuenta con el obstáculo relativo a la ausencia de precio, elemento necesario para su ejercicio, pero pueden establecerse reglas de valoración que en defecto de precio fijado inter partes, permitan ejercerlo, si el espíritu de la Ley es que los bienes de mayor relevancia acaben en manos de las administraciones o de las entidades privadas sin ánimo de lucro, toda vez que tampoco Madrid, (de forma desacertada a nuestro juicio, como ya hemos indicado en referencia a otros casos), exige finalidad cultural a los posibles beneficiarios.

Una innovación de la norma madrileña es la demanda de que *“las entidades públicas deberán acreditar a tal efecto la existencia y disponibilidad de crédito presupuestario...las entidades privadas deberán efectuar un depósito de precio con carácter previo al ejercicio del derecho de tanteo, acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos por la Ley de Subvenciones de la Comunidad de Madrid”*.

La primera de las exigencias es prácticamente irrelevante, por cuanto serán las propias normas contables o presupuestarias de cada C.A. las que establezcan los medios a través de los que el órgano competente puede disponer de los fondos necesarios para ejercer el tanteo o retracto.

En lo que respecta a las entidades privadas la norma requiere que anticipen el precio a satisfacer al titular de modo que la administración no deba hacer frente al mismo con sus propios fondos. Esto exige que la administración haya expresado, con anterioridad al ejercicio real del derecho, su voluntad de ejercerlo a favor de la entidad privada de que se trate, no sabemos si con comunicación o no de la circunstancia al titular afectado y puede ocasionar problemas en la medida en que introduce una distancia temporal entre dos actos administrativos que pueden no coincidir en alguno de sus elementos.

Es verdad que esto es potencialmente cierto en todos los casos en que la administración no ejerza el derecho de tanteo en su propio favor, pero en este caso podría suceder con anterioridad al ejercicio del derecho (y no cuando el bien se encuentra ya en sus manos) dificultando su ejercicio.

La norma de Castilla-León no contiene disposiciones originales, siguiendo la línea general ya descrita tanto en lo que respecta a la diferenciación de ámbito de elementos en las transmisiones entre particulares y en las subastas, en lo que hace a la no exigencia de objeto cultural a las entidades privadas potencialmente beneficiarias, omitiendo, eso si, cualquier referencia al ejercicio de estos derechos por los ayuntamientos o por instituciones distintas a la Junta de Castilla-León.

No es el caso de Canarias donde, en línea claramente contraria a la que siguen el resto de C.C.A.A., no es la institución autonómica la que ejerce los derechos de tanteo y retracto con carácter preferente. Es el Cabildo Insular el que en virtud de lo dispuesto en el artículo 50.2 *“podrá hacer uso del derecho de tanteo”*, aunque si decidiese no

ejercerlo *“deberá notificarlo... al órgano competente de la administración pública de la Comunidad Autónoma, a fin de que ésta pueda ejercitarlo subsidiariamente”*.

No cabe duda de que el carácter insular de Canarias y su peculiar estructura administrativa están detrás de esta original política. Esta Comunidad se distingue también de la mayoría de las restantes en que restringe estos derechos a los bienes declarados e inventariados, incluso en lo que respecta a las subastas, (art.50.1), eliminando por completo la inseguridad jurídica a que nos hemos anteriormente referido.

Asturias establece en el artículo 45 de su ley que lo sujeto a tanteo y retracto es principalmente *“toda pretensión de transmisión onerosa de la propiedad o de cualquier derecho real de disfrute de los bienes muebles declarados de Interés Cultural o incluidos en el Inventario del Patrimonio Cultural de Asturias”* .

Dejando a un lado lo ya comentado en otras normas en torno a la limitación a las transmisiones onerosas llama poderosamente la atención la referencia exclusiva del apartado 1 a los bienes muebles. Los inmuebles no son aludidos sino en el apartado 5 que literalmente reza que *“lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo se aplicará de la misma forma a los bienes inmuebles declarados de Interés Cultural a título individual”*.

¿ Significa esto que al revés que otras normas la asturiana está pensando primordialmente en el tanteo y retracto sobre bienes muebles ¿ ¿ Tiene algún sentido que pueda ejercerse el tanteo y retracto sobre muebles inventariados y no pueda hacerse sobre los inmuebles que cuentan con el mismo régimen de protección ?

Respecto de la primera de las cuestiones no nos sentimos en condiciones de responder con una mínima seguridad, puede tratarse de una opción técnica discutible, o reflejar un propósito concreto que en todo caso, en los términos en que se define, los órganos competentes no parecen muy obligados a seguir.

Con respecto a la segunda, podemos elucubrar con que se considere que el tanteo y retracto sobre bienes muebles sea de ejercicio menos oneroso, menos costoso, que el que recaiga sobre inmuebles y de ahí que se intente limitar éste a los supuestos de mayor relevancia, pero aún y cuando hubiesen guiado al legislador consideraciones de esta naturaleza creemos que carece de sentido privar a la administración de la capacidad de ejercer el derecho sobre inmuebles inventariados si al mismo tiempo se le concede sobre los muebles de similar interés. A ella le corresponde determinar cual es el mejor uso en cada caso de los recursos a su disposición.

Por lo demás también Asturias sigue la línea general de distinguir entre los bienes tanteables en transmisiones particulares y subastas (*“cualquier bien integrante*

del patrimonio cultural de Asturias”) y en admitir cualquier “entidad privada sin ánimo de lucro” como beneficiaria (art. 45.2). Tampoco la norma alude a los ayuntamientos como administraciones facultadas, siendo la Consejería de Educación y Cultura la que ostenta el monopolio.

Tan solo como aportación digna de mención quedaría referirse a la previsión, (art.45.3), de que *“en los casos en que no se ejerza el derecho de tanteo, si la venta no queda formalizada en las condiciones notificadas o si, a pesar de no haber variado las condiciones inicialmente establecidas, ha transcurrido un año sin que la transmisión haya quedado formalizada, el enajenante estará nuevamente obligado en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo”,* previsión claramente dirigida a evitar fraudes.

Finalmente, y del mismo modo que carecía de referencias a la expropiación, la ley de Castilla-La Mancha tampoco contiene referencias al ejercicio de derechos de tanteo y retracto sobre la transmisiones de bienes culturales.

d) El tanteo y retracto en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

Como muy bien señala Alvarez, es utópico pretender extender un derecho de esta naturaleza a todos los bienes integrantes del patrimonio cultural. En primer lugar porque habida cuenta de su extensión se sobrepasaría la capacidad de cualquier Administración Pública (pensemos en la cantidad de objetos que circulan en el mercado del arte) y en segundo lugar porque no existe ninguna razón por la que todos los bienes culturales deban pertenecer al Estado, cuya labor debe limitarse a garantizar su conservación y la difusión o disfrute públicos de sus valores.

Teóricamente tan solo aquellos bienes en los que el derecho al disfrute exigiese la ubicación en sede pública por no poder compatibilizarse con uso privado alguno deberían recaer en manos de la administración. Es fácil imaginar que el supuesto será mucho más frecuente en lo que respecta a los bienes muebles.

Pero es que además una obligación de este tipo, tan fácilmente eludible sin sanción previsible, es únicamente factor generador de inseguridad jurídica, de rigidez en un mercado (el del arte) que como todos necesita rapidez y flexibilidad y fuente de discriminaciones objetivas entre quienes desean cumplir la Ley y los no dispuestos a someterse a sus prescripciones.

Y por último siendo como es necesaria la colaboración de los propietarios y titulares de derechos para conocer la existencia e interés reales de los bienes culturales, (especialmente en el caso de los bienes muebles), un sistema de tanteos y retractos muy extenso y condicionador constituye el mejor aliciente para obstaculizar en todo lo

que se pueda la actividad de la administración, especialmente cuando esta carece de medios coercitivos y de control suficientes.

Por todo ello y porque los poderes públicos están tan solo interesados en los bienes de muy notable valor y no en los de segunda o tercera categoría, hay que ser sumamente prudentes en la regulación y en la utilización (en esto último no hay problema pues apenas se utilizan) de estas figuras.

La Ley de Patrimonio Cultural, como ya hemos indicado, se refiere a los derechos de tanteo y retracto en el artículo 25 y el sistema que establece puede resumirse en que toda pretensión de venta de un bien calificado o inventariado debe notificarse al Gobierno Vasco con indicación de precio y condiciones, en que este puede en 2 meses ejercer el derecho de tanteo, y en que caso de notificación incorrecta, y hay que entender también que en caso de ausencia de notificación, puede ejercer dicho Gobierno un derecho de retracto en un plazo también de 2 meses.

En cuanto a la regulación concreta que realiza la L.P.C.V. debemos referirnos en primer lugar a la extensión de estos derechos. Hemos señalado que se establece un derecho de tanteo y retracto sobre los bienes calificados e inventariados y nos parece un error.

Por todo lo ya señalado creemos que ambos derechos deberían restringirse a los bienes calificados, ya que si un bien se considera de tan notable interés como para que se considere necesaria su pertenencia a la Administración Pública y su exclusión del libre comercio, debe merecer el máximo nivel de protección jurídica y si no es así la concesión de derechos de esta naturaleza no puede sino considerarse abusiva e innecesaria a los fines de la Ley.

Hay un argumento ya citado que nos parece definitivo en apoyo de esta tesis; los bienes calificados van a ser normalmente conocidos y reconocidos y no va a resultar sencillo evadirlos de control público, pero todo lo contrario va a suceder en relación los más ocultos, de interés más dudoso o peor conocidos (los inventariados o inventariables en gran medida).

Un régimen de tan grandes condicionamientos puede convertir una situación actual tan lamentable y que esperamos pueda poco a poco corregirse, en un lastre permanente a la investigación y difusión en esta materia, en la medida en que constituye un incentivo a la ocultación de los bienes o de su valor.

La cuestión no obstante pierde relevancia si se advierte que en más de una década de aplicación de la L.P.C.V. no se han ejercido estos derechos en ningún caso, aunque a nivel estatal exista una cierta tradición y periódicamente se adquieran bienes con destino a determinados museos ejerciendo estos derechos.

Abad Licerás⁶⁷⁹ señala que “*la imposición de esta obligación legal a todo tipo de bienes culturales integrantes del Patrimonio Histórico-Artístico del pueblo vasco, con independencia de su clasificación jurídica en las categorías de bienes calificados o inventariados, constituye un principio no secundado, en general, por otras normas del ordenamiento jurídico español, salvo por la legislación andaluza*”.

Esta afirmación necesita importantes matizaciones.

En primer lugar y en virtud de lo que hemos repetido en múltiples ocasiones en torno a la definición del patrimonio cultural vasco del artículo 2.1, no son ni mucho menos “*todo tipo de bienes integrantes del patrimonio cultural vasco*”, los sujetos a tanteo y retracto, sino tan solo aquellos que se encuentran calificados o inventariados.

En segundo lugar hay otras C.C.A.A. también que han extendido el derecho a un ámbito similar al de la L.P.C.V. (Asturias, Castilla-León, Madrid, con la peculiaridad de la limitación a determinado tipo de transmisiones...) con lo que parece estar convirtiéndose esta línea en la seguida por las más modernas legislaciones autonómicas.

Coincidimos no obstante con Abad en que del tenor de la Ley deriva que “*quedan fuera del ámbito de aplicación de los derechos de tanteo y retracto cualquier tipo de negocio jurídico que no consista en la venta de los bienes culturales*”⁶⁸⁰.

Podemos reproducir aquí lo señalado en torno a la legislación madrileña que se refiere de forma más amplia que la vasca a las “*transmisiones onerosas*” como ámbito de estos derechos. Como también recoge muy bien dicho autor, “*bajo este término (transmisión) podrán integrarse un amplio conjunto de negocios jurídicos de carácter civil o mercantil por los que se pueda transferir el dominio o cualquier otro derecho real sobre los bienes culturales catalogados*”.⁶⁸¹

Pero si lo que fundamenta además el derecho es la procedencia de que el bien pase a formar parte del patrimonio público como consecuencia del cambio de titular y de la manifestación de voluntad de transmisión del precedente, que puede eventualmente influir en las condiciones de conservación del elemento, debería abarcar también el supuesto de las transmisiones gratuitas o lucrativas, toda vez que en ellas concurren también ambos aspectos.

⁶⁷⁹ ABAD LICERAS J.M. op. cit. pag. 202

⁶⁸⁰ Ibidem, pag. 203.

⁶⁸¹ Ibidem, pag. 204.

Se podrá oponer que en muchas transmisiones lucrativas, no en todas ni muchísimo menos, puede concurrir una identificación sentimental del adquirente con el elemento, derivada de su proximidad anterior al transmitente, que conviene no afectar.

Sin perjuicio de que pudieran tenerse en consideración circunstancias de este tipo a la hora de determinar la oportunidad del ejercicio del derecho, no nos parece acertado excluir con carácter general las transmisiones lucrativas, en muchas de las que puede darse una menor vinculación al elemento y una menor garantía de conservación y de ejercicio razonable del derecho colectivo al disfrute, que en muchas otras onerosas.

En lo que respecta a los sujetos pasivos y activos de los derechos de tanteo y retracto, hay que reprochar a la norma vasca la indeterminación de la antelación con la que los subastadores deben comunicar al Gobierno Vasco "*las subastas publicas en que se pretenda enajenar cualquier bien integrante del patrimonio cultural vasco*". (Art.25.1).

Es todavía más grave la omisión si tenemos en cuenta que una interpretación literal nos conduce a considerar la obligación de los que subastan, referida a un ámbito de bienes muchísimo más amplio, y que podría afectar a la inmensa mayoría de actos de esta naturaleza que se celebrasen. (No será fácil encontrar subasta de objetos culturales, en la que todos los bienes estén absolutamente desprovistos de cualquiera de los valores a que se refiere el art.2.1).

Existe una diferencia sustancial entre este supuesto y el de la transmisión onerosa particular, cual es que aquella no tiene un momento fijo de celebración mientras que en el acto de la subasta es una de sus características esenciales.

En lo que hace al sujeto activo, si que cabe poner serios reparos al monopolio del derecho de tanteo y retracto que explícita o implícitamente, (hay discrepancias al respecto, dado que si se establece la notificación fehaciente de la pretensión al Gobierno Vasco, y se señala que caso de no ejercer éste el tanteo se queda nuevamente obligado transcurrido un año, no hay atribución exclusiva expresa), se establece en la L.P.C.V. en favor del Gobierno Vasco.

No lo consideramos justificado en ningún caso, toda vez que si sus fines son la "*conservación, mejora y/o restauración*" se estaría vulnerando además de la filosofía de los artículos 3 y 4 de la Ley, lo dispuesto en el artículo 7.b.5 de la Ley de Territorios Históricos. Ya hemos señalado que las restantes normas autonómicas tienden a atribuir el derecho también a las administraciones locales, siquiera sea en la mayoría de los casos con carácter subsidiario a la intervención autonómica.

Creemos que constituye en conjunto un sistema mucho más razonable. Es particularmente incomprensible que se prive de estos derechos a las admistraciones

forales, a quienes se atribuyen en el ordenamiento jurídico vasco importantes facultades de desarrollo legislativo y ejecución en la materia, de modo y manera que se ven peor tratadas que administración que carecen en buena medida de ellas en las demás C.C.A.A.

En cualquier caso ese monopolio puede verse afectado por lo dispuesto en el artículo 38.1 de la Ley de Patrimonio Histórico Español (Ley 16/1985) y su correlativo 40 del Real Decreto 111/1986. Abad Licerias considera⁶⁸² que del juego combinado de todos estos preceptos debe entenderse *“la primacía de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de aquellas facultades legales respecto a los bienes culturales sitos en su territorio (de conformidad a las reglas establecidas en el artículo 40.3 del Real Decreto 111/1986) pudiendo actuar subsidiariamente el Estado a falta de una intervención activa de la Comunidad Autónoma competente en ese tema”,* y *“la excepción que supone el principio proclamado en el artículo 38.4 de la ley estatal, en donde la prevalencia se atribuirá al Estado cuando adquiera bienes muebles con destino a museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal”.*

Por nuestra parte nada hay que oponer a esta interpretación, como no sea considerar escasamente congruente con la letra y el espíritu constitucional el tenor del citado artículo 38.4.

El artículo 25 dispone que quien pretende vender, deberá notificar *“fehacientemente”* su pretensión *“con indicación del precio y condiciones en que se proponga realizar aquella, debiendo acreditar también la identidad del adquirente”.*

Consideramos que debe entenderse por fehacientemente no otra cosa que de forma que quede constancia suficiente del hecho, siendo aplicable lo dispuesto a este respecto por el artículo 38 de la Ley 30/1992. La indicación del precio nos remite también a la de las condiciones en que pretende realizarse la venta toda vez que es una de las más relevantes.

De no haberse incluido esa referencia adicional a las condiciones, podríamos encontrarnos con problemas cuando el precio varía en función de aquellas (desde una posible diferencia de precio en caso de satisfacerse en metálico y al contado o a plazos y en otro medio de pago, hasta su expresión total o parcial en unidades no monetarias), aunque seguirá pudiendo haber dificultades para cuantificar el precio en algunos de estos casos. (No digamos nada si se trata en realidad de un trueque u operación de intercambio).

Por supuesto que la indicación de condiciones no debe entenderse referida a su estricto significado técnico-jurídico de suspensivas o resolutivas, sino a las características básicas del acuerdo concluido entre las partes.

⁶⁸² Ibidem, pag. 207.

Un última consideración sobre este tema es que consideramos acertada la solución dada por la L.P.C.V. al supuesto de no notificación o notificación incorrecta de la pretensión o condiciones de la venta. El plazo de 2 meses es bastante razonable y si puede provocarse una situación de indefensión en relación con el retracto, esta puede solventarse por quienes puedan resultar perjudicados, el adquirente principalmente, poniéndola en conocimiento de la Administración a efectos de que en dicho plazo de 2 meses cuente con un pronunciamiento definitivo.

Podrían plantearse aquí dos cuestiones, relativas una al cómputo del plazo, de fecha a fecha, lo que no tiene mayor dificultad desde la Ley 30/1992, y respecto del momento inicial del plazo la segunda, que no puede ser otro que aquel en que la administración tiene conocimiento de la pretensión. Pasado el plazo establecido, es obvio que el Gobierno Vasco pierde la oportunidad de ejercitar el derecho, por lo que el silencio administrativo es forzosamente negativo.

Ya hemos elogiado con anterioridad, pese a criticar el monopolio autonómico del ejercicio, el hecho de que se establezca como beneficiario junto a las instituciones públicas, a instituciones “*de carácter cultural sin ánimo de lucro*”, en contraposición a otras C.C.A.A. que no exigen tal naturaleza cultural.

Se plantea sin embargo Abad qué tipo de asociaciones o fundaciones pueden resultar beneficiarias, si tan solo las constituidas al amparo de la legislación vasca sobre las mismas, o cualquier tipo de asociación o fundación válidamente constituida en España, para concluir que la falta de prohibición conduce a interpretar que “*puede ser cualquier tipo de institución cultural que carezca de ánimo de lucro, con independencia del ámbito territorial principal en que desempeñe sus funciones*”.⁶⁸³

Compartimos absolutamente tal opinión, incluso añadiríamos que no se exigiría necesariamente la naturaleza asociativa o fundacional si hubiese ausencia de “*animus lucrificandi*”, por más que no resulte un supuesto excesivamente fácil de imaginar.

En todo caso si el beneficiario fuese una entidad ajena al País Vasco, podría darse un fraude de ley si se ejerciese el derecho de tanteo o retracto de bienes muebles en su beneficio y estos abandonasen el ámbito territorial de la C.A.P.V., por lo que deberán exigirse garantías precisas a este respecto como condición para que una entidad de estas características pueda resultar beneficiaria.

Es cierto que el problema puede darse asimismo en entidades constituidas en la propia Comunidad, pero en este caso, además de que resulta menos probable, cuenta la administración, (particularmente en el caso de las Fundaciones a través del Protectorado), de otras posibilidades de actuación.

⁶⁸³ Ibidem, pag. 209.

La L.P.C.V. no contiene disposiciones relativas a los medios de pago ni a los plazos en que debe realizarse el mismo, ni en lo que hace al tanteo ni al retracto. No es éste el caso de otras normas autonómicas, que si contienen referencias a la cuestión, por más que susceptibles de crítica, como sostiene Abad⁶⁸⁴.

En todo caso hay que tomar en consideración que no es tan solo responsabilidad del legislador la omisión, cuanto que es el desarrollo reglamentario el que debería precisar todos estos extremos.

Pese a la ausencia de ejercicio del tanteo por el Gobierno Vasco, el artículo 25.4 dispone que el *“enajenante estará nuevamente obligado”* si *“la venta no queda formalizada en las condiciones notificadas o si, a pesar de no haber variado las condiciones inicialmente establecidas ha transcurrido un año sin que el contrato haya sido formalizado”*.

En primer lugar hay que señalar que parece lógica una disposición de esta naturaleza, al objeto de evitar un posible fraude de ley, derivado de la simulación de determinadas condiciones para dificultar el ejercicio del tanteo u obtenerlas mejores de la administración.

No obstante, el hecho de que nos encontremos ante una reviviscencia de un derecho anteriormente no ejercido, y de una limitación relevante al dominio de los titulares, nos induce a considerar que no puede aceptarse que cualquier modificación de las condiciones con respecto a las notificadas, legitime la renovación de facultad y obligación.

Debe tratarse de una modificación relevante y que afecta a aspectos sustanciales del acuerdo. Lo contrario, y aún cuando pudiera imputarse exclusivamente al interesado, limitaría la transmisibilidad durante un período excesivamente largo, (potencialmente cuatro meses más el tiempo necesario para que el Gobierno conociese la modificación), en relación con la influencia de la condición modificada en la decisión administrativa inicial de no ejercer el derecho.

En todo caso compartimos con Abad que la referencia a la formalización alcanza al instrumento documental en que se materialice el negocio jurídico, es decir a la correspondiente escritura pública o privada otorgada por las partes.

También revive el derecho transcurrido un año sin que el contrato se haya formalizado. La Ley no señala sin embargo cual es el momento a partir del que debe computarse este plazo, si el de notificación a la administración de la pretensión de venta

⁶⁸⁴ Ibidem, pag. 210.

o el de derivado del transcurso del período de que dispone ésta para ejercer el derecho sin hacerlo.

Creemos que esta última opción es la que debe considerarse más acertada; en primer lugar porque tratándose de *“estar nuevamente obligado”*, parece lógico suponer que ello exige que haya cesado primero la obligación primitiva, y porque la interpretación restrictiva de las limitaciones a los derechos de los titulares que debe guiar al intérprete exige que se considere el plazo más amplio posible antes de determinar la renovación de la obligación.

Como garantía del debido respeto al ejercicio de estos derechos, el artículo 26.1 establece que *“los notarios denegarán, en el ejercicio de sus facultades, la formalización en escritura pública de los títulos de adquisición de los bienes culturales calificados y de los inventariados cuando no se les acredite debidamente la existencia de la notificación prevenida en el apartado primero del artículo anterior”*.

Lo mismo se dispone en el apartado segundo respecto de que *“los registradores de la propiedad denegarán la inscripción de los títulos de adquisición”* relativos a tales bienes en los supuestos en que asimismo no se acredite la notificación.

Necesita matizaciones en relación con esta cuestión la opinión de Abad⁶⁸⁵ cuando sostiene la *“opinión favorable a que la notificación fehaciente se siga utilizando en el sentido tradicional, como sinónimo de prueba intervenida a través de la fe pública ostentada por los notarios, corredores de comercio, secretarios judiciales y demás funcionarios a quienes el ordenamiento jurídico atribuye semejantes funciones”*.

Consideramos por nuestra parte que tratándose de notificaciones a la administración, la mera existencia de un sello de entrada en Registro es suficientemente acreditativa de que el obligado ha cumplido con el deber que la ley le impone, siendo cualquier exigencia adicional innecesaria y desproporcionada.

La L.P.C.V. faculta al Gobierno Vasco para ejercer el derecho de retracto, *“si la pretensión de venta y sus condiciones no han sido notificadas correctamente”*.

Un primer problema que plantea la redacción del precepto es el de que parece ignorar el supuesto más probable en el que pudiera tener sentido el ejercicio del derecho, el supuesto de la omisión completa del cumplimiento del deber legal de comunicar la pretensión.

⁶⁸⁵ Ibidem, pag. 212.

La interpretación literal conduce a negar la posibilidad de ejercicio del retracto por la administración, toda vez que se trata de una restricción de los derechos de los titulares, no expresamente prevista.

Esta interpretación es completamente contraria al espíritu, principios y objetivos de la Ley, pero además es absurda, injusta y discriminatoria, por cuanto sanciona la conducta menor de incumplimiento parcial de la obligación, dejando impune el incumplimiento mayor y completo de no notificar nada en absoluto, conducta que se incentivaría notablemente además, dejando sin efecto esa facultad que se concede al Gobierno. Es pues manifiesto que el legislador no estuvo especialmente afortunado en lo que hace a este punto.

Consideramos sin embargo de menor relieve la crítica de Abad a la exigencia de ejercicio en *”el plazo de dos meses a partir de la fecha en que se tenga conocimiento fehaciente de la venta”*, considerando que debería haberse reclamado el conocimiento *”por cualquier medio admitido en Derecho”*.

Partiendo de la interpretación que hemos realizado anteriormente de tal *”fehaciencia”*, el problema quedaría resuelto.

5.4.5. El régimen específico de los bienes culturales calificados.

5.4.5.1. Las intervenciones sobre bienes culturales calificados en la L.P.C.V.

El artículo 29.1 de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco dispone que *“las intervenciones que deban realizarse sobre bienes culturales calificados y su entorno, salvo las contempladas en el artículo 33, quedarán sujetas a autorización de los órganos competentes de la Diputación Foral afectada...dicha autorización será previa a la concesión de la licencia municipal...cuando se trate de bienes culturales destinados al culto religioso, habrán de tenerse en cuenta las exigencias que dicho uso requiere”*.

El apartado 2º por su parte se refiere a que *“asimismo, deberán someterse a autorización de la Diputación Foral correspondiente, en los términos previstos en el apartado anterior, los cambios de uso y actividad a que se destinen los bienes culturales calificados”*, el 3º a que *“se considerarán denegadas las autorizaciones previstas en este artículo si no ha recaído resolución expresa en el plazo de dos meses...excepcionalmente, las Diputaciones Forales podrán prorrogar este plazo, notificándolo al solicitante e indicando los motivos del aplazamiento”* y finalmente el 4º a que *“las autorizaciones otorgadas por las diputaciones Forales sobre intervenciones en bienes inmuebles calificados deberán ser notificadas, juntamente con los demás interesados, al Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco”*.

El artículo 30, con un alcance hipotéticamente más general, culmina la regulación relativa al régimen de los bienes culturales calificados disponiendo a su vez que *“no podrán otorgarse licencias ni dictar órdenes para la realización de obras que, conforme a lo previsto en la presente ley, requieran cualquier autorización administrativa prevista en esta ley hasta que ésta haya sido concedida”* y que *“las obras realizadas sin cumplir lo establecido en el apartado anterior serán ilegales y los Ayuntamientos o, en su caso, las Diputaciones Forales podrán ordenar su reconstrucción o demolición con cargo al responsable de la infracción en los términos previstos por la legislación urbanística”*.

Desconocemos si la segunda alusión a la previsión legal se trata de un error o simplemente es manifestación de una redacción confusa, pero podría ser de todas maneras suprimida, sin afectar en nada al contenido del precepto.

Como podemos fácilmente observar, la característica básica de este régimen de protección, la que lo define esencialmente y diferencia del Inventario General de Patrimonio Cultural Vasco es el sometimiento a autorización previa de las intervenciones a desarrollar sobre los bienes en él incluidos.

Se trata de una autorización necesaria, (no pueden otorgarse licencias ni darse sin ella órdenes de ejecución), pero no suficiente para poder desarrollar la intervención, en la medida en que el precepto alude expresamente a la necesidad de la licencia municipal de obra, que puede no concederse, aún mediando la autorización foral, en virtud de consideraciones distintas a la de protección de los valores patrimoniales del elemento en cuestión. Nada obsta, jurídicamente hablando, a que se exijan diferentes autorizaciones y de órganos diversos para que un particular pueda desarrollar alguna actividad.

Queda claro pues a la luz de este artículo que la L.P.C.V. opta (al igual que la L.P.H.E. en su artículo 19) por la técnica autorizadora como principal instrumento de control y garantía de la idoneidad de las intervenciones sobre los bienes culturales y que además esta autorización se va a situar dentro del procedimiento de disciplina urbanística que atiende a la concesión de licencias de obra como acto previo, inexcusable y condicionador de la finalización positiva del mismo.

Abad se refiere a este supuesto como el único de concurrencia de autorizaciones de los recogidos en la L.P.C.V.⁶⁸⁶ Creemos por nuestra parte que existen o pueden existir otros, siquiera sean más específicos como el que afecta a las actividades arqueológicas, que también deben ser autorizadas con carácter general a tenor de lo dispuesto en el artículo 45.

⁶⁸⁶ Ibidem, pag. 223.

Tampoco es la Ley del Suelo la única fuente posible de concurrencias; leyes referidas a ámbitos específicos como la Ley de Protección y Ordenación de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai, (Ley 5/1989 de 6 de Julio), a la que nos referiremos más adelante, pueden establecer nuevos supuestos de concurrencia.

Es preciso de todas maneras, caso de requerirse autorizaciones o licencias varias, determinar cual es la relación que existe entre ellas.

Tanto Abad, *“la supremacía de las autorizaciones emitidas por los órganos autonómicos competentes para la ejecución de la ley (o de las administraciones que hayan sido designadas expresamente en la misma con dicho carácter, forales en nuestro caso) sobre las dictadas por cada Ayuntamiento implicado se revela claramente del texto conformador del artículo 29.1 L.P.C.V.,⁶⁸⁷ como Alegre Avila con carácter general, “la prevalencia del interés general y superior representado por la conservación de los edificios enclavados en una zona monumental o en un inmueble singularmente considerado, constituye una nota característica de las atribuciones conferidas tradicionalmente a los órganos estatales competentes en materia de patrimonio histórico”, “las atribuciones conferidas a los órganos administrativos culturales superiores (ya sea el Estado o las Comunidades Autónomas) sobre los representados por los de carácter municipal obedece, en último término, a la necesidad de salvaguardar algo de excepcional valor para la comunidad en razón a su relevancia socio-cultural e histórica”⁶⁸⁸ consideran que prevalece la autorización autonómica (o foral en el caso de la C.A.P.V.) sobre la licencia municipal. El Tribunal Supremo, a juicio de Abad, se ha decantado también por esta tesis, restringida, eso si, a los supuestos de conflicto.*

Sin desmentir tan poderosas argumentaciones, creemos que existe no tanto una superioridad o preeminencia strictu sensu, cuanto la necesidad de conciliar intereses y perspectivas, de modo y manera que solo las intervenciones no lesivas de cualquiera de los intereses en juego puedan llevarse a cabo.

Lo que no ofrece duda es que la autorización de la Diputación Foral es condicionante y previa a la licencia municipal, determinando la imposibilidad de emitir ésta si no se concede. Y también es importante recordar aquí que en virtud de lo establecido en el artículo 22.1 esto afecta también a cualesquiera bienes que hayan sido objeto de *“incoación de un expediente para la calificación”*, por cuanto la norma dispone en tales casos *“la aplicación provisional del régimen de protección”* previsto para esos bienes calificados, en tanto se sustancia el expediente.

Un análisis superficial de contenido de la referencia genérica al término *“intervenciones”* del artículo 29, nos permite extraer dos conclusiones en apariencia razonables; en primer lugar que no se realiza expresamente matización alguna sobre las intervenciones, de donde se derivaría que cualquier actuación subsumible en el citado

⁶⁸⁷ Ibidem, pag. 223.

⁶⁸⁸ ALEGRE AVILA J.M. Citado en ibidem, pag. 223.

concepto quedaría sujeta a autorización; pero en segundo lugar que, como hemos señalado, se conecta la autorización cultural con el procedimiento administrativo de concesión de licencias urbanísticas (en concreto de obra) de manera que al señalar que "*dicha autorización será previa a la concesión de la licencia municipal*" parece excluirse del ámbito de la autorización las actuaciones para cuya realización no sea precisa la obtención de una licencia municipal.

El término "*intervenciones*" parece en todo caso necesitado de mayores precisiones, en la medida en que una interpretación maximalista del mismo conllevaría la sujeción a autorización de actuaciones que, no ya no deberían estar sujetas a autorización administrativa alguna, sino ni tan siquiera puestas necesariamente en conocimiento de la Administración. A modo de ejemplo, la limpieza de determinadas dependencias de un inmueble.

Alguna otra norma autonómica ha sido consciente de esta necesidad y así el artículo 51 de la ley de Asturias dispone que "*la realización de obras mayores, (esto es utiliza la misma referencia urbanística a la que nos vamos seguidamente a referir), e intervenciones de conservación o restauración de Bienes de Interés Cultural precisará la elaboración de un proyecto técnico*", de donde "contrario sensu" cabe deducir que el resto de intervenciones no lo precisan.

Procede entonces verificar si un análisis en profundidad de lo establecido en la L.P.C.V. corrobora las conclusiones obtenidas en el análisis superficial de uno de sus preceptos.

Para ello hay que referirse en primer lugar a la fundamentación de la exigencia de la autorización administrativa. Esta fundamentación no puede ser otra que el deber de velar por la integridad del patrimonio y fomentar su protección, a que alude el artículo 3 de la Ley, y que con respecto a los bienes calificados se configura como materia "*de interés público*". (Artículo 10).

Este "*interés público*" justifica la atribución a la Administración del deber de garantizar que las intervenciones sean respetuosas con las características del bien que justifican su calificación cultural.

Así la vía de la autorización previa sería la opción escogida por el legislador en el marco del régimen específico de protección de los bienes calificados, para proceder al cumplimiento de tal deber y garantizar la integridad del patrimonio.

Si fuese ésta la fundamentación del régimen autorizador, cabría excluir del mismo aquellas "*intervenciones*" que fuesen manifiestamente incapaces, por su propia naturaleza, de afectar de forma irrespetuosa el interés cultural del bien sobre el que se

desarrollasen, en coherencia también con lo que parece deducirse de la alusión expresa a la licencia municipal.

Habida cuenta de que el Real Decreto Legislativo 1/1992 de 26 de Junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en su artículo 242, sujeta a licencia entre otros, los actos de edificación, de uso del suelo y subsuelo, los movimientos de tierra, las obras de nueva planta, las modificaciones de estructura o aspecto exterior etc,.. puede concluirse que los actos capaces de afectar de forma irrespetuosa las características culturales de los bienes están en su mayor parte sujetos a licencia.

Desde este primer punto de vista si puede procederse a una equiparación entre las "*intervenciones*" que deben ser objeto de autorización cultural previa y las que precisan licencia urbanística municipal, excluyendo de las aludidas en el artículo 29 aquellas que, por su irrelevancia, no son por un lado capaces de perjudicar el interés cultural de los bienes y por otro no están sujetas a exigencia de licencia urbanística.

Sin embargo esta equiparación no es posible realizarla con carácter general.

Por un lado, porque como vamos a comprobar acto seguido, hay actos o intervenciones no sujetos a licencia strictu sensu, sobre los que creemos que debería pronunciarse la administración cultural competente, (la ley andaluza es plenamente consciente de esto como pone de manifiesto el tenor de su artículo 35, "*cuando se trate de actuaciones no sometidas legalmente al trámite reglado de la licencia municipal... las administraciones encargadas de su autorización o realización remitirán a la Consejería de Cultura y Medio Ambiente la documentación necesaria*", a efectos de la autorización pertinente), y también, sobre todo, porque hay actos sujetos a licencia municipal, (de obra menor), con respecto a los que un régimen de autorización foral previa podría convertirse en excesivamente restrictivo, y eventualmente ineficaz de no modificarse los procedimientos internos de tramitación administrativa en cada uno de los órganos competentes.

El único fundamento jurídico de la equiparación, lege data, reside en la mención ya recogida del artículo 29.1 y por el contrario son varios los supuestos de intervenciones de diverso tipo no sometidas estrictamente a licencia municipal y a las que la L.P.C.V. somete a determinados requisitos y conecta particulares consecuencias.

Así podemos considerar la intervención de la administración cultural en la tramitación de evaluaciones de impacto ambiental prevista en el artículo 13 de la L.P.C.V., (acto obviamente no sujeto a licencia municipal), que se configura vía informes cuyas consideraciones o condiciones deben incluirse en la declaración de impacto ambiental, con las consecuencias que respecto a tal declaración establece la normativa vigente.

El artículo 28.1 de la Ley prescribe además la adecuación de los instrumentos de planeamiento al régimen de protección de los bienes calificados y la necesidad del informe favorable del Gobierno Vasco sobre los mismos. Por supuesto tampoco estos instrumentos de planeamiento están sujetos estrictamente a licencia municipal.

La emisión de informe favorable por el Gobierno Vasco a Planes de Ordenación Territorial y Urbana y/o Planes Especiales de Protección tiene además ex-artículo 33, la relevante consecuencia de variar el procedimiento administrativo de tramitación, excluyendo del mismo la autorización foral previa, lo cual abunda item mas, en la consideración de la importancia de todas estas "intervenciones" que afectan de forma indudable a los bienes calificados incluidos en su ámbito.

En ningún caso y con independencia de si merecen o no la naturaleza de "*instrumentos de planeamiento urbanístico*" podría asumirse como conclusión lógica que estuviesen sujetas a la consideración, (sea del tipo que sea), de las administraciones culturales competentes, las "intervenciones" efectivas, es decir las sujetas a licencia por un lado, los Planes de Ordenación Territorial y Urbana y/o Planes Especiales de Protección por otro, y no lo estuviesen por ejemplo los Estudios de Detalle y Proyectos de Urbanización de los que se derivan las primeras, siendo desarrollo de los segundos.

Pero es que aún hay más; descendiendo a un análisis pormenorizado de dichas figuras podemos realizar algunas precisiones.

El Estudio de Detalle es una figura urbanística que determina entre otras los alineamientos, rasantes y volúmenes de edificabilidad de la zona que comprende.

Condiciona de esta manera cualquier futura edificación dentro de su ámbito. Es fácil colegir, que con independencia de que posteriormente las intervenciones efectivas estén sujetas a licencia municipal y se sometan a la autorización foral previa, y en la medida en que los parámetros que determina el Estudio pueden atentar contra las características que justifican la calificación cultural de los inmuebles, éste mismo debe ser sometido a autorización foral previa.

Por dos razones; en primer lugar para que el Estudio tenga eficacia jurídico-urbanística, es decir para que lo previsto en el mismo sea lo que efectivamente se lleve a la práctica, no desvirtuando por completo su valor u obligando de forma innecesaria y lesiva económicamente para sus promotores, a realizar otro acorde a lo efectivamente autorizado por la administración cultural y en segundo lugar para que no resulten perjudicadas expectativas o derechos que pudieran derivarse de la aprobación de los Estudios de Detalle, frustración que pudiera dar lugar a responsabilidad de quienes la hubiesen ocasionado.

Respecto a los proyectos de urbanización puede obtenerse conclusiones similares.

Incluso el hecho de que determinen acabados constructivos y mobiliario urbano hace patente en mayor medida la pertinencia de la intervención de las autoridades culturales competentes. Por poner ejemplos fácilmente comprensibles, deben estas velar porque no se introduzca un pavimento de color rosa en un Conjunto Histórico de los siglos XVII y XVIII o lámparas halógenas de diseño "postmoderno" en una villa medieval, amén de verificar que el trazado de las redes de saneamiento, electricidad o suministros (agua, gas, fibra óptica...) no afecte a bienes culturales o partes de los mismos sitios a lo largo de su trazado.

Y no olvidemos que frecuentemente son los Ayuntamientos los que promueven estos proyectos con lo que no se someten al régimen de licencia.

Situados en suelo urbanizable, las mismas observaciones procederían respecto de un Plan Parcial. En todo caso este es un supuesto, el de Plan Parcial que afecte a bienes calificados cuando estos cuenten ya con un régimen de protección a respetar, un tanto hipotético, "de laboratorio" por así decir.

Todas estas consideraciones nos llevan a concluir que tan sólo en un sentido muy concreto y específico es posible equiparar los actos sometidos al régimen de autorización foral previa de la L.P.C.V. con los actos sometidos a licencia urbanística por la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, debiendo ser objeto de examen por la Diputación Foral correspondiente tanto los Estudios de Detalle como los Proyectos de Urbanización y cualesquiera otras figuras de similar naturaleza situadas en el iter administrativo entre los Planes Urbanísticos "strictu sensu" y los actos de ejecución material de intervenciones que se refieran o afecten a los bienes culturales calificados, y que por tanto no procede identificar intervenciones en el sentido del artículo 29 exclusivamente con las que directamente y por si mismas tienen repercusión física en el bien de que se trate.

La L.P.C.V. somete al mismo régimen a los "*cambios de uso y actividad*".

Cabe plantearse si se está refiriendo aquí a cambios de uso y actividad con reflejo en el status legal del inmueble (modificación en los términos de las licencias, autorizaciones y actos administrativos, o incluso normativos en general, que le afecten) o también a los cambios de uso y actividad en el marco de lo ya anteriormente autorizado. Debemos razonablemente decantarnos por la primera de las opciones.

El sentido de la exigencia de autorización administrativa, que es en definitiva la principal característica definidora de este régimen jurídico, es el de velar por que el uso

del bien no repercuta en la minusvaloración o detrimento de sus valores. Cuando se ha concedido una autorización o licencia que ampara diferentes usos o actividades, hay que entender que ha sido considerada la inocuidad, o al menos la admisibilidad del daño producible en todos y cada uno de ellos, por lo que no existe motivo alguno, derivado de que el titular o poseedor haya acudido de uno a otro, para exigir una reconsideración administrativa de la resolución anteriormente tomada.

El artículo 29 opta por someter a autorización previa de la Diputación Foral correspondiente estas intervenciones. La técnica es similar a la utilizada en la L.P.H.E. (artículo 19) pero el enfoque es radicalmente distinto. Mientras la L.P.H.E. detalla algunos criterios en base a los cuales debe negarse la autorización, con prohibiciones expresas de adosar o apoyar construcciones en los monumentos, (*"toda construcción que altere el carácter"*, artículo 19.3), de *"colocar publicidad comercial, cables, antenas y conducciones aparentes"* e incluso estableciendo expresamente que las actuaciones deben ir encaminadas a la conservación, consolidación y rehabilitación evitando los *"los intentos de reconstrucción"*, en la L.P.C.V. se produce una deslegalización que tras someter las intervenciones a autorización remite al régimen de protección específico del inmueble o al desarrollo reglamentario (implícitamente) para disponer de referencias en torno a lo que puede o no realizarse sobre el bien.

Escasas, muy escasas, son las referencias de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco a criterios precisos a la hora de valorar la idoneidad de las intervenciones. Mayor gravedad reviste la cuestión en ausencia en desarrollo reglamentario de la Ley. No es éste el caso, como veremos, de otras normas autonómicas.

En lo que respecta al procedimiento administrativo son únicamente dos las referencias, ambas del artículo 29.3, en defecto de las que hay que recurrir a las disposiciones generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Una primera al sentido negativo del silencio administrativo, transcurridos dos meses sin que haya recaído resolución expresa, y una segunda en torno a la posibilidad de prórroga de tal plazo, mediando motivación y notificación al solicitante.

La opción legislativa por el silencio negativo tiene seguramente como fundamento la potencial lesividad de la intervención a desarrollar y la no menos posible irreversibilidad de los daños que pudiera causar. Desde otro punto de vista podría oponerse, sin embargo, el derecho del particular al uso y disfrute razonable de su derecho, respecto del que podría derivar en restricción excesiva ante el establecimiento de un plazo en principio suficiente para proceder a adoptar la resolución que corresponda y la posibilidad de prórroga, en principio sin límite establecido, con los únicos requisitos de motivación y notificación.

Con respecto a la notificación de la prórroga, consideramos finalmente que no debería exigirse únicamente su notificación al solicitante cuanto también al resto de partes que pudieran estar interviniendo en el procedimiento.

La exigencia de autorización foral se exceptúa en un supuesto, el de las intervenciones *“contempladas en el artículo 33 que dispone lo siguiente “las intervenciones sobre conjuntos monumentales que hayan sido previstas en planes de ordenación territorial o urbana y/o en los planes especiales de protección del área afectada por la declaración de bien cultural informados favorablemente por el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco serán autorizadas directamente por los Ayuntamientos”*.

Estas autorizaciones *“o licencias deberán ser comunicadas en el plazo de diez días a la Diputación Foral correspondiente, quien podrá ordenar la reposición del bien afectado a su estado original en el caso de que aquellas sean contrarias del régimen de protección aprobado al efecto”*.

La lógica del precepto deriva de la inmediata y directa conexión entre la intervención a desarrollar y unos instrumentos urbanísticos que la predeterminan en sus características esenciales y que han sido ya objeto de detallado análisis y verificación de su congruencia con la preservación de los valores del bien o conjunto de bienes culturales, por parte de la administración cultural, en este caso la Consejería de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco.

Responde en principio a un fundamento de evitar actuaciones administrativas superfluas y que obstaculicen o dilaten injustificadamente el desarrollo por los titulares de actos de ejercicio de sus derechos. No obstante son varias las incógnitas que suscita la aplicación combinada de los artículos 29 y 33 y los aspectos en que demanda una consideración más detenida.

Un primer aspecto de comentario obligado es el de la naturaleza de la autorización que corresponder conceder a los Ayuntamientos en este caso. En un contexto en el que se han sometido las intervenciones a autorización foral previa que debe juzgar la congruencia de las mismas con la protección de los valores culturales, y en el que por exigencia de la normativa urbanística existe finalmente, en la gran mayoría de los casos y desde luego en las intervenciones con mayor repercusión física e inmediata, una licencia a conceder por el Ayuntamiento correspondiente, hay que plantearse el significado de la expresión *“serán autorizadas directamente por los Ayuntamientos”*.

¿ Se está refiriendo aquí la Ley a la licencia municipal anteriormente mencionada y existe por tanto una única autorización (la regulada por la normativa urbanística) desapareciendo la específicamente cultural en tales casos, o debe la administración municipal conceder dos autorizaciones, una la que enjuicia propiamente

la idoneidad, o al menos inocuidad, patrimonial y otra la que tiene un más amplio, el que le confiere la normativa urbanística, y eventualmente diferente, objeto ?

Creemos que cabe decantarse por la existencia de una única “*autorización*” y por considerar que debe tratarse de la licencia urbanística municipal, para cuya concesión debe seguirse a todos los efectos el propio y específico procedimiento que la define en las correspondientes leyes del suelo y Reglamento de Disciplina Urbanística.

En principio la aparición del adverbio “*directamente*” así parece pretenderlo. No cabe menos que interpretarlo en el sentido de que se exceptúa en este caso del art.33, en razón de las circunstancias que concurren, un trámite preceptivo, facultando a los Ayuntamientos para “*directamente*”, sin adicionales intervenciones externas decidir sobre la procedencia de la intervención.

Se excluye la intervención foral en razón de que el juicio sobre la adecuación de la intervención a la protección de los valores culturales del bien ha sido ya realizado previamente en relación con el plan o instrumento urbanístico que la predetermina, al menos en sus características esenciales, y no sería muy lógico que excluida esta autorización foral tuviese que concederla una administración que no la tiene específicamente atribuida, y a la que hay que suponer en principio menos medios para ello. Item más si tenemos en cuenta que esa misma administración debe pronunciarse posteriormente, aunque sea teniendo en cuenta también otros aspectos no directamente vinculados a la protección cultural.

Un segundo aspecto de comentario obligado es el alcance de la “*previsión*” a que hace referencia el artículo como premisa para la exención de la autorización foral. ¿ Basta que en los instrumentos mencionados la intervención esté implícitamente permitida por no contravenir sus disposiciones o debe encontrarse referencia expresa y singularizada a la misma para que pueda desarrollarse sin más cobertura que la de la licencia municipal ?

La redacción del precepto, “*que hayan sido previstas*”, (no por tanto aquellas sobre las que nada se dice), parece conducirnos a exigir la referencia expresa, (obviamente positiva o recomendatoria de la intervención, por cuanto no procedería el desarrollo si estuviese expresamente desautorizada o prohibida), en los planes correspondientes.

Esto supone que debe mediar justificación expresa de esa previsión en el acto administrativo de concesión de la licencia, de manera que se fundamente la exención de un trámite preceptivo e imprescindible de no darse, por cuanto aún y cuando exista plan de ordenación territorial y urbana y/o plan especial de protección, sigue siendo precisa la autorización foral previa si la intervención no esta “*prevista*”.

Otra cuestión que suscita la redacción del precepto es la de si el “*plan especial de protección del área afectada*” al que alude el artículo debe tener el bien cultural y su entorno calificado como único y exclusivo ámbito, o si legitima la exención de la autorización un plan de ámbito diferente, obviamente más amplio pero que incluya el bien calificado en el área que abarca. Con otras palabras, si debe tratarse de un plan especial de protección del bien, o de un área en la que el bien esté incluido, aún y cuando su objeto de protección primordial no sea incluso ese específico elemento cultural.

No cabe menos que concluir que cualquier plan especial de protección en el que el bien esté incluido y la intervención “*prevista*” legitima la concesión directa de la autorización municipal.

En primer lugar porque no otra cosa puede deducirse del hecho de que se aluda conjuntamente a los planes de ordenación territorial y urbana, que tienen por definición un ámbito mayor que el del bien singular y concreto, y en segundo lugar, no menos porque se menciona el “*área afectada por la declaración de bien cultural*”, expresión que parece llamar a un ámbito mayor que el de la delimitación del entorno protegido por el bien y remitir a una unidad geográfica y urbana de las que constituye ámbito usual de este tipo de instrumentos urbanísticos.

La posibilidad de que entonces ese plan especial hubiese protegido en mayor medida o primordialmente otros elementos e intereses, se ve contrarrestada por la exigencia de informe favorable de la administración cultural y “*previsión*” de la intervención, sin las que la exención queda sin efecto.

En todo caso y comprendiendo que la peculiar distribución competencial de la C.A.P.V. puede conducir a situaciones de esta naturaleza, no parece muy conveniente, en el ámbito de la distribución competencial y de los principios de eficacia y seguridad jurídica, que se proceda a eliminar la intervención autorizadora de una institución a través de informe favorable a un plan por parte de otra distinta, y que de ello derive la intervención exclusiva de una tercera.

La autorización o licencia debe ser comunicada a la Diputación Foral a cuya competencia afecta. La L.P.C.V. ofrece a ésta como posible respuesta la de “*ordenar la reposición del bien a su estado original*”, en caso de licencia contraria al régimen de protección aprobado.

Hay que reprochar al precepto que solo prevea una actuación de la Diputación cuando ya se ha producido el resultado lesivo que en teoría se pretende evitar, de ahí la mención a la “*reposición al estado original*”, que presupone que el mismo ha sido ya alterado. La cuestión no tendría importancia, e incluso constituiría una opción técnicamente correcta, si se pudiese interpretar que ése, el de intervención reponedora, es el nivel máximo de intervención al que incluso alcanza la competencia foral, que no

por ello deja de estar facultada para intervenir con anterioridad antes de que la agresión se produzca.

Dicho de otro modo, si la Diputación Foral una vez ha conocido la concesión de la licencia a través de la pertinente comunicación en el plazo de los 10 días establecido al efecto, ¿ puede además de recurrirla ante el órgano jurisdiccional que corresponda, adoptar las medidas cautelares que procedan para evitar esas perniciosas consecuencias que después se van a tener eventualmente que reponer ? ¿ Podemos aplicar aquí el viejo adagio de que quien puede lo más puede lo menos ? ¿ Podemos concluir que la economía procesal y el deber de evitar las actuaciones más gravosas faculta la intervención foral anterior y menos onerosa ?

No será porque el texto legal sea especialmente claro al respecto, no solo en lo que afecta al ámbito de actuación foral sino al plazo en que debe desarrollarse sobre el que nada se dice, remitiéndose a un desarrollo reglamentario que sobre la cuestión aún no se ha producido.

La sanción de las intervenciones que se desarrollen sin contar con la autorización administrativa a que se hace referencia en el artículo 29, se encuentra prevista en el 30 que dispone literalmente que *“no podrán otorgarse licencias ni dictar órdenes para la realización de obras que, conforme a lo previsto en la presente ley requieran cualquier autorización administrativa prevista en esta ley hasta que ésta haya sido concedida”* y sobre todo en su apartado 2º que *“las obras realizadas sin cumplir lo establecido en el apartado anterior serán ilegales, y los Ayuntamientos o, en su caso, las Diputaciones Forales podrán ordenar su reconstrucción o demolición con cargo al responsable de la infracción en los términos previstos en la legislación urbanística”*.

El primero de los apartados no deja de ser sino un trasunto inevitable de lo dispuesto en la normativa administrativa general que, en aplicación del principio de legalidad, determina la imposibilidad de actuar y la no conformidad a Derecho de los actos dictados en infracción del procedimiento establecido. La posibilidad de adoptar medidas de restitución corresponde a los Ayuntamientos como principales responsables de garantizar la legalidad urbanística, o *“en su caso”* a las Diputaciones Forales. ¿ Cuando están éstas últimas facultadas para actuar ?

La posibilidad de responder ante obras ilegales por no contar con autorización, hay que conectarla necesariamente con el deber general que atribuye a todos los poderes públicos el artículo 3 y con la facultad suspensiva del artículo 20.2 referida a *“toda clase de obras y trabajos que se realicen contraviniendo la presente ley, ordenando al mismo tiempo la actuación que proceda”*.

La generalidad de ambas prescripciones y la ausencia de precisiones en el art.30 nos induce a considerar el *“en su caso”*, no tanto como referido únicamente a

determinados supuestos, sino como una habilitación general para el caso de que no se produzca por parte del Ayuntamiento, o no con la suficiente celeridad, la actuación tuitiva a que alude el precepto.

El artículo 30 se refiere exclusivamente a la potestad de “ordenar su reconstrucción o demolición”.

Con independencia de la deficiente redacción pues el “su” debe entenderse referido a un elemento, (el bien cultural), no aludido previamente, (sería impropio utilizar el término reconstrucción para referirse solo a la restitución de la situación jurídica previa a la ilegalidad), lo que procede cuestionarse aquí es si son éstas las únicas medidas de adopción posible.

Consideramos por un lado que entre la reconstrucción física del bien dañado y la demolición de lo indebidamente construido se contempla una gama de posibles intervenciones intermedias que comprende prácticamente todas las que es posible imaginar para devolver la situación del bien al estado previo a la intervención ilegal, y que por otro la propia ilimitada potestad del art.20 habilita cualquier actuación de restitución.

El sometimiento de determinadas intervenciones a autorización administrativa nos obliga a compartir algunas de las reflexiones que expone el Defensor del Pueblo Andaluz en su informe anual de 2004.

Señala éste que existe una notable subjetividad en la valoración de los criterios de protección del patrimonio. Es cierto que pueden existir justificaciones para mantener distintos criterios en supuestos similares, por cuestiones relativas a singularidades técnicas, artísticas o simbólicas del bien, pero *“los ciudadanos no entienden ... por qué la Administración puede realizar una serie de obras e intervenciones en edificios protegidos singular o genéricamente que normalmente no serían autorizadas si quienes las promoviesen fueran los particulares”*⁶⁸⁹.

Se trata ésta, (aún con una política autorizatoria que no es especialmente restrictiva en el caso de las administraciones de la C.A.P.V.) de una realidad también en el caso vasco. Algunas de las intervenciones realizadas en edificios de titularidad pública han generado reacciones contrarias entre los agentes sociales, (particularmente la Asociación Vasca de Patrimonio Industrial y Obra Pública).

No hay que olvidar en cualquier caso algo que también destaca el Informe, que *“hay bastantes expertos que cuestionan como perniciosa la tendencia a la conservación a ultranza de unos determinados modelos arquitectónicos que impiden la renovación urbanística de algunas ciudades o sectores de población, especialmente de sus cascos*

⁶⁸⁹ www.defensor-and.es/informes

históricos, contribuyendo a la aparición de fenómenos como el que se ha venido en denominar de cosificación de los centros históricos o a la conversión de los mismos en parques temáticos históricos, siendo un elemento incentivador del envejecimiento de la población asentada en los mismos”⁶⁹⁰.

Estos expertos “*propugnan una mayor flexibilidad en la aplicación de las normas de protección*”, pero “*frente a esta postura están quienes defienden la necesidad de preservar los cascos históricos y argumentan la existencia de otras zonas urbanas donde la experimentación arquitectónica o la utilización de novedosas técnicas urbanísticas puede realizarse libremente, sin que ello implique el riesgo de alterar, deteriorar o incluso destruir un patrimonio histórico, arquitectónico o urbanístico que habría que proteger para poder legarlo a ulteriores generaciones*”⁶⁹¹.

No hay pues, en definitiva, un consenso doctrinal y social que facilite a la Administración la delimitación, aunque sea como es lógico de forma meramente aproximada, de la protección idónea y adecuada.

5.4.5.2. El régimen de protección de los bienes inmuebles y el planeamiento urbanístico.

El artículo 28 de la L.P.C.V., primero del capítulo dedicado a la protección de los bienes inmuebles empieza por sentar una premisa fundamental; los inmuebles calificados; “*deberán ser conservados con sujeción al régimen de protección y a los instrumentos de planeamiento urbanístico que deberán ajustarse a aquél y que en todo caso deberán contar con el informe favorable del Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco, en las condiciones que reglamentariamente se determinen*”.

La cabalística redacción de este precepto nos permite obtener como conclusión:

a) Que los bienes inmuebles calificados deben ser conservados conforme al régimen de protección específico que la calificación debe establecer para ellos y al planeamiento urbanístico en vigor. No puede la L.P.C.V. referirse en este caso a otro régimen de protección por cuanto el general establecido en la misma no nos provee de criterios conforme a los que conservar un inmueble, (al contrario hasta cierto punto que en la L.P.H.E. y buena parte de las restantes normas autonómicas).

b) Que en caso de discrepancia entre lo dispuesto por ambas normativas, prima el régimen de protección específico del inmueble, (llamémoslo cultural); no sólo eso, sino que el planeamiento urbanístico debe ajustarse a lo dispuesto en dicho régimen de protección.

⁶⁹⁰ Ibidem.

⁶⁹¹ Ibidem.

c) Que el planeamiento urbanístico, (suponemos que el que afecte a bienes inmuebles calificados), debe contar con el informe favorable del Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco *"en las condiciones que reglamentariamente se determinen"*.

En ausencia de dicho desarrollo reglamentario, la incógnita que se nos plantea es que aplicabilidad que debemos reconocer al planeamiento urbanístico que no cuente con el informe favorable, que sucede en el supuesto de que el informe sea desfavorable en su globalidad o proponga modificaciones en determinados aspectos, cual es el carácter y aspectos sobre los que debe pronunciarse, y por último si debe tener carácter previo o posterior a la aprobación del instrumento de planeamiento.

Una última cuestión que en ocasiones revela hasta que punto puede parecerse la gestión administrativa al teatro del absurdo, es qué sucede cuando el instrumento de planeamiento correspondiente cuente con informe favorable y sea a la vez contrario o no se adecue totalmente al régimen de protección establecido sobre el inmueble. Aunque el supuesto pueda parecer rocambolesco, se está planteando en estos momentos.

En ausencia de informe favorable del Departamento de Cultura, (o del que en la organización administrativa del Gobierno Vasco asuma esas funciones), el planeamiento urbanístico, cualquiera de sus instrumentos, goza de plena vigencia jurídica, toda vez que la L.P.C.V. no configura dicho informe como condición previa y necesaria para su aprobación.

La seguridad jurídica, y también el sentido común exigen que el informe del Gobierno Vasco sea previo a la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento. Para eso en un momento del iter administrativo que desconocemos, y en unas condiciones asimismo reglamentariamente ignotas, deberá someterse el proyecto de instrumento de planeamiento a la consideración de dicho Gobierno.

Tampoco está establecido el plazo en que el informe en cuestión deberá ser emitido.

Sin embargo si creemos disponer de criterios que nos permiten precisar el carácter y el contenido de dicho informe.

Sobre el contenido estimamos que sólo puede referirse a la congruencia de lo establecido en la norma analizada con el régimen de protección establecido sobre el/los inmuebles afectados o con lo establecido en la L.P.C.V, dado que ésta es la fuente de la habilitación para emitir dicho informe. Significa esto que cualquier otra consideración que en el mismo pudiera efectuarse carecerá de relevancia jurídica, y en particular que cualquier modificación que se sugiera o exija respecto a lo previsto en el planeamiento

deberá estar fundamentada expresamente en una vulneración o inadecuación respecto al régimen de protección o la L.P.C.V.

Sobre el carácter, creemos que un hipotético informe desfavorable o cualquier modificación que se sugiera aún en un informe globalmente favorable, tiene carácter suspensivo sobre el precepto afectado, (dado lo anteriormente señalado tenemos serias dudas sobre la conformidad a Derecho de un informe de este segundo tipo, pero en cualquier caso va a ser práctica habitual), suspende su vigencia, y determina la necesidad de su adecuación.

Entramos así en el tan discutido tema de la vigencia parcial de los instrumentos de planeamiento urbanístico, en tanto suspendida la vigencia de una parte de los mismos. Si ésta no fuese admitida, había que concluir simplemente que el instrumento de planeamiento tendría plena vigencia pero que en lo que contradijese el régimen de protección o en su caso la L.P.C.V no sería de aplicación en virtud del principio de jerarquía normativa.

Hemos señalado que el informe debe ser previo a la aprobación. Naturalmente puede predicarse esto respecto de los instrumentos de planeamiento elaborados con posterioridad a la vigencia de la L.P.C.V. o respecto de las modificaciones que a partir de dicho momento pretenden efectuarse en planeamientos anteriores, o respecto de los posteriores a la calificación de un bien cultural pero ¿ Se excluye de esta manera el pronunciamiento sobre los restantes instrumentos de planeamiento ?

De ninguna manera. En estos casos el informe será posterior, con el mismo carácter y consecuencias a que ya hemos hecho alusión.

Pueden asaltarnos serias dudas sobre la necesidad del informe del Gobierno Vasco una vez existente el régimen de protección específico del inmueble, parámetro en si suficiente para actuar sobre el bien, y que nos debe permitir evaluar suficientemente la idoneidad del instrumento de planeamiento. Sin embargo dicho informe tiene sentido.

En primer lugar porque no cabe esperar incongruencias notorias, detectables a primera vista incluso por un analista no especializado, entre el planeamiento y el régimen de protección. Estos supuestos tendrían además como hemos visto una solución harto sencilla. Lo que frecuentemente encontraremos serán preceptos susceptibles de interpretaciones contrarias al régimen de protección, o que pueden servir de cobertura, expresamente o más frecuentemente por omisión a actos lesivos para el interés cultural de los inmuebles.

Aquí es donde encuentra sentido la emisión de dicho informe.

Y en segundo lugar porque dado lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley sobre que *"la incoación de un expediente para la calificación de un bien cultural determinará respecto del bien afectado la aplicación provisional del régimen de protección previsto en la presente Ley para los bienes calificados"*, podemos encontrarnos ante un régimen de protección, provisional, modificable en el transcurso del expediente administrativo como consecuencia de las alegaciones que en él se efectúen; o en cualquier caso ante un régimen lo suficientemente genérico, (pues en la vida no puede preverse todo), como para no contemplar actuaciones que pueden ser notoriamente lesivas para el bien o su entorno.

También en razones como estas adquiere pleno sentido la exigencia del informe.

Nos queda por último hacer alusión al rocambolesco supuesto de informe favorable a un planeamiento contrario al régimen de protección.

Puede producirse este supuesto, que de hecho se ha producido, (Plan Especial de Rehabilitación de Bermeo sin ir más lejos), por lo que no puede calificarse como mera hipótesis de laboratorio, por haberse realizado el informe sobre la base de un régimen, (provisional por ejemplo), diferente al que definitivamente se va a establecer sobre el inmueble, o bien por una modificación del régimen de protección o incluso por negligencia de quienes debiendo usar como parámetro evaluador el régimen de protección para verificar la idoneidad del planeamiento, no lo han hecho o lo han realizado de forma incorrecta.

En cualquiera de los casos este informe favorable en ningún caso creemos que permite eludir lo dispuesto en el régimen de protección, ni legitimar actuaciones contrarias al mismo. (Otra cosa serán las responsabilidades a que haya lugar). Sería tanto como admitir la modificabilidad del régimen de protección por medios distintos a los establecidos en la L.P.C.V. y creemos que el Gobierno Vasco no encontraría habilitación legal para ello.

5.4.5.3. Los criterios de intervención sobre bienes calificados en la normativa autonómica comparada.

Hemos señalado anteriormente que las restantes normas autonómicas no se caracterizan en general por la ausencia de criterios legales relativos a las intervenciones autorizables que caracteriza a la norma vasca.

Así el artículo 35 de la ley catalana establece como criterios a seguir para la autorización que *"la conservación, recuperación, restauración, mejora y utilización del bien respetarán los valores que motivaron la declaración, sin perjuicio (de) que pueda autorizarse el uso de elementos, técnicas y materiales contemporáneos para la mejor adaptación del bien a su uso y para valorar determinados elementos o épocas"*, que *"se*

permitirá el estudio científico de las características arquitectónicas, históricas y arqueológicas del bien”, y que “se conservarán las características tipológicas de ordenación espacial, volumétricas y morfológicas más remarcables del bien”, que “queda prohibido reconstruir total o parcialmente el bien, excepto en los casos en que se utilicen partes originales, así como hacer adiciones miméticas que falseen su autenticidad histórica”.

También dispone que “queda prohibido eliminar partes del bien, excepto en caso de que conlleven la degradación del bien o de que la eliminación permita una mejor interpretación histórica” siendo necesario en estos casos “documentar las partes que deban ser eliminadas” y que “queda prohibido colocar publicidad, cables, antenas y conducciones aparentes en las fachadas y cubiertas del bien y colocar instalaciones de servicios públicos o privados que alteren gravemente su contemplación”.

La norma gallega establece del mismo modo criterios a seguir en las intervenciones sobre inmuebles declarados de interés, (art.39), respeto a las “características esenciales del inmueble”, conservación de “las características volumétricas y espaciales definidoras” así como “las aportaciones de distintas épocas”, evitación de los “intentos de reconstrucción, salvo en los casos en que la existencia de suficientes elementos originales así lo permita”, prohibición de las “adiciones miméticas” y en caso de adición indispensable reconocibilidad de las mismas, y prohibición, finalmente, de las “acciones agresivas” sobre los paramentos, amén de la prohibición de “publicidad, cables, antenas y todo aquello que impida o menoscabe la apreciación del bien dentro de su entorno”.

Andalucía sigue una línea diferente a las anteriores. Por un lado exige, salvo en caso de “actuaciones de emergencia”, (art.25.1), la realización de un “proyecto de conservación”, para poder realizar actuaciones de conservación o restauración, (art. 21), cuyo contenido se remite al desarrollo reglamentario, sin perjuicio de que como mínimo deba referirse a la “identificación del bien”, “diagnóstico de su estado”, “propuesta de actuación” y “descripción de la metodología a utilizar”, pero por otro lado siguiendo el ejemplo de la ley vasca, no contiene criterios específicos remitiéndose a la aprobación del proyecto por la administración.

Valencia también determina (art.34.2) la necesidad de “aprobar provisionalmente un Plan Especial de protección del bien” por el Ayuntamiento correspondiente, como consecuencia inevitable de la declaración en el caso de los inmuebles, pero sin embargo contiene una variada gama de criterios a seguir en la autorización de intervenciones.

Por un lado en caso de “encontrarse separado algún elemento original del monumento o jardín histórico del que formaba parte”, junto a los ya anteriormente descritos en los casos catalán y gallego son interesantes las referencias a la “no autorización de la separación de ninguna de sus partes esenciales ni de los elementos que le son consustanciales”, (art.38.b), la no autorización del “desplazamiento de los mismos sino cuando resulte imprescindible por causa de interés social o fuerza mayor”,

(art. 38.c), y la autorizabilidad, (art.38.f), de *“la instalación de rótulos indicadores del patrocinio de los bienes y de la actividad a que se destinan”*.

Por otro, los Planes Especiales de protección deberán tener en cuenta, (art. 39), criterios como el mantenimiento de la *“estructura urbana y arquitectónica del Conjunto y las características generales del ambiente y de la silueta paisajística”*, con prohibición de las *“modificaciones de alineaciones, alteraciones de la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones de inmuebles, salvo que contribuyan a la mejor conservación general del Conjunto”*.

Asimismo deben *“garantizar la edificación sustitutoria en los derribos”*, condicionando la licencia de derribo a *“la previa obtención de la de edificación”* y prever *“la realización de actuaciones arqueológicas”*, la determinación de *“posibles zonas de rehabilitación”* y *“de las actividades económicas compatibles”*, determinaciones de *“conservación de fachadas y cubiertas y de los elementos más significativos del interior de los edificios, así como de las instalaciones existentes”*, la canalización subterránea de *“toda nueva instalación urbana eléctrica, telefónica o de cualquier otra naturaleza”*, con prohibición del *“tendido de redes aéreas o adosadas a las fachadas”*, la ubicación de *“antenas de televisión y dispositivos similares”* en *“lugares en que no perjudiquen la imagen urbana o de parte del Conjunto, una normativa reguladora (no prohibición) de la instalación de rótulos anunciadores de servicios públicos, de señalización y comerciales, que deberán armonizar con el entorno”* y los *“criterios de protección de los elementos unitarios..que tengan por sí mismos la condición de Bienes de Interés Cultural y de sus entornos”*.

Madrid escoge una opción similar, si bien prohíbe expresamente, (art.32), *“la colocación de publicidad, cables, antenas y conducciones aparentes”* y se refiere de forma novedosa al estímulo de *“las investigaciones de las características arquitectónicas, históricas y arqueológicas del bien”*, línea que sigue Castilla-León que reclama *“el máximo estudio y óptimo conocimiento del bien”*, junto a algunos de los criterios ya expuestos.

La normativa de la Comunidad Autónoma de Canarias contiene criterios y determinaciones precisas en relación con los conjuntos históricos sin perjuicio de que demande Planes Especiales de Protección.

A resaltar que el artículo 34.1 de su ley establece la no preceptividad en estos ámbitos y primacía de lo dispuesto en tales planes respecto de *“las determinaciones contenidas en los instrumentos urbanísticos de carácter general, relativas a la obligatoriedad de garajes en edificios de nueva planta, cuadros eléctricos en fachadas y otras que alteren la calidad histórica de los edificios”*, el 34.5 que *“la iluminación de los monumentos y lugares de interés se colocará de modo que no se perciban los focos y luminarias desde el nivel de la calle”* y el 34.8 que *“las obras de nueva planta a realizar en edificios vaciados que, por razón de la normativa urbanística aplicable,*

hayan de mantener la fachada deberán, en todo caso, respetar la edificabilidad, la altura de los forjados y la disposición de los huecos preexistentes”.

Asimismo el artículo 57 contiene criterios de intervención sobre los bienes declarados e inventariados de los que cabe destacar el respeto de las intervenciones de puesta en uso *“de los valores que motivaron su declaración así como las características tipológicas de ordenación espacial, volumétricas y morfológicas del edificio”,* (art.57.3), y la motivación justificada necesaria en el proyecto de intervención de las *“actuaciones que se aparten de la mera consolidación o conservación, detallando los aportes y las sustituciones o eliminaciones planteadas”,* (art.57.4), aún y cuando se llame al desarrollo reglamentario, (art. 57.5), en relación con *“las normas técnicas relativas a los procedimientos de ejecución y los requisitos que deberán reunir los proyectos de intervención”.*

No son éstos sin embargo los únicos aspectos dignos de mención de la norma canaria. Contiene también en su artículo 46 un catálogo de tipos de intervención que define lo que debemos entender por cada uno de ellos.

Son medidas de conservación, a su tenor, *“las que tienen por finalidad la realización de estrictas actuaciones de mantenimiento, en cumplimiento de las obligaciones de los titulares o poseedores de los bienes sobre las condiciones de seguridad, salubridad y ornato de las edificaciones, así como las reparaciones y reposiciones de las instalaciones”,* son intervenciones de restauración *“aquellas que pretenden, mediante una reparación o reposición de elementos estructurales o accesorios del edificio, restituir sus condiciones originales, sin incluir aportaciones que deterioren los valores que motivaron su catalogación”,* son intervenciones de consolidación *“las que tienen por objeto el afianzamiento y refuerzo de elementos estructurales e instalaciones para asegurar la estabilidad y adecuado funcionamiento del edificio en relación con las necesidades de uso a que sea destinado”,* por actuaciones de rehabilitación hay que entender *“las de adecuación, mejora de las condiciones de habitabilidad o redistribución del espacio interior, manteniendo las características tipológicas del edificio”,* y por último son intervenciones de remodelación, *“las que tienen por finalidad la adecuación o transformación del edificio, incluyendo la demolición total o sustitución parcial de los elementos estructurales y de modificación de los parámetros de altura, ocupación y volumen”.*

Por último la norma asturiana recoge criterios similares a los ya mencionados, mereciendo especial atención la referencia a la conservación *“en lo posible técnicamente, los procedimientos constructivos, texturas y acabados”* junto a las características tipológicas aludidas en casi todas las normas.

Esta línea común de la legislación autonómica más moderna constituye un avance con respecto a lo establecido en la norma vasca. Dado el nivel de restricción del ejercicio de las facultades del titular sobre un bien inmueble que representa el sometimiento a autorización de todas y cada una de las *“intervenciones”* y los indudables gastos que conlleva el mero diseño de muchas de ellas, con la necesidad de

acudir a profesionales especializados, los interesados tienen derecho a conocer previamente los criterios en virtud de los que va a concederse o denegarse la autorización, qué es lo que pueden y no pueden hacer sobre su propiedad o el bien sobre el que ostentan algún tipo de derecho real.

No puede dejarse al libre albedrío de la administración correspondiente, por mucha motivación que se reclame a sus resoluciones, la determinación “ad hoc” sin criterios públicos y previos de la compatibilidad de una actuación con el respeto a los valores culturales del bien.

Es cierto que no es ésta la situación en la que está pensando el legislador vasco. Parte éste de la existencia de un régimen de protección singular del bien en cuestión, que en virtud de sus concretas características, valores y situación debe precisar los elementos a proteger y las intervenciones posibles.

Este régimen de protección acompaña necesariamente a la calificación (art. 12), pero en la medida en que este régimen singular puede no existir por cuanto se esté aplicando el régimen de calificación por efecto de la mera incoación de expediente, nos encontraríamos ante una situación de necesidad de autorización y desconocimiento de los criterios en virtud de los que debe fundarse la misma.

También puede ocurrir esto si el régimen específico a que llama la ley queda convertido en una mera y genérica referencia a las razones por las que procede la calificación y elementos de valor cultural del inmueble sin detallar las intervenciones más previsibles y el juicio que merecen, aunque se trate un incumplimiento del mandato legal.

Una virtud adicional del establecimiento de algunos criterios generales a nivel legislativo es la de servir de pauta para los que la administración debe elaborar para el caso concreto. En cierta medida la L.P.C.V. es consciente de ello cuando, con respecto tan solo a los conjuntos monumentales establece un criterio o medida cautelar cual es la de la no modificabilidad de algunos parámetros urbanísticos (art.28.2. in fine) sin la previa aprobación de los “*instrumentos urbanísticos que desarrollen el régimen de protección*”.

5.4.6. El régimen específico de los bienes inventariados.

Las intervenciones sobre bienes inventariados se encuentran previstas en el artículo 31, “*deberán comunicarse a la Diputación Foral correspondiente todas las intervenciones previstas que afecten a los bienes inventariados con una antelación mínima de un mes sobre su ejecución*”.

El artículo 32 por su parte complementa el precepto anterior estableciendo que *“en aquellos casos en que las Diputaciones Forales observen que las actuaciones previstas sobre los bienes inventariados pueden hacer peligrar a los mismos, podrán suspender cautelarmente su ejecución por un plazo máximo de un mes”* y que *“si la solución propuesta por la Diputación Foral correspondiente fuera la calificación del bien, deberá remitirse el expediente de obra al Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco quien deberá resolver sobre la incoación de expediente de calificación en el plazo de tres meses a partir de su recepción.*

Finalmente el artículo 34 dispone que *“las Diputaciones Forales deberán remitir al Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco, con periodicidad mensual, relación de todas las intervenciones habidas sobre los bienes inventariados”.*

Debemos en primer lugar remitirnos a lo señalado en el apartado relativo a los bienes calificados con respecto a la delimitación de las *“intervenciones”* a comunicar. Si en principio el precepto legal no acota, debemos interpretar sin embargo que las sujetas a comunicación son aquellas intervenciones potencialmente lesivas por su envergadura de los valores culturales del bien en cuestión.

No parece exigible que intervenciones inocuas y periódicamente necesarias como puede ser la de limpieza ordinaria del bien o de algunos de sus elementos deban ser sometidas a comunicación con antelación mensual nada más y nada menos. Cuestión distinta es el eventual establecimiento de criterios en orden a la utilización libre o restringida, por ejemplo, de productos o métodos de limpieza que puedan causar daños.

La L.P.C.V. no señala quienes son los obligados a comunicar las *“intervenciones previstas”*. Hay que entender lógicamente que las personas que pueden estar obligadas a comunicar deben ser aquellas a quienes la ley impone, (art. 20), la obligación de conservar los bienes y evitar su pérdida, destrucción o deterioro, es decir los propietarios, poseedores y titulares de derechos reales, y aquellos que promuevan o vayan a realizar materialmente la intervención, caso de no coincidir con ninguno de los anteriores. En el caso de los ejecutores materiales, será de su responsabilidad verificar que la intervención ha sido comunicada en cumplimiento de lo legalmente establecido.

La fijación de un período de antelación mínima de la comunicación con respecto a la ejecución no excluye obviamente que se pueda comunicar la intervención con antelación mayor. Ello redundaría en una mejor posibilidad de apreciar por la administración las consecuencias de la actuación prevista. Sin embargo plantea diversos problemas. Uno primero puede venir derivado del hecho de que el obligado o comunicar, y eventualmente promotor de la intervención desconozca la fecha exacta de ejecución por no ser él mismo, por ejemplo, el realizador material de la misma.

Es claro que el comienzo de la ejecución de las intervenciones de cierta relevancia no necesariamente puede ser previsto con total exactitud y ni siquiera está dicho inicio a expensas únicamente de la voluntad del comunicante.

Por otro lado atendiendo a la posible necesidad de autorizaciones o licencias administrativas para desarrollar la intervención, (la licencia municipal de obra, verbigracia), el precepto no especifica si debe comunicarse la misma una vez se cuente ya con aquella o aún y cuando no se disponga de la misma. Dada la naturaleza previsional de la fecha de ejecución (hasta que se comienza materialmente no puede saberse si va a realizarse en la fecha prevista) lo que se plantea realmente es la obligatoriedad de dejar transcurrir dicho mes desde la comunicación hasta el inicio de la ejecución en caso de que la misma sea física y jurídicamente posible con anterioridad por resultar equivocada dicha previsión.

Creemos con Abad⁶⁹² que *“la comunicación prevista en el artículo 31 LPCV no tiene el carácter de una autorización previa y condicionante con carácter suspensivo o inicial de la intervención a realizar...ya que el precepto se limita a establecerla con unos meros efectos informativos”*, según se deduce de sus propios términos, con independencia de la posible comisión de una infracción administrativa si se inicia la ejecución antes de que transcurra el mes de plazo y de la responsabilidad en caso de que como consecuencia de la misma se produzca un resultado lesivo. Con respecto a la infracción derivada de no comunicar la intervención o no hacerlo con la antelación mínima requerida, hay que señalar en cualquier caso que el artículo 108.1 no tipifica expresamente la infracción de lo dispuesto en el artículo 31 entre las conductas que describe, aunque paradójicamente el artículo 108.5 señale que las multas correspondientes a la infracción recogida en el artículo 31 (entre otros) *“serán impuestas y ejecutadas por las Diputaciones Forales”*.

La consecuencia de esa incongruente no tipificación, que impide conocer cual de entre las tres multas, (de hasta 10, 25 o 100 millones de pesetas), correspondería imponer a quienes no comunicasen las intervenciones sobre bienes inventariados o no lo hiciesen con la suficiente antelación, *“no puede ser otra -en palabras de Abad⁶⁹³ con las que coincidimos- que negar la posibilidad de sancionar la conducta descrita en el artículo 31 LPCV mientras no se tipifique expresamente en la Ley 7/1990 en cualquiera de los apartados del artículo 108.1, comprensible de los supuestos de hecho sancionables administrativamente, y mediante una norma con rango de ley formal.*

En todo caso hay que considerar que la no comunicación faculta a la administración foral para proceder a la suspensión de la intervención al amparo de lo dispuesto en el artículo 20.2 de la propia ley.

La Ley de Patrimonio Cultural Vasco establece como principal característica del régimen jurídico que se refiere a los bienes inventariados, la de facultar a las Diputaciones Forales a *“suspender cautelarmente su ejecución por el plazo máximo de un mes”*, *“en aquellos casos en que observen que las actuaciones previstas pueden hacer peligrar a los mismos”*.

⁶⁹² ABAD LICERAS J.M. op. cit. pag. 349.

⁶⁹³ Ibidem, pag. 350.

Hay que resaltar la diferencia con respecto a los bienes incluidos en el Registro de Bienes Culturales Calificados, en los que las intervenciones se sujetan a autorización previa y que justifica propiamente la existencia de dos regímenes de protección.

La facultad administrativa de suspensión aparece en el precepto ligada a la situación de “*peligro para los bienes inventariados*”. Dado que no se exige en el caso del Inventario el establecimiento de un régimen de protección singular y específico del bien como ocurre con el procedimiento de calificación, el supuesto de hecho no viene conectado necesariamente con infracción administrativa alguna, puede tratarse de una intervención permitida inicialmente por el ordenamiento, pero que sin embargo puede suspenderse temporalmente en razón de su potencial lesivo, que deviene en virtud de la apreciación administrativa del peligro, en un incumplimiento de los deberes que impone a los titulares el artículo 20.

La inseguridad jurídica que crea, quizá inevitablemente, el precepto es notable.

La necesidad de no someter las intervenciones sobre estos bienes a autorización administrativa previa para poder justificar la existencia de dos regímenes, (consecuencia también de admitir como objeto de los mismos tanto muebles como inmuebles en contraposición a lo que hace por ejemplo la Ley de Patrimonio Histórico Español), y de conceder sin embargo a la administración facultades de obstaculización de las intervenciones que puedan causar daños a los valores culturales de los bienes, obliga a dejar en manos de aquella, algo tan relevante como la determinación, siquiera exija la motivación técnica y jurídica que requieren los actos administrativos, de los supuestos en que la intervención es potencialmente peligrosa y por tanto la determinación de los casos en que la propia administración puede suspender cautelarmente su ejecución.

El artículo 32 se refiere a actuaciones “*que puedan hacer peligrar a los mismos*”, en referencia a los bienes inventariados. ¿ Debe interpretarse esta disposición en el sentido de que el peligro debe necesariamente alcanzar a la integridad o generalidad de los bienes o cabe la suspensión en los casos en que sea tan solo algún elemento o parte de los bienes el afectado ?

Creemos que no existe base para exigir que el peligro se extienda sobre la totalidad del bien, sino que es suficiente que se refiera a alguno de los aspectos o valores culturales que han determinado la inclusión del bien en el Inventario. Es ésta la interpretación a nuestro juicio más coherente con el espíritu tuitivo de la norma y con lo dispuesto, entre otros, en el anteriormente aludido artículo 20.

Otro aspecto del precepto que deja un cierto margen de incertidumbre es el que se refiere a la extensión temporal de la suspensión cautelar prevista, y particularmente a

la interpretación del sentido del “*máximo*” con que se acompaña al plazo de un mes que establece. Específicamente la controversia puede versar en torno a si se impide la prórroga o ampliación del plazo en caso de que la administración no pueda resolver sobre el riesgo de la intervención, en el fijado por la L.P.C.V.

El artículo 47 de la Ley 30/1992 establece el principio (lógico) de que los plazos obligan a las autoridades y personal al servicio de las administraciones en la tramitación de los asuntos, aunque el art. 49 permite la ampliación de los plazos con determinadas condiciones.

Consideramos por nuestra parte que la prórroga deviene siempre en un perjuicio cierto para el titular y por ello pese a que pudiera pensarse que la referencia al plazo “*máximo*” tuviera sentido referida a la tramitación ordinaria y no a supuestos excepcionales en los que la determinación del riesgo pudiera exigir la realización de análisis o estudios imposibles de realizar en dicho período, tal calificación del plazo induce a pensar en la improrrogabilidad de la suspensión cautelar. Si la administración no puede en tal plazo determinar el grado de lesividad puede disponer la incoación de un expediente de calificación que a través de la exigencia de autorización previa y expresa le puede proporcionar esa ampliación.

A partir de que la intervención sea comunicada, la Diputación Foral correspondiente puede adoptar la decisión prevista en el artículo 32.2., proponer la calificación del bien. Es absolutamente sorprendente en este sentido el régimen de protección que establece la L.P.C.V. en relación con los bienes inventariados. Tan solo prevé la suspensión cautelar de la intervención por un período máximo de un mes y posteriormente el recurso a incoar un expediente de calificación como único medio de evitar la intervención lesiva.

Desde el momento en que proponer la incoación de un expediente de calificación está en todo momento en manos de la Diputación Foral, (y de cualquier ciudadano, según lo dispuesto en el art.11.2), y no solo con respecto a los bienes inventariados sino incluso con respecto a los que no estén incluidos previamente en ninguno de los regímenes de protección, la única aportación real del art.32 es la de establecer un plazo en el que el Gobierno Vasco debe resolver sobre la incoación del expediente de calificación, que fija en tres meses. (Sin referencia alguna a la posibilidad de prórroga y sin que aparezca expresamente aquí el “*máximo*” con que se caracterizaba el plazo de la suspensión cautelar).

Dicho de otro modo, con respecto a los bienes inventariados, y por el hecho de estarlo, la Diputación Foral tan solo puede suspender cautelarmente una intervención lesiva por el plazo máximo de un mes, debiendo consentir transcurrido ese plazo en que la misma se realice, por lesiva que resulte, a menos que solicite al Gobierno Vasco la incoación de un expediente de calificación en cuyo caso, de no mediar denegación motivada, (art.11.2), rige provisionalmente la protección del régimen calificadorio, y

con ello la necesidad de autorización previa hasta que se resuelva la procedencia o no de su virtualidad definitiva.

El Inventario solo consigue por si mismo suspender cautelarmente una intervención por un período muy corto de tiempo, debiendo llamar en su ayuda al “hermano mayor”, al Registro de Bienes Culturales Calificados, para dotar de una efectiva protección al bien que impida la intervención dañosa, a partir sobre todo de la exigencia de la autorización previa.

El artículo 32.2 plantea un problema jurídico de no fácil solución, que es el derivado de que en lugar de establecerse una incoación automática por parte del Gobierno Vasco ante la solicitud foral, se le conceda un plazo de hasta tres meses para resolver sobre la incoación.

En tanto en cuanto no se incoe dicho expediente, hay que coincidir necesariamente con Abad⁶⁹⁴ en que el status jurídico del bien no se modifica, que sigue siendo un bien meramente inventariado, pero señalada ya cual es la virtualidad jurídica de este régimen y transcurrido ya el mes de suspensión cautelar, ¿ no puede acaso desarrollarse la intervención por perjudicial que resulte para los valores culturales del bien ?

Ningún precepto establece la prolongación de la suspensión cautelar por el hecho de que se haya remitido el expediente para su eventual calificación, con lo que la intervención podría desarrollarse en tanto el Gobierno Vasco no resuelva, (y por supuesto en todo caso si resolviese la no procedencia de incoar expediente de calificación), pudiendo ocurrir entonces que para cuando se resuelva la procedencia de incoar e incluso eventualmente que procede la calificación la intervención, se hayan ocasionado daños, quizá irreversibles, a los valores que la calificación pretende proteger.

Tan solo cabe recurrir aquí a lo dispuesto en los artículos 3, (que impone a los poderes públicos el deber de actuar con la eficacia necesaria para garantizar el disfrute del patrimonio por las generaciones presentes y futuras) y 20 (que obliga a los propietarios y titulares de derechos reales a conservar, cuidar y asegurar la integridad de los bienes inventariados, y evitar su pérdida, destrucción o deterioro), para concluir en primer lugar que el desarrollo de la intervención lesiva constituiría una vulneración de lo establecido en la ley y facultar (sin que sepamos a ciencia cierta a través de que medios), a la administración para obstaculizarla.

¿ Justifica esta magra protección su existencia como régimen específico de protección ?

⁶⁹⁴ Ibidem, pag. 353.

Siendo tan incompleta e ineficaz su protección, (lo que tiene explicación en el hecho de que a diferencia de la L.P.H.E. comprenda tanto bienes muebles como inmuebles diferenciándose de los calificados tan solo por su relevancia y debiendo ofrecer protección diferente a la que se proporciona a éstos para justificar su existencia diferenciada), consideramos que la virtualidad principal del Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco, su aportación principal, es la identificación de los bienes que lo integran como pertenecientes al patrimonio cultural vasco, con indudable efecto probatorio en sede judicial, y el juego que puedan dar a estos efectos las genéricas disposiciones de los artículos 3, 20, 21, 23, 24, 25, 35, 36, 39, 40, y cuantos en general se refieren conjuntamente a los bienes calificados e inventariados, con una notable potencialidad pedagógica, y con la interesante consecuencia de abrir para los titulares la puerta de las medidas de fomento de su tutela y conservación a que nos referiremos en el capítulo correspondiente, tan eficaz al menos como la vía represiva, e incluso mucho más en función de cómo se dote, para la debida protección de los bienes culturales.

Merece también alguna mención la técnicamente defectuosa redacción del artículo 34 al imponer a las Diputaciones Forales la remisión *“al Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco, con periodicidad mensual, relación de todas las intervenciones habidas sobre los bienes inventariados”*.

En primer lugar ni la Ley ni su posterior desarrollo reglamentario han conferido hasta el momento al Inventario naturaleza de organo administrativo. Todo lo contrario, la L.P.C.V. confiere a otro órgano administrativo específico, el Centro de Patrimonio Cultural Vasco, *“adscrito al Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco”*, (art. 5), la función de *“organizar y mantener actualizado el Registro de Bienes Culturales Calificados, así como el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco en sus diferentes secciones”*.

Es pues a este Centro o en su defecto a la institución de quien depende, el Gobierno Vasco a quienes se debería hacer referencia en el artículo 34 como destinatarios de la remisión obligada. Cuestión distinta hubiese sido que se hubiese hecho constar que el objeto de la remisión a alguno de éstos era incorporar en el Inventario la relación de intervenciones. En cualquier caso es éste un defecto cuasi-irrelevante, el de mayor enjundia en este artículo es otro.

Se hace referencia en el precepto a la obligación de remitir la relación de intervenciones *“habidas”*.

No es ya que las Diputaciones Forales no puedan enviar el listado de esas intervenciones habidas por cuanto pueden desconocer las que se hayan desarrollado de manera irregular sin la comunicación exigida, sino que dado que es ésta comunicación y no la autorización previa la requerida, tan solo podrán poner en conocimiento del Centro de Patrimonio Cultural aquellas comunicaciones de que se pretende realizar intervenciones que reciban, (potencialmente aún no realizadas).

La periodicidad tan corta con la que se demanda la remisión de relaciones, (mensual), y la propia existencia de un plazo máximo de un mes a contar desde su recepción para el pronunciamiento foral, hará que habitualmente las intervenciones comunicadas no sean las "habidas" en dicho período, por mucho que el artículo 34 así lo reclame.

Las restantes C.C.A.A. que han legislado sobre la protección específica de los bienes inventariados, sea cual sea la denominación equivalente con la que los identifican, adoptan posiciones diversas al respecto.

Cataluña no dispone de normativa específica aplicable a los "bienes catalogados" (hay que recordar que la catalogación de bienes inmuebles "*se efectúa mediante su declaración como bienes culturales de interés local*", art.17, no así la de bienes muebles que se realiza "*por resolución del Consejero de Cultura*", art.16.1), siendo así que establecidos los deberes de conservación por los titulares en régimen común para todo el patrimonio cultural, "*cualquier norma adicional de protección de estos bienes se establecerá por medio de instrumentos determinados por la legislación urbanística*", (art.39), en el caso de los inmuebles, mientras que en el caso de los muebles, "*cualquier modificación ,reparación, restauración o actuación de otro tipo sobre bienes muebles de interés nacional o sobre bienes muebles catalogados no prevista en el programa de actuaciones regulado por el artículo 29, (previsión de actuaciones de conservación necesarias a presentar por el propietario), será aprobada previamente por el Departamento de Cultura.*"

La normativa catalana se diferencia claramente de la L.P.C.V. en dos aspectos al menos; en remitirse expresamente a la legislación urbanística como instrumento de protección de los bienes catalogados, (inventariados en terminología vasca), lo que es coherente con el carácter marcadamente local que da a esa catalogación de inmuebles y que no se da en absoluto en la norma vasca, y en que con respecto a los bienes muebles (cuyo régimen jurídico específico en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco analizaremos más adelante), establece la necesidad de autorización previa también para los catalogados y no solo para los de "interés nacional".

Galicia somete a autorización previa "*cualquier intervención en un bien inmueble catalogado y en su entorno*", (art. 52.2), diferencia notable con las dos Comunidades anteriores, lo mismo que a semejanza de Cataluña "*cualquier modificación, restauración o alteración*" sobre los bienes muebles catalogados. (Art.53.1 que se remite al 50.2).

En ninguna de estas Comunidades se dan pues los problemas que hemos detectado en la norma vasca en torno a la no exigencia de autorización previa y las dificultades derivadas para la obstaculización de intervenciones lesivas.

Andalucía cuenta con un instrumento básico de protección, el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, siquiera prevea dos tipos de inscripción, genérica y específica. Con respecto a todos ellos se exige, (art. 21), la elaboración de un proyecto de conservación como requisito para “*la realización de actuaciones de conservación o restauración*” que se someten a “*visado previo de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente con el fin de garantizar su adecuación a los criterios y normas aplicables en materia de restauración y conservación*”.

Adicionalmente se requiere autorización previa, (art.33), “*para realizar cualquier cambio o modificación...en bienes inmuebles de inscripción específica o su entorno, bien se trate de obras de todo tipo, bien de cambios de uso o de modificaciones en los bienes muebles, en la pintura, en las instalaciones o accesorios recogidos en la inscripción*”.

Con respecto a los de inscripción genérica, la Consejería “*podrá exigir la suspensión de actuaciones o transformaciones de los mismos por espacio de treinta días hábiles con el fin de decidir sobre la conveniencia de incluirlos en alguna de las tipologías de inscripción específica*”, disposición notablemente similar a la de la ley vasca, pero que plantea problemas menos relevantes dada la exigencia del proyecto de conservación con carácter general para todos los bienes inscritos.

La Comunidad Valenciana recurre a la legislación urbanística como medio de protección de estos bienes.

Los bienes “*de relevancia local*” (dado que el Inventario General Valenciano, del mismo modo que en Galicia y de forma terminológicamente más coherente y acorde al significado del concepto, tiene vocación de incluir todos los bienes integrantes del patrimonio cultural) se incluyen en “*Catálogos de Bienes y Espacios Protegidos*” que son objeto de “*aprobación provisional con arreglo a la legislación urbanística*”. (Art.47).

El único requisito adicional es el informe vinculante de la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia sobre la inclusión, exclusión y régimen de protección, que no desvirtúa la competencia municipal para su aprobación. La ley valenciana demanda de los Catálogos que establezcan “*la protección integral de los bienes*” (art. 50) “*determinando las medidas que...aseguren la adecuada conservación y apreciación de dichos bienes*”. Deben contener como mínimo las determinaciones siguientes:

- a) *Situación y descripción detallada del bien y de los elementos protegidos.*
- b) *Determinación de los valores patrimoniales que justifican la calificación de relevancia local.*
- c) *Entorno de afección del bien, si procede.*
- d) *Definición del grado de protección y del régimen de intervención autorizado.*

Con respecto a los bienes muebles el artículo 53, remite al 41 en lo que hace a exigir autorización previa (también de forma diferente a la de la ley vasca) sin la que “no podrán ser sometidos a tratamiento alguno, ni a cambio en el uso que de ellos se viniera haciendo” y al 44 en torno a que no cabe asimismo sin autorización disgregar colecciones de bienes muebles, siendo pues equivalente, con carácter general, el régimen de protección de los bienes muebles de interés cultural y el de los inventariados no declarados.

En Canarias, siguiendo el ejemplo de la legislación estatal, el Inventario recoge exclusivamente bienes muebles, remitiéndose la protección de los inmuebles no declarados de interés cultural a los “*Catálogos Arquitectónicos Municipales*”, que deben elaborar los Ayuntamientos por mandato de la legislación urbanística. Los bienes muebles inventariados son sometidos al régimen de autorización previa (art.55) como los declarados de interés cultural (muebles e inmuebles).

La C.A. de Madrid dispone de una panoplia de regímenes de protección similar a la de la vasca, tanto en lo que respecta a su carácter como al elenco de bienes a que se destinan. Sin embargo una diferencia sustancial entre ambas regulaciones la constituye la no exigencia de autorización administrativa previa diferente de la licencia municipal para la realización de intervenciones sobre los bienes declarados, salvo en los supuestos de traslado, modificación, reparación o restauración de bienes muebles, (no sujetos a licencia municipal), o de disgregación de colecciones de los mismos e implícitamente en el caso de demolición de bienes declarados e inventariados.

Tampoco se establece deber de comunicación de intervenciones sobre los bienes inventariados en los términos de la L.P.C.V. existiendo únicamente la facultad de suspender intervenciones u ordenar su ejecución en base al incumplimiento del deber de conservación.

Castilla-León somete a autorización previa “*toda modificación, restauración, traslado o alteración de cualquier tipo sobre bienes muebles inventariados*”, (art.48), diferenciándose así de lo dispuesto e la norma vasca. Dicha autorización en todo caso se concede por silencio administrativo positivo si la administración no ha dictado resolución en el plazo de tres meses.

Con respecto a los inmuebles, siguiendo la línea general que venimos observando, se establece la obligatoria inclusión de los inventariados en el catálogo urbanístico municipal de bienes protegidos, (art.49), aunque con una doble salvaguarda, la de que “*las condiciones de protección que figuren en la resolución por la que se acuerda la inclusión de un bien inmueble en el Inventario serán de obligada observancia para los ayuntamientos en el ejercicio de sus competencias urbanísticas*”, (art. 49.1), y la de que en tanto no se produzca la inclusión de los inmuebles inventariados en el catálogo, “*la realización de cualesquiera obras o intervenciones*

requerirá la autorización previa de la Consejería competente en materia de cultura”, equiparándose por tanto en tal supuesto con los bienes declarados.

Asturias, siguiendo la línea propia que caracteriza su ley reguladora, establece que solo son autorizables sobre bienes incluidos en el Inventario, *“las obras e intervenciones que respeten sus valores históricos y culturales y no pongan en riesgo su conservación”*. (Art. 59.1).

Específicamente requieren autorización de la Consejería de Educación y Cultura, *“las restauraciones de bienes muebles”, “las obras mayores sobre inmuebles, infraestructuras o espacios protegidos”, “los tratamientos de fachadas en inmuebles que vayan más allá de la mera conservación”, “las obras menores en inmuebles cuando expresamente, y con carácter excepcional así se haya señalado en la resolución por la que se incluyen esos bienes en el Inventario”, “las obras en el entorno de inmuebles, infraestructuras o espacios protegidos cuando expresamente se haya señalado en la resolución”, (en defecto de existencia de Plan Especial, que hace innecesario el trámite), y “las obras en zonas en que se presuma la existencia de restos arqueológicos”*.

No hay pues en la normativa asturiana, en este sentido similar a la vasca, distinción general entre los muebles e inmuebles. La ley astur establece la necesidad de autorización con carácter general para las intervenciones relevantes, siguiendo el criterio que demandábamos en torno a la necesidad de distinguir entre *“intervenciones”* y de someter a autorización solo algunas de ellas, recurriendo a la terminología urbanística (obras mayores y menores) de forma, a nuestro juicio, lógica y acertada.

Es cierto que puede darse en ella alguna incongruencia, como la de no distinguir entre las obras a autorizar en el entorno de los inmuebles, infraestructuras o espacios protegidos cuando solo las obras mayores que les afectan directamente se someten a ello, o utilizar algún concepto (tratamientos de fachadas que vayán más allá de la mera conservación) de escasa claridad y fuente segura de controversia, pero la norma protege de forma a priori mucho más eficaz que otras los bienes inventariados.

Finalmente, otra de sus aportaciones interesantes es la disposición de que la inclusión de inmuebles en el inventario, salvo expresa limitación a alguna de sus partes, *“lleva consigo la aplicación automática y adicional del régimen urbanístico de protección integral, de acuerdo con lo que al respecto establezcan las normas de planeamiento correspondientes”*. (Art. 59.2).

5.4.7. La situación de los bienes no calificados ni inventariados.

Ya hemos señalado que la Ley de Patrimonio Cultural Vasco no recoge alusiones expresas a los bienes que forman parte del patrimonio cultural por reunir las

características que reclama el artículo 2.1, pero que carecen de régimen de protección específico por no haber sido incluidos en el Registro de Bienes Culturales Calificados o en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco.

También hemos sostenido que es una de sus principales carencias en razón del importante número de bienes que se encuentran en tal situación. Sin embargo otras normas autonómicas si contienen referencias a los bienes que se encuentran en esta situación por lo que es preciso analizar la protección que les proporcionan.

La ley catalana reafirma la pertenencia de estos bienes al patrimonio cultural catalán, (art.18), por si quedaba alguna duda con la sola referencia a la posesión de los valores del artículo 1.2, (similar al 2.1 de la L.P.C.V. que sin embargo no contiene esta reafirmación posterior) con lo que les son indudablemente de aplicación las disposiciones que con respecto a la generalidad de los bienes patrimoniales, establecen el deber, por ejemplo, de que sean conservados. (Art.21).

Sigue la ley la misma línea en lo que respecta a los bienes muebles, establecimiento de un régimen general de protección aplicable a todos los que integran el patrimonio cultural, cuyas características más destacadas son el deber de comunicación de la existencia de los que reúnan las características que reglamentariamente se establezca, el deber de proporcionar las informaciones que sobre ellos se reclame y permitir su examen material, y el mandato a la administración de emprender *“las actuaciones necesarias para restaurar los fondos deteriorados o que se hallen en peligro de malograrse”* y de promover *“la utilización de medios técnicos para su reproducción”*, (art. 42) y el establecimiento de determinaciones específicas con respecto a los muebles de interés nacional y catalogados.

Galicia considera este tipo de bienes como bienes inventariados, los no declarados ni catalogados pero que forman parte del patrimonio cultural y merecen ser conservados. (Art.24.2.c). Establece, como no podía ser menos, el deber genérico de conservación, (art.25), y el de facilitar el acceso, información y examen, (art.26), pero como disposición específicamente aplicable a estos bienes *“inventariados”*, solo recoge la del artículo 54, *“los bienes inventariados a que se refiere el artículo 22.1 gozarán de una protección basada en evitar su desaparición, y estarán bajo la responsabilidad de los ayuntamientos y de la Conselleria de Cultura, que habrá de autorizar cualquier intervención que les afecte”*.

La ley gallega obliga expresamente a lo que, sin referencia expresa, deducíamos que obligaba también la L.P.C.V. a administración y propietarios, (y amparaba a aquella si la actuación era proporcionada), esto es a evitar al menos la desaparición de los elementos. No obstante la norma galaica requiere el sometimiento a autorización de *“cualquier intervención que les afecte”*, literalmente por tanto incluso las que no tuviesen lugar directamente sobre ellos, lo que resulta manifiestamente desproporcionado si tenemos en cuenta que se trata de los bienes no declarados ni catalogados, y aunque la autorización, si su objeto es evitar la desaparición, se convierta

en un mero trámite salvo cuando sea la propia existencia del bien la que se ponga en peligro.

Andalucía también establece un deber de conservación de los bienes integrantes del “*patrimonio histórico*”, “*se hallen o no catalogados*” (art. 15, recordemos que la ley andaluza permite la inscripción genérica y específica en el Catálogo). Sin embargo esa referencia a los bienes no catalogados no se traslada a los capítulos siguientes. El régimen de protección de los bienes muebles hace en todo momento mención a los incluidos en el Catálogo, lo mismo que el de los inmuebles, salvo en disposiciones muy generales como la facultad de inspección de la administración del art. 24.

La C.A de Canarias, quizá debido al más amplio elenco de instrumentos de protección que recoge, de forma similar a la ley vasca, no contiene tampoco referencia alguna al régimen de protección de estos bienes.

Siguiendo la línea general, también la Comunidad Valenciana dispone de un precepto que establece el deber general de protección y conservación de los bienes no inventariados como integrantes del patrimonio cultural. (Art.9). De forma distinta a otras además, extiende a éstos la facultad de suspensión cautelar por la administración de las intervenciones peligrosas. No obstante carece de disposiciones posteriores que delimiten el ámbito de protección de estos bienes no inventariados, refiriéndose tan solo a los declarados e inventariados.

Idéntico régimen, aunque sin la referencia expresa a la suspensión cautelar, es el establecido en Castilla-León y en Asturias.

En este último caso con las peculiaridades derivadas de la expresa y tajante prohibición de la “*destrucción total o parcial de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de Asturias*”, (art. 28.1), de la extensión expresa del deber de información y de permitir el examen o las facultades administrativas de dictar órdenes de ejecución y de imponer la ejecución subsidiaria y la consideración de la protección como “*causa expropiandi*” a todos los bienes. La norma asturiana recoge asimismo el mandato de incluir los bienes no declarados ni inventariados en los catálogos urbanísticos municipales de protección, lo que no soluciona la cuestión, pues seguirán pudiendo existir bienes dotados de interés patrimonial y no incluidos en instrumento alguno.

Madrid, finalmente, parece no concebir la existencia de elementos patrimoniales en esta situación. Si el artículo 1.3 de su ley conecta la pertenencia al patrimonio con la posesión de algún interés, como es norma general en todas las legislaciones autonómicas, el artículo 8 sin embargo señala que “*los bienes que integran el Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid se clasifican a efectos de su protección específica en Bienes de Interés Cultural y bienes incluidos en el Inventario*”, desconociendo la inevitable presencia de bienes dotados de aquel interés y sin embargo aún no incluidos en registro o inventario alguno.

Sin embargo, como sucede en la L.P.C.V., las referencias generales al deber de conservación de “*los bienes integrantes del patrimonio histórico...*” por ejemplo, (art.18), son utilizables para amparar, aunque no sepamos hasta qué extremo, los bienes con intereses culturales y que no cuenten con inclusión específica en alguno de los regímenes.

A modo de conclusión podemos señalar que la mayoría de las normas de las C.C.A.A. imitan a la L.P.C.V. en el sentido de desconocer la existencia de bienes patrimoniales que puedan no estar incluidos en algunos de los registros, catálogos o inventarios, careciendo de normas que les sean directamente aplicables.

Sin embargo las referencias genéricas que contienen todas ellas al deber de conservación de los bienes integrantes del patrimonio, (acompañada de mayores o menores precisiones) y la caracterización de estos bienes patrimoniales como aquellos con valores o intereses, permiten que se les extienda en medida no claramente delimitada el deber tuitivo y algunas de las correspondientes facultades administrativas.

Algunas normas sin embargo muestran una plena consciencia de la existencia de elementos patrimoniales en tal situación, y contienen referencias singulares y específicas a los mismos, siquiera les proporcionen, como no podía ser de otra manera, una protección muy genérica.

5.4.8. Los bienes culturales calificados de titularidad de las Administraciones Públicas.

El artículo 27 de la L.P.C.V. somete a los bienes culturales calificados propiedad de la C.A.P.V., los T.H. o los municipios, al régimen de dominio público, con la consideración de los mismos como imprescriptibles e inalienables, “*sea cual fuere su destino o afectación*”, y quedando sujetos al régimen de uso y aprovechamiento propio de los bienes demaniales.

El objeto de esta disposición es claro. Partiendo de la presunción de que la titularidad pública garantiza de forma más efectiva la conservación de los bienes, se pretende evitar que una vez adquirida la misma por una Administración Pública esta vuelva a los particulares minorándose esa garantía a que hemos hecho referencia.

Sin embargo si interpretásemos como sugiere la mera lectura del precepto que los bienes calificados cuya titularidad ostente cualquiera de las administraciones públicas aludidas se convierten automáticamente en bienes de dominio público, la taxatividad del precepto y la ausencia de vías excepcionales para eludir su aplicación supondrían un grave inconveniente para la protección efectiva de los bienes culturales.

En primer lugar porque sólo un bien en uso tiene garantizada con carácter general una conservación eficaz, y no todos los bienes en manos de las Administraciones Públicas son susceptibles de un uso público razonable. (La "museitis" que parece condenar a este destino a todos los bienes culturales públicos tiene, evidentemente, límites).

Y en segundo lugar porque acumular bienes ociosos a los que no se sabe qué destino dar obliga a los poderes públicos a invertir notables cantidades, (en mantenimiento, custodia ...), que pudieran ser utilizadas de manera más rentable para la conservación de nuestro patrimonio cultural.

Además no debemos olvidar que estamos en ocasiones ante bienes de un valor económico y social tal, y ejemplo paradigmático de ello pudieran ser las bilbaínas "*Casas de Sota*", subastadas en su día en más de 4.000 millones de pesetas y respecto de las que se planteó el asunto, que deben ser gestionados de una manera que aúne la protección de su interés cultural y la gestión eficaz de los capitales públicos, para lo que disposiciones susceptibles de interpretación tan rígida como la que nos ocupa son un grave obstáculo.

El análisis del artículo, de una redacción técnicamente bastante defectuosa, suscita no obstante importantes incertidumbres. Como señala Abad Licerias⁶⁹⁵, y pese a la aparentemente sencilla conclusión de su lectura, "*ese no parece ser el alcance que haya de darse al precepto, atendiendo a diversos argumentos, que en todo caso, no pueden ocultar la palpable contradicción interna en la redacción*".

Es evidente, como señala este autor, que la condición de dominio público de un bien viene derivada de su afectación a un uso o servicio público. ¿ Cómo puede entonces el art. 27 predicar la demanialidad, "*sea cual fuere su destino o afectación*" ?.

No puede sino concluirse que el legislador vasco fuerza aquí el sentido del régimen demanial, que no tiene sentido aplicado a bienes respecto de los que no sea imprescindible su utilización al servicio a los ciudadanos o a la exclusión de su uso privativo.

En realidad el art. 27 no afirma la pertenencia de los bienes culturales calificados al dominio público. Dice tan solo que "*quedarán automáticamente protegidos*" por el régimen de dichos bienes. ¿ Se trata tan solo de un error de técnica legislativa, o se pretende en realidad, reconociendo que estos bienes no pertenecen por si mismos al dominio público, reforzar simplemente su protección vinculándolos a un régimen que dificulta su salida de la titularidad pública entendiendo que está garantiza mejor su conservación y el derecho humano a su disfrute ?

⁶⁹⁵ Ibidem, pag. 301.

No disponemos en realidad de argumentos suficientes para decantarnos por una u otra opción, aunque en apoyo de la segunda podría venir la sorprendente, y aparentemente injustificada, omisión de la inembargabilidad entre las características del régimen de dominio público que afectan a los bienes calificados, que quizá daría pie a pensar en una “selección a la carta” de medidas tuitivas. En cualquier caso se trata de un error.

La protección eficaz de estos bienes no exige necesariamente excluirlos del uso, eventualmente privado, para el que fueron concebidos. Puede incluso ser incompatible, pongamos por caso en edificios destinados a vivienda, con el respeto a los valores e identidad de la obra.

Condenar a la administración a hacerse cargo necesariamente de todos los bienes calificados que hayan caído en sus manos, como consecuencia de quien sabe qué azares jurídicos, con independencia de su necesidad para el servicio público y la posibilidad de darles un uso acorde a sus características, constituye un despilfarro de recursos económicos cautivos, que no se justifica desde el momento en que puede imponerse a cualquier titular privado un régimen de intervenciones que garantice plenamente la preservación e incluso el disfrute general, perfectamente compatible con uno privativo mayor.

El titular privado, por más que el legislador vasco parezca pensarlo así, no es necesariamente incapaz de proteger y difundir el conocimiento y disfrute, supuestos en que la necesidad del régimen demanial como medida tuitiva cae por su peso. La acumulación de bienes a los que la administración no puede dar conveniente uso, conduce a una mala gestión de los recursos destinados a la protección del patrimonio, consumidos en no pocas ocasiones en el mantenimiento y custodia de bienes vacíos y a los que los ciudadanos tampoco pueden acceder, bienes a los que en ocasiones la iniciativa privada podría dar mejor y más rentable uso, permitiendo además el ahorro de recursos utilizables en la preservación de otros.

Hay sin embargo otro criterio que debe tenerse en consideración, cual es la posibilidad de que los bienes no puedan tener otro uso que el cultural público, (pongamos como ejemplo los hallazgos arqueológicos), y de que su valor principal sea su condición de fuente de información a la que deben tener acceso todos los investigadores y en el momento que lo precisen. Esta cualidad podría justificar que con respecto a este tipo de bienes se estableciese la afectación de la que deriva la demanialidad, pero no desde luego con el alcance general que establece la L.P.C.V. ni a cualquier coste.

Carecemos de explicaciones en torno a la causa de la exclusión de la inembargabilidad entre las características que se predicen, (junto a la inalienabilidad e imprescriptibilidad), de los bienes calificados en cuanto amparados por la

demanialidad. La hipótesis de que se haya pretendido crear una categoría de bienes “cuasidemaniales” a modo de “*tertium genus*”⁶⁹⁶ y de que para ello hubiese sido necesario no afirmar la condición de bienes de dominio público y excluir a la carta alguno de sus rasgos, que Abad formula sin excesiva convicción, tropieza con una redacción incongruente y defectuosa, con la absoluta innecesariedad de tal propósito y con la ausencia de ulteriores referencias o de antecedentes en el trámite legislativo.

Otras normas autonómicas también se refieren a la cuestión.

La ley catalana, (art. 28), establece un régimen similar al de la L.P.C.V., si bien extiende el mismo a los bienes catalogados, omite la referencia a administraciones intermedias entre la autonómica y las locales, (dado su menor peso relativo con respecto al que tienen en la C.A.P.V.), y exceptúa de la inalienabilidad las “*transmisiones que se puedan efectuar entre administraciones*”.

Tampoco contiene sin embargo referencias a la inembargabilidad y en ningún momento hace referencia a la demanialidad, sino que se limita a imponer algunas de las características de su régimen jurídico a un elenco de bienes mucho más amplio que el de la norma vasca.

Podrían por tanto reprochársele muchos de los defectos ya señalados, (y alguno más, como extender las restricciones a los bienes catalogados, de menor relevancia, introduciendo una rigidez injustificada en su transmisibilidad), aunque es interesante la excepción relativa a la transmisión entre administraciones que dota, de forma muy lógica y acertada, de cierta flexibilidad al régimen y permite que se haga con el bien la administración que pueda darle mejor uso.

Galicia por su parte si que establece la inembargabilidad de los bienes declarados y catalogados, aunque sigue el ejemplo catalán en lo que hace a la excepción de las transmisiones “*entre entes públicos territoriales*”, (art.30), y señala expresamente que los bienes de las instituciones eclesíásticas se regirán por lo que al respecto establezca la ley estatal, salvaguarda no contenida en la norma catalana ni en la vasca y que también contienen entre otras, sin mayores novedades, las legislaciones de Madrid y Castilla-León.

La Comunidad Valenciana, partiendo de una regla general similar a la gallega, (art.24), contiene sin embargo una referencia expresa al régimen de dominio público y sobre todo a la posibilidad de las administraciones de “*por causa de interés público y con autorización de la Conselleria de Cultura, Educación, y Ciencia, oída la Junta de Valoración de Bienes del Patrimonio Cultural Valenciano, acordar con los particulares la permuta de sus bienes, muebles o inmuebles, incluidos en el Inventario General, siempre que no estén declarados de interés cultural, con otros de al menos igual valor cultural*”. Es evidentemente una disposición interesante en la línea de permitir una

⁶⁹⁶ Ibidem, pag. 304.

gestión más flexible de los bienes patrimoniales, aún y cuando revele una visión en la que es el valor, (siquiera sea cultural), y no otras circunstancias, (como la necesidad de intervenciones preservadoras), lo que se toma en consideración.

La norma señala expresamente que *“la permuta no supondrá en ningún caso la exclusión de los bienes enajenados del régimen de protección de los bienes inventariados”*, distinguiendo claramente titularidad y protección. Con respecto a los bienes muebles se permite incluso la permuta con *“entidades públicas o particulares extranjeros, previa la obtención de la preceptiva autorización de exportación por parte de la Administración del Estado”*. Habría que oponer a este precepto la confusión entre lo que es la permuta en si misma, y la exportación de los bienes que es una consecuencia probable pero no estrictamente necesaria de aquella, por lo que no resulta técnicamente correcto establecer la autorización de exportación como condición para cualquier permuta. Cuestión diferente es el interés por la permuta del titular extranjero a quien no se conceda la autorización exportadora.

Canarias se refiere (art.42) a los bienes muebles inventariados *“o incluidos como vinculados en la declaración de un bien de interés cultural”* que estén en posesión de instituciones eclesiásticas, los cuales *“no podrán ser transferidos, enajenados o cedidos a entidades mercantiles o a particulares”*.

La misma limitación afecta a la enajenación en el caso de titularidad de las administraciones públicas, salvo respecto de las transmisiones entre ellas o las permutas con otras administraciones del estado, requiriéndose en este último caso, informe favorable del Consejo Canario del Patrimonio Histórico.

La primera observación que cabe realizar en relación con el precepto es la de la dudosa constitucionalidad del trato discriminatorio de las instituciones eclesiásticas con respecto al resto de titulares privados a quienes no se refiere, y a quienes por tanto no afecta la limitación.

La relevancia de aquellas en cuanto titulares de un importante patrimonio no justifica de por si, que se les impongan restricciones singulares, más aún cuando se trata de un titular del que por su carencia *“ab initio”* de *“animus lucrificiendi”* y su función social, no cabe presuponer un desinterés por la preservación de ese tipo de bienes sino todo lo contrario.

Una segunda consideración, finalmente, resaltaría que las limitaciones se refieren exclusivamente a los bienes muebles, sin duda en la creencia, (acertada a nuestro juicio), de que su movilidad intrínseca dificulta en mayor medida que en el caso de los inmuebles, la plena eficacia de las restantes medidas protectoras que se puedan adoptar y el control por la administración del estado de conservación, con lo que adicionalmente se convierte en más relevante la condición del titular, por sus potenciales efectos sobre el mismo.

Asturias por su parte extiende la imprescriptibilidad e inalienabilidad, (tampoco se refiere en absoluto a la inembargabilidad ni al carácter de dominio público), a “*los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de Asturias*”, es decir a todos los que por su interés merecen conservación y defensa, de forma harto exagerada y desproporcionada, hasta el punto de que puede dificultar seriamente la gestión eficaz del propio patrimonio por parte de la administración autonómica, única a que se refiere la limitación. (A contracorriente de lo que disponen otras C.C.A.A, no se refiere a los bienes de titularidad municipal).

La legislaciones andaluza y castellano-manchega por último, no contienen disposiciones al respecto confiriendo plena libertad a las administraciones sobre la gestión de la titularidad de los bienes culturales.

5.4.9. La protección de los conjuntos monumentales.

5.4.9.1. El régimen legal.

Es un conjunto monumental, según señala el artículo 2.2 de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, “*toda agrupación de bienes muebles o inmuebles que conforman una unidad cultural*”. Su carácter de conjunto implica un valor añadido al singular de cada una de las unidades que lo conforman. Incluso puede decirse que “*la representatividad y singularidad se desprende del conjunto en cuanto tal, no siendo necesario que cada uno de los elementos que lo componen muestren esa misma cualidad*”.⁶⁹⁷

La práctica administrativa ha reservado en todo caso en la C.A.P.V. esta denominación hasta el momento a los cascos históricos de las villas o a algún conjunto de edificaciones singulares modernas, (siglo XX), concentradas en determinadas zonas de un municipio, (Getxo por poner un ejemplo).

La L.P.C.V. ha introducido algunas disposiciones que se refieren a los conjuntos específicamente, y sobre las que es preciso hacer algunas consideraciones.

Nos estamos refiriendo en primer lugar al artículo 28.2, en sede de protección de los bienes inmuebles, que reza literalmente “*respecto a los conjuntos monumentales, en tanto no se aprueben los instrumentos urbanísticos que desarrollen el régimen de protección, no se admitirán modificaciones en las alineaciones y rasantes existentes, incrementos o alteraciones de la edificabilidad, parcelaciones y agregaciones, y, en general, cambios en la distribución de volúmenes, cubiertas y huecos que afecten a la armonía del conjunto y a sus soluciones técnicas y artísticas*”.

⁶⁹⁷ Ibidem, pags. 318-319.

Juntamente con ésta hay otra disposición íntimamente relacionada con la materia, cual es el artículo 33, que señala que “*las intervenciones sobre conjuntos monumentales que hayan sido previstas en planes de ordenación territorial y urbana y/o en los planes especiales de protección del área afectada por la declaración de bien cultural informados favorablemente por el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco serán autorizadas directamente por los Ayuntamientos. Dichas autorizaciones o licencias deberán ser comunicadas en el plazo de días a la Diputación Foral correspondiente, quien podrá ordenar la reposición del bien afectado a su estado original en el caso de que aquellas sean contrarias del (sic) régimen de protección aprobado al efecto*”.

Son estas dos normas las que debemos analizar para acercarnos en la medida de lo posible, (el legislador no lo pone fácil), al régimen jurídico de esta clase de bienes.

El artículo 28.2 es claramente una medida cautelar. Se trata en definitiva de mantener los valores que se supone que justifican la consideración del conjunto como monumental, hasta tanto en cuanto se disponga de una norma jurídica específica que establezca las medidas a adoptar para su tutela, o que al menos determine las intervenciones permitidas, y eventualmente las prohibidas, o las condiciones en que deben realizarse. Es pues un régimen provisional de protección, llamado a cesar en sus efectos, como consecuencia de la actuación de la administración.

La redacción de este precepto sin embargo deja una serie de incógnitas a las que es obligado aludir. Una primera deriva de la omisión en el artículo de cualquier referencia al régimen de protección en que se incardina, (menciona únicamente los “*conjuntos monumentales*” siendo así que éstos pueden constituir tanto bienes calificados como bienes meramente incluidos en el Inventario), lo que suscita una duda de notable relevancia. ¿ Afecta este régimen provisional a los conjuntos monumentales calificados y a los inventariados, o tan solo a algunos de ellos ?

Cabría iniciar el análisis haciendo referencia al viejo aforismo jurídico que impone al intérprete o aplicador jurídico no realizar distinciones allí donde la ley no las realiza, pero debemos de todas maneras profundizar en la exégesis para averiguar si podemos acercarnos con ello a criterio más apoyado.

Para ello debemos comenzar analizando la ubicación sistemática del precepto. El artículo 28 inaugura el capítulo II “*De los bienes inmuebles*” del Título III “*Del régimen de protección*”. No se refiere pues de forma singular a ninguno de los tipos de bienes protegidos sino de forma genérica a todos ellos.

Es cierto sin embargo que el artículo 28 comienza con una referencia expresa a los “*bienes inmuebles calificados*”, que el párrafo 2º al que nos referimos pertenece al fin y al cabo al mismo artículo, que el precepto se refiere al desarrollo de un régimen de

protección que como tal solo es exigido expresamente, (art.12), para esa clase de bienes, (a menos que nos estemos refiriendo al general de la Ley lo que no parece deducirse de su lectura), y que las menciones a los bienes inventariados comienzan en este capítulo a partir del artículo 31.

Desde otra perspectiva hay que cuestionarse el sentido de la disposición en el caso de los bienes calificados, si como demanda el artículo 12 la calificación debe contener “*el régimen de protección del bien calificado, con especificación de las actuaciones que podrán o deberán realizarse sobre el mismo y las que queden prohibidas...*” además de “*la relación de bienes de singular relevancia cuando se trate de un conjunto monumental*”.

Si se cuenta con este régimen, ¿ carecería de sentido el cautelar que establece el artículo 28.2, aún y cuando no se contase con los instrumentos urbanísticos de desarrollo, por referirse necesariamente al mismo objeto?

No es ésta la perspectiva del legislador que da por sentado que existe un “*régimen de protección*” que debe desarrollarse a través de instrumentos urbanísticos como supuesto de hecho del mandato provisional del artículo. Sin embargo si el contenido de dicho régimen es el que prescribe el artículo 12, no cabe menos que concluir que debe necesariamente tener idéntico objeto que el del art.28.2., ya que no sería congruente que debiendo especificarse las actuaciones obligadas, permitidas y prohibidas sobre el bien, no se haga referencia a las que afectan a parámetros tan básicos como alineaciones o rasantes, parcelaciones o agregaciones, alteraciones en la edificabilidad o cambios en volúmenes, cubiertas o huecos.

La conclusión es obvia; existiendo el régimen de protección derivado de la calificación, (art.12), carece de sentido la norma del 28.2, por ser contenido necesario de aquel, a menos que el legislador pretenda, aún existiendo un régimen de protección en el que se determinan las actuaciones prohibidas y permitidas que éstas últimas así y todo no puedan llevarse a cabo hasta que se apruebe un instrumento urbanístico de desarrollo del régimen de protección, lo que no se justifica si el citado régimen ha realizado ya la pertinente evaluación de la adecuación de la intervención con el respeto a los valores culturales del conjunto monumental. La aplicabilidad del precepto respecto de conjuntos monumentales calificados deberíamos entonces remitirla a supuestos en que aún estando afectado por el régimen de la calificación, el conjunto monumental carezca de ese régimen singular y específico de protección, cual es el caso de la mera incoación de expediente con ese fin calificador según el art.22.

Con respecto a los conjuntos monumentales inventariados las cuestiones que se suscitan son otras. La notable limitación que establece el precepto, “*petrificando*” por así decirlo los conjuntos, (que como en el caso de los cascos históricos pueden comprender un elevado número de edificaciones), tiene sentido si el conjunto es de especial relevancia, que es el supuesto paradigmático de la calificación.

Condenar a los titulares de bienes simplemente incluidos, (sin méritos particulares), en un conjunto que a su vez está únicamente inventariado, a no poder actuar sobre los parámetros del art.28.2 si se “*afecta a la armonía del conjunto y a sus soluciones técnicas o artísticas*”, mención general y subjetiva donde las haya, hasta que se disponga de un instrumento urbanístico de desarrollo, (teniendo en cuenta que no se parte de cero sino de instrumentos urbanísticos en vigor que ya confieren derechos e imponen limitaciones), puede constituir una limitación excesiva y desproporcionada, que anularía además en cierta medida la sustantividad de la distinción entre bienes calificados e inventariados.

Una segunda cuestión que plantea el artículo 28.2 es la relativa a los instrumentos urbanísticos cuya aprobación determina el cese de la aplicabilidad de la limitación que establece el precepto. ¿ Cuales son éstos ?

Una primera aproximación nos permite concluir sin dificultad que debe tratarse de instrumentos de planeamiento urbanístico. No porque se haga mención expresa al planeamiento en el apartado anterior, sino porque la alusión a que “*desarrollen el régimen de protección*”, nos conecta específicamente con una mayor precisión y detalle, en torno a lo que dicho régimen se refiere, en particular la determinación de elementos a preservar y de actuaciones permitidas y prohibidas, que es por definición el objeto de los instrumentos de planeamiento.

Adicionalmente estos instrumentos son presupuesto de los sucesivos, (los de gestión en particular), y ya de por si prefiguran el status jurídico de las actuaciones posibles. No tendría sentido establecer la vigencia de la limitación de intervenciones que afecten a los parámetros del 28.2, en virtud de la necesidad de instrumentos de gestión u otros si la viabilidad jurídica de las mismas ha sido determinada ya por el instrumento de planeamiento.

En este sentido el artículo 12.2 de la Ley dispone que “*el otorgamiento a un bien de la condición de calificado determinará la eficacia inmediata del régimen de protección que conlleva dicha calificación, y supondrá la elaboración, modificación o revisión del planeamiento urbanístico municipal o su desarrollo si así resulta preciso, a iniciativa del Gobierno Vasco, a los fines coordinación y colaboración administrativa*”. Se impone por tanto la adaptación del planeamiento a lo establecido en el régimen de protección de los bienes calificados, de modo y manera que éste se configura como de contenido necesario, de obligado respeto por aquel.

Cuestión diferente es la de la pertinencia de disponer el desarrollo de un régimen de protección establecido por las autoridades culturales en virtud de consideraciones de esta naturaleza, por instrumentos de otro carácter que desarrollan a su vez administraciones que no tienen únicamente la consideración cultural en perspectiva cuando los diseñan. ¿ Es esto razonable?

Se produce aquí una confluencia de normas y de intereses sobre un mismo objeto, el bien integrante del patrimonio cultural. La norma cultural tiene por finalidad salvaguardar sus valores, mientras que la urbanística atiende a la utilización más razonable del suelo municipal (la de ordenación del territorio en ámbitos más amplios) para conseguir la mejor calidad de vida para los ciudadanos.

No son en ningún caso intereses incompatibles, en esa mejor calidad de vida se incardina como presupuesto imprescindible la preservación del patrimonio cultural y del derecho humano a su disfrute, por lo que los fines son inicialmente coincidentes.

Nada obsta pues, sino todo lo contrario, a que se produzca una coordinación y colaboración instrumental en la búsqueda de ese común propósito. Así lo reclama como mandato legal el citado artículo 12.2. y además el instrumento urbanístico es utilizado, como veremos, por todas las legislaciones autonómicas, por su especial utilidad, dada la tradición legislativa y la disponibilidad de medios específicos de garantizar su cumplimiento, para conseguir una efectiva protección patrimonial.

El objeto material del establecimiento de un régimen de protección coincide además con el de cualquiera de los instrumentos de planeamiento, la determinación de lo que se puede hacer y no hacer sobre el inmueble, presuponiendo además la L.P.C.V., (quizá aquí no necesariamente de forma acertada), que el planeamiento debe acabar determinando todo ello con mayor precisión y detalle que el régimen de protección.

Por todo ello no existe obstáculo alguno a que instrumentos de otro sector del ordenamiento y realizados por otra administración, (también competente según la Ley en la protección del patrimonio), “*desarrollen*” el régimen de protección cultural. Eso si, el artículo 12.2 impone un determinado desarrollo, el que consiste en la adecuación rigurosa de sus términos a lo establecido en el régimen de protección, de tal forma que si este agota la regulación de alguna intervención, deberá limitarse a reproducirlo.

Una vez establecido que el precepto se refiere a instrumentos de planeamiento, la siguiente cuestión a dilucidar es si se trata de cualquiera de ellos, si en la medida en que estamos ante una disposición limitativa sujeta a condición resolutoria, cuyos efectos cesan producida la aprobación, cualquiera de los instrumentos de planeamiento produce este efecto o si cuando son precisos o se reclaman normativamente varios en cadena, rige la limitación hasta que se complete el planeamiento con la aprobación del último de ellos.

En principio el artículo 28.2 alude a los instrumentos “*que desarrollen el régimen de protección*”, sin mencionar expresamente ninguno de ellos. Cabría pues pensar que es el carácter desarrollador el que habilita la aprobación como modo de cesación de efectos de lo que prevé.

Dicho de otro modo, la aprobación de un instrumento “*desarrollador*” haría desaparecer la limitación, mientras que la aprobación de un instrumento de planeamiento que no desarrollase el régimen de protección no lo haría.

Esta conclusión nos sitúa ante un doble reto, el de determinar qué instrumentos de planeamiento son o pueden ser por su naturaleza, desarrolladores de un régimen cultural de protección, y el de determinar qué sucede si aún pudiendo o incluso debiendo proceder a dicho desarrollo no lo hacen, por omitir las correspondientes referencias o por limitarse a reproducir lo que ya ha establecido la administración cultural sin ampliar o precisar en mayor medida lo ya fijado por ésta.

Inicialmente hay que señalar que un Plan Especial debe desarrollar por su propio objeto el régimen de protección de un determinado conjunto. Hay que considerar incluso que es el instrumento idóneo para ello, especialmente si coincide su ámbito de aplicación con el de la delimitación del conjunto.

La cuestión que se plantea sin embargo es si un Plan General o unas Normas Subsidiarias pueden constituirse en instrumentos desarrolladores a los efectos del art.28.2.

Por más que su objeto sea más general y su ámbito de aplicación más amplio, (a menos que todo un municipio fuese conjunto monumental, supuesto que creemos que no se da en estos momentos en la C.A.P.V.), nada obsta a que contengan determinaciones que precisen y desarrollen la protección. Sería la perspectiva material, el contenido de las referencias en cada caso el que nos permitiría analizar si se ha producido realmente o no un “desarrollo”.

En todo caso inicialmente y dada la finalidad tuitiva del precepto habría que concluir que si no se produce dentro del Plan o de las Normas un efectivo desarrollo, esto es, un conjunto de determinaciones sobre los parámetros del régimen cultural, debería sostenerse que no se desarrolla el régimen de protección y por tanto que no cesa la inmodificabilidad hasta la aprobación de otros instrumentos de mayor detalle, (que tratándose de suelo urbano consolidado pudieran no ser necesarios).

Sin embargo cabe oponer a esta conclusión que la inmodificabilidad es una restricción de notable alcance, que tiene un notorio carácter cautelar y que debe entenderse como medida provisional y transitoria, que su extensión indefinida en el tiempo no tendría sentido más que en el supuesto de protección de un conjunto de unidad y valor excepcional que por tratarse de un bien a calificar debería contar en el plazo máximo de 1 año con un régimen de protección y que, por más que eventualmente pudiese ser susceptible todavía de un mayor desarrollo, ya eliminaría la necesidad de la limitación provisional.

Por lo tanto la aprobación de un instrumento de planeamiento posterior a la existencia de un régimen de protección ya debe determinar el cese de la previsión del art.28.2. Más aún si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 33 al que seguidamente nos referiremos.

Si existe un régimen de protección, (ya hemos planteado anteriormente la incongruencia del artículo en este punto), porque no puede contradecirlo ni excluir su aplicación y con él cesaría la necesidad de la disposición, (por más que el régimen de protección de un conjunto monumental pueda no ser tan preciso y completo como el de un elemento singular, necesariamente deberá hacer alguna consideración sobre los parámetros generales del artículo, so pena de no hacer honor a su propio nombre y objeto).

Si no existe un régimen de protección más allá del genérico que establece la Ley en la medida en que el instrumento urbanístico contenga un mínimo de determinaciones, aún no teniendo la precisión y detalle que pudieran reclamarse de un “*instrumento de desarrollo*”, por cuanto su vocación es de permanencia, no provisional como la previsión a que nos referimos; el plan ha podido determinar con precisión el grado de protección que merece el conjunto y particularmente habrá establecido criterios y determinaciones en torno a los extremos que cita el art.28.2 aunque solo sea porque es su objeto, no ya solo sobre el conjunto monumental, sino sobre todo su ámbito de aplicación.

El artículo 28.2 se refiere a parámetros urbanísticos de fácil determinación, aún y cuando introduzca notable subjetividad con la general alusión a la afectación de “*la armonía del conjunto y a sus soluciones técnicas y artísticas*”, concepto el de soluciones especialmente inapropiado por otra parte.

Sin embargo todo su contenido, y el de otros artículos de la L.P.C.V., ha sido puesto en entredicho por una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que por sus peculiares pronunciamientos merece un análisis específico y detallado, la Sentencia 342/03 de 23 de Abril.

5.4.9.2. La Sentencia 342/03, de 23 de abril, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y la protección del patrimonio cultural vasco.

Trataremos de exponer en este apartado algunas consideraciones en relación con el fallo y fundamentación jurídica de la Sentencia 342/03 mencionada.

La Sentencia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sin votos particulares, se dicta en relación con el recurso presentado por D. José Ignacio Juaristi Loidi contra la Resolución, (en realidad

Orden Foral), de 25 de Octubre de 2000 de la Diputada Foral de Cultura, que desestima un anterior recurso, (administrativo en este caso), interpuesto contra la Resolución del Director General de Cultura de 24 de Julio de 2000, por la que no se autorizaba la ejecución de un proyecto de construcción de viviendas en la parcela sita en la C/ Elizburu, 7 de Elorrio. (En lo que respecta a este punto, la sentencia es inexacta cuando, página 1, se refiere a “no autorización de construcción de viviendas”, porque lo no autorizado no es la construcción de viviendas sino el proyecto concreto de construir unas determinadas).

La Sentencia estima el recurso del Sr. Juaristi Loidi, declarando “la no conformidad a Derecho de la Orden recurrida, anulándola y dejándola sin efecto” y “el derecho del actor a obtener la autorización solicitada”.

El único fundamento jurídico real en el que el Tribunal sustenta su pronunciamiento es el que sostiene, (Fundamento Jurídico 2º), que “se observa que la razón de denegación de la autorización solicitada alude a un problema volumétrico y de alineaciones que han de establecerse en el planeamiento urbanístico”, que “tales elementos no se recogen en el Decreto 90/98 de 19 de Mayo que adapta el expediente de declaración del Casco Histórico de Elorrio a las prescripciones de la Ley 7/1990” y que “la Sala concluye que las razones de la denegación de la autorización de autos no responde (sic) a criterios propios de la protección del patrimonio cultural sino de planeamiento que, como correctamente sostiene el recurrente, no han de ser controlados por la Diputación Foral sino por el Ayuntamiento.”

A los efectos que interesan en relación con la protección de los conjuntos monumentales conviene centrar todo nuestro análisis en este punto, (que constituye por otra parte el meollo fundamental de la impugnación del recurrente), dejando de lado algunos otros aspectos de las resoluciones o del procedimiento seguido que justificarían referencias singulares y particularizadas.

Lo primero que procede señalar es que, en nuestro modesto entender, la doctrina expuesta por el Tribunal es palmariamente errónea.

El Tribunal concluye que no corresponde pronunciarse al Departamento de Cultura de la Diputación Foral sobre un problema volumétrico y de alineaciones en un edificio de un Conjunto Histórico incluido en el Registro de Bienes Culturales Calificados como es el de Elorrio.

Denegar una autorización con esa base no responde, a su juicio, a criterios de protección del patrimonio, sino de planeamiento, corresponde exclusivamente al Ayuntamiento y se extralimita en sus competencias la Administración Foral si la utiliza como motivación denegatoria.

Nada, a nuestro juicio, más lejos de la realidad.

La Ley 7/1990 de 3 de Julio, de Patrimonio Cultural Vasco establece en su artículo 28.1 que *“los bienes inmuebles calificados deberán ser conservados con sujeción al régimen de protección y a los instrumentos de planeamiento urbanístico que deberán ajustarse a aquel y que en todo caso deberán contar con el informe favorable del Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco, en las condiciones que reglamentariamente se determinen”*.

Entre las conclusiones que podemos obtener de este artículo destaca la de que la eventual colisión o regulación divergente entre el régimen de protección cultural y los instrumentos de planeamiento urbanístico, que solo puede tener origen en que regulen total o parcialmente de forma contradictoria los mismos aspectos, (de ahí la necesidad de *“ajuste”*), se resuelve a través de la subordinación de estos últimos a aquel, al que deben ajustarse.

Es por tanto temerario, a la vista de este artículo, pretender que haya determinaciones de planeamiento sin relación con la protección del patrimonio, y más aún hacerlo sin prueba o argumentación alguna.

Corresponde recalquemos una vez más a la autoridad cultural competente *“informar favorablemente”* los instrumentos urbanísticos, (sin mayor detalle ahora sobre los efectos de un informe desfavorable), y establecer un régimen de protección que se impone a ellos y obliga eventualmente a su modificación. Y solo además por causa de protección del patrimonio cultural, objeto declarado de la Ley y deber inexcusable que le impone a todas las Administraciones el artículo 3 de la misma.

Lo temerario se convierte sin embargo en manifiestamente equivocado cuando se acude al tenor del artículo 28.2 que dispone literalmente, como ya hemos observado, que *“respecto a los conjuntos monumentales (el caso que nos ocupa) en tanto no se aprueben los instrumentos urbanísticos que desarrollen el régimen de protección, (esos que deben contar con el informe favorable de las autoridades culturales), no se admitirán modificaciones en las alineaciones y rasantes existentes, incrementos o alteraciones de la edificabilidad, parcelaciones y agregaciones, y en general, cambios en la distribución de volúmenes, cubiertas y huecos que afecten a la armonía del conjunto y a sus soluciones técnicas y artísticas”*.

Podemos obtener de aquí conclusiones adicionales y no menos significativas que las del precepto anterior.

En primer lugar que como mínimo todas y cada una de las determinaciones urbanísticas aludidas, (alineaciones, rasantes, edificabilidad, disposición y tamaño de la parcela, y distribución de volúmenes, cubiertas y huecos), tienen incidencia en la

protección del patrimonio y que por ello no se permite ninguna alteración en las mismas si no se cuenta con el instrumento de planeamiento favorablemente informado o la habilitación de la intervención proyectada por el régimen de protección cultural del inmueble.

Recalquemos que entre las determinaciones expresamente relacionadas se encuentran las dos que el Tribunal Superior de Justicia considera que “*no responden a criterios propios de la protección del patrimonio*”, volumetría y alineaciones.

Y en segundo lugar que si las modificaciones solo son posibles cuando se aprueben los instrumentos urbanísticos, implícitamente hay que entender además que solo si cuentan en éstos con habilitación, es porque la preservación de esos parámetros es valiosa en si misma.

No hay más que aludir a la “*armonía del conjunto*” que el artículo sitúa como valor preeminente y criterio a utilizar para evaluar las modificaciones.

Además hay que llamar la atención sobre el significado legal, (art.2.2 de la L.P.C.V.), del término “conjunto monumental”, “*toda agrupación de bienes muebles o inmuebles que conforman una unidad cultural*”, para destacar que la misma se otorga en razón de la existencia de una serie de rasgos comunes y singulares que tratándose de bienes inmuebles no pueden ser sino relativos a su configuración urbanística.

De lo contrario podríamos estar ante una sucesión de elementos singulares notables pero no ante un conjunto, que se caracteriza por superar el valor o interés, (en este caso de naturaleza cultural), de la mera yuxtaposición de los elementos que lo integran.

Un conjunto monumental, particularmente si lo forma un “*casco histórico*”, como es el caso, es culturalmente relevante por una sucesión de alineaciones, rasantes, volúmenes, disposición de cubiertas y vanos, viales...que mantienen características comunes y “*armónicas*”, (en la terminología de la Ley), y habitualmente diferenciadas del resto del municipio que no lo integra.

De aquí que pueda predicarse que alteraciones sustanciales de tales parámetros y determinaciones en cualquier elemento, perjudiquen gravemente al conjunto que pierde ese carácter “*unitario*” al que alude el art.2.2 y la armonía del 28.2. Esta sencilla tesis, de sentido común, es la que se ve recogida por el legislador vasco en los artículos citados y en múltiples otros de sentido concordante.

El artículo 29 es tajante a la hora de manifestar que “*las intervenciones* (de cualquier carácter, donde la Ley no distingue no distinguan los que deben aplicarla), *que*

deban realizarse sobre bienes culturales calificados y su entorno, salvo las contempladas en el artículo 33 quedarán sujetas a autorización de los órganos competentes de la Diputación Foral afectada...

Es ésta la base y fundamento de la competencia foral puesta tan alegremente en entredicho.

Recordemos una vez más que la única razón posible que justifica el precepto es el potencial lesivo de las intervenciones sobre el patrimonio. Las intervenciones del artículo 33 exceptuadas son las que *"hayan sido previstas, (es decir las que cuenten con previsión expresa), en planes de ordenación territorial y urbana y/o en los planes especiales de protección del área afectada"* informados favorablemente.

Esto quiere decir que todos esos planes tienen contenido potencialmente lesivo para el patrimonio y que debe por tanto ser objeto de filtraje y supervisión previa. Nada más lejos que considerar como el Tribunal Superior de Justicia que los instrumentos de planeamiento y sus determinaciones básicas nada tienen que ver con la protección del patrimonio.

Hay dos aspectos adicionales en cuyo análisis profundizaremos en párrafos siguientes, la completa anulación de la intervención legalmente exigida de la Administración Foral si no puede pronunciarse sobre las características del proyecto de construcción de edificios en un solar de un conjunto monumental y la evidente repercusión sobre el Casco Histórico de Elorrio de la construcción pretendida por el Sr. Juaristi y la manifiesta tergiversación del contenido del informe técnico del técnico foral que proponía la desestimación de la autorización, que realiza el recurrente y sobre la que basa en parte el Tribunal su fallo.

Con respecto a la primera de las cuestiones hay que señalar que la Diputación Foral es la competente (art.29) para autorizar *"las intervenciones que deban realizarse sobre bienes culturales"*,(exceptuado aquí el supuesto recogido por el artículo 33).

Si excluimos de su ámbito, (sin ninguna base porque el tribunal sentenciador en ningún modo dice por qué debe considerarse la de volúmenes y alineaciones una cuestión exclusivamente urbanística), el pronunciamiento sobre las determinaciones urbanísticas, (hay que entender que si volúmenes y alineaciones no son cuestiones con incidencia en la protección patrimonial, por la misma razón pueden excluirse las determinaciones sobre tamaño y disposición de parcela, agregaciones y segregaciones, o incluso la disposición de cubiertas, viales y vanos), la caracterización de un espacio como *"conjunto monumental"* y *"unidad cultural"* en los términos del artículo 2.2 carece de sentido.

La Diputación Foral se ve limitada a autorizar intervenciones sobre los bienes singularmente calificados, quedando privada de pronunciarse sobre todo aquel ámbito del conjunto que no goce de dicha calificación. Para ese viaje la Diputación no necesitaba la calificación como conjunto monumental, que se convierte en inútil, puesto que la calificación singular ya habilitaba su intervención autorizatoria. Además se carece entonces de instrumentos para proteger el ámbito no calificado, exceptuado lo dispuesto en el artículo 33 que se convierte en parcialmente incomprensible.

En efecto, si las determinaciones urbanísticas no tienen que ver con la protección del patrimonio, ¿por qué obliga la Ley a que se “*informen favorablemente*” los instrumentos de planeamiento ?

En lo que hace a los edificios no singularmente calificados, el Tribunal Superior de Justicia señala que no procede pronunciarse sobre volumetría y alineaciones, pero con su argumentación tampoco procedería pronunciarse sobre tales parámetros en las intervenciones sobre bienes singularmente calificados, y trasladando la argumentación al resto de parámetros o determinaciones urbanísticas, (porque no se entiende, ni el T.S.J. aclara, porque unos no afectarían al patrimonio y otros si), no correspondería a Diputación pronunciarse sobre nada respecto de lo que se pronuncian los instrumentos de planeamiento, que como es conocido definen o pueden definir todas y cada una de las características de las intervenciones permitidas y prohibidas sobre un inmueble.

Dicho de otro modo el Tribunal privaría a la Diputación Foral, en una interpretación nada descabellada de su doctrina, de cualquier posibilidad de pronunciarse vía autorización previa sobre cualquier intervención que se quisiese realizar sobre cualquier inmueble, convirtiendo la L.P.C.V., lisa y llanamente, en papel mojado.

La tergiversación del contenido del informe foral de 5 de Julio de 2000 por parte del recurrente es palmaria y el T.S.J. parece asumirla en su fallo.

El informe suscrito por los arquitectos de la Diputación, Sres. Azkuenaga y Purroy señala que “*carece de sentido que el Servicio de Patrimonio Histórico emita un informe sobre la viabilidad urbanística de un Estudio de Detalle, (figura de planeamiento urbanístico que establece alineaciones, rasantes y volúmenes), cuya competencia para su aprobación inicial, provisional y definitiva corresponde exclusivamente al Ayuntamiento de Elorrio*”.

Con independencia de lo acertado o equivocado de la tesis, (es curioso que el Tribunal asuma en ocasiones, sin mayor análisis, consideraciones de un informe cuya conclusión principal impugna), hay que decir que ésta afirmación tiene sentido en función de unos antecedentes a los que el Tribunal obvia referirse.

No se trata ni muchísimo menos de que las alineaciones, rasantes y volúmenes no tengan que ver con la protección del patrimonio cultural, sino que el estudio de detalle es un instrumento urbanístico que deriva bien del Plan General o las Normas Subsidiarias, bien de un Plan Parcial o Plan Especial que en el caso de un conjunto monumental como el de Elorrio han de haber obtenido previamente el informe favorable del Departamento de Cultura del Gobierno Vasco.

Lo que vienen a sostener los arquitectos firmantes del informe técnico es que en la medida en que ese estudio de detalle desarrolle únicamente los parámetros establecidos en el instrumento superior, no debe ser objeto de autorización adicional, por cuanto su inocuidad respecto de la protección del patrimonio se encuentra ya garantizada, conforme a lo que dispone el artículo 33 de la L.P.C.V.

En todo caso, en la medida en que lo sometido a consideración de los arquitectos es un proyecto de construcción de viviendas y no propiamente un estudio de detalle, hay que entender que se trata de una consideración marginal en el informe, con vocación pedagógica y clarificadora a fuer de seguro y respecto de la que no pueden inferirse conclusiones que desvirtúen la de fondo del propio análisis.

El meollo de la cuestión se encuentra sin embargo en la afirmación de que ni el Plan Especial de Rehabilitación del Conjunto Histórico de Elorrio ni el Decreto 90/1998 de 19 de Mayo, por el que se adapta el expediente del conjunto elorriano a las prescripciones de la Ley de Patrimonio Cultural, recogen la previsión de una intervención como la que se pretende desarrollar en la calle Elizburu 7.

Esto quiere decir que en el supuesto que nos ocupa no concurre la circunstancia exigida por el artículo 33 de que *“la intervención haya sido prevista en planes de ordenación territorial y urbana y/o en los planes especiales de protección del área afectada”*, (informados favorablemente), para ser autorizada directamente por el Ayuntamiento y que por tanto, tratándose de un bien calificado, (o con expediente de calificación, art.22 L.P.C.V.), está sujeta a lo establecido en el art. 29 en torno a la necesidad de la autorización foral previa.

Esta es la base de la intervención de los arquitectos firmantes y de la Diputación Foral a la que sirven, de competencia innegable en virtud de lo antedicho. No es la razón de la denegación de la autorización, sino tan solo un elemento coadyuvante para ella, de lo que si se trata es de la justificación de la propia competencia.

Sin embargo la no previsión de la intervención no es baladí, quiere decir algo.

Ni los autores de los instrumentos de planeamiento de Elorrio ni el Gobierno Vasco en el Decreto 90/1998, han considerado factible la intervención proyectada por el Sr. Juaristi. Es un dato que el Técnico Foral que debe dictaminar sobre la autorización

no puede dejar de tener en cuenta. Y la conclusión que obtiene es que la intervención es de tal “*trascendencia*” en la trama urbana que “*debería de ser rechazada*”.

Debería serlo porque en criterio que coincide con el de quienes no previeron esa intervención con anterioridad, supone una ruptura con las características que definen el conjunto monumental y un daño para su carácter unitario y armónico.

No se trata de una cuestión de aprovechamiento urbanístico como parecen entender de consuno recurrente y Tribunal Superior de Justicia. Es particularmente equivocado sostener como hace el recurrente en vía administrativa que el informe foral señale que “*el solar carece de volumetría o de edificabilidad para posibilitar la construcción del edificio pretendido*”.

En ningún momento se refiere a eso, porque la materialización del aprovechamiento puede realizarse de muchas maneras no necesariamente incompatibles con la protección del patrimonio, (y de no haber ninguna se generarían en su caso derechos de indemnización o compensación).

Lo que dice el informe es que un proyecto con esas características en el conjunto monumental, (o al menos en Elizburu 7), es lesivo para el mismo y que fundamentalmente lo es por el específico diseño volumétrico, la concreta materialización del aprovechamiento que se realiza en ese determinado proyecto.

Por ello es absurdo sostener con el recurrente que Diputación deba impugnar eventualmente la licencia y abstenerse de enjuiciar la cuestión volumétrica, porque Diputación debe conceder, (o denegar), la autorización previa para la intervención, en función de la correspondencia del proyecto con los valores y rasgos que definen al Casco Histórico, de los que uno de los más relevantes es el volumen de las edificaciones.

De todo lo afirmado se deduce claramente que la denegación de la autorización se hizo plenamente por razones de protección del patrimonio cultural, al contrario de lo que afirma el Tribunal Superior de Justicia, siendo desde este punto de vista plenamente conforme a Derecho.

El artículo 33 establece, como se ha señalado con anterioridad que las “*intervenciones sobre conjuntos monumentales que hayan sido previstas en planes de ordenación territorial y urbana y/o en los planes especiales de protección del área afectada por la declaración de bien cultural, informados favorablemente por el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco serán autorizadas directamente por los Ayuntamientos*”.

Una inicial consideración que debemos realizar es la referente a que a diferencia del artículo 28.2, este artículo se ciñe exclusivamente, pese a su imprecisa redacción a los conjuntos monumentales declarados, (calificados), y no a los que pudieran estar simplemente incluidos en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco.

Aunque el artículo no se refiera como tal a los conjuntos calificados, la referencia al “*área afectada por la declaración de bien cultural*” como ámbito del plan especial que determina el supuesto de hecho, es suficientemente ilustrativa al respecto. Carecería de sentido en otro caso no mencionar el área afectada por la inclusión de un bien o conjunto en el Inventario.

El espíritu que guía al legislador al variar el régimen autorizador en el supuesto de hecho del precepto, parece ser el de evitar controles superfluos sobre las intervenciones, facilitando la realización de las mismas por los interesados en pro de un mejor servicio público de la administración, toda vez que se presupone que el control realizado sobre los instrumentos de planeamiento, a través del informe favorable que constituye la verdadera llave que abre la puerta a la exención de la en otro caso imprescindible autorización foral, garantiza que las intervenciones desarrolladas conforme a los mismos son respetuosas con los valores culturales del conjunto monumental correspondiente. Es importante tener esto en cuenta a efectos de lo que vamos a señalar a continuación.

Una primera conclusión que podemos obtener de la redacción de este artículo es que parece apoyar nuestra argumentación anterior en torno a que los planes de ordenación territorial y urbana se encuentran entre los instrumentos descritos en el artículo 28.2, toda vez que a las intervenciones previstas en ellos se les concede un trato privilegiado, cual es el derivado de la exención de la autorización foral previa. Tan solo en el caso de que las intervenciones “*sean contrarias al régimen de protección aprobado al efecto*” se faculta a la Diputación Foral para ordenar la reposición del bien a su estado original.

En lo que hace a la propia significación de la disposición, debemos precisar el alcance de la “*previsión*” a que alude. Nos volvemos a enfrentar al problema al que ya hemos hecho alusión en relación con el artículo 28.2 en relación con la diferente naturaleza y grado de “*previsión*” esperable en unos y otros instrumentos urbanísticos.

Debemos sin embargo diferenciar desde un inicio el carácter de ambos preceptos; frente a una disposición general garantista, de carácter restrictivo y transitorio, (inmodificabilidad de parámetros en ausencia de determinados instrumentos de desarrollo urbanístico), nos encontramos aquí con un mandato de sentido contrario, (exclusión de controles), y vocación de permanencia en el tiempo.

Frente a un trato riguroso hacia el titular que puede conllevar la “*petrificación*” del estado de inmuebles de valor no excesivamente relevante, a veces ni siquiera

valiosos en si mismos, sino por su ubicación en el entorno de otros si merecedores de consideración, que aconseja, (desde el espíritu de la norma), flexibilidad en la apreciación de excepciones y del fin de su vigencia, nos vamos a encontrar aquí con un precepto que excluye la intervención de una de las instituciones competentes, quizá la responsable en mayor medida en el terreno práctico en virtud de la distribución competencial en nuestro país de la conservación del patrimonio cultural, a partir de una presunción de que las intervenciones, (por haber sido previstas), respetan éste que quizá no merezcan siempre ese trato.

Y pueden no merecerlo por una razón bien simple, porque la “*previsión*” en un Plan Especial tendrá la precisión suficiente para enjuiciar plenamente si la intervención realizada conforme a su tenor es acorde con el régimen de protección, lo que puede no ocurrir en los Planes Generales o Normas Subsidiarias y es previsible que no ocurra en los Planes Territoriales Parciales u otros instrumentos de ordenación territorial.

No puede entonces con base en la hipotética o real previsión en uno de éstos, que muchas veces puede no pasar de la mera tolerancia o no prohibición, o más difícilmente, (si interpretamos la exigencia de previsión como referencia expresa), de la omisión de menciones al respecto, excluirse el único control que se realiza exclusivamente y por administración especializada, desde la perspectiva cultural, desde la perspectiva de tutela de los valores culturales del inmueble o del conjunto.

Unico, porque la intervención del Gobierno Vasco solo se prescribe necesariamente, como veremos, en los supuestos de ruina, y la municipal en este caso es urbanística tanto en lo que respecta a los instrumentos que la regulan como a la organización que los aplica.

La conclusión a la que queremos llegar es que tan solo las intervenciones expresamente previstas, y con el carácter que señalaremos, en los Planes Especiales, (sean de reforma, protección, rehabilitación u de otro objeto), van a gozar plenamente de la exención que se establece en este artículo 33, pudiendo extenderse la misma a las previsiones de los Planes Generales o Normas Subsidiarias en algunos casos, pero muy dudosamente a las determinaciones de otros instrumentos de ordenación territorial.

La mención a los planes especiales de protección no debe interpretarse “*strictu sensu*” como excluyente de los que no contasen con la protección como finalidad tan predominante como para darles título, (planes especiales de reforma, rehabilitación ...), porque todos ellos van a tener una cierta finalidad tuitiva u ordenadora del ámbito que abarcan y sobre todo porque todos ellos van a contener una regulación relativa a los parámetros urbanísticos definidos en el artículo 28.2 y que la ley considera de mayor incidencia potencial sobre el patrimonio.

Sería incongruente que planes con este nivel de determinación no conllevaran la exención y si la provocasen planes generales o territoriales carentes del mismo. Tal vez

podría oponerse que la reforma o rehabilitación pueden no tener la perspectiva tuteladora como inspiración predominante, pero ahí es donde entra en juego el segundo de los requisitos aludidos en este artículo 33, el informe favorable del Departamento de Cultura del Gobierno Vasco que garantiza la protección.

La previsión a que alude el precepto debe interpretarse en el sentido de que no basta la ausencia de prohibición o la omisión de referencias para que entre en juego la exención de la autorización foral. De lo contrario no estaría garantizada la inocuidad y el propósito perseguido por la norma. Dicho de otro modo, no cabrá modificar huecos en fachada, por poner un ejemplo, sin autorización foral, sino en los casos en que el instrumento urbanístico admita expresamente tal posibilidad de modificación respecto de ese inmueble o con carácter general en todo el conjunto.

Con lo ya señalado podemos además otorgar una naturaleza relativamente precisa al informe que debe emitir el Gobierno Vasco. Creemos que debe velar, (lo contrario parecería un despropósito administrativo), por la adecuación del instrumento urbanístico de que se trate al régimen de protección del conjunto monumental cuando éste exista.

No olvidemos que a tenor de lo dispuesto en el artículo 12.2, el plan puede quedar total o parcialmente sin efecto, (con la consiguiente inseguridad jurídica), si no se adecua al régimen de protección y regula contradictoriamente con el mismo y que no sería lógico y coherente que el órgano del que ha emanado dicho régimen teniendo la facultad de pronunciarse y corregir en su caso el instrumento urbanístico no lo hiciera. Si ésta es su finalidad, conviene reflexionar además sobre los términos en que debe emitirse para que produzca los efectos que señala el artículo 33.

Parecería obvio que en el caso de que el informe no sea “*favorable*”, sino que demande modificaciones de algún tipo, las intervenciones que se pretendan realizar a su amparo deberían seguir sujetas al régimen de autorización foral previa.

Podría plantearse sin embargo el caso de que las intervenciones a realizar no tuviesen relación alguna con los aspectos en que el informe objeta al plan y la posibilidad de que en estos supuestos aún y cuando el documento urbanístico no hubiese sido objeto de informe global favorable, pudiera jugar ya la exención del pronunciamiento de la Diputación.

Deberemos tener en cuenta en estos casos el tenor concreto del informe emitido, pero en la medida en que se trate de una intervención expresamente prevista y respecto de la que el Gobierno Vasco no objete su congruencia con el régimen de protección, podría autorizarse directamente por el Ayuntamiento dado que se habría producido lo que realmente persigue la norma, la verificación de la conformidad de la intervención con la tutela de los valores culturales afectados.

Una cuestión que también se plantea es la de si el informe debe exigir, para ser emitido en sentido favorable, un mayor grado de desarrollo y determinación de las intervenciones permitidas y prohibidas sobre el inmueble de que se trate con respecto a lo establecido en el régimen de protección.

La legitimidad de esta exigencia vendría derivada del hecho de que la responsabilidad de velar por el debido cumplimiento de dicho régimen se atribuye en la Ley a la Diputación Foral correspondiente y no tendría sentido que se obviase su intervención si el instrumento urbanístico de que se trate no garantiza la protección a través de un mayor desarrollo de aquel o de al menos su reproducción íntegra, aunque incluso en este último caso se puede cuestionar si procede modificar el régimen competencial cuando no se ha añadido ni modificado nada en relación con la regulación que ya recaía sobre el inmueble.

La exención vendría, según este planteamiento, conectada a un desarrollo de la tutela tan preciso que hace innecesaria una supervisión autorizadora de la intervención, más allá de la verificación municipal de su congruencia con lo dispuesto en el instrumento urbanístico, por cuanto de ésta ya se deriva la adecuación a lo que reclama la naturaleza cultural del inmueble.

Debemos distinguir a este respecto dos situaciones, aquella en la que el bien cuenta con un régimen de protección singular y específico y la de los bienes simplemente incluidos en el conjunto pero sin tal protección.

Respecto de los primeros no debería emitirse informe favorable sin que el instrumento urbanístico recogiese, como mínimo, las determinaciones establecidas en el régimen urbanístico en su integridad, por cuanto lo contrario además de generar incertidumbre e inseguridad jurídica puede derivar en merma de la garantía de la tutela del bien, objetivo no perseguido por la ley y que no se puede favorecer adornándolo de la supresión del control foral.

Respecto de los segundos, el hecho de que no cuenten con régimen específico de protección hace que en todo caso el instrumento urbanístico constituya un desarrollo de la protección por lo que, de contar con informe favorable que debería obviamente tener en cuenta sus consideraciones sobre aquellos valores que caracterizan al conjunto y que serán sin duda referidos a los parámetros que cita el artículo 28, nada obsta desde el punto de vista teleológico de la norma a que entre en juego la previsión de este artículo 33.

En todo caso el artículo 28 determina un contenido necesario del instrumento urbanístico para que pueda contar con informe favorable, cual es el referirse a los parámetros que establece, lo que de todos modos, y dado la naturaleza de los mismos, no constituye sino el contenido lógico y esencial de las normas de planeamiento.

El artículo 33 contiene en su apartado final una disposición de oscuro significado, la que faculta a las Diputaciones Forales para “ordenar la reposición del bien afectado a su estado original en el caso de que aquellas, (las licencias municipales en que se fundamenta una intervención), sean contrarias del (sic) régimen de protección aprobado al efecto”.

Un primer aspecto digno de comentario es el que afecta a la medida que se permite adoptar a las Diputaciones. La no previsión de otras alternativas ¿ la convierte acaso en la única posibilidad de respuesta ante la licencia contraria al régimen de protección ?

Hay que entender que pese a que no se prevea la posible adopción de medidas menos drásticas, menos agresivas y costosas para quien desarrolla la intervención, hay que aplicar aquí el viejo adagio de que “quien puede lo mas puede lo menos” y entender que las Diputaciones pueden adoptar, caso de ser factibles, cualesquiera medidas que supongan un menor coste para el interesado y que protejan sin embargo suficientemente el interés cultural en riesgo.

Otra cuestión íntimamente conectada con la anterior es la del momento de intervención de la Diputación Foral ante un supuesto de hecho de esta naturaleza. El hecho de que se prevea la reposición al estado original, ¿ significa que no es posible su actuación con anterioridad a que la intervención lesiva se desarrolle y haya alterado ese “estado original” al que se refiere el precepto ?

Ninguna conclusión podría resultar más contraria al espíritu y finalidad de la Ley que la de sostener que la administración, conociendo el riesgo para la preservación de los valores culturales de un bien de cualquier obra o actividad, hubiese de esperar a que ese riesgo se convirtiese en lesión efectiva para poder ordenar la retroacción del bien a su estado previo, con un coste adicional para el interesado, al que no necesariamente debería tener que hacer frente, si obra de buena fe y actúa amparado en un título de legitimidad aparente.

Hay que concluir que aún y cuando la intervención del particular no haya comenzado o no haya producido todavía el resultado que aconsejaría la reposición del bien a su estado original, la Diputación Foral puede actuar si tiene conocimiento de la existencia de una licencia contraria al régimen de protección, a través de las medidas a que nos hemos anteriormente referido.

El aspecto más confuso del precepto es sin embargo el que deriva de la previsión de licencias contrarias al régimen de protección de un bien que se conceden en virtud de lo dispuesto en un instrumento urbanístico que cuenta con informe favorable del Departamento de cultura del Gobierno Vasco.

En principio el supuesto no debería darse. En presencia de un régimen de protección que vincula al instrumento urbanístico, que debe tener inexorablemente en cuenta sus disposiciones, exigiéndose un informe favorable previo cuyo objeto es garantizar la adecuación del instrumento urbanístico a la protección, y debiendo concederse la licencia, examinada la congruencia de la intervención proyectada con lo previsto en el planeamiento, no cabe duda de que estaríamos ante un supuesto de actuación irregular de todos o de alguno al menos de los intervinientes, de incumplimiento por alguno de su función tutelar del patrimonio. ¿ Qué sentido tiene entonces esta previsión ?

Creemos que el legislador pretende garantizar a la administración foral una cierta capacidad de intervención que impida que la mera aprobación del instrumento de urbanístico de desarrollo, y con ello el juego de la exención, permita la lesión patrimonial por la negligencia o colusión de la administración municipal, la única autorizadora en tal caso.

Se trata de una capacidad de intervención, no ya frente a actos administrativos lesivos, frente a los que la posibilidad de respuesta la proporciona el ordenamiento jurídico a través de otros instrumentos, (como los recursos administrativos), sino frente a actuaciones materiales lesivas, congruentes o no con aquellos, capacidad de respuesta que en el supuesto de acto conforme a licencia puede verse notablemente limitada para la administración municipal.

De todas formas la previsión legislativa revela una cierta desconfianza en la administración municipal, (muy justificada posiblemente, no cabrá negarlo, si nos atenemos a la actitud histórica de la administración local con respecto a la protección del patrimonio cultural), así como la pretensión de no desposeer completamente a las Diputaciones Forales de capacidad de intervención en el supuesto, confiriéndoles un cierto papel de tutela respecto de las decisiones municipales.

5.4.9.3. La protección de los conjuntos monumentales en normativa autonómica comparada.

Hay que referirse siguiendo la metodología que hemos utilizado ya en anteriores capítulos a las previsiones que con respecto a estos supuestos mantienen las normas de las restantes Comunidades Autónomas.

Cataluña establece al respecto que “ *los términos de la declaración prevalecen sobre los planes y normas urbanísticas que afectan al inmueble, que se ajustarán a ellos antes de ser aprobados o bien, si ya eran vigentes antes de la declaración, mediante modificación*” y que en el caso entre otros de los conjuntos históricos, “ *el ayuntamiento correspondiente elaborará un instrumento urbanístico de protección o*

adecuará uno vigente...la aprobación de estos instrumentos de planeamiento requiere el informe favorable del Departamento de Cultura”. (Art.33.).

Asimismo dispone que *“el Departamento de Cultura emitirá, en el plazo de cuatro meses (a partir de la declaración) oído el ayuntamiento correspondiente, un informe vinculante sobre las licencias urbanísticas suspendidas por la incoación del expediente...si como consecuencia de este informe, el ayuntamiento ha de modificar o anular una licencia, el Departamento de Cultura se hará cargo de la indemnización correspondiente, si procede, aplicando los criterios que establece la legislación urbanística”. (Art.31).*

Por último, la necesidad de autorización gubernativa, además de la licencia municipal, se limita a las intervenciones en *“un monumento histórico, un jardín histórico, una zona arqueológica o una zona paleontológica de interés nacional”,* mientras que con respecto al resto de bienes declarados, (los conjuntos en particular), *“la autorización solo es preceptiva mientras no hayan sido aprobados los instrumentos de planeamiento a los que hace referencia el artículo 33.2 “. (Art.34).*

El sistema catalán es muy similar por tanto al establecido en la L.P.C.V. Podemos encontrar sin embargo algunas diferencias. La ley catalana, aún y cuando hayan sido aprobados los instrumentos de planeamiento que cuenten con informe favorable, mantiene la exigencia de autorización autonómica para un importante elenco de elementos, lo que no sucede en la ley vasca, y además prevé expresamente la emisión de informe autonómico sobre las licencias suspendidas con motivo de la incoación del expediente para examinar su congruencia con los términos de la declaración y la posibilidad de su anulación con los consiguientes efectos indemnizatorios.

Dada la relevancia y singularidad de los elementos a que se refiere el artículo 34 y la dificultad de prever en el instrumento de planeamiento, sobre todo en los de alcance más general todas las contingencias y posibles intervenciones a desarrollar sobre un inmueble, nos parece una opción muy razonable la escogida por el legislador catalán.

Galicia prescribe *“la obligación para el ayuntamiento en que se encuentre (un conjunto histórico declarado) de redactar un plan especial de protección del área afectada”,* aprobación no exigida necesariamente en las leyes vasca y catalana y que *“requerirá el informe favorable de la Conselleria de Cultura, que se entenderá positivo transcurridos tres meses desde su presentación”, (art.45),* con referencia expresa además a que *“la obligatoriedad de dicha normativa no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección ni en la inexistencia previa de planeamiento general”. Cualquiera otra figura de planeamiento que incida sobre el área afectada, “precisará, igualmente, informe favorable de la Consellería de Cultura, en los términos previstos en el apartado anterior”.*

La ley gallega establece acto seguido los contenidos de ese plan especial exigido, (art.46), *“establecerá para todos los usos públicos el orden prioritario de su instalación en los edificios y espacios que fuesen aptos para ello...contemplará las posibles áreas de rehabilitación integrada,...los criterios relativos a la conservación de fachadas y cubiertas e instalaciones sobre las mismas, así como de aquellos elementos más significativos existentes en el interior,... contendrá un catálogo exhaustivo de todos los elementos que conforman el conjunto histórico... se recogerán normas específicas para la protección del patrimonio arqueológico,... se contemplarán específicamente las instalaciones eléctricas, telefónicas o cualesquiera otras, que deberán ir bajo tierra,... las antenas de televisión, pantallas de recepción de ondas y dispositivos similares se situarán en lugares que no perjudiquen la imagen urbana o del conjunto,...solo se autorizarán aquellos rótulos que anuncien servicios públicos, los de señalización y comerciales, que serán armónicos con el conjunto, quedando prohibidos cualquier otro tipo de anuncios o rótulos publicitarios”*.

Con carácter general, *“se mantendrán igualmente la estructura urbana y arquitectónica del conjunto histórico y las características generales del ambiente y de la silueta paisajística”* y *“no se permitirán modificaciones de alineaciones, alteraciones de la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones de inmuebles, salvo que cointribuyan a la conservación general del carácter del conjunto”*.

Fijados los contenidos del Plan especial, la ley se refiere al régimen de autorizaciones en el artículo 47. En tanto no se apruebe definitivamente, *“la concesión de licencias o la ejecución de las ya otorgadas antes de la declaración de conjunto histórico, precisará resolución favorable de la Consellería de Cultura”*, una vez aprobado, *“los ayuntamientos serán competentes para autorizar las obras que lo desarrollan, incluidas las de los entornos de los monumentos declarados”*, (excepto las intervenciones arqueológicas que siguen precisando autorización autonómica), y las obras amparadas en licencias contrarias al Plan especial *“serán ilegales y la Consellería de Cultura habrá de ordenar su reconstrucción o demolición con cargo al Ayuntamiento que las hubiese otorgado, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación urbanística”*.

El sistema gallego se distingue de los anteriores por su llamada expresa e inexcusable al Plan Especial como instrumento de desarrollo, pero en lo restante es muy similar al vasco. (Se diferencia del catalán en que no mantiene la reserva de autorización autonómica para ningún elemento tras la aprobación del Plan). Sin embargo hay un matiz diferenciador cual es que la facultad de ordenar la reconstrucción o demolición se establece en relación con las licencias contrarias al Plan, no respecto de las que resultasen contrarias al régimen de protección de los bienes culturales.

La legislación andaluza, tras hacer referencia (art.30.1) a que *“la inscripción específica de bienes inmuebles en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz podrá llevar aparejada la adecuación del planeamiento urbanístico a las necesidades de protección de tales bienes”*, en términos, sorprendentemente dado el espíritu general de la Ley, menos tajantes que en otras legislaciones autonómicas que lo imponen, establece que *“la ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos... podrá*

llevarse a cabo mediante los siguientes instrumentos: Planes Especiales de Protección o de Reforma Interior, Planes Generales de Ordenación Urbana, Normas Subsidiarias o Complementarias, Planes Parciales” o “cualquier otro instrumento de planeamiento que se cree por la legislación urbanística”. (Art.32).

Cabría reprochar quizá a este legislador que si va finalmente a admitir cualquier instrumento urbanístico realice una enumeración tan superflua de algunos de ellos, pero sin embargo tiene sentido la relación en cuanto excluyente en principio de la consideración de los instrumentos de ordenación del territorio de ámbito supramunicipal como desarrolladores de la protección, lo que ya hemos visto que no se excluía en la legislación vasca. Ya observamos en esta línea, su clara separación del modelo gallego de Plan Especial obligatorio.

También dispone la ley andaluza, (art.32.4), que *“el informe de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente en relación con los instrumentos de planeamiento previstos en este artículo tendrá carácter vinculante y se producirá con posterioridad a la aprobación provisional de los mismos y antes de su aprobación definitiva”*, de donde podemos destacar la mención al momento en que debe emitirse el informe, que no se encuentra en las normas de otras C.C.A.A.

La singularidad de la ley andaluza estriba no obstante en el mantenimiento de la exigencia de autorización autonómica previa *“para realizar cualquier cambio o modificación que los particulares o la propia administración deseen llevar a cabo en bienes inmuebles objeto de inscripción específica o su entorno”*, (art.33), aunque la Consejería de Cultura y Medio Ambiente pueda *“delegar en los Ayuntamientos que lo soliciten la competencia para autorizar obras o actuaciones en los inmuebles incluidos en la delimitación de entorno de bienes inmuebles objeto de inscripción específica o sometidos al régimen de los Bienes de Interés Cultural..”*, siempre que dicho entorno *“se encuentre suficientemente regulado por el planeamiento urbanístico conteniéndose en este último normas específicas de protección...”*. (Art.38).

La misma posibilidad existe para los Conjuntos Históricos, según dispone el artículo 39.2. Finalmente digna de mención es la referencia del art.41 a que *“por Decreto del Consejo de Gobierno podrá establecerse un procedimiento único que, respetando las competencias de las diversas administraciones intervinientes, permita la obtención de todas las autorizaciones y licencias que fuesen necesarias para realizar obras, cambios de uso o modificaciones de cualquier tipo...”*, previsión tan singular como complicada de llevar a efecto en los términos de respeto competencial que se proclaman.

La legislación andaluza se caracteriza pues por no excluir la autorización autonómica por el hecho de haberse aprobado los instrumentos de desarrollo de la ordenación, (y de la protección hay que entender, como requisito para el informe favorable, privando a este último del efecto que le confieren otras legislaciones), por

más que establezca la posibilidad de delegación competencial en los ayuntamientos, que esas otras normas omiten.

La legislación valenciana reclama también la aprobación de un Plan Especial, al modo de la gallega, con motivo de la declaración de un inmueble como Bien de Interés Cultural, (art. 34), aunque *“la declaración podrá eximir al Ayuntamiento competente de la obligación de redactar el mencionado Plan Especial, cuando se consideren suficientes las normas de protección del entorno contenidas en la propia declaración, que en tal caso regirán con carácter definitivo”*.

Los Planes Especiales deben tener un contenido que el art. 39 describe en términos similares a los de la norma gallega. El preceptivo informe autonómico favorable debe emitirse aquí de forma previa a la aprobación provisional y en lo restante la norma es similar a la catalana en cuanto a que la exención de autorización no concurre, (art.35.2), *“en el caso de que la intervención afecte a Monumentos o Jardines Históricos o a inmuebles comprendidos en sus entornos”*.

También Canarias establece la necesidad de un Plan Especial de Protección para *“la ordenación y gestión del área afectada por la declaración de Conjunto Histórico”*, (art.30), que debe contar además con la aprobación inicial en el plazo de 18 meses tras la declaración. Si no ocurriese así los Cabildos Insulares se subrogan en las *“correspondientes competencias”*.

Esta disposición es precisamente la inversa de la contenida en la legislación vasca, en la que la aprobación del instrumento urbanístico confiere la competencia cuasiexclusiva al ayuntamiento, la no aprobación en determinado plazo subroga a los Cabildos en la potestad municipal.

Al modo de otras normas autonómicas, la ley canaria también establece el contenido necesario del Plan, (art.31), y que requiere informe favorable, no aquí de la administración autonómica sino del Cabildo.

El régimen de autorización sigue el modelo catalán, autorización previa insular hasta la aprobación definitiva del Plan y autorización municipal directa posterior excepto en el caso de inmuebles declarados de interés cultural, o que cuenten con expediente incoado o sus entornos.

Merece destacarse la previsión expresa, (art.33.3), ausente en otras normas autonómicas, de que *“el Cabildo Insular podrá ordenar cautelarmente la suspensión de las obras contrarias al Plan aprobado”*, hay que entender que con licencia o sin ella, sin cenirse exclusivamente a ordenar la reposición al estado original producida ya la intervención.

La Comunidad de Madrid prevé la posibilidad de que la Consejería de Educación y Cultura, esto es el gobierno autonómico, redacte “*de oficio o a instancia de los titulares del bien Planes Directores específicos para los Bienes de Interés Cultural con categoría de Monumento, que contendrán exhaustivamente todas las determinaciones, condiciones, regulación detallada de los usos y características relativas al citado Monumento*” cuyo contenido mínimo también se fija acto seguido. (Art. 27).

Independientemente de lo anterior y con respecto a los conjuntos históricos, permite que “*cualquier instrumento de la legislación urbanística*”, desarrolle la protección, siguiendo el ejemplo andaluz, que ya hemos criticado, en lo que respecta a hacerlo después de relacionar algunos de ellos. Sin embargo parece el Plan Especial el llamado en Madrid a realizar primordialmente esta labor, dado que el artículo 30 determina con precisión su contenido.

El informe autonómico es preceptivo, “*antes de la aprobación provisional de todos los instrumentos de planeamiento*”, aunque su carácter no se define como “favorable” o “vinculante” sino como “*determinante de la resolución*”. (Art.31).

Lo llamativo de la norma madrileña es la no previsión expresa de modificación del régimen autorizador por la aprobación del instrumento urbanístico, de forma contraria a las restantes normas autonómicas, aunque implícitamente pueda pensarse de la facultad concedida a la Consejería de suspender inmediatamente las intervenciones sin licencia u orden de ejecución que tras la aprobación basta con la licencia municipal. (No se menciona la falta de autorización autonómica como motivo de suspensión).

Castilla y León admite junto al Plan Especial, que cita expresamente, (art. 43), cualquier instrumento urbanístico “*o de ordenación del territorio que cumpla en todo caso los objetivos establecidos en esta Ley*” como desarrollador de la protección, siguiendo en esto el ejemplo vasco del que se apartan tantas otras C.C.A.A. Contiene acto seguido una definición del contenido mínimo, no ya solo del Plan Especial, sino de cualquier otro de los admisibles en este propósito.

Finalmente sigue el modelo catalán y de otras Comunidades, con la destacable aportación de la referencia a la posibilidad de que la Consejería competente haya de ordenar la reconstrucción o demolición en caso de obras al amparo de licencias contrarias a los instrumentos urbanísticos, “*u otras medidas adecuadas para reparar el daño*”, sin mayores precisiones.

Asturias, por último, también es flexible en lo que respecta al instrumento de planeamiento utilizable, (aunque cite expresamente el Plan Especial de Protección) y excluye de la innecesidad de la autorización autonómica expresa, las obras que “*se*

realicen directamente sobre los propios inmuebles declarados Bien de Interés Cultural a título singular". (Art.50.2).

Señala además que los planes urbanísticos de protección del área afectada, *"constituyen un límite para cualquier otro instrumento de ordenación territorial, prevaleciendo sobre los ya existentes"*, (art.55), previendo expresamente que transcurrido el plazo que se fije reglamentariamente el Gobierno podrá proceder *"a la aprobación y redacción de los planes"*.

5.4.10. La declaración de ruina y el derribo de bienes culturales.

5.4.10.1. La declaración de ruina y el derribo en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

A la declaración de ruina y eventual derribo de bienes culturales, (inmuebles obviamente), se refiere el artículo 36 de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, precepto que por su relevancia y notable extensión merece un comentario detallado. Comienza el artículo disponiendo literalmente en su apartado 1º que *"No podrá procederse al derribo de bienes culturales calificados y de los inventariados sin previa declaración de ruina y autorización expresa de la Diputación Foral correspondiente, quien deberá conceder audiencia al Ayuntamiento afectado. En todo caso será condición indispensable la autorización previa del Gobierno Vasco sobre la desafectación del bien cultural calificado, para lo cual habrá de solicitarse informe preceptivo del órgano consultivo correspondiente según lo previsto en el artículo 6. Asimismo para los bienes inventariados y los bienes individuales afectados por la calificación de un conjunto monumental será necesaria su desafectación mediante resolución del Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco, quien también habrá de solicitar informe preceptivo del órgano consultivo correspondiente."*

Caso de estimarse procedente el derribo, *"si la resolución dictada al efecto es favorable"*, *"la autorización se otorgará condicionada a la presentación de una memoria que documente ampliamente el bien cultural afectado"*. (Art.36.2).

Como muy bien señala J.V. Ferrando⁶⁹⁸ el estado de ruina de un inmueble cultural *"constituye una materia de gran trascendencia práctica por las diversas consecuencias de todo tipo que de esa situación se pueden derivar"*. De ahí que la L.P.C.V. pretenda definir con precisión, (art.36.3), los supuestos en que concurre y determine que *"respecto a los bienes culturales calificados y a los inventariados, únicamente procederá la declaración de estado ruinoso en los siguientes supuestos:*

⁶⁹⁸ FERRANDO J.V. *"Edificios ruinosos: supuestos de declaración y procedimiento"*, citado por ABAD LICERAS J.M. op. cit. pag. 230.

- a) *Situación de ruina física irrecuperable cuando concurra la existencia de daños que comprometan las condiciones mínimas de seguridad y exijan la sustitución de elementos estructurales en una proporción superior al cincuenta por ciento del total de dichos elementos y la ausencia de las ayudas económicas precisas para ejecutar la diferencia entre el cincuenta por ciento y el total de las obras necesarias”*
- b) *Coste de la reparación de los citados daños superior al cincuenta por ciento del valor actual de reposición del inmueble y ausencia de las ayudas económicas necesarias para cubrir la diferencia entre el límite del cincuenta por ciento y el total del coste presupuestado. La valoración de reposición descrita no se verá afectada por coeficiente alguno de depreciación por edad, pero si lo podrá ser por los coeficientes de mayoración cuya aplicación pueda considerarse justificada en base a la existencia de los citados valores que dieron lugar a su calificación o inventariado.*

Este importante precepto pasa acto seguido a establecer el procedimiento a seguir en la tramitación de las solicitudes, estableciendo que *“la incoación de un expediente de declaración de ruina de un inmueble calificado se notificará a la Diputación Foral correspondiente, que emitirá informe al respecto”, (art.36.4), y que “si la declaración de ruina es consecuencia del incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 20 o 35 de la presente Ley, no podrá autorizarse el derribo y se exigirá su conservación a cargo del propietario”. (Art.36.5).*

Y finaliza el artículo señalando que *“si existiera peligro inminente para bienes o personas, la autoridad competente para declarar el estado de ruina deberá ordenar las medidas necesarias para evitar mayores daños...si fueran precisas obras por razón de fuerza mayor, éstas deberán prever la reposición de los elementos retirados”, (art.36.6), y que “la incoación de un expediente de declaración de ruina de un inmueble calificado o inventariado o la denuncia de su situación de ruina inminente podrán dar lugar a la iniciación del procedimiento de expropiación forzosa del mismo”. (Art.36.7).*

Estamos pues ante un régimen jurídico extremadamente complejo que hay que ir desmenuzando paso a paso para evaluar su eficacia protectora y las incertidumbres o problemas que puede generar.

Conviene en primer lugar resaltar que el precepto se refiere al supuesto de máxima e irreversible lesión de los valores culturales del inmueble, el de su derribo y consiguiente desaparición física. (Sin perjuicio de que puedan existir derribos con desmontaje y reconstrucción posterior en el mismo o diferente lugar en los que la lesión pueda ser temporal e incluso requisito para una mejor conservabilidad posterior).

Por ello es preciso que se establezcan garantías de que dicha intervención solo será posible cuando sea inevitablemente exigida por la necesidad de salvaguardar bienes

jurídicos de mayor relevancia, y la técnica escogida por el legislador vasco es recurrir en primer lugar a un procedimiento urbanístico, el de la declaración de ruina, a través del que se pretende asegurar que concurren las circunstancias físicas o económicas precisas para apreciar la existencia de esos otros bienes jurídicos predominantes en colisión.

Pero si la identificación del supuesto de hecho en que pudiera ser posible causar lesión tan grave al bien cultural, se realiza a través de un procedimiento urbanístico, lo que modifica la L.P.C.V. es la conexión automática entre la declaración de ruina, el reconocimiento de una situación de hecho determinada y el derribo, la intervención física dirigida a eliminar el edificio y hacerlo desaparecer del lugar que ocupaba.

Así puede sostenerse, como hace Alegre Avila para el caso estatal que *“el binomio ruina-demolición no sea de rigurosa observancia en el seno del patrimonio cultural, habida cuenta de que si bien la declaración de ruina hace cesar el deber de conservación, puede ocurrir que el objetivo de protección y de transmisión del inmueble implicado, imponga la no demolición o desaparición física del mismo, traduciéndose en su necesaria conservación”*⁶⁹⁹.

También es preciso referirse al carácter de la desafectación que reclama el artículo 36 como requisito previo al derribo. Abad Licerias ha planteado correctamente los términos de la controversia; si suele entenderse por aceptación *“la declaración formal por la que se asigna un bien a un destino público, ingresando en la categoría de dominio público”*, la desafectación sería la operación contraria, *“aquella por la que el bien pierde su carácter demanial, adquiriendo una condición patrimonial y por lo tanto transmisible”*, pero entonces, el artículo 36.1 *¿ se referirá a todos los bienes calificados con independencia de su titularidad o régimen jurídico? o por el contrario ¿ se refiere únicamente a los bienes calificados de titularidad pública en el sentido de demanialidad?* ⁷⁰⁰.

Si se optase por interpretar desafectación en el sentido habitual del término, ésta solo sería precisa con respecto a los bienes calificados de titularidad pública afectados a un uso o servicio público, con lo que podría procederse al derribo de los restantes sin más trámite que la declaración de ruina y la autorización foral.

Hay que resaltar en cualquier caso, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley, *“los bienes culturales calificados, cuyos propietarios sean la Comunidad Autónoma, los territorios históricos o los municipios quedarán automáticamente protegidos bajo el régimen de dominio público, siendo, en consecuencia, sea cual fuere su destino o afectación, imprescriptibles e inalienables, quedando sujetos al régimen de uso y aprovechamiento de los bienes demaniales”*, con lo que todos los bienes calificados de titularidad pública, no así los inventariados, quedarían *“afectados”*.

⁶⁹⁹ ALEGRE AVILA J.M. op. cit. tomo II, pag. 171. Citado por ABAD LICERAS J.M. op. cit. pag. 232.

⁷⁰⁰ ABAD LICERAS J.M.. op. cit. pags. 250-251.

Sin embargo, el artículo 36.1 establece la desafectación como requisito para el derribo de bienes sin referencia a la titularidad, es decir incluyendo en principio en su ámbito a los bienes de titularidad privada.

Con respecto de éstos carece de sentido la desafectación entendida en su acepción anterior, pues no se da la afección a un destino público, lo mismo que sucedería con los inventariados, cuya afectación no se proclama en el art.27 antes citado, por lo que parece más propio entender la desafectación en términos de descalificación o exclusión del Inventario, es decir como declaración de que, en virtud de su estado, el inmueble ha dejado de poseer el interés cultural suficiente como para que su protección merezca la inclusión en alguno de estos regímenes jurídicos. Es ésta además la interpretación que del precepto están realizando las distintas administraciones públicas intervinientes.

Tropezamos aquí con un problema, cual es la exigencia del art.15 de la Ley de que *“el decreto... por el que se acuerda dejar sin efecto una declaración de bien cultural calificado deberá someterse a los mismos requisitos y trámites que para su declaración”*, con lo que la desafectación debería someterse a un largo y complejo procedimiento, que puede resultar incompatible, con la celeridad en la actuación que aconseja la situación del inmueble.

Sin embargo cabe entender por un lado que tal exigencia se ha introducido para pronunciamientos *“rebus sic stantibus”*, pronunciamientos en los que no hayan variado sustancialmente los datos objetivos, (en el caso extremo, producida la desaparición física del inmueble sería absurdo tener que desarrollar un procedimiento de tal naturaleza y duración para constatar un hecho evidente), y por otro que dada la naturaleza compleja y compartida de la actuación administrativa global en este caso, que exige pronunciamiento municipal en la declaración de ruina, pronunciamiento foral en la autorización expresa e intervención de los interesados en cada uno de estos trámites, pueden darse por efectuados los trámites anteriores al informe preceptivo del órgano consultivo que expresamente reclama este artículo 36, y resolver el Gobierno Vasco, (el Consejo de Gobierno en el caso de los bienes calificados y el Consejero de Cultura en los restantes), en torno a si procede dejar o no sin efecto la calificación o inclusión en el Inventario.

5.4.10.2. La declaración de ruina y el derribo en el Decreto 306/1998 de 10 de Noviembre del Gobierno Vasco.

El Decreto 306/1998 de 10 de Noviembre regula la declaración de estado ruinoso de los bienes culturales calificados y de los inventariados y las actuaciones previas y posteriores a la resolución sobre el derribo, es pues ésta una materia que cuenta con desarrollo reglamentario, al que debemos necesariamente referirnos para un análisis más o menos integral de la cuestión.

Su artículo 1.2 es suficientemente explícito en la línea que apuntábamos anteriormente, *“la declaración de estado ruinoso de un bien cultural calificado o de un bien cultural inventariado se debe a la constatación de una situación de hecho y la ausencia de ayudas económicas...la situación de ruina no es incompatible, en todo caso, con la exigencia de la debida protección que merezca el bien cultural de conformidad con su valor cultural”*.

Por otra parte *“la solicitud de declaración de estado ruinoso...no paralizará ni impedirá que se ordene a los responsables la adopción de las medidas necesarias para recuperar el estado anterior del bien”*. (Art.2.3).

Una cuestión a no olvidar es la de la responsabilidad de que el bien cultural se encuentre en la situación de hecho ruinoso, existiendo un deber general de conservación impuesto por la Ley de Patrimonio Cultural Vasco. De ahí que el artículo 3 señale que *“la incoación del expediente de declaración de ruina podrá dar lugar a la incoación de expediente sancionador por la Diputación Foral correspondiente a fin de depurar responsabilidades”*.

El procedimiento de ruina *“podrá iniciarse de oficio o a instancia de cualquier interesado, de conformidad con lo dispuesto en la legislación urbanística”*, (art.5), correspondiendo *“la instrucción y resolución de los expedientes de declaración de estado ruinoso de los bienes culturales calificados y de los inventariados”* al *“Ayuntamiento en cuyo término municipal se hallen sitios los mismos”*.

Como sucede ordinariamente en el ámbito puramente urbanístico, existen dos posibilidades de trámite, *“en caso de que exista una situación de riesgo inminente para las personas o bienes se seguirá la tramitación establecida para la ruina inminente, sustanciándose el procedimiento por los trámites de la ruina ordinaria en caso de que no concurra el citado riesgo”*. (Art.7).

En este caso de ruina inminente, *“el Ayuntamiento o el Alcalde acordará el inmediato desalojo de los ocupantes y dispondrá con urgencia una visita de inspección para que por sus técnicos municipales o por técnico con cualificación suficiente se informe sobre las medidas excepcionales necesarias para evitar daños que requiera la edificación y deban efectuarse de forma urgente”* y *“ordenará la adopción de las medidas necesarias para evitar daños a personas o bienes, comunicando inmediatamente a la Diputación Foral las obras que pretenda llevar a cabo sobre el bien”*. (Art.10).

Además *“si por razones de fuerza mayor fuera necesaria la realización de obras sobre el inmueble, el Ayuntamiento deberá prever en las mismas la reposición de los elementos que hayan de ser retirados, continuándose la tramitación de conformidad a lo establecido para la ruina no inminente”*. (Art.10, asimismo).

La comunicación a la Diputación Foral debe realizarse *“por cualquier medio que asegure la constancia de su recepción, pudiendo emplearse cualquier medio electrónico, informático o telemático que garantice la inmediatez de la remisión”* y ésta *“podrá en un plazo de veinticuatro horas ordenar la modificación o sustitución de las obras previstas por las que considere más adecuadas”*. *“ Si transcurrido el citado plazo la Diputación Foral no remite orden al respecto, el Ayuntamiento procederá a ordenar la adopción de las medidas necesarias para evitar daños al bien cultural protegido”*. (Art.11).

La mera incoación del procedimiento de declaración de ruina produce en sí misma algunos de los efectos a que alude el artículo 36 de la L.P.C.V., concretamente *“dará lugar a la solicitud de desafectación al órgano competente del Gobierno Vasco en la materia”*, (art.8), que como señalábamos es uno de los requisitos imprescindibles, caso de responderse afirmativamente, para poder proceder al derribo.

El procedimiento ordinario, aquel en el que no concurre el riesgo inminente, se inicia de oficio por el Ayuntamiento, o tras una información previa consistente en un informe de los Servicios Técnicos Municipales o de técnico cualificado, caso de haber sido instado vía denuncia. La información previa (art.12) *“será obligatoria en caso de denuncia por la Diputación Foral o el Gobierno Vasco”*, (lo que contrario sensu quiere decir que no lo es si la denuncia proviene de un simple ciudadano u otra entidad), en cuyo caso además la resolución *“deberá efectuarse previa audiencia de la Administración denunciante de la situación de ruina”*.

La ruina puede declararse también a instancia de los interesados, que deben indicar en su solicitud, (art.14), *“los datos identificativos del inmueble, el motivo o motivos justificativos de la solicitud de ruina, la relación de moradores, en su caso, y de titulares de derechos reales si los hubiere, la fecha de adquisición del inmueble y las obras de conservación, seguridad y ornato que se hayan realizado por los titulares hasta la fecha de solicitud de la declaración de ruina”*, acompañando *“certificado expedido por facultativo competente en el que se justifique la causa de instar la declaración de ruina, descripción del estado físico del inmueble y acreditación de si el inmueble cumple con las debidas condiciones de seguridad y salubridad que permitan a sus ocupantes la permanencia en él hasta que se adopte el acuerdo que proceda”*. Si el solicitante es el propietario debe asimismo acreditar su titularidad.

El artículo 13 se refiere al contenido mínimo del informe técnico, imponiendo que debe reflejar los siguientes extremos: *“ detallada descripción del inmueble, estado físico del mismo, condiciones de seguridad y habitabilidad y justificación, en su caso, de causa suficiente para la incoación del procedimiento de declaración de ruina”*.

Si el informante considera que el inmueble se encuentra en ruina física debe además incluir la *“especificación de la existencia de daños que comprometen las condiciones mínimas de seguridad del inmueble...descripción de los elementos*

estructurales que deben ser sustituidos y de los que pueden mantenerse en su actual estado...proporción de los elementos estructurales que con respecto al conjunto de los existentes deben ser sustituidos... (y la) valoración de las obras necesarias”.

Si considera que la ruina se debe a exceder el coste de reparación de los daños el cincuenta por ciento del valor actual de reposición, lo que debe precisarse es la *“valoración del coste de reposición del inmueble sin aplicar coeficiente alguno de depreciación por edad”* y la *“valoración de las obras de reparación necesarias”*.

El *“órgano competente del Gobierno Vasco”* debe en vista de documentación recibida *“resolver sobre la procedencia de incoar el procedimiento de desafectación en un plazo de un mes computado a partir de la fecha de recepción de la solicitud”*, (art.17), aunque si hubiese deficiencias en el informe técnico puede requerir al Ayuntamiento *“la subsanación en el plazo de quince días”*.

Caso de incoar expediente *“requerirá a la Diputación Foral correspondiente la emisión de un informe en relación al expediente de declaración de ruina, con señalamiento de las ayudas económicas existentes para la reparación del inmueble”*, (art.18), que ésta deberá emitir en diez días.

El plazo máximo de resolución de la desafectación es de seis meses, tras lo que debe entenderse desestimada si no hay resolución expresa, (art.19.2). Si la desafectación se resuelve favorablemente, continua el procedimiento de declaración de ruina, *“de conformidad con lo establecido en la legislación urbanística”*, (art.20), *“condicionándose la desafectación a la presentación de una memoria que documente ampliamente el bien cultural afectado, que deberá ser aportada por los titulares del bien en un plazo de quince días hábiles desde la notificación de la resolución”*. Si ésta no se presenta, *“deberá ser elaborada por los Servicios Técnicos de Patrimonio Cultural del Gobierno Vasco, a costa del interesado”*.

En caso de que la solicitud se resolviese desfavorablemente y el Gobierno Vasco *“acordara no desafectar el bien cultural calificado o inventariado”*, (art.21), el procedimiento continúa, si bien no podrá procederse al derribo del inmueble.

En todo caso cabe la desafectación parcial o la modificación del régimen de protección *“para adecuarlo a las actuales circunstancias del mismo”*, según dispone literalmente ese mismo artículo.

En el marco del expediente de declaración de ruina debe darse trámite de audiencia al *“órgano competente de Patrimonio Cultural del Gobierno Vasco y a la Diputación Foral correspondiente”*, (art.23), para que en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince *“aleguen y presenten cuantos documentos y justificaciones estimen convenientes”*.

Acto seguido “*los Servicios Técnicos Municipales o un técnico cualificado emitirán en un plazo de diez días dictamen en el que se deberá señalar la concurrencia, en su caso, de una situación de ruina de conformidad con los supuestos previstos en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco...*”.

La resolución del expediente debe contener, según el artículo 27, alguno de los pronunciamientos siguientes:

- a) *Declarar el inmueble en estado de ruina y la procedencia de la demolición, previa autorización de la Diputación Foral.*
- b) *Declarar el estado de ruina de parte del inmueble cuando esa parte tenga independencia constructiva del resto y la procedencia de la demolición, previa autorización de la Diputación Foral.*
- c) *Declarar que, aún existiendo ruina en una parte del inmueble, no se cumplen los requisitos para la declaración de ruina, proponiendo la ejecución de las obras de reparación que considere necesarias, previa autorización de la Diputación Foral.*
- d) *Declarar que no hay situación de ruina, ordenando la ejecución de las medidas destinadas a mantener la seguridad, salubridad y ornato público del inmueble”.*

La resolución municipal sobre la declaración de ruina “*se deberá trasladar a la Diputación Foral a fin de que, previa audiencia por un plazo de diez días al Ayuntamiento afectado, resuelva en un plazo máximo de diez días desde la finalización del plazo de audiencia, autorizar o denegar el derribo, de conformidad con lo dispuesto en el régimen de protección a que se halla sometido el bien cultural*”. (Art.28).

Si la Diputación concluye la improcedencia de autorizar el derribo, “*deberá asumir la carga de la conservación del inmueble, realizando a su costa las obras necesarias para su consolidación o recuperación o, en su caso, iniciando el procedimiento de expropiación forzosa del mismo*”, para el que sería competente a tenor de lo dispuesto en el artículo 31.3.

En todo caso, (art.32), “*la Diputación Foral podrá convenir con el propietario, de mutuo acuerdo, (raro convenio sería en otro caso), la ejecución de parte de las obras de reparación del inmueble a costa del propietario, asumiendo la Administración con cargo a sus fondos el resto de obras de rehabilitación necesarias*”.

El último precepto del Decreto se refiere a la hipótesis de mantenimiento de bienes culturales, señalando que “*la Diputación Foral podrá dirigir su actuación*

protectora a la consolidación de los bienes...a fin de que se conserve sin variar su estructura actual, cuando la ejecución de obras de restauración o reedificación pueda afectar al interés cultural de los mismos”.

5.4.10.3. Consideraciones acerca del régimen jurídico de la declaración de ruina y el derribo en la legislación vasca.

Observamos pues que éste ámbito de la declaración de ruina es uno de los que cuentan con desarrollo reglamentario detallado, que contribuye a despejar algunas de las incógnitas que dejaba la simple lectura del artículo 36 de la L.P.C.V. Disponemos ya de información suficiente como para hacer un análisis global del sistema que configuran ley y decreto y sobre el que pueden hacerse diversas consideraciones.

Una primera tiene que referirse necesariamente al elenco de bienes afectados, y a este respecto conviene destacar que se trata del único supuesto de la L.P.C.V. en que no existen diferencias entre los bienes calificados e inventariados, por cuanto en lo que respecta a la declaración de ruina y derribo se sigue idéntico procedimiento respecto de unos y otros, (salvo en lo que respecta al órgano e instrumento a través del que el Gobierno Vasco procede a la desafectación), lo que sin duda se fundamenta en la irreversibilidad de la intervención demolitoria y su similar efecto en todos los casos.

No necesariamente constituye diferencia a este respecto el hecho de que en los bienes calificados la protección se extienda a su entorno, que debe ser considerado parte integrante según señala el artículo 12.1.c, como implícitamente parece creer Abad Licerás⁷⁰¹, por cuanto nada obsta a que un bien se incluya en el Inventario con una delimitación que se extienda más allá de su extensión estricta.

El artículo 36 se refiere a una tercera clase de elementos, “*los bienes individuales afectados por la calificación de un conjunto monumental*”, (y que no cuenten, obviamente con una calificación en si mismos), pero no para atribuirles naturaleza propia, ni constituirles como “*tertium genus*” sino simplemente para excepcionarles de la desafectación por el Gobierno Vasco, (Consejo de Gobierno), y permitir la misma a través de Resolución del Departamento de Cultura y Turismo, en razón de su carencia de interés o valor singular.

En sentido contrario, el precepto no se refiere en absoluto al resto de bienes integrantes del patrimonio cultural vasco, aquellos dotados de los valores del art.2.1 y sin embargo no calificados ni inventariados, con lo que hay que concluir que respecto de ellos no rige, al menos por mandato expreso de la L.P.C.V., la exigencia de previa declaración de ruina, desafectación por el Gobierno Vasco y autorización foral para poder proceder a su derribo.

⁷⁰¹ABAD LICERAS J.M. op. cit. pag. 234.

Otra cuestión es la congruencia de un hipotético “derribo libre” de esos bienes con la exigencia a los poderes públicos de que “*velen por la integridad del patrimonio cultural*”, (art.3), respecto de la que el derribo es una lesión potencialmente irreversible.

Hay que referirse a una cuestión que a partir del Decreto 306/1998 ha quedado resuelta, pero respecto de la que la Ley 7/1990 no nos proporcionaba una respuesta incontrovertible, la del orden en que debían pronunciarse cada una de las instituciones llamadas a hacerlo en el procedimiento que nos ocupa, es decir la sucesión procedimental de la declaración de ruina, la desafectación gubernativa y la autorización foral, derivada del hecho de que se exigía además la emisión de informe foral con respecto a la primera. (Art.36.4).

La solución por la que opta el Decreto es la de considerar la declaración de ruina, acto a partir del que se constatan las condiciones de hecho que pueden justificar el derribo, como primero e inicial, requerir la desafectación como valoración del interés cultural del bien en las concretas circunstancias de hecho en que se encuentra, y finalizar el procedimiento con la autorización foral para el derribo, que debe tomar en consideración las repercusiones económicas de la intervención, como institución más directamente encargada de la tutela material y efectiva.

Creemos por nuestra parte que es la opción más congruente con el espíritu del artículo 36, aún y cuando sea preciso, y dedicaremos a ello diversas consideraciones acto seguido, deslindar con precisión cual es o debe ser el papel de cada una de las administraciones en el desarrollo de procedimiento tan complejo como relevante.

Vamos a referirnos de todos modos con anterioridad a los supuestos de hecho que fundamentan la declaración de ruina. Con una observación previa, la de que el Decreto 306/1998, (art.24), se limita a reproducir literalmente la redacción de la Ley, con lo que deja sin respuesta las incógnitas o los flancos de crítica a los que hacemos inmediata referencia.

El primero de los supuestos es el de la situación de ruina física irrecuperable. Con respecto a éste particular hay que señalar que no se ciñe únicamente a datos físicos, sino que en la doble condición que establece se refiere a un parámetro económico cual es “*la ausencia de ayudas económicas precisas para ejecutar la diferencia*, (debemos entender las obras necesarias para que los daños se limiten a ese porcentaje de daños estructurales), *entre el cincuenta por ciento y el total de las obras necesarias*”. Supone esto una cierta incongruencia con la caracterización del caso como de “*ruina física irrecuperable*”.

Parece que estamos en cierta medida ante un supuesto en que cabría físicamente la recuperación, al menos parcial, si bien imponerla supondría una carga económica excesiva para el titular, por lo que no se exige y se permite declarar la ruina,

estableciéndose implícitamente que el titular debe soportar una situación en la que los daños no exijan la sustitución de elementos estructurales en proporción superior al cincuenta por ciento.

No consideramos acertado introducir consideraciones económicas en la apreciación de una “*ruina física irrecuperable*”, especialmente existiendo un supuesto de ruina económica de posible concurrencia y apreciación simultánea, lo que puede provocar confusiones y duplicidades.

No es ésta sin embargo la única incógnita o aspecto criticable que rodea a la configuración del supuesto.

La “*ausencia de ayudas económicas precisas*” no aclara si las mismas deben alcanzar el importe del coste total de las obras necesarias o tratándose de “*ayudas*”, es decir de medidas de cooperación, cabe considerar que con tal de que existan y permitan, atendido el status o la capacidad económica del titular y el valor del inmueble, la realización de las mismas, debe negarse la declaración de ruina.

La cuestión se torna aún más compleja si por el nivel de afectación y exigencia de sustituciones de elementos estructurales, la intervención no puede limitarse, por inútil, a dejar el inmueble con daños en el cincuenta por ciento de los mismos sino que debe necesariamente extenderse a un ámbito mayor, y la valoración del nivel de las ayudas precisas.

Pese al tenor literal del precepto consideramos que el establecimiento implícito de ese deber para el titular de soportar una situación de daños limitados, obliga a que las ayudas alcancen el total de coste de recuperación hasta el límite a partir del que procede la declaración de ruina. En el caso de que la intervención precisa requiriese actuar sobre un mayor ámbito, si que podría ser parcial la colaboración de la administración y no alcanzar el importe del coste total de la misma sin que procediese la declaración.

Otra interesante cuestión que plantea la concreta redacción del supuesto, es la de la necesaria concurrencia simultánea de la afectación a las “*condiciones mínimas de seguridad*” y la necesidad de sustitución de elementos estructurales en proporción superior al cincuenta por ciento, o su carácter alternativo.

Pese a que podamos suponer que de darse la segunda de las condiciones siempre se dará la primera, y no siendo ni mucho menos expertos en lo que hace a la posibilidad de riesgo para la seguridad sin afectación de gran número de elementos si la afectación a alguno o algunos de ellos es particularmente intensa, podemos plantearnos la hipótesis, (teórica al menos), de que se diese lesión en las condiciones mínimas de seguridad sin que sea necesario proceder a la sustitución del porcentaje de elementos señalado, riesgo cualitativo más que cuantitativo.

Consideramos que la situación de ruina física va ligada precisamente a la imposibilidad de uso ordinario del inmueble para la finalidad a la que está destinado por ese riesgo respecto de la seguridad, no por una necesidad de sustitución de mayor o menor número de elementos. No pueden ponerse ambos criterios a similar altura, por cuanto creemos que el segundo no deja de tener sino una función coadyuvante para facilitar la determinación del primero, de naturaleza un tanto subjetiva y prospectiva en ocasiones.

Por ello estimamos que procederá la declaración de ruina siempre que las condiciones mínimas de seguridad estén afectadas, con independencia del número de elementos que hubiere que sustituir y pese al uso de la conjunción copulativa “y” en la redacción del artículo 36.3 de la L.P.C.V.

El segundo de los casos en que procede la declaración de ruina es el de la conocida como “ruina económica”. Se define en función del coste de reparación de los daños y requiere que superen el cincuenta por ciento del “*valor de reposición del inmueble*” y la ausencia de ayudas económicas para cubrir la diferencia entre el coste total y el límite del cincuenta por ciento.

Una primera consideración que cabría hacer es la de criticar la utilización del término “*reposición*” como referencia del valor respecto del que se calcula la ruina. Reponer es según el diccionario, “*volver a poner*”, o “*recobrar la salud o la hacienda*”⁷⁰². Trasladándonos al ámbito inmobiliario podríamos traducir reposición, por recuperación del estado “*saludable*” del inmueble. Reposición en una situación de daños, podría pues identificarse con reparación de los mismos. No es sin embargo éste, y de forma manifiesta, el sentido del término en el artículo 36.3 de la L.P.C.V.

No lo es porque se establece que procede la ruina cuando el coste de reparación de los daños es superior al 50% del valor de reposición y según lo que hemos afirmado serían necesariamente equivalentes, el coste de la reparación sería siempre el valor de reposición, y no lo es, asimismo, porque se dispone que “*la valoración de reposición descrita, (citada si, descrita desde luego en absoluto), no se verá afectada por coeficiente alguno de depreciación por edad*”, lo que carece de sentido y es completamente ininteligible en la perspectiva de que el valor de reposición fuese el coste necesario de reparar los daños y reponer el inmueble a un estado saludable.

El legislador vasco está utilizando entonces el término reposición en sentido distinto al significado usual y más común, (especialmente si tenemos en cuenta que al haberse referido en el apartado anterior a los daños como los que “*comprometan las condiciones mínimas de seguridad y exijan la sustitución de elementos estructurales*” en determinada proporción, su reparación es manifiestamente equivalente a lo que

⁷⁰² *Diccionario Anaya Básico de la Lengua*. Ed. Anaya. Madrid. Edición de 1991 que escogemos por su proximidad a la fecha de aprobación del precepto.

podríamos entender por reposición en el habla coloquial), lo que, amen de fuente de posible controversia, exige precisar cual es el mismo para determinar el caso en que procede declarar la ruina.

Valor de reposición no puede interpretarse como coste de construcción de un nuevo inmueble, aún y cuando sea de similares características, en lugar del preexistente.

No cabe tal interpretación no ya porque sea difícil construir un inmueble equivalente, en la medida en que las diferentes técnicas constructivas, normativas legales aplicables e incluso exigencias sociales impidan reproducir miméticamente el mismo inmueble anterior, sino porque tratándose de verificar un estado de ruina, debe ser el edificio existente el que debe constituirse en referencia, so pena de distorsionar por completo los parámetros de valoración, (sin entrar tampoco en el proceloso tema de las expectativas urbanísticas subyacentes a la construcción de un nuevo inmueble en relación con las determinaciones del planeamiento sobre el mismo), y porque no puede tampoco tomarse como referencia valores inexistentes o dependientes de decisiones y medidas no adoptadas y quizá no obligatorias.

No queda entonces sino entender como “*valor de reposición*” el valor real del inmueble. (Aunque quedase aquí la no menos complicada cuestión de determinar si debe utilizarse el valor fijado por la administración a efectos fiscales, pongamos por caso, o el valor de mercado, supuesto que hubiese diferencia entre ellos).

Es por otra parte la opción más razonable, si lo que se pretende es evaluar el coste que supone para el titular la reparación de los daños en relación con la capacidad económica que acredita la titularidad y la interdicción de la confiscación en el artículo 31.1 de la Constitución. Si tal es la conclusión, no cabe duda de que, existiendo múltiples y variadas posibilidades, el legislador vasco podía y debía haber recurrido a términos más precisos, evitando las dudas que se suscitan.

Una cuestión que se suscita, no solo pero si principalmente en el caso de la ruina económica, es la de la naturaleza de las ayudas que se reclaman para que no proceda la declaración de ruina. Cuando el art.36.3.b se refiere a “*ausencia de ayudas económicas precisas*”, ¿ se refiere exclusivamente a las que puedan provenir de las administraciones públicas o debe entenderse que comprende cualesquiera que puedan existir con independencia de su titularidad y procedencia ?

Una primera aproximación a la respuesta podría venir de la utilización del viejo principio jurídico de no distinguir allí donde la ley no lo hace, y entender por tanto que de existir ayudas suficientes para disminuir los costes de reparación de los daños a un importe inferior al del 50% del valor de reposición del inmueble, no procedería declarar la ruina, con independencia de que la ayuda proviniese de una administración pública o de una entidad o persona física o jurídica de carácter privado. Siempre dejando claro que hay que señalar que estamos refiriéndonos a ayudas carentes de contrapartidas

relevantes, no a negocios jurídicos en los que éstas últimas puedan llegar a desvirtuar el carácter de contribución sin afectación a la plena titularidad.

Esta es la opción que parecería más congruente con el espíritu de la norma si la causa de la declaración de ruina viene exclusivamente dada por el esfuerzo económico que la subsanación de los daños impone al titular y la eventual afectación excesiva de su derecho de propiedad. Minorado ese esfuerzo, podría parecer carente de sentido proceder a declarar la ruina por motivos económicos, con los subsiguientes riesgos para la protección de los valores culturales del elemento.

No debemos olvidar que en el ámbito cultural, y dentro de él singularmente en el de la protección del patrimonio cultural, actúan una variada panoplia de agentes cuyo propósito en muchos casos es precisamente el perseguido por la norma, es el de salvaguardar esta clase de bienes, y que utilizan para ello algunos de los mismos medios que utiliza la administración para idéntico fin.

Diversas fundaciones y entidades privadas conceden ayudas para la “*reparación de daños*” en sentido genérico o para intervenciones conservadoras de mayor o menor enjundia, bien dirigidas a toda clase de titulares y bienes, bien ceñidas a una clase determinada de aquellos y éstos. El fomento en sede de protección del patrimonio no es, ni muchísimo menos y afortunadamente, monopolio de la administración pública.

Sin embargo la conclusión no es tan clara. En primer lugar porque la ley no puede referirse a actos privados, (la eventual concesión de ayudas de este tipo), de existencia y régimen desconocido, para situarlos como presupuesto de derechos y obligaciones de los titulares de bienes culturales. Y además porque el Título V de la L.P.C.V. se refiere específicamente a unas “*medidas de fomento*” que podrían identificarse sin dificultad con las ayudas a que hace referencia el artículo 36.3, con lo que su eventual inexistencia daría pie por sí misma, y en presencia de los daños que constituyen la premisa del caso, a la declaración de ruina económica.

La valoración de reposición aludida, no se ve afectada por coeficientes de depreciación por edad, aunque sí podrá serlo por “*coeficientes de mayoración cuya aplicación pueda considerarse justificada en base a la existencia de los citados valores que dieron lugar a su calificación o inventariado*”.

No cabe duda de que esta referencia del artículo 36.3 precisa de algunas consideraciones específicas, si deseamos acercarnos a la complejidad de la cuestión a que se refiere.

En la tarea de determinación del valor de reposición de un inmueble de interés cultural, parece acertado en principio excluir la aplicabilidad de coeficientes de depreciación por edad. La antigüedad es o puede ser en sí misma uno de los

fundamentos del interés cultural del inmueble, por lo que resultaría paradójico que una de las circunstancias que pueden estar detrás de la mayor exigencia de protección del bien, se utilizase como criterio de minusvaloración, de modo y manera que reduciendo ese valor fuese más sencillo declarar la ruina y proceder a un hipotético derribo ante la existencia de daños de cierta relevancia.

No es necesariamente cierto, por otro lado, que la antigüedad del inmueble suponga en si misma una disminución de su cotización en el mercado, será así cuando las compensaciones que ofrezca la patrimonialidad del bien sean inferiores a los inconvenientes y restricciones que por su estado o dificultad de adaptación a las exigencias de la vida moderna, sufre el titular de derechos sobre el mismo.

Hay que llamar la atención sin embargo sobre que definido en términos de valor de mercado el de “*reposición del inmueble*”, como parámetro más apropiado para determinar en realidad el grado de esfuerzo o sacrificio económico que se exige a los titulares si se obliga a reparar el inmueble y no se procede a la declaración de ruina, no resultaría preciso atribuir ningún efecto a este coeficiente, por cuanto el propio mercado ya habría considerado positiva o negativamente el efecto de la antigüedad.

Si lo que se pretende a través de él es precisamente averiguar el valor de mercado, existen otros mecanismos, sin aplicar coeficientes de esta naturaleza a través de los que puede llegarse a una valoración acorde a la real.

Con respecto a los coeficientes de mayoración en virtud de la existencia de los valores culturales hay que pronunciarse en la misma línea. En primer lugar si nos estamos refiriendo a los valores culturales del inmueble, habrá que concluir que en principio debe presuponerse su singularidad, aspecto que casa bastante poco con la aplicación de coeficientes generales y objetivos.

Cabría predicar, en presencia de estos valores, la necesidad de una valoración singularizada como la única capaz realmente de ofrecernos información que abandone el terreno de la hipótesis para situarnos en el de la realidad, en el del esfuerzo que se está exigiendo en las circunstancias concretas al titular concreto.

Por otra parte desconocemos cuales serían estos coeficientes de mayoración y también apreciamos como en el de depreciación por edad, que puede no ser preciso recurrir a los mismos para concluir con éxito la operación valorativa.

Efectuadas ya las consideraciones antecedentes en relación con los supuestos, toca ahora referirse a las cuestiones procedimentales que ofrecen amplio campo de juego al comentario. Para ello nos referiremos conjuntamente a la Ley y al Decreto 306/1998, por cuanto es el conjunto de ambos el que configura el procedimiento administrativo que en relación con la declaración de ruina y el derribo se sigue en cada

una de las situaciones en que puedan encontrarse los bienes culturales inmuebles, en función además de su relevancia cultural.

Dos son los procedimientos que diseña la normativa vasca, caracterizados por responder a los supuestos que el Decreto califica como de “*ruina inminente*” y “*ruina ordinaria*” respectivamente. (Art.7).

El procedimiento en el primero de los casos toma como punto de partida una situación que el art.36.6 de la L.P.C.V. define como “*peligro inminente para bienes o personas*” y el art.10 del Decreto 306/1998 de forma similar como “*riesgo inminente para las personas o bienes*”.

Como señala Abad Liceras⁷⁰³ se trata de un concepto “*sumamente inconcreto e incierto a la hora de valorar o interpretar su concurrencia o no en un determinado supuesto real, que, en muchos casos, dependerá del criterio subjetivo de los posibles interesados en el tema*”.

Tan solo sabemos ex artículo 10 que el peligro o riesgo debe apreciarse “*a la vista de la información obrante en la incoación del expediente de ruina*”, lo que explícitamente no exigía la L.P.C.V.

La pregunta es obvia, si no se ha incoado el expediente ¿ el riesgo o peligro deja de existir y no puede apreciarse ?

El tenor del artículo 36.6 facultando a la administración municipal, (la competente para declarar la ruina), para “*ordenar las medidas necesarias para evitar posibles daños*”, creemos que permite interpretar con una cierta flexibilidad el artículo 10 y no exigir la previa incoación de expediente de declaración de ruina, por más que pueda ser la consecuencia obvia posterior, para poder apreciar el riesgo o peligro inminente.

La Ley se refiere al daño a “*bienes o personas*”, mientras que el Decreto, (arts.7 y 10), invierte los términos, refiriéndose en primer lugar a las personas. Es por supuesto más adecuado, dado el superior valor de la vida humana constitucionalmente reconocido, el criterio de ordenación del Decreto, pero creemos que la cuestión carece de consecuencias jurídicas.

Apreciado el peligro o riesgo, el Decreto concreta las “*medidas necesarias*” que la autoridad competente para declarar el estado de ruina según la Ley, o “*el Ayuntamiento o el Alcalde*” según el Decreto, pueden adoptar. Establece que “*acordará el inmediato desalojo de los ocupantes*” y “*dispondrá una visita de inspección*” para

⁷⁰³ ABAD LICERAS J.M. op. cit. pag. 247.

que los técnicos municipales o uno con cualificación suficiente, “*informen sobre las medidas excepcionales necesarias para evitar daños*” que “*deban efectuarse de forma urgente*”. Es evidente que habrá que solicitar de forma inmediata la pertinente autorización judicial, en caso de resistencia de algún ocupante a la entrada en su domicilio y al desalojo.

Nada hay que oponer a que se adopten las medidas que el Decreto señala, y la duda en torno a si la mención expresa de algunas impide la adopción de otras, queda solventada en el apartado 2º del art.10 cuando dispone que “*el Ayuntamiento ordenará la adopción de las medidas necesarias para evitar daños a personas y bienes comunicando inmediatamente a la Diputación Foral las obras que pretenda llevar a cabo...*”

La incógnita que se plantea sin embargo en relación con el informe técnico de inspección es la referida a su alcance, ¿ debe únicamente ceñirse a las medidas excepcionales para evitar daños a terceros, o puede ampliar su ámbito para referirse a las intervenciones a realizar en su caso para solventar el estado presuntamente ruinoso o al carácter y envergadura de los daños y su eventual consecuencia para la declaración ?

Con independencia de la posible diversidad de efectos jurídicos, creemos que nada obsta a que los técnicos puedan analizar todas estas y eventualmente otras cuestiones relacionadas, lo que el principio de economía no deja de aconsejar si es compatible, (lo que muchas veces no lo será), con la celeridad que se reclama de la elaboración del informe.

La referencia al Ayuntamiento en el art.10.2, que contrasta con la alternativa al Alcalde del 10.1, creemos que está desprovista de consecuencias jurídicas. A nuestro juicio no es propósito del Decreto interferir en el orden competencial interno municipal, (para lo que carecería de habilitación), por lo que es en función de éste y de las normas que lo regulan, (Ley de Bases de Régimen Local, Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en Materia de Régimen Local, Reglamentos de Organización y Funcionamiento...), en el de que deberá establecerse la competencia, de la que el Alcalde no está privado en el supuesto que nos ocupa.

El Decreto establece la inmediata comunicación a la Diputación Foral de las obras que se pretendan realizar como medidas necesarias para evitar daños, y la Diputación puede “*ordenar la modificación o sustitución de las obras previstas por las que considere más adecuadas*” en un plazo de 24 horas. (Art.11.1) El Decreto no indica sin embargo el momento en que comienza a computarse dicho plazo.

La aplicación de las reglas generales del procedimiento administrativo, (art.48.4 de la Ley 30/1992), conduciría a considerar que el plazo se computa a partir del día siguiente a la notificación, lo que nos conduciría a un plazo real de dos días, pero la perentoriedad del plazo, la urgencia y la específica alusión a que puede emplearse en

la comunicación “*cualquier medio electrónico, informático o telemático que garantice la inmediatez de la remisión*”, (art.11.1), creemos que permiten computar las 24 horas a partir del momento en que la Diputación Foral reciba de forma fehaciente la comunicación.

Caso de no pronunciarse ésta, como en defectuosa redacción señala el apartado 2º, “*si la Diputación no remite orden al respecto*”, el Ayuntamiento debe adoptar las “*medidas necesarias para evitar daños al bien cultural protegido*”.

Es llamativo que en este artículo el Decreto se refiera específicamente a daños al bien cultural protegido, cuando en el anterior se estaba refiriendo a daños a personas o bienes que pudieran derivarse de su estado ruinoso. Parece que se exige al Ayuntamiento pues una doble tarea, la de “*adoptar las medidas necesarias para evitar daños a personas o bienes*”, (art.10), y la de adoptar las precisas para “*evitar daños al bien cultural protegido*”. (Art.11.2).

La cuestión que se plantea es la conducta a seguir en el caso de que unas y otras no sean estrictamente compatibles.

Consideramos que el tenor de los artículos 10 y 11 debe ser interpretado en el sentido de que las medidas que adopte el Ayuntamiento para evitar daños a personas o bienes deberán ser lo menos lesivas posible con respecto a los valores culturales del inmueble. Sin embargo no cabe duda de que debe primar la consideración de la seguridad de las personas o bienes eventualmente afectados con respecto a un valor cultural, que puede haberse visto afectado por el estado ruinoso y que revelaría una grave negligencia de la administración si fuese relevante y no hubiese merecido el establecimiento anterior de las medidas oportunas para evitar que se llegase a esa situación de riesgo o peligro inminente.

El procedimiento ordinario de declaración de ruina puede comenzar de oficio, lo que exige la emisión de informe por técnico cualificado, (art.12.1), aunque esa incoación de oficio pueda tener origen en denuncia de terceros en cuyo caso, puede acordarse “*la instrucción de una información previa*”, (obligatoria si la denuncia proviene de Diputación o Gobierno Vasco), *consistente en la emisión de informe por los Servicios Técnicos Municipales o por técnico cualificado, que servirá de base para la incoación del expediente o, en su caso, el archivo de las actuaciones*”. (Art. 12.2).

También puede iniciarse a instancia de parte, (art.14), para lo cual deben hacerse constar en la solicitud “*los datos identificativos del inmueble, el motivo o motivos justificativos de la solicitud de ruina, la relación de moradores, en su caso, y de titulares de derechos reales si los hubiere, la fecha de adquisición del inmueble y las obras de conservación, seguridad y ornato que se hayan realizado por los titulares hasta la fecha de la solicitud...*”.

Debe acompañar el solicitante “*certificado expedido por facultativo competente*” de la causa de instar la declaración, “*descripción del estado físico del inmueble y acreditación de si el inmueble cumple con las debidas condiciones de seguridad y salubridad que permitan a sus ocupantes la permanencia en él hasta que se adopte el acuerdo que proceda*”.

La objeción que podría plantearse a esta regulación es la de la posible confusión entre la denuncia que da pie a la incoación de oficio, (art 12), y la incoación a instancia de parte.

Creemos que puede considerarse meras denuncias a las que no soliciten propiamente la incoación de expediente de declaración o no contengan los requisitos exigidos en el artículo 14, resolviéndose así la posible objeción que se podría formular respecto de la naturaleza facultativa de la instrucción previa en torno a cómo se resuelve en defecto de informe técnico en relación con la incoación o no de expediente, en el caso de denuncia de naturaleza no foral ni autonómica.

Parecería, dada la naturaleza del asunto, que un pronunciamiento técnico debería servir de soporte en todo caso, especialmente en el de resolución denegatoria de la incoación y determinante del archivo, pero a partir de la existencia de una regulación específica de la incoación a instancia de parte que exige expresamente, (art.14.4), la emisión de informe técnico puede darse la cuestión por resuelta.

La resolución “*deberá efectuarse, previa audiencia de la Administración denunciante de la situación de ruina*”. (Art.12.3).

No se prevé audiencia al denunciante particular, pero esto no excluye naturalmente la aplicabilidad de lo dispuesto en la Ley 30/1992, la L.P.A.C., en torno a la subsanación y mejora de la solicitud-denuncia, (art.71), caso de que proceda y la audiencia a los interesados en los términos del artículo 84.

El contenido del informe técnico definido en el art.13 comprende la descripción detallada del inmueble y su estado físico, la expresión de la causa de incoación del procedimiento y si se considera la efectividad de la ruina, especificación de la existencia de daños, descripción de los elementos estructurales a sustituir y su proporción respecto del total en el caso de la ruina física y valoración del “*coste de reposición*” del inmueble, sin coeficientes de depreciación por edad y de las obras de reparación necesarias en el caso de la económica.

El artículo 16 como trámite inmediatamente posterior prevé que el Ayuntamiento “*impulsará el procedimiento solicitando al Gobierno Vasco la incoación*”

del procedimiento de desafectación del bien cultural calificado o inventariado para lo que remitirá copia del expediente”.

Es llamativo sin embargo que el Decreto no se refiera, en el caso del procedimiento ordinario a lo dispuesto en el artículo 36.4 de la L.P.C.V. en torno a que *“la incoación de un expediente de ruina de un inmueble calificado se notificará a la Diputación Foral correspondiente, que emitirá informe al respecto”*. Tan solo prevé que la incoación *“deberá ponerse de manifiesto”* a Diputación Foral y Gobierno Vasco, que junto a los titulares *“se hallarán legitimados como interesados en el expediente”*. (Art.15).

Es cierto que la Ley se refiere tan solo a los bienes calificados, con lo que este supuesto se constituiría en la excepción al tratamiento común de los calificados e inventariados a que nos hemos referido anteriormente por lo que a la ruina respecta, pero en ese caso, el Decreto omite la exigencia de un trámite, el de la emisión de informe foral, que la Ley si exige, e iguala además la posición de la institución foral y la autonómica a la que la norma legal no cita a este respecto.

Cabe pensar que el autor del Decreto haya pensado en que una posible normativa foral posterior, avalada por lo dispuesto en la L.T.H., podría desarrollar el alcance de esa exigencia legal, más desconocemos si es así o son otras las razones que concurren.

El Gobierno Vasco, recibido el expediente, puede requerir la subsanación de defectos, si los hubiere en el plazo de quince días. (Art.17). Para proceder a la desafectación, en todo caso, *“requerirá a la Diputación Foral correspondiente la emisión de informe en relación al expediente de declaración de ruina, con señalamiento de las ayudas económicas existentes para la reparación del inmueble”*, informe que deberá ser emitido en un plazo de diez días, (debemos entender que contados a partir del día siguiente a la notificación del requerimiento en ausencia de determinación expresa), y remitido tanto a Gobierno como Ayuntamiento.

(Resulta harto curioso, incidentalmente, que habiendo solicitado el informe el Gobierno Vasco en el marco de un procedimiento administrativo propio, exija que la Diputación lo remita a una tercera institución, en lugar de asumir en todo caso esa responsabilidad por si mismo).

Es desde luego llamativo que la Diputación Foral se vea obligada a emitir ex-lege un informe en relación con la incoación, (aunque reglamentariamente hayan desaparecido las referencias al mismo), un informe previo a la desafectación, (que además debe ser remitido al Ayuntamiento), y una última y definitiva autorización para el derribo, que esencialmente versan sobre los mismos hechos, los daños que sufre el inmueble y la relevancia cultural, aún en presencia de tales, de los valores que adornan al edificio.

Una importante consecuencia del procedimiento de desafectación es la interrupción del plazo de resolución del procedimiento de declaración de ruina durante su tramitación, para la que se establece un plazo máximo de seis meses desde el acuerdo de incoación del procedimiento, (art.19), existiendo silencio administrativo negativo o lo que es lo mismo la necesidad de entender desestimada la desafectación en ausencia de resolución en dicho plazo y posibilidad de que el Gobierno Vasco pueda de nuevo incoar expediente de desafectación en cualquier otro momento posterior.

En relación con ésta disposición hay que realizar dos consideraciones. Una primera puramente formal se refiere a que debe entenderse que cabe esta nueva incoación, únicamente tras una resolución expresa del anterior expediente, a que la administración está obligada en todo caso, y esto que puede parecer una obviedad, no lo es tanto si tenemos en cuenta el importante volumen de expedientes en esta materia respecto de los que la administración ha estado acostumbrada a no pronunciarse durante mucho tiempo.

Una segunda, más relevante, es la relativa a la conveniencia de la interrupción del procedimiento de declaración de ruina por el trámite del de desafectación.

Si, sea cual sea el pronunciamiento del Gobierno Vasco, el procedimiento de declaración de ruina va a continuar, como ponen de manifiesto los artículos 20 y 21 del Decreto, *“en caso de que el Gobierno Vasco acordase desafectar el bien cultural calificado o inventariado, el procedimiento de ruina continuará su tramitación de conformidad con lo establecido en la legislación urbanística”* y *“en caso de que el Gobierno Vasco acordara no desafectar el bien cultural calificado o inventariado, se continuará el procedimiento de declaración de ruina de conformidad con las estipulaciones contenidas en la presente normativa de desarrollo”*, según señalan respectivamente, no parece excesivamente clara la razón por la que debe interrumpirse el procedimiento de declaración de ruina. Cuestión distinta son las consecuencias de la resolución del Ayuntamiento en uno u otro caso, pero van a serlo en cualquier momento del iter procedimental municipal.

La resolución del expediente de ruina debe contener, (art.27), alguno de los pronunciamientos siguientes:

- *“declarar el inmueble en estado de ruina y la procedencia de la demolición, previa autorización foral.*

- *declarar el estado de ruina de parte del inmueble cuando esa parte tenga independencia constructiva del resto y la procedencia de la demolición, previa autorización de la Diputación Foral.*

- declarar que, aún existiendo ruina de una parte del inmueble no se cumplen los requisitos para la declaración de ruina, proponiendo la ejecución de las obras de reparación que considere necesarias, previa autorización de la Diputación Foral.

- declarar que no hay situación de ruina, ordenando la ejecución de las medidas destinadas a mantener la seguridad, salubridad y ornato público del inmueble”.

El precepto es desde luego muy relevante y ofrece algunos flancos de crítica.

En primer lugar parece inoportuno atribuir a la resolución del procedimiento de declaración de ruina la facultad de declarar la procedencia de la demolición. Si posteriormente va a tener que existir por exigencia legal un pronunciamiento de la Diputación Foral autorizando o desautorizando el derribo, con las consecuencias que para cada caso determinan Ley y Decreto, no parece muy acertado prever expresamente un pronunciamiento municipal sobre el particular, (incluso potencialmente sin que haya instancia de parte), que puede no coincidir necesariamente con el foral.

No parece una buena política demandar el pronunciamiento de dos administraciones sobre un mismo aspecto sin que se exija una coordinación o armonización de perspectivas, y debemos recordar a estos efectos que en ningún caso se está demandando al Ayuntamiento una consideración de los valores culturales del inmueble, perspectiva desde la que va a tener que decidir la administración del Territorio Histórico.

Las expectativas que puede generar un pronunciamiento sobre la procedencia de la demolición pueden condicionar desproporcionadamente el de la administración última, amén de lo poco edificante que resulta desde la perspectiva jurídica y aún cuando pueda oponerse que se entiende perfectamente dados los diferentes puntos de vista de acercamiento a la cuestión, el que existan dos actos administrativos, de diferentes instituciones y eventual sentido contrario sobre un mismo asunto, habida cuenta de que es uno mismo el bien jurídico que ambas deben preservar.

Adicionalmente, no resultaría necesario que el Ayuntamiento se pronunciase sobre la demolición, (excepción hecha claro está del supuesto de riesgo o peligro inminente), por cuanto el objeto estricto del procedimiento es acreditar la existencia de daños en elementos estructurales en proporción mayor a la exigida, (ruina física), o de daños cuya reparación supera un importe económico determinado.

Hay un elemento añadido que en una interpretación literal de este artículo 27 confiere mayor gravedad a la cuestión, cual es el hecho de que no se prevé como posible resolución del expediente la declaración de ruina sin declarar a su vez la procedencia de la demolición, vinculando uno y otro pronunciamiento. Tanto en el apartado a, (sobre el total del inmueble), como en el b, (referido a la declaración de alguna de sus partes),

se utiliza la conjunción copulativa “y”, vinculando declaración de ruina y procedencia de demolición.

Una segunda crítica que se puede realizar a esta disposición tiene que ver con la propia previsión de un supuesto de ruina “*parcial*”, de ruina de una parte del inmueble que tenga “*independencia constructiva*”. La L.P.C.V. no prevé en ningún caso el supuesto y utiliza como referencia los daños que exijan la sustitución de elementos estructurales sobre el total de los del inmueble y el coste de reparación de los daños sobre el valor de reposición del mismo.

Cabe discutir si esto supone necesariamente la exclusión de la posibilidad de una ruina parcial en un bien cultural calificado o inventariado, pero “*ab initio*” hay que entender que un bien cultural constituye una unidad y sin perjuicio de las obras de reparación o modificación que procedan, la declaración de ruina parcial y más aún si conlleva la de procedencia de la demolición, puede desconocer dicha perspectiva unitaria.

La mera exigencia de una “*independencia constructiva*”, que es por definición un concepto de una notable indeterminación, no supone suficiente garantía al respecto. Cuestión diferente es que el propio régimen de protección prevea la posibilidad de modificar elementos o partes del inmueble, en razón de su estado, de su irrelevancia desde el punto de vista del interés cultural, o incluso de su condición de elementos que restan o degradan el valor del edificio en su conjunto.

Los problemas que plantea adicionalmente la posibilidad de reconocer ruinas parciales en bienes culturales calificados e inventariados es la coherencia con el hecho de que la situación de ruina se aprecie, por mandato legal, en terminos cuantitativos sobre el conjunto, tanto en lo que se refiere a daños en elementos estructurales, (ruina física), como al coste de reparación de los daños en relación con el valor de reposición, (ruina económica).

¿ Pretende el Decreto que allí donde no exista situación de ruina ex-lege por no darse los requisitos exigidos, pueda sin embargo eludirse el rigor legal en su apreciación, permitiendo indirectamente so capa de una ruina parcial que desconocemos en virtud de qué criterios se aprecia, (¿es física ? ¿ es económica ? ¿ se aprecia en base a los mismos criterios de la del art.36 de la Ley pero referidos tan solo a esa parte con independencia constructiva? ¿ quien determina en tal caso cual es el ámbito dotado de independencia constructiva ?), la demolición de partes determinadas del inmueble de que se trate ?. La cuestión no es desde luego baladí, cuando va a imponerse a la administración foral la carga de sostener económicamente la preservación de dichas partes ruinosas si declarada la ruina parcial desea sin embargo impedir el derribo.

Otro de los posibles pronunciamientos de la resolución del expediente es el de “*declarar que aún existiendo ruina en una parte del inmueble, no se cumplen los*

requisitos para la declaración de ruina, proponiendo la ejecución de las obras de reparación que considere necesarias". A este supuesto le son aplicables todas las consideraciones referidas al apartado anterior más algunas otras adicionales que pasamos a exponer acto seguido.

En primer lugar, admitida en el apartado anterior la posibilidad de declarar una ruina parcial, no es fácil de entender que pueda existir ruina en una parte del inmueble y no se cumplan los requisitos para la declaración. (Con independencia de que podamos pensar que no se cumplen en ningún caso).

Si existe ruina de una parte del inmueble, habrá que entender que se trata de una parte que goza de independencia constructiva, (sea lo que sea lo que signifique esto), porque de lo contrario, medida necesariamente en términos cuantitativos, no existe unidad o ámbito de medida razonable. Y si goza de esa independencia, no se alcanza a entender cual puede ser la diferencia del supuesto con el del apartado anterior.

Por otro lado, son objetables los términos en que se hace referencia a que se propongan "*las obras de reparación que considere necesarias*".

Dando por supuesto que no nos encontramos ante un supuesto en que haya que adoptar medidas en virtud de un riesgo inminente para la seguridad de personas o bienes, la cobertura para la emisión de órdenes de ejecución de actos de reparación se haya ya en términos muy consolidados en la normativa urbanística.

Nada aporta que se sitúe aquí en el ámbito de la declaración de ruina sino confusión en relación con los efectos de esta "*propuesta*", habida cuenta de la facultad y responsabilidad que al respecto de órdenes de salvaguarda de la integridad de este tipo de bienes atribuye la L.P.C.V. a las Diputaciones Forales en el artículo 20.3. (A menos que se interprete este artículo de forma restrictiva, como no incluyente de las omisiones del deber de conservación provocadoras de daños). ¿ Condiciona esta "*propuesta*" las medidas a adoptar por la institución foral ? ¿ Que sucede si ésta ordena la ejecución de otras ?.

A la vista de que es la Diputación la institución que cuenta con mejores medios para evaluar, en función de la relevancia cultural del inmueble y de la naturaleza de los daños, cuales son las medidas que proceden, y qué tiene además necesariamente que pronunciarse en relación con la autorización del derribo y puede en cualquier momento instar las intervenciones que procedan, parecería más conveniente no referirse en el Decreto a la posibilidad de "*proponer la ejecución de obras de reparación*", sin negar en ningún momento que el Ayuntamiento pueda someter cualquier propuesta a la consideración foral.

Lo cuestionable no es la facultad cuanto el modo en que el Decreto instrumenta su ejercicio, en el marco además de un procedimiento de declaración, de reconocimiento “strictu sensu” de una situación de hecho.

También es criticable el último de los pronunciamientos que el artículo 27 del Decreto configura como posible resolución del expediente, el de declarar que no hay situación de ruina, (hasta aquí, obviamente nada que oponer), “ordenando la ejecución de las medidas destinadas a mantener la seguridad, salubridad y ornato público”.

Es éste el supuesto arquetípico de lo que señalábamos anteriormente en torno a que se reproduce una facultad urbanística de forma innecesaria, especialmente si como es el caso se generan potenciales incertidumbres y confusiones. Parecería acudiendo al tenor literal de este art.27.d que no cabe declarar que no existe la ruina sin ordenar simultáneamente la ejecución de las medidas que reclaman la seguridad, la salubridad y el ornato público.

Y sin embargo puede perfectamente no existir una situación de ruina, y como tal declararse sin que la salubridad y seguridad se encuentren comprometidas. Y en lo que respecto al ornato, si dado el carácter cultural del bien éste pudiera suponerse comprometido en una situación de daños que generen apariencia suficiente de ruina como para incoar un expediente, cabe remitirse a la consideración anterior en torno a la responsabilidad primordialmente foral de ordenar lo que proceda.

Se refiere finalmente el Decreto a la resolución del expediente de derribo y a las actuaciones posteriores y en relación con estos aspectos también es necesario realizar diversas consideraciones sobre los preceptos que los regulan.

Una primera observación tiene que ver con el propio hecho de que sea el Gobierno Vasco quien regule un procedimiento administrativo que tiene a otras instituciones como protagonistas únicos y exclusivos, reconocida por la L.T.H. la competencia de desarrollo normativo a los órganos forales. Nos remitimos en este particular a lo señalado en el apartado relativo a la distribución competencial.

Dejando eso a un lado, hay que comenzar observando que según el artículo 28, declarada la ruina, la resolución debe trasladarse a la Diputación Foral, a fin de que previa audiencia de diez días al Ayuntamiento afectado, “resuelva en un plazo máximo de diez días desde la finalización del plazo de audiencia, autorizar o denegar el derribo de conformidad con lo dispuesto en el régimen de protección a que se halla sometido el bien cultural”.

Nada hay que objetar en si misma a esta regulación, si bien no se indica el plazo en el que el Ayuntamiento debe poner en conocimiento de la Diputación la declaración de ruina. No llegamos sin embargo a la misma conclusión en relación con lo dispuesto en los artículos sucesivos.

El artículo 29 dispone que *“declarada la improcedencia de autorizar el derribo, la Diputación Foral deberá asumir la carga de la conservación del inmueble, realizando a su costa las obras necesarias para su consolidación o recuperación o, en su caso, iniciando el procedimiento de expropiación forzosa del mismo”*.

Parece pues que la mera declaración de un estado de ruina produce un traslado de responsabilidades en lo que respecta a la conservación del inmueble, recayendo en la Diputación Foral la carga de la conservación, que en circunstancias normales recae en los *“propietarios, poseedores y demás titulares de derechos reales”*. No existe fundamento alguno para sostener esto con carácter general.

En primer lugar su carácter general, sin referencia a los motivos determinantes de la ruina y las responsabilidades a las que deba atribuirse, contradice claramente lo dispuesto en el artículo 36.5 de la L.P.C.V. que establece que *“si la declaración de ruina es consecuencia del incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 20 o 35 de la presente ley, no podrá autorizarse el derribo y se exigirá su conservación a cargo del propietario”*.

En el caso de ruina por incumplimiento de los deberes de conservación del titular, Diputación no puede autorizar el derribo, y la carga de la conservación sigue recayendo en el propietario, de forma lógica además, dado que no resultaría en ningún caso admisible que el incumplimiento de deberes recayese en su beneficio y fuese premiado por ello con la asunción por la administración de sus deberes.

Tampoco en el caso de que la ruina no sea debida a un incumplimiento por el propietario de sus deberes de conservación deja éste de estar obligado a la conservación del inmueble. Cuestión distinta será que deba exigirse a la administración competente una especial colaboración para subsanar la situación de ruina y corregir los daños que la ocasionan, pero no cabe desligar por completo al titular de sus deberes y atribuir en exclusiva a la Diputación la carga de una conservación que, mientras el inmueble sea de titularidad privada, va a precisar la ineludible colaboración de éste o el recurso a la autoridad judicial.

En este sentido, la concreta literalidad del precepto suscita la incógnita del alcance de la obligación foral de *“realizar a su costa las obras necesarias para su consolidación o recuperación”*. Si excluida la situación de ruina el deber de conservación corresponde al titular, habría que concluir que en todo caso subsanados los daños que conducen a la ruina o reducido el coste de reparación a proporción menor del 50% del valor de reposición, es decir subsanada propiamente la ruina, cesaría el deber foral.

Debería interpretarse por tanto el artículo 29 de modo que por consolidación o recuperación se entendiese la mera superación de la situación de ruina. No quiere decir que no pueda haber una colaboración foral de mayor grado, sino que su obligación debería en todo caso ceñirse a este extremo.

Abad se ha planteado⁷⁰⁴ la cuestión de si la referencia al propietario supone la exclusión de los restantes titulares de derechos reales de la exigencia de conservación de este precepto. Dicha exclusión, como reconoce, “*parecería conculcar el sistema general instaurado a lo largo de todo el texto legal*”, pero se ve, a su juicio, apoyada por la necesidad de interpretación restrictiva de las disposiciones sancionadoras o no favorables.

Sin embargo consideramos que someter únicamente al propietario a la carga de hacerse cargo de la conservación, en caso de existir esos otros titulares y resultar los incumplimientos imputables a ellos en alguna medida, es injusto y discriminatorio, y podría atentar contra principios constitucionales básicos como la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la no discriminación.

La mención exclusiva a los propietarios se fundamenta en que tendrán una responsabilidad indudable en el estado de ruina del inmueble, (son los únicos respecto de los que puede presumirse esa responsabilidad “a priori”), pero no puede concluirse de ella que deban librarse otros eventuales responsables, de los deberes que les correspondan en razón de su posición jurídica respecto del inmueble, y de hacer frente a los incumplimientos de los mismos en que hayan incurrido.

No hay que olvidar que existe tal deber de conservación por parte de los restantes titulares de derechos reales según lo dispuesto en el artículo 20 de la L.P.C.V. y que no puede eludirse el mismo en la situación de ruina con el único sostén de no aparecer una referencia expresa en el 36.5.

En cualquier caso, algunos de los derechos reales y con ello sus titulares y títulos pueden haber perdido virtualidad como consecuencia del estado del inmueble, (cualquier derecho real de uso si el bien no es susceptible del mismo, por ejemplo), lo que no puede dejar de tenerse en cuenta.

Hay asimismo que someter a crítica el hecho de que el precepto al que nos referimos configure la expropiación forzosa como alternativa a la realización de las obras por parte de la Diputación Foral.

No ya porque pueda pensarse que caso de procederse a la expropiación no van a realizarse las obras, por cuanto recaería entonces en la Diputación como titular del inmueble el deber de conservación, sino por la concepción que subyace de que la

⁷⁰⁴ Ibidem, pag. 254.

administración debe hacerse con la titularidad de los bienes culturales en estado de ruina.

Lo importante es el uso congruente y respetuoso con los valores culturales del inmueble y la garantía del derecho de los ciudadanos al disfrute del patrimonio, no la titularidad pública que debe darse cuando sea precisa para la efectividad de cualquiera de las condiciones anteriores.

La opción del Decreto por hacer recaer en la administración foral la carga de la conservación en el supuesto de ruina sin autorización para el derribo, puede tener además una consecuencia no querida por el legislador, la de favorecer el derribo de los bienes declarados en ruina.

La Diputación puede que no esté en condiciones de hacerse cargo de la conservación de unos bienes que, más allá de su propia supervivencia en condiciones quizá nada dignas, ofrecen escasa rentabilidad social, posiblemente menor que la de otras actividades a las que puede y debe destinar sus siempre insuficientes recursos. La indeterminación además de los gastos que van a suponer, mayor cuanto más amplio sea el elenco de bienes en esta situación, retrae a cualquier administración que por la necesidad de planificación y especial rigidez a las modificaciones presupuestarias, es especialmente reticente a los compromisos de cuantía indeterminada.

La consecuencia, puede anticiparse, autorizaciones cuasiautomáticas de derribo una vez declarada la ruina, y traslado a este procedimiento de reconocimiento de una situación de hecho, el de la declaración de ruina, de un debate en torno a circunstancias que no deberían considerarse en él.

Si el inmueble tiene un interés cultural real, la administración foral intentará obstaculizar la declaración de ruina, a través del informe previsto en el artículo 36.4 de la L.P.C.V., en lugar de, reconociendo la situación de hecho, impedir meramente el derribo en función de ese interés como razonablemente procedería, desvirtuándose el espíritu del procedimiento que diseñó el legislador vasco.

El artículo 32 del Decreto es consciente de que puede llegarse a esta situación e intenta remediarla a través de la previsión de que *“la Diputación Foral podrá convenir con el propietario, de mutuo acuerdo, la ejecución de parte de las obras de reparación del inmueble a costa del propietario, asumiendo la Administración con cargo a sus fondos el resto de las obras de rehabilitación necesarias”*.

Sin embargo establecida en el artículo 29 la carga de conservación del inmueble para la administración, ¿ Cual es el incentivo para que que el propietario esté interesado en convenir ?

¿ Cual es la contrapartida que recibe, si en virtud del convenio debe hacerse cargo de la ejecución de una parte, (lógicamente no cabe presuponer de que dimensión, sería el resultado del convenio), de las obras de reparación, cuando según el artículo 29 puede que a la administración le corresponda asumirlas por completo ?

Cabría desde luego suponer que este artículo es letra muerta casi antes de nacer, de no interpretarse, como hemos hecho con anterioridad, el artículo 29 en términos de que la administración está meramente obligada a superar la situación de ruina y en caso de existir interés y voluntad por parte del propietario en proceder a una reparación de superior alcance. De no darse estas dos condiciones nada incitará al propietario a convenir.

Una última previsión del Decreto, (art.33), es la de que la Diputación puede simplemente proceder a la “*consolidación de los bienes culturales ruinosos, a fin de que se conserve sin variar su estructura actual, cuando la ejecución de obras de restauración o reedificación pueda afectar al interés cultural de los mismos*”.

Nada hay que oponer a este precepto, tan solo observar que dado los costes de esta opción, que no garantiza la posibilidad de uso ordinario del inmueble, será pertinente su aplicación en los supuestos en que el mantenimiento de la estructura en si misma alcance un interés cultural relevante.

5.4.10.4. La declaración de ruina y el derribo en la legislación de las restantes C.C.A.A.

La legislación catalana es mucho más parca que la vasca a la hora de referirse a la declaración de ruina y derribo de inmuebles. Tan solo el artículo 32 de la ley dispone que “*los bienes inmuebles de interés nacional solo pueden derribarse, parcial o totalmente, si han perdido los valores culturales que se tomaron en consideración a la hora de calificarlos...previamente al derribo de los inmuebles es necesario haber efectuado los trámites necesarios para dejar sin efecto su declaración...*”.

Carece por tanto la norma de menciones a la declaración de ruina y al resto de circunstancias a que se refiere la norma vasca. Es interesante sin embargo reseñar que se refiere a “*dejar sin efecto la declaración*”, en lugar de utilizar el tan confuso término de “*desafectación*” que utiliza la norma vasca y que la pérdida de valores culturales que permite, en su caso, el derribo, no se liga necesariamente a un estado de ruina, siendo factible además un derribo parcial.

Conviene resaltar sin embargo que este artículo 32 se refiere tan solo a los “*bienes inmuebles de interés nacional*”. Respecto de los restantes bienes integrantes del patrimonio cultural catalán, el apartado 2 del artículo remite al instrumento de

planeamiento urbanístico ad hoc que reclama el artículo 33, como fuente que debe establecer las eventuales condiciones de derribo. Quiere esto decir que se produce una remisión general en la ley catalana a los instrumentos o normas urbanísticas, para la determinación de todas las circunstancias conexas al derribo, (como la declaración de ruina), e incluso para lo que afecta al derribo en el caso de los bienes que no son de “interés nacional”.

La ley gallega si se refiere a la declaración de ruina. Su artículo 41 establece que “*si a pesar de lo establecido en el artículo 33, (en torno a que los bienes culturales gozarán de la máxima protección y tutela), llegase a incoarse expediente de declaración de ruina de algún inmueble declarado bien de interés cultural, la Consellería de Cultura podrá intervenir como interesada en dicho expediente, debiendo serle notificada la apertura y las resoluciones que en el mismo se adopten...en ningún caso podrá procederse a la demolición sin autorización de la Consellería de Cultura*”. Del mismo modo que en la norma vasca, se prescribe una intervención de la administración cultural supramunicipal en el expediente de declaración de ruina y también de forma similar se exige su autorización para la demolición, exista o no tal declaración.

La norma gallega prevé asimismo el supuesto de que “*la ruina conlleve peligro inminente de daños a personas*”, (no recoge la referencia a los bienes como la vasca), en cuyo caso “*la entidad que incoase expediente de ruina habrá de adoptar las medidas oportunas para evitar dichos daños..se tomarán las medidas necesarias que garanticen el mantenimiento de las características y elementos singulares del edificio, que no podrán incluir más demoliciones que las estrictamente necesarias, y se atenderán a los términos previstos en la resolución de la Consellería de Cultura*”. (Art.41.2).

Se reclama aquí una resolución de la Consellería a que deben atenerse las medidas para evitar el peligro inminente. La cuestión que se plantea entonces es la de qué sucede si la necesidad de actuar es inmediata, por la inminencia del peligro y se carece de la resolución.

Finalmente el artículo 41.3 señala que “*la situación de ruina producida por incumplimiento de lo previsto en el apartado anterior conllevará la reposición, por parte del titular de la propiedad, del bien a su estado primigenio*”, de forma similar al deber de conservación y proscripción del derribo del artículo 36.5 de la L.P.C.V.

Andalucía también se refiere a la necesidad de notificación a la Consejería de Cultura y Medio Ambiente “*de la apertura y resolución de los expedientes de ruina que afecten a bienes incluidos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz y su entorno*”, (art.36.1), y a la posibilidad de que dicha Consejería se constituya en parte interesada en “*cualquier expediente de ruina que pueda afectar directa o indirectamente al Patrimonio Histórico*”. (Art.36.4).

En cualquier caso, deja sentado de forma clara que *“la firmeza de la declaración de ruina no llevará aparejada la autorización de demolición de bienes catalogados”*, (art.36.2), y que *“la demolición total o parcial de inmuebles incluidos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz exigira, en todo caso, la autorización de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente”*. (Art.36.3). La norma andaluza no establece pues cuales son los requisitos para considerar la existencia de la ruina, al contrario que la norma vasca.

En el supuesto de *“peligro inminente de daños a las personas”*, (la ley se separa aquí también del ejemplo vasco, siguiendo el gallego, al no aludir a daños a bienes), *“la entidad que hubiera incoado expediente de ruina deberá adoptar las medidas necesarias para la evitación de dichos daños, previa obtención de la autorización prevista en el artículo 33 de esta Ley...las medidas que se adopten no podrán incluir más demoliciones que las estrictamente necesarias y se atenderán a los términos previstos en la autorización de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente”*.

La autorización del artículo 33 es la de la Consejería para *“cualquier cambio o modificación”* en los inmuebles objeto de inscripción específica o su entorno. La norma reproduce la gallega y le son por tanto aplicables las consideraciones realizadas sobre aquella.

El art.37, finalmente, establece la necesidad de informe favorable de la Consejería para la demolición de *“edificios incluidos en Conjuntos Históricos declarados Bien de Interés Cultural... o inscritos en el Catálogo...pero que no hayan sido objeto de declaración o catalogación individual ni formen parte del entorno de otros bienes inmuebles”*.

La ley valenciana dispone, artículo 20, que *“los bienes inmuebles incluidos en el Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano no podrán derribarse, total o parcialmente, mientras esté en vigor su inscripción en el Inventario...si ésta quedare sin efecto, solo podrá otorgarse licencia de demolición, de acuerdo con lo establecido en la legislación urbanística, previa la exclusión del inmueble del correspondiente Catálogo de Bienes y Espacios Protegidos”*.

Dos consideraciones hay que realizar sobre este precepto; una primera se refiere a que el Inventario es en la norma valenciana el instrumento *“unitario”* que recoge también los B.I.C.,(art.15), y la segunda que la norma sin utilizar el controvertido término de *“desafectación”* que utilizaba la norma vasca, establece un régimen similar en lo que hace a la necesidad específica de un acto de exclusión del bien del Inventario.

El supuesto de ruina de inmuebles de interés cultural está además específicamente tratado en el artículo 40 de la norma. Se establece en él que *“la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia intervendrá como interesada en dicho expediente, cuya incoación deberá serle notificada”* .

No se trata aquí de una posibilidad como en el caso andaluz, sino que la intervención es obligada. También se señala, de forma análoga a la de la norma vasca, con el añadido clarificador del último inciso, que la ruina *“consecuencia del incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley, no podrá jamás servir de causa para dejar sin efecto dicha declaración y determinará para el propietario la obligación de realizar a su cargo las obras de restauración y conservación necesarias, sin que sea aplicable en este caso el límite del deber normal de conservación que establece la legislación urbanística”*.

Para el caso de riesgo de daños a terceros, (no especifica el legislador valenciano si solo personas o también bienes), se establece la obligación del Ayuntamiento de comunicar inmediatamente a la Consellería las medidas a adoptar, debiendo resolver ésta *“con la urgencia precisa y en todo caso en el plazo de 72 horas, señalando las condiciones a las que haya de sujetarse la intervención”*.

De forma interesante, y novedosa como referencia expresa, el precepto también establece, por ultimo, que *“en el caso de que un inmueble fuera derruido y formara parte de un entorno o conjunto inscrito en el Inventario...la nueva construcción se ajustará a la tipología y al estilo del entorno o conjunto urbanístico”*, disposición que otras legislaciones remiten a los planes de protección o instrumentos urbanísticos correspondientes.

La norma canaria no dispone la intervención obligada de los Cabildos Insulares en los expedientes de ruina. (Art.58). Dispone siguiendo ejemplos que ya hemos visto simplemente la notificación para la intervención, *“en su caso”*, como interesado. En la línea de las restantes C.C.A.A., se dispone la necesidad de declaración de ruina y autorización expresa del Cabildo, (con informe favorable del Consejo Canario del Patrimonio Histórico), para la demolición.

La peculiaridad de la esta ley se encuentra en el art. 58.3 cuando dispone que *“las medidas necesarias que por razón de fuerza mayor hubieran de realizarse para evitar daños a las personas, (una norma más que se aparta del ejemplo vasco y no alude a bienes), no darán lugar a actos de demolición que no sean estrictamente necesarios para la conservación del inmueble y requerirán, en todo caso, la autorización previa del Cabildo Insular, previéndose además en su caso la reposición de los elementos retirados”*.

Una primera conclusión que cabe obtener es que la norma parece admitir únicamente derribos o demoliciones parciales, actos que permitan la conservación del inmueble. No prevé la posibilidad de que esas mismas razones de fuerza mayor para evitar daños personales obliguen a la demolición total.

En segundo lugar establece la necesidad de previsión de la reposición de los elementos retirados, lo cual en circunstancias de fuerza mayor puede resultar complejo o difícil, aunque el “*en su caso*” del precepto module esa necesidad a los supuestos en que sea factible.

Y en último lugar requiere la autorización previa del Cabildo, sin establecer plazo perentorio para ella, respecto de lo que puede aducirse lo que hemos señalado en relación con otras normas, con mayor énfasis todavía, debido a esa indeterminación de plazo.

El art.58.4 establece además la no extinción del deber de conservación del inmueble por el propietario, cuando la ruina sea consecuencia del incumplimiento de sus deberes, con expresa mención a que “*se le exigirá la ejecución de obras que permitan el mantenimiento aunque excedan del límite de su deber de conservación*”. Hay además una presunción de incumplimiento de deberes si se han desatendido órdenes de ejecución.

La C.A.de Madrid establece, (art.25), que el Ayuntamiento “*declarará la ruina legal del edificio y acordará, en su caso, la demolición total o parcial del mismo, previa audiencia del propietario y sus moradores, salvo inminente peligro, (sin referencia a si exclusivamente para personas o también para bienes, aunque el art.26.3 si se refiera al “peligro para la seguridad de las personas”), que impidiera dicha audiencia, siendo también condición indispensable para la declaración de ruina la autorización previa de la Consejería de Educación y Cultura a los efectos de desafeción del bien cultural o protegido objeto de expediente*”.

Es decir que en principio parecería que se precisa autorización supramunicipal en la declaración de ruina, (sobre la desafeción, en términos muy parecidos a los de la L.P.C.V.), pero no así para la demolición total o parcial, que acordaría el Ayuntamiento una vez declarada la ruina.

Sin embargo el art.26 señala que “*solo de manera excepcional se podrá autorizar, mediante resolución de la Consejería de Educación y Cultura, la demolición de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario*”, para lo que será preceptivo un informe del Consejo Regional del Patrimonio Histórico, (no sabemos si de carácter vinculante, aunque cabe presumir que no, dado que no se señala), y la audiencia del Ayuntamiento respectivo, con lo que podemos equiparar la normativa madrileña con la de las restantes C.C.A.A

Lo que si singulariza la norma madrileña es que define la situación de ruina, (art.25.2), en los siguientes términos: “*se considerará estado ruinoso, a los efectos de esta Ley, la situación en que se encuentra un edificio cuando, debido al deterioro sufrido (en) todos los valores que llevaron a su consideración como bien cultural*

objeto de protección, hayan desaparecido de forma que no pueda intentarse siquiera su restauración”, con lo que se aparta del criterio cuantitativo establecido en la Ley vasca.

Castilla-León no aporta sustanciales novedades en lo que hace a la regulación de la declaración y ruina y derribo de inmuebles culturales, siguiendo la línea de estas últimas normas, administración supramunicipal simplemente legitimada en el expediente de declaración, (art.40), necesidad de autorización autonómica para la demolición, si el inmueble fuese monumento o jardín histórico, posibilidad solo de ejecución de obras de rehabilitación o conservación, y obligación de reposición del titular si la ruina se debe al incumplimiento de sus deberes. Caso de *“peligro inminente de daños a personas”*, la entidad incoante del expediente de declaración puede adoptar las medidas necesarias, sin *“incluir más demoliciones que las estrictamente necesarias”* y ateniéndose a la resolución autonómica previa.

Asturias, sin embargo, define la ruina en términos cuantitativos similares a los de la ley vasca, siendo la única Comunidad que así lo hace, (art.34), y establece la necesidad de informe, (también siguiendo el ejemplo de la L.P.C.V.), de administraciones supramunicipales, (el Gobierno de Asturias en este caso), para la declaración de ruina.

Sorprendentemente, nada indica la norma en torno a la demolición posterior, aunque queda claro a tenor de lo dispuesto en los artículos 28, 50 y 59, que requiere autorización gubernativa expresa.

5.4.11. La protección específica de los bienes de naturaleza mueble.

5.4.11.1. La protección de los bienes muebles en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

La Ley de Patrimonio Cultural Vasco dedica a la regulación específica de la protección de los bienes muebles el Capítulo III del Título III, esto es los artículos 37 a 42. El primero de ellos establece que *“los bienes culturales calificados deberán ser conservados en su integridad, dando cumplimiento al régimen de protección aprobado con su calificación”*, que los bienes *“reconocidos como inseparables de un inmueble por el Decreto de calificación de éste, tendrán la consideración de bienes culturales calificados y estarán sometidos al destino de aquel, a no ser que el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco autorice su separación con carácter excepcional, indicando las razones que lo motivan”* y que los propietarios y poseedores de bienes muebles *“que reúnan las características que reglamentariamente se establezcan para su integración en el patrimonio cultural vasco, están obligados a comunicar al Departamento de Cultura y Turismo...la existencia de los mismos”*.

Ya este artículo inicial justifica un análisis detallado. Llama poderosamente la atención en primer lugar que se establezca el deber de conservación íntegra únicamente con respecto a los bienes muebles calificados. Podría esperarse que el citado deber se expresase en otro artículo en relación con los inventariados y sin embargo no es así, no se encuentra referencia paralela a tales bienes en este capítulo, ¿ tiene esto algún significado? ¿ No están los titulares de derechos reales sobre bienes muebles inventariados obligados a conservarlos en su integridad ?

Hay que señalar que lo sorprendente de la omisión queda aún más de manifiesto, si tenemos en cuenta que en posteriores artículos existe una referencia a ambos tipos de bienes. (Por ejemplo respecto de la exigencia al propietario de medidas urgentes de conservación o custodia, art.39, ¿ es lógico exigir las en el caso de los bienes inventariados si no se ha establecido el deber de conservación íntegra ? o respecto de la prohibición de destrucción, art.40, entre otros).

Si tenemos en cuenta lo dispuesto en los artículos 2.1, 3 y 20 de la Ley, (e indirectamente lo dispuesto en los propios 39 y 40), creemos que no cabe otra conclusión que suponer que existe también un deber de conservación de los bienes muebles inventariados, por más que no se haga expresa referencia al mismo en el artículo 37 o en alguno de los restantes del Capítulo III.

Un segundo aspecto al que se refiere el precepto es el de la separabilidad de los bienes muebles con respecto al inmueble en el que eventualmente se hallaren. En relación con esta cuestión, el hecho de que la inseparabilidad “se reconozca” y no se declare, podría conducir a interpretar que se trata en realidad de la simple acreditación de una situación física, de hecho, más que de una declaración de vinculación o unidad cultural entre los bienes muebles y el inmueble en que se hallan.

Sin embargo, el hecho de que el Gobierno Vasco pueda autorizar la separación con carácter excepcional, indicando las razones que lo motivan, nos lleva a pensar que se trata precisamente de una declaración basada en consideraciones culturales, de interés de conjunto, y no de una mera situación física, a la que no sería preciso referirse y que además choca en principio con la propia consideración del bien mueble, a la que es intrínseca la condición de movilidad.

Hay que hacer referencia finalmente a la obligación de comunicar la existencia de los bienes que se establezca reglamentariamente. La concreta redacción del precepto es susceptible de crítica desde su aparente contradicción con lo dispuesto en otros artículos de la Ley, el 2.1 en particular.

Subrayemos que se remite al reglamento la fijación de las características de las que derivaría la “*integración en el patrimonio cultural vasco*” de los bienes en cuestión. El artículo 2.1 sin embargo ya define qué bienes integran el patrimonio cultural vasco, por lo que no procede remitir a instrumento ulterior alguno la

determinación de requisitos generales de integración, toda vez que la patrimonialidad es singular de cada elemento; sino que en todo caso lo que podría reglamentariamente establecerse es una presunción “*iuris tantum*” de que los bienes de dotados de las características que se señalen, pertenecen al patrimonio cultural vasco en razón del interés cultural que de ellas se deriva.

Puede parecer una cuestión menor, pero a la que es preciso aludir para enmarcar los efectos de la norma reglamentaria y evitar confusiones. Aún careciendo de alguno o de todos los requisitos que se fijasen en ésta, cabría perfectamente predicar la pertenencia de un bien al patrimonio cultural vasco en razón de que se acreditase el interés que demanda el artículo 2.1.

El artículo 38 de la L.P.C.V. dispone que “*los bienes muebles calificados no podrán ser modificados, reparados o restaurados sin previa autorización de la Diputación Foral correspondiente*”.

La autorización se entiende denegada por silencio administrativo si no recae resolución expresa en el plazo de dos meses, (aunque no se señale, hay que entender que a contar a partir del momento de la solicitud), salvo prórroga excepcional que deberá ser notificada por la Diputación Foral de forma motivada.

No es esta norma, sino la correlativa al régimen similar establecido con respecto a los inmuebles. Sin embargo podemos encontrar una diferencia notable en lo que respecta a los términos en que se definen los actos sujetos a autorización previa. Mientras que en el caso de los inmuebles el artículo 29 se refiere a las “*intervenciones*” en general, el 38 menciona específicamente tan solo tres de ellas, la modificación, reparación o restauración. ¿ Es relevante el alcance de esta diferenciación ?

Debemos en primer lugar, para acercarnos a la respuesta, recordar lo que señalábamos en torno a que “*intervenciones*” debía interpretarse, no en un sentido literal que comprendería incluso aquellas no susceptibles en absoluto por su propia naturaleza de causar daño alguno a los bienes y respecto de las que la autorización constituiría una exigencia innecesaria y desproporcionada, sino en un sentido más restringido a las que podían eventualmente afectar a los valores del bien.

Desde ese punto de vista las tres recogidas en el artículo 38, comprenden la mayor parte de supuestos en que puede afectarse a los bienes muebles, sin perjuicio de la omisión de uno que no encaja fácilmente en ellos y que eventualmente puede tener consecuencias sobre los bienes, cual es el de su transporte, su cambio de ubicación, que puede introducir una dosis de riesgo si no se realiza en las condiciones que reclame la naturaleza de los elementos.

Con respecto a éste, dada la intrínseca conexión del transporte con la esencia móvil de estos bienes, el artículo 41 establece un diferente régimen, el de la necesidad de que *“los propietarios y poseedores legítimos”* comuniquen simplemente al Registro de Bienes Culturales Calificados y al Inventario General de Patrimonio Cultural Vasco respectivamente, *“los traslados de lugar de los bienes calificados e inventariados”*.

Hay que destacar que la obligación se refiera de forma idéntica a los bienes calificados e inventariados cuando el artículo inicial del capítulo, que establece el deber de conservación íntegra se refiere tan solo a los calificados.

El artículo 38 también establece, en este caso específicamente con respecto a los bienes inventariados, que *“los trabajos que se vayan a efectuar”* sobre los mismos, *“deberán ser notificados a la Diputación Foral correspondiente con una antelación mínima de cinco días”*.

El precepto no indica a qué efectos debe procederse a esta comunicación. Se omite en este capítulo un artículo similar al 32.2 que en el caso de los inmuebles y tras la comunicación de la intervención, faculta a las Diputaciones Forales para suspender cautelarmente la ejecución de las actuaciones previstas sobre bienes inventariados por un plazo máximo de un mes.

Parece por tanto que no cabe esta posibilidad en relación con los bienes muebles inventariados, con lo que la actuación posible de la administración se reduce a modificar el régimen de protección del bien calificándolo, o a utilizar la cobertura que proporciona el artículo siguiente, al que nos referiremos acto seguido, para exigir la adopción de medidas urgentes de conservación o custodia, o de forma más genérica, a actuar al amparo de los artículos 3 y 40, (que prohíbe la destrucción de los bienes muebles calificados e inventariado).

El artículo 39 establece por su parte que *“en caso de que un bien mueble calificado o inventariado requiera la adopción de medidas urgentes de conservación o custodia, la Diputación Foral correspondiente podrá exigir a su propietario la ejecución de los trabajos que se estimen oportunos, o bien podrá ejecutarlos subsidiariamente en caso de incumplimiento por el titular del bien afectado”*.

Esta norma es correlativa a la establecida de forma análoga para los inmuebles y que ya ha sido anteriormente objeto de análisis, por lo que hay que remitirse a lo entonces señalado.

No sucede lo mismo sin embargo con lo dispuesto en el apartado 2º en relación con que *“asimismo las Diputaciones Forales podrán ordenar el depósito provisional de bienes muebles registrados en lugares adecuados, procurando respetar siempre que sea posible el cumplimiento de la finalidad que los mismos tengan asignada, en tanto el*

lugar de su ubicación original no cumpla las condiciones necesarias para la debida conservación de aquellas”.

Es ésta una norma singular, solo viable en el caso de los muebles, en razón de su naturaleza, y que tiene por definición un carácter temporal hasta tanto en cuanto el titular o poseedor garantice que la ubicación de los bienes asegura su conservación.

Ni que decir tiene que la medida, aunque la Ley omite cualquier alusión al respecto, deberá ser el resultado de un procedimiento administrativo, en el que deberá acreditarse de forma fehaciente el riesgo o daño cierto que reciben los valores culturales del bien y darse audiencia a los interesados, advirtiéndoles, en su caso, de las medidas que demandan los bienes y a las que no dan respuesta las características y condiciones de la ubicación actual.

El artículo hace una referencia al respeto en la medida de lo posible de la finalidad que los bienes tengan asignada. Se plantea aquí la duda de si se refiere a la que tengan asignada en dicho momento por su titular o poseedor, o a aquella a la que fueron destinados los bienes en el momento de su creación o que deriva de su naturaleza, que pueden ser diferentes a aquella.

La redacción del precepto parece sugerir que de lo que se trata es de que la intervención administrativa suponga la menor intromisión posible en la esfera de derechos e intereses del titular, con lo que el respeto vendría referido a la finalidad a que éste destinase los bienes, siempre y cuando, como es obvio, no estuviese directamente relacionada con los motivos que justifican la orden de depósito.

La redacción específica de este apartado deja sin embargo incógnitas en relación con otra cuestión. La mención a que el depósito cabe, *“en tanto el lugar de su ubicación original no cumpla las condiciones necesarias para la debida conservación”*, plantea la duda de qué sucede si el lugar de ubicación es potencialmente adecuado para la conservación, pero ésta se ve dificultada o impedida por el uso concreto que el titular realiza sobre el bien.

La interpretación literal, y estamos en sede restrictiva de derechos subjetivos particulares, conduce a la conclusión de que solo cabe la orden de depósito si el lugar de ubicación no reúne las condiciones adecuadas, el espíritu de la norma es claro y manifiesto en el sentido de facultar el depósito en caso de riesgo para la debida conservación.

El artículo 40 proclama taxativamente que *“queda prohibida la destrucción de bienes muebles calificados e inventariados”*, de forma correlativa a lo dispuesto en otros artículos de la L.P.C.V. como el 3, 20, 28 y 32, (estos dos últimos de aplicación específica a los inmuebles).

La existencia de estos preceptos anteriores es la que permite concluir claramente que pese a que el artículo solo se refiera a la destrucción, la agresión más definitiva e irreversible, la prohibición se extiende en realidad a cualquier acto que ocasione pérdida, destrucción o simple deterioro. (Art.20).

El apartado 2 se refiere a una cuestión que tiene poco que ver directamente con la tratada en el primero, cual es la admisión de que *“los propietarios y poseedores legítimos de objetos y colecciones de bienes culturales calificados e inventariados podrán acordar con la administración la cesión en depósito de los mismos”*.

No hay que confundir desde luego esta cesión en depósito de mutuo acuerdo, con la orden a que se hacía referencia en el artículo anterior. Nada obsta tampoco a que esta cesión conlleve contrapartidas para el titular o poseedor.

En todo caso, dice el precepto, *“conllevará el derecho de la administración a exponer al público los bienes depositados, salvo que con ello pudieran perjudicarse intereses legítimos de personas o grupos sociales y así quede debidamente justificado”*, de manera que se restringe en este punto la libertad de pacto de ambas partes, a efectos de garantizar el derecho de los ciudadanos al disfrute del patrimonio cultural.

5.4.11.2. La protección de los bienes muebles en la normativa de las restantes C.C.A.A.

Siguiendo la línea desarrollada en relación con los inmuebles, procede ahora examinar la normativa referida a los bienes muebles en la leyes de las Comunidades Autónomas, que han legislado en torno a la protección del patrimonio cultural.

Cataluña dispone de un régimen general, (arts.40 a 42), aplicable a todos los *“bienes muebles integrantes del patrimonio cultural catalán”* y uno específico aplicable a los *“bienes muebles de interés nacional y bienes muebles catalogados”*. (Arts.43 a 45).

El régimen general se caracteriza, en primer lugar, por establecer el deber de los propietarios o poseedores de comunicar al Departamento de Cultura la existencia de los bienes muebles *“que se ajusten a las características y condiciones que se establezcan por reglamento”*. (Art.40).

Vemos aquí que se omite, acertadamente, la alusión de la L.P.C.V. a las condiciones como *“de integración en el patrimonio cultural”*. Junto a ello se faculta a

la administración para requerir a los titulares información y acceso, *“examen material”*, a los bienes.

De forma similar a la C.A.P.V. se regula el deber de quienes se dediquen habitualmente al comercio de bienes integrantes del patrimonio cultural de llevar un libro-registro, (art.41), en el que *“constarán las transacciones que afecten a los bienes...”* . Asimismo deben anotarse en el mismo *“los datos de identificación del objeto y de las partes que intervienen en cada transacción”*.

De forma novedosa con respecto a la ley vasca, la norma dispone que *“el Departamento de Cultura llevará un registro de las empresas que se dedican habitualmente al comercio de los objetos a los que se refiere el apartado 1 ...dichas empresas se inscribirán en el registro, con los requisitos que se establezcan por reglamento, para poder ejercer su actividad”*. La inscripción registral se constituye pues en requisito indispensable.

El régimen general finaliza con una mención a que las administraciones públicas *“promoverán la utilización de medios técnicos para reproducir los bienes muebles integrantes del patrimonio cultural catalán, especialmente los incluidos en el patrimonio documental y bibliográfico, si lo requiere su conservación...también emprenderán las actuaciones necesarias para restaurar los fondos deteriorados o que se hallen en peligro de malograrse”*.

La aportación catalana es introducir la referencia con carácter general extrayéndola de los capítulos específicos del patrimonio documental y bibliográfico en que se encuentra en la ley vasca, dado que son muchos los elementos no propiamente documentales o bibliográficos que pueden ser reproducidos en diferentes soportes, a través de técnicas cada vez más avanzadas y que garantizan un mayor fidelidad y respeto a las características originales.

En lo que hace a los bienes muebles de interés nacional y a los bienes muebles catalogados, el art.43 establece que *“cualquier modificación, reparación, restauración o actuación de otro tipo”* sobre ellos, *“no prevista en el programa de actuaciones regulado por el artículo 29”*, será *“aprobada previamente por el Departamento de Cultura”*.

Dejando a un lado la defectuosa técnica con que está redactado el precepto, que literalmente *“ordena”* la aprobación de la Administración en lugar de requerir la intervención de la misma para que pueda llevarse a cabo, conviene resaltar dos sustanciales diferencias con respecto a la normativa vasca, la existencia del programa de actuación, que legitima y exime de autorización específica a las intervenciones en él previstas, y la extensión del régimen no solo a los bienes de interés nacional, (calificados en la L.P.C.V.), sino también a los catalogados, (inventariados).

El art.43 prevé asimismo la posibilidad de ordenar el depósito provisional, con referencia primordial, al modo de la ley vasca, a las “*condiciones (inadecuadas) del lugar de ubicación*”, aunque sin la mención al respeto de la finalidad que los bienes tengan asignadas, y con una alusión final a que también se “*acordará el depósito provisional de estos bienes en el caso de que los titulares incumplan la obligación de conservarlos*” que puede legitimar actuaciones administrativas, cuando es el uso y no tanto el lugar de ubicación, el potencialmente lesivo.

El art.44 dispone que el traslado de bienes de este tipo “*se comunicará al Departamento de Cultura, para que lo haga constar en el registro o catálogo correspondientes... el Departamento de Cultura comunicará inmediatamente el traslado al Ayuntamiento afectado*”. Aquí la norma es muy similar a la de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, con la única adición de la necesidad de comunicación del traslado al Ayuntamiento.

El último precepto referido a la protección específica de los bienes muebles es el artículo 45, que establece la imposibilidad de disgregación de las colecciones de bienes muebles de interés nacional o catalogados, “*sin autorización del Departamento de Cultura*”. (Aquí si que de forma técnicamente correcta).

Es ésta también una aportación interesante, aún y cuando plantee la incógnita de si cabe entender por disgregación cualquier traslado parcial y no íntegro de bienes de una colección, incluso aunque tenga un mero carácter temporal (por ejemplo para su exhibición en alguna exposición) y como tal sometido a autorización y no a simple comunicación, en contraposición a lo señalado en el artículo anterior, o si de forma más lógica y razonable hay que entender que disgregación implica voluntad o riesgo cierto de separación permanente entre bienes que forman parte de una misma colección.

La ley gallega se refiere a la protección de los bienes muebles de interés cultural en los artículos 49 a 51 y a la de los muebles catalogados en el artículo 53. Comienza el artículo 49 por definir cuales son los bienes muebles, “*a los efectos previstos en esta ley*”, que son “*además de los enumerados en el artículo 335 del Código Civil*”, aquellos “*de carácter y valor histórico, tecnológico o material, susceptibles de ser transportados, no estrictamente consustanciales con la estructura de inmuebles, cualquiera que sea su soporte material*”.

Parece pues que serían muebles los bienes que no encajando estrictamente en los supuestos del art.335, tuviesen tales características, aunque no resulte sencillo imaginar el caso.

La primera disposición de la ley en relación con ellos, (art.50.1), establece que “*a todos los bienes que formen parte de un museo, colección visitable o fondos de un archivo, así como a aquellos que integren el patrimonio bibliográfico de Galicia, les*

será de aplicación el sistema de protección establecido en la presente ley para los bienes declarados de interés cultural”.

En virtud de esta norma se produce una “*declaración*”, (la aplicación del régimen derivado de la misma), a todos estos bienes con independencia de sus características singulares. El apartado 2º, de forma idéntica a las leyes catalana y vasca, señala que “*cualquier modificación, restauración o alteración de otro tipo sobre bienes muebles declarados, (es importante recordar aquí lo que acaba de ordenar el apartado anterior), requerirá autorización previa de la Conselleria de Cultura*”.

De forma similar a la ley catalana, el artículo 51 obliga a comunicar los traslados de bienes muebles a la Consellería para su anotación en el Registro, “*indicando su origen y destino, y si aquel traslado se hace con carácter general o definitivo*”. (Se echa a faltar aquí una referencia a la disgregación de colecciones como la que contienen otras normas).

Sin embargo este artículo se refiere exclusivamente a los bienes declarados, no incluyendo los catalogados como el precepto catalán y sin que en sede de estos bienes aparezca cita expresa, con la consiguiente incertidumbre a tenor de lo dispuesto, en el art.53.1, que analizamos acto seguido. Es de todos modos el ejemplo vasco el que sigue, a la hora de referirse a los bienes reconocidos como inseparables de un inmueble, a los que la norma catalana no alude, y a cuyo destino se vinculan requiriendo la separación, definida como excepcional, autorización previa.

El artículo 53.1 se remite expresamente, en lo que hace a la protección de los muebles catalogados, al 50.2, con lo que separándose de lo que establece la L.P.C.V., “*cualquier modificación, restauración o alteración de otro tipo*” en muebles catalogados requiere también autorización previa de la Consellería.

Una última disposición es digna de mención en la ley gallega, la del artículo 53.3 en torno a que “*los propietarios, poseedores y personas o entidades que ejerzan habitualmente el comercio de bienes muebles habrán de comunicar a la Consellería de Cultura la existencia de los mismos antes de proceder a su transmisión a terceros, haciendo constar el precio convenido o valor de mercado, siempre que éste sea igual o superior a lo dispuesto por la legislación estatal*”. La exigencia tiene por objeto “*su posible inclusión en el Catálogo del patrimonio cultural de Galicia*”.

Es llamativo que la obligación no se refiera literalmente a los bienes muebles que reúnan determinadas condiciones y que se consideren subsiguientemente de valor cultural presunto, sino a todos en general, lo que bastaría para configurar un régimen caracterizado por un intervencionismo exagerado, y además de difícil gestión y cumplimiento y también que se exija la comunicación de un precio convenido o valor de mercado, (que puede no ser fácil de establecer incluso para un profesional avezado), cuando no va seguido de derecho alguno de la administración en relación con el mismo.

Implícitamente la referencia a precio o valor igual o superior al de la legislación estatal parece remitirnos a la fijación de la obligación de comunicar respecto de los bienes que alcancen aquel, pero la imprecisa redacción del precepto ofrece demasiado campo a la incertidumbre.

La ley andaluza comienza, (art.43), introduciendo una novedad en cuanto a la definición de los bienes muebles que *“forman parte del Patrimonio Histórico Andaluz”*, la de que lo integran los que *“se encuentren establemente en territorio andaluz”*.

Es evidente que la norma trata de dar respuesta a la “espada de Damocles” que late sobre la protección jurídica de los bienes muebles en territorios en los que no existan controles de frontera, la de la sencilla posibilidad de elusión de las obligaciones jurídicas del propietario o poseedor con el simple traslado de los bienes.

Dada la dificultad de establecer una protección efectiva sobre los bienes que no tengan una presencia estable en el territorio de la C.A.P.V. en virtud de la territorialidad de sus normas, el legislador pretende desde un inicio referirse exclusivamente a los bienes ligados en mayor medida al territorio. Cuestión diferente es que consiga dar una respuesta eficaz o adecuada al problema.

En principio hay que señalar que desconocemos lo que la norma entiende por presencia estable, tanto en lo que respecta al período de tiempo que comprende como a la continuidad o intermitencia del mismo. (Pensemos en bienes que se encuentren en territorio andaluz durante una determinada época del año, todos los años, como consecuencia de la residencia estacional de su titular).

Desde un punto de vista más propiamente cultural, podría objetarse además, (aún reconociendo que siempre es un aspecto de innegable incidencia en la eficacia de la norma), que no puede dejarse la condición de bien integrante del Patrimonio Histórico Andaluz al albur de circunstancia tan fácilmente mudable como la voluntad del titular o poseedor de mantenerlo en el territorio de esta Comunidad.

El apartado 2º del artículo 43 contiene una disposición, novedosa y elogiada en sí misma, pero incongruente hasta cierto punto con la definición del Patrimonio que se acaba de ofrecer, *“La Consejería de Cultura y Medio Ambiente velará por la reintegración al Patrimonio Histórico Andaluz de los bienes muebles de relevancia cultural que se encuentren en otras Comunidades Autónomas del Estado, desarrollando las gestiones necesarias tendentes a su adquisición cuando se encuentren en situación de subasta o venta”*.

Si el Patrimonio Histórico Andaluz lo forman los bienes muebles que se encuentran establemente en Andalucía, (art.43.1), ¿ qué es lo que hay que reintegrar ?

El artículo 44 se refiere a los bienes muebles inseparables de un inmueble por forman con él una unidad cultural, para establecer que *“su transmisión o enajenación solo podrá realizarse conjuntamente con el mismo inmueble”*.

La norma no prevé aquí, como si lo hace la ley vasca, la existencia de casos excepcionales en que pueda autorizarse por parte de la administración competente la separación justificando las especiales circunstancias que concurrieren en el caso.

El siguiente precepto, el 45, impone a los titulares y poseedores la obligación de notificar los cambios de titularidad y de ubicación y de permitir la inspección de los bienes. De forma un tanto sorprendente no aparece, en este título, sin embargo, referencia alguna a la sujeción a autorización previa de todas o al menos algunas de las intervenciones que recaigan sobre ellos.

Con respecto a los bienes inseparables de un inmueble podría argüirse su vinculación al régimen del mismo, más hay que recordar que el artículo se refiere tan solo a la transmisión o enajenación conjunta, y no como en la ley vasca a la sujeción *“al destino del mismo”* o a la aplicación del idéntico régimen jurídico.

En todo caso el art.21 exige la elaboración de un “Proyecto de Conservación” con respecto a cada uno de los bienes inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz y el 23 que dicho proyecto cuente con el visado previo de la Consejería.

La Comunidad Valenciana regula la protección de los bienes muebles de interés cultural, por un lado, en los artículos 41 a 44, y la de los bienes muebles inventariados en los artículos 51 a 54.

Con respecto a los primeros, se establece claramente, (art.41), que *“no pueden ser sometidos a tratamiento alguno ni a cambio en el uso que de ellos se viniera haciendo, sin autorización de la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia”*. No cabe pues aquí el reproche que se hacía a la norma andaluza.

También hay que destacar que el precepto no distingue entre intervenciones, al contrario de lo que, como hemos visto, hacen otras C.C.A.A., con lo que cualquier intervención, pese a lo equívoco del término *“tratamiento”* que evoca medidas paliativas de un estado no óptimo que pueden no concurrir en muchos supuestos, se ve sujeta a este régimen de autorización previa.

La norma dispone además en el apartado 3º de este artículo que la Consellería “ordenará la suspensión inmediata de las mismas (las intervenciones) cuando no se ajusten a la autorización concedida o se estime que las actuaciones profesionales no alcanzan el nivel adecuado”.

Nada hay que objetar a la primera parte de este apartado que se encuentra también recogida en otras normas como la vasca. Si que sin embargo merece algún comentario crítico la alusión al nivel adecuado de las actuaciones profesionales.

Creemos en primer lugar que se trata de una exigencia superflua. Si las intervenciones se someten a autorización previa y ésta se concede en función de un proyecto, que debe definir todos los extremos de la intervención y entre ellos el de la “acreditación de la capacidad técnica y profesional de las personas que hayan de dirigir y llevar a cabo la intervención”, (art.41.2), es evidente que la congruencia con respecto a los términos de la autorización, (salvo comportamiento negligente, que no cabe presumir, de quien deba concederla), es suficiente garantía de adecuación de la intervención y ofrece ya suficiente margen de intervención tuitiva.

Pero es que además los propios términos del supuesto de hecho, (“se estime”, que remite de por sí a una consideración un tanto subjetiva, “nivel adecuado”, que obliga a una valoración de no menos amplia discrecionalidad...) nos advierten sobre su improcedencia y potencial conflictividad.

De forma harto original, la norma valenciana establece otro posible motivo de suspensión, la aparición de “signos o elementos desconocidos que pudieran suponer la atribución de una autoría diferente a la establecida hasta ese momento o un cambio significativo en la obra original”.

En este caso la suspensión de la intervención es automática hasta tanto la Consellería “resuelva lo procedente en relación con la misma”. (Art.41.4).

El artículo 42 se refiere al depósito de los bienes, en la línea que sugeríamos de distinguir entre el forzoso, “cuando peligre la seguridad o conservación”, y el convencional, fruto del acuerdo entre propietario y administración. Respecto a los traslados “deberán hacerse con las garantías suficientes para evitar que pueda causárseles daño”, requerimiento solo implícito en otras normas, y comunicarse a la Consellería, que fijará sus condiciones técnicas “con una antelación mínima de quince días”. El precepto, (art.43), obliga también a comunicar, detalle relevante, “si el traslado es de carácter temporal o definitivo”, aún y cuando el carácter definitivo deba entenderse de forma un tanto relativa ante la imposibilidad de adivinar el futuro.

Una importante e innovadora previsión a este respecto es la que dispone que *“quedan excluidos (se entiende que de la obligación de comunicar el traslado) aquellos bienes muebles de interés cultural que por su propia naturaleza son tradicionalmente trasladados provisionalmente en fechas determinadas o en festividades, según la tradición...todo ello sin perjuicio del necesario control por parte de la Consellería..”*.

Es cierto que la apelación a elemento tan difuso y controvertible como la tradición es fuente de inseguridad jurídica, pero aún así creemos que el objeto y sentido de la disposición son claros, pese a que carezcamos de noticia, (que el desarrollo reglamentario debería proporcionar), sobre el modo de articular ese control administrativo que se demanda.

En lo que hace a los bienes muebles de interés cultural el art.44, último que se refiere específicamente a ellos, proscribire la disgregación de colecciones de aquellos, sin autorización previa de la Consellería, que sin embargo, y pese a exigir informe de *“al menos dos de las instituciones consultivas”*, no se moteja como excepcional al modo de algunas otras normas.

Los bienes muebles inventariados reciben el mismo tratamiento que los de interés cultural, a tenor de lo establecido en el artículo 53 de la Ley, en al menos dos aspectos, su uso y conservación y la prohibición de disgregación de colecciones.

Así lo establece taxativamente el precepto, *“será de aplicación a los bienes muebles del Inventario General no declarados de interés cultural lo dispuesto en el artículo 41 sobre uso y conservación de los bienes muebles de interés cultural, así como la prohibición de disgregación de colecciones establecida en el artículo 44”*.

La C.A. de Canarias requiere autorización previa del Cabildo Insular correspondiente, (art.55), para cualquier intervención *“interior o exterior”* que afecte a los bienes declarados o incluidos en el Inventario de Bienes Muebles. (Disposición que habrá, obviamente, que interpretar en el sentido en que lo hacíamos con el término *“intervención”* en la L.P.C.V.).

Adicionalmente, el 38.2 reitera, (de forma superflua), la necesidad de la misma para la restauración de los bienes muebles inventariados, pero su normativa no contiene referencias innovadoras en la protección de los bienes muebles, más allá de la, a nuestro juicio injustificada y discriminatoria, prohibición de enajenación de bienes muebles inventariados o vinculados a un bien de interés cultural *“que estén en posesión de instituciones eclesiásticas”*, (con lo que eventualmente si el propietario no es el poseedor pudiera incluso ser más patente la discriminación), a *“entidades mercantiles o particulares”*. (Art.42). Tampoco son enajenables los bienes muebles inventariados propios de las Administraciones Públicas de Canarias *“salvo las transmisiones que se efectúen entre si”*.

Madrid establece “*Normas específicas de protección de los bienes muebles*” en los artículos 36 a 38. El primero de los artículos configura el depósito en “*un centro cultural o museo*” como alternativa al régimen de visita pública, referido a los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico de la Comunidad. En el caso de los B.I.C. o bienes inventariados, se establece además la obligación de prestarlos “*para exposiciones temporales organizadas por las Administraciones Públicas en los términos que reglamentariamente se establezcan*”.

El art.37 se refiere, sin novedades, al depósito provisional por inadecuación del lugar de ubicación y al forzoso por incumplimiento de obligaciones de conservación y sobre todo a la prohibición de traslado, modificación, reparación o restauración de muebles declarados o inventariados o disgregación de colecciones sin autorización gubernativa previa. Una Comunidad más que establece la necesidad de autorización tanto para los muebles declarados como para los meramente inventariados o catalogados. Y el 38, también sin aportaciones relevantes, al comercio de bienes muebles, registro de quienes lo desarrollan habitualmente y obligaciones que se les imponen.

Castilla-León establece un régimen similar, con las únicas precisiones de que la “*resolución expresa sobre las autorizaciones*” deberá recaer en un plazo máximo de 6 meses en el caso de los bienes declarados, (art.45.3), de que la autorización se entiende concedida por silencio administrativo en el caso de los muebles inventariados si no existe resolución en tres meses, (art.48.1), y de que “*no será obligatorio realizar los préstamos y depósitos a que se refiere el apartado anterior por un período superior a un mes por año*”. (Art. 48.2). (Hay que hacer la salvedad de que ni el apartado ni el artículo anterior hacen referencia a préstamo o depósito alguno).

Asturias, finalmente, carece de capítulos específicos referidos a la protección de los bienes muebles, a los que su norma se refiere en los apartados relativos a la protección general y a cada régimen jurídico. Una primera aportación interesante, (art. 39), es el establecimiento como causa concreta de interés social o utilidad pública a efectos de expropiación de bienes muebles, entre otros, de los supuestos de incumplimiento de las condiciones de acceso de investigadores o administración o de depósito en centro público, de que “*no se garantice el mantenimiento de la integridad de colecciones*” o de la “*vinculación histórica de un bien mueble con un inmueble declarado...*”.

El artículo 40 por su parte obliga a comunicar “*todo proyecto de proceder al traslado fuera de Asturias de bienes muebles, con un plazo mínimo de un mes antes de que se produzca*”, y el 41 dispone que “*reglamentariamente se establecerán los criterios de antigüedad y valor económico*” que concretarán la obligación de comunicar la existencia de bienes muebles, de forma excesivamente restringida pues pudiera haber otros criterios utilizables para definir los términos del deber, que “*no se podrá proceder al traslado fuera de Asturias de los bienes cuya existencia deba comunicarse obligatoriamente a la Consejería de Educación y Cultura en tanto no se haya cumplido*”.

con dicha obligación”, disposición bienintencionada pero de dudosa eficacia, y que comunicada la existencia, la Consejería dispondrá de un mes para iniciar los trámites de establecimiento de algún régimen de protección, período de tiempo en que los bienes “*se considerarán sometidos a depósito y no podrán ser, por tanto, trasladados fuera de Asturias sin autorización*”, aportación novedosa en relación con otras normativas autonómicas.

El siguiente artículo, el 42, requiere que la salida temporal de fondos declarados o inventariados de museos, archivos o bibliotecas, requerirá la adopción de las adecuadas medidas de seguridad y deberá ser comunicada a la Consejería, “*salvo en los casos que correspondan a las actividades habituales de préstamos, encuadernación, expurgo, reproducción, o traslado de libros o documentos sin valor cultural individual reguladas mediante normas específicas y efectuadas bajo la responsabilidad de personal facultativo expresamente habilitado para ello*”, con lo que se intenta dar respuesta al problema que señalábamos en relación con la interpretación de la norma valenciana.

El precepto se refiere “*in fine*” a que “*reglamentariamente se establecerán los casos en que dichas salidas requerirán autorización*”, que hay que entender que no comprenderán ninguno de estos supuestos de comunicación no obligada.

El artículo 44 se refiere al depósito provisional en caso de peligro para la conservación o seguridad, el 45 específicamente al derecho de tanteo y retracto de bienes muebles declarados e inventariados y el 49 a la prohibición de disgregación de colecciones sin autorización, sin especiales innovaciones en ninguno de los casos.

Tan solo destacar, con ámbito limitado a los muebles inventariados, que el artículo 59 somete expresamente a autorización “*las restauraciones de bienes muebles*”, sin referencia a otras intervenciones, que literalmente quedarían eximidas de la misma, aunque se señale además que “*solo son autorizables las obras e intervenciones que respeten sus valores históricos y culturales y no pongan en riesgo su conservación*”.

5.5. EL PATRIMONIO CULTURAL EN EL PLAN VASCO DE CULTURA.

Durante el año 2004 vio la luz el Plan Vasco de la Cultura, aprobado, en primer lugar por el Consejo Vasco de la Cultura, y posteriormente por el Consejo de Gobierno del Gobierno Vasco, “*instrumento que pretende reflejar el acuerdo en la C.A.V. entre los distintos agentes públicos y privados sobre la visión estratégica, los criterios de actuación y las prioridades para el conjunto de la cultural vasca*”.⁷⁰⁵

⁷⁰⁵ Plan Vasco de la Cultura. op. cit. pag.9

El Plan “consta de una introducción conceptual y temática, unos diagnósticos generales, una reflexión a largo plazo en forma de ejes estratégicos, desde los que se proponen líneas de actuación a muy largo plazo y un plan de líneas y acciones a cuatro años”.⁷⁰⁶

En el contexto de esa introducción conceptual se define el patrimonio de manera muy congruente con lo establecido en el marco legal vigente, “*el patrimonio cultural hace referencia a la memoria histórica de un país... puede ser inmaterial o material, inmueble o mueble...sus objetivos fundamentales son la preservación, conservación, restauración, puesta en valor y difusión del legado cultural de una comunidad*”.⁷⁰⁷

Es obvio, en todo caso, que los objetivos no son los que debe perseguir el patrimonio, que como tal carece de voluntad y libertad de elección, sino quienes tenemos la oportunidad de tratar con él.

Se añade en este apartado que “*suele gestionarse a través de centros o servicios de patrimonio cultural (etnográfico, arquitectónico, arqueológico, artístico, industrial...) del sistema de museos, del sistema de archivos y del sistema de bibliotecas*”, y que se trata de “*estructuras de titularidad pública y privada, con una clara vocación de servicio público, que reciben fuerte apoyo institucional y funcionan, casi siempre, sin ánimo de lucro*”⁷⁰⁸, constituyendo lo que el Plan denomina el “*subsistema de patrimonio cultural*”, que junto a los de “*creación y expresión artística*” e “*industrias culturales*” integran el “*sistema cultural*” de la C.A.P.V.

El subsistema de patrimonio cultural estaría a su vez integrado por el patrimonio arqueológico, el arquitectónico, el industrial, el etnográfico, el artístico, las bibliotecas, archivos y museos, resaltando aquí el reconocimiento del patrimonio industrial, al que se reconoce naturaleza y personalidad propia, lo que no hace la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

El contenido básico del Plan es un análisis DAFO (Debilidades, Amenazas, Fortalezas y Oportunidades) del que nos ocuparemos de aquello que se refiere directa o indirectamente al patrimonio cultural. En lo que hace al “*sistema de cultura*” en general, dos, (de un total de 11), son los “*puntos fuertes*” referidos propiamente al patrimonio cultural.

El primero de ellos señala que “*consta una tradición artística y creativa significativa en varios dominios: en artes (visuales y plásticas, música, danza, teatro popular), en patrimonio (arquitectura, patrimonios,) y en industrias culturales (cine,*

⁷⁰⁶ Ibidem, pag. 11

⁷⁰⁷ Ibidem, pag. 19

⁷⁰⁸ Ibidem, pag .19

ensayo, literatura...) que se trasduce en cierta fidelidad del público a los creadores propios preferidos (literatos, músicos, cineastas).

Dejando a un lado lo incorrecto de los términos utilizados, separando arquitectura y patrimonios por ejemplo, la conclusión expuesta es sumamente discutible en nuestro objeto concreto de análisis, (está quizás excesivamente sesgada u orientada hacia ciertos ámbitos de la creación artística), no hay más que ver la enorme afluencia de profesionales, (arquitectos particularmente), extranjeros a los que se encomienda la intervención sobre los suelos más codiciados, o sobre elementos de indudable relevancia patrimonial.

Sin perjuicio de que esta misma tesis haya procurado excavar en las más antiguas raíces de la preservación del patrimonio, no creemos que quepa considerar como “*punto fuerte*” una tradición y sensibilización hacia la protección, que en el ámbito administrativo y social y más allá de los bienintencionados esfuerzos de individuales corazones sensibles y eruditos, es muy reciente, y aún hoy, en la preservación de determinados patrimonios, el industrial, por poner un ejemplo, tropieza con múltiples intereses contrapuestos.

El segundo de los puntos fuertes se fundamenta en que “*la sensibilización social que existe con respecto a la cultura popular tradicional y al patrimonio etnográfico es cada vez mayor*”, y en que “*hay conciencia creciente de la importancia del patrimonio y el arte como un recurso del turismo cultural que ha añadido atractivo y potencial turístico a Euskadi en los últimos años...la diversidad y la comunicación entre culturas es la otra cara de la globalización*”.

Sin negar, aunque cabrían matices, nada de lo expuesto, si que proceden dos consideraciones. Una primera es que el patrimonio etnográfico parece quedar muy en solitario cuando no se alude a ningún otro, siendo además curiosa la cita cuando se trata del que cuenta, como ya hemos señalado, con un menor número de elementos protegidos por el sistema jurídico de la L.P.C.V.

La segunda es obligada, si se cree que, reconociendo la importancia económica y cultural del turismo en toda su enorme dimensión, es muy pobre un análisis que omita la potencialidad del patrimonio como generador de identidad y fuente de disfrute y educación individual y social, no ya en lo que hace a su subsistema específico sino al más general y global.

Dos, (de doce), son asimismo las “*oportunidades*” que detecta el análisis del Plan en sede de sistema de cultura en general. Una primera muy indirecta, muy cogida por los pelos, porque no sabemos en qué medida los redactores del Plan la conciben de este modo, es la que alude a que “*la promoción se convierte en clave para los productos culturales vascos, así como la disposición a pagar y la disponibilidad*

económica de los usuarios”, en la medida en que podemos considerar los elementos patrimoniales como productos culturales.

La segunda, proclama que *“hay potencialidades asociadas al creciente turismo cultural no masivo”*. Resulta llamativo que fuera del apartado turístico, todo un Plan Vasco de la Cultura no considere las vinculadas al patrimonio, que veremos en su subsistema específico, como oportunidades de todo el sistema cultural.

Entre los *“puntos débiles”* del sistema cultural en general relacionados con el patrimonio, (4 de 16 en este caso), el Plan alude en primer lugar a uno ya apuntado en este trabajo, que *“se carece aún de una visión común de lo que es cultura vasca, de sus contenidos y de su necesidad de desarrollo”*.

A esto hay que añadir que *“hay también déficits en la formación en gestión empresarial de patrimonio, artes o industrias de la cultura”*, y que *“el mecenazgo, el patrocinio y la implicación cultural del sistema financiero vasco, privado o semipúblico (parece ésta una referencia a las cajas de ahorro) son escasos”*.

También la alusión a la *“escasez de plantillas en bibliotecas y archivos”*, podría ser considerada como una correcta diagnosis de un obstáculo para la adecuada protección de ciertos elementos patrimoniales.

Resulta finalmente muy llamativo, en este análisis global del sistema cultural de la C.A.P.V. que ninguna de las 15 amenazas recogidas se refiera directamente al patrimonio. Podría esto llevar a la equivocada conclusión de que el patrimonio cultural vasco de la C.A.P.V. no está amenazado, pero no es así, como se pone de manifiesto en el subsistema patrimonial. Lo llamativo es que esas amenazas reconocidas en éste, no se hayan considerado, erróneamente a mi juicio en el caso de algunas de ellas, como amenazas al sistema cultural en su totalidad.

El análisis específico del *“subsistema de patrimonio”* detecta asimismo puntos fuertes, débiles oportunidades y amenazas.

En el primero de los apartados⁷⁰⁹ sostiene que *“se constatan unos ricos y heterogéneos patrimonios (arqueológico, etnográfico, arquitectónico, artístico e industrial) que, hasta hace poco, no se habían valorado en toda su dimensión, un amplio tejido de centros bibliotecarios y de archivos con tradición secular, así como unas importantes y diversificadas redes de museos, con obras de contemporáneos de categoría internacional”*.

⁷⁰⁹ Ibidem, pag.33

Dejando a un lado disquisiciones terminológicas, nada habría que objetar a esta conclusión, salvo quizá la mención a que la riqueza patrimonial y amplitud del tejido, están al albur del parámetro de comparación o de un juicio previo sobre el nivel que se considera razonable.

Un tanto trufada de triunfalismo parece sin embargo la consecuencia atribuida de que *“todo ese sistema formativo, operando sobre una sociedad viva y con un nivel cultural aceptable (y hasta aquí no hay objeciones, asumida la consideración del párrafo anterior) genera un inmenso vivero cultural para la emergencia constante de autoría nueva, de iniciativas culturales o de empresas productoras de cultura”*.

También se considera *“punto fuerte”* del sistema patrimonial que *“existe un tejido de tradiciones investigadoras, entidades, asociaciones, publicaciones y expertos en ámbitos como la etnografía y arqueología, así como un importante nivel de competencia profesional en servicios de bibliotecas, archivos y museos.”*

Globalmente considerada, no podemos discrepar de la conclusión, pero peca, creemos, por defecto y por exceso. Parece injusto en primer lugar hacer referencia a ámbitos como la etnografía y la arqueología como especiales centros de excelencia investigadora que, se supone dada la cita particular, destacan especialmente sobre los restantes. (Y sobre todo tras la desaparición de la egregia figura de D. Jose Miguel de Barandiaran).

Existen innumerables instituciones y personas fuera de esos ámbitos que han realizado impagables contribuciones a nuestro acervo cultural. Y se peca por exceso cuando se hace referencia al *“importante nivel de competencia de nuestros servicios de bibliotecas, archivos y museos”*, en los que como en botica, hay de todo. Y no queremos referirnos especialmente a sucesos que han empañado recientemente la imagen de algunos de las más encomiados.

No podía dejar de existir alguna referencia a la propia administración, que se ubica como si constituyese uno de los puntos fuertes, porque *“es activa en materia de patrimonios y, junto con Catalunya ha sido pionera en procesos de investigación, difusión y defensa de su patrimonio industrial”*, al mismo tiempo que *“se dan avances relevantes en la modernización del tratamiento técnico archivístico y bibliotecario.”*

Aquí si que nos vamos a permitir discrepar, o al menos introducir importantes matices. Creemos que esta afirmación denota una muy destacada falta de autocritica, de la que por cierto no se carece en los apartados relativos a puntos débiles y amenazas.

Que la administración sea activa en materia de patrimonio parece querer decir que va más allá de aquello a lo que está estrictamente obligada por la voluntad del legislador, y no es verdad. Casi 20 años después de la aprobación de la L.P.C.V. son

muchas, como observará el lector de este trabajo, las disposiciones que se han quedado en papel mojado y respecto de las que la administración no ha manifestado voluntad alguna de cumplimiento, y otras tantas han ido viendo la luz con un retraso tal, que las ha privado de parte de la efectividad que pudieran haber tenido de haber sido adoptadas con anterioridad.

Es cierto que la Ley pecaba seguramente de un exceso de ambición, teniendo en cuenta las circunstancias económicas y sociales de la sociedad a que se dirigía, pero no constituye un punto fuerte del sistema la actividad de la administración en la tutela del patrimonio, todo lo más un paisaje de claroscuros.

El carácter pionero de la administración vasca en la defensa del patrimonio industrial es fácilmente cuestionable con acudir tan solo al listado de elementos del mismo incluidos en algún régimen jurídico de protección, y con constatar que aún hoy se carece de un Museo de la Industria Vasca, esa que ha influido tanto en la configuración de nuestra identidad moderna, que el Museo de la Técnica no ha nacido tampoco pese a disponer la administración de un importante conjunto de elementos almacenados de forma itinerante a la búsqueda de un lugar de eterno descanso, y que desaparecen importantes elementos patrimoniales, (algunos incluso de los pocos que contaban con algún tipo de protección), sin que se escandalicen más allá de unos pocos románticos escasamente influyentes.

No negaremos por último la *“modernización del tratamiento técnico archivístico y bibliotecario”*, pero sí que haya alcanzado tal grado de generalización y universalidad fuera de los propios archivos y bibliotecas representativos de algunas de las administraciones, como para considerarlo *“punto fuerte”* del sistema de tutela del patrimonio.

También sostienen los autores del Plan que *“se están produciendo varias transformaciones conceptuales: el paso del patrimonio por elementos al de conjuntos y a su percepción como cultural; su consideración multidimensional (cultura colectiva, memoria, identidad, activo, patrimonio y valor económico”*.

Respecto de esta consideración nos permitimos cuestionar su ámbito, ¿ entre quienes realmente se está produciendo esta transformación conceptual ?

Otra virtud del sistema a la que se hace específica mención es la de que *“se da un control del urbanismo y de la ordenación territorial, mediante el análisis de todas las modificaciones de planeamiento y ordenación del territorio de la CAV y una gestión coherente de los materiales patrimoniales y arqueológicos protegibles”*.

Lo primero es cierto, sin olvidar que cuando se produce una colisión entre los intereses patrimoniales y los de gestión del suelo, fácilmente se deja en la mayoría de

los casos sin tutela lo que antes se consideraba que la merecía, (y ejemplos hay a patadas), y que no siempre son indiscutibles las conclusiones de ese análisis.

Lo segundo no lo compartimos, aunque depende de lo que cada uno entienda por coherencia, toda vez que la “*gestión coherente*” exigiría unos medios que distan mucho de estar en manos de los profesionales de la administración dedicados a estos menesteres.

El Plan proclama también que “*se ha producido una importante mejora de los servicios documentales, archivísticos y bibliotecarios, (es curiosa la omisión aquí de la referencia a los museos), “a través de la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (NTIC) y gracias al importante esfuerzo en la informatización de los catálogos de bibliotecas que facilitan a la ciudadanía un acceso libre y democrático”.*

No lo negaremos, Simplemente habrá que constatar que sistemas como “*badator*” o “*euskaldoc*” se encuentran todavía en incipiente fase de implantación y que su plena efectividad tardará todavía.

Y finalmente, como último punto fuerte, se alude a que “*la estructura del territorio –incluyendo a las grandes ciudades vascas cuya revalorización sociocultural y turística es creciente- permite establecer una red cultural que genere calidad, de vida, competitividad económica, reforzamiento de los valores de identidad, diversidad y cohesión.*”

Estamos plenamente de acuerdo en esto. La posibilidad está ahí. Solo habrá que recordar que pocas cosas, (y no están desde luego entre ellas las ciudades), pueden ser realmente grandes en un país tan pequeño.

Pasando ya al capítulo de oportunidades, el Plan detecta media docena de ellas.⁷¹⁰

Una primera se refiere a que “*se está produciendo una sensibilización en personas, instituciones y localidades sobre la vinculación de la historia y el patrimonio con la identidad*”. Esto se expresa “*en la recuperación de caseríos; la rehabilitación del patrimonio tanto arqueológico como etnográfico, documental y monumental; el auge de las genealogías; la revalorización de los archivos diocesanos, parroquiales y privados*”.

De nuevo mantenemos aquí una visión que contrasta con la de los autores del Plan. No negaremos que en algunas personas se esté produciendo la sensibilización que

⁷¹⁰ Ibidem, pag. 37.

se apunta y que ello constituya una oportunidad para incrementar la protección del patrimonio cultural y garantizar mejor el derecho a su disfrute, pero si que no coincidimos en lo que hace a las manifestaciones en que se detecta.

Son más, creemos, los caseríos que se destruyen que los que se rehabilitan, incluso en muchos de los casos las rehabilitaciones son enormemente nocivas, devastadoras me atrevería a decir, de lo que realmente constituía la patrimonialidad y el valor cultural del inmueble.

En algunos casos se está pretendiendo hacer pasar por rehabilitación, (aprovechando la impunidad que da la lenta inclusión de los inmuebles en los regímenes jurídicos), lo que no es sino mero mantenimiento de una fachada, las más de las veces alterada incluso por las exigencias de adaptación al nuevo uso no agropecuario.

Lo mismo puede decirse respecto de la rehabilitación de otros patrimonios, están desapareciendo, sin que a nadie llame a escándalo, archivos y patrimonio de empresas señeras como Altos Hornos de Bizkaia, al mismo tiempo que se integran, acertadamente, en los archivos públicos los de otras muchas compañías, y se siguen produciendo desmanes en yacimientos, junto a intervenciones que merecen elogios a nivel incluso internacional.

No detectamos finalmente, aunque seguramente más y mejores datos tendrán los profesionales de los que provendrá sin duda la información del Plan, auge alguno de las genealogías, más nos parece que otros tiempos serían en este ámbito más fructíferos para estos investigadores y la revalorización de los archivos eclesiásticos y privados, dudamos muy mucho que se haya traducido en un incremento tan sustancial de medios, de consultas y de resultados científicamente útiles como para justificar afirmación tan rotunda.

Como una oportunidad se ve también la afirmación de que *“la reutilización de parte de los elementos del patrimonio industrial o etnográfico es fundamental para garantizar su pervivencia y puesta en valor”*.

Con la afirmación estamos absolutamente de acuerdo, pero en si misma no constituye oportunidad de nada. Lo haría si se pudiese afirmar que se está produciendo esa reutilización en grado razonable, pero aquí, el hecho de que los optimistas autores no se atrevan a sostener la tesis es ya elocuente motivo de sospecha.

A nuestro juicio se está produciendo una reutilización de elementos patrimoniales para nuevos usos creciente, y es un aspecto muy positivo en la medida en que puede garantizar la supervivencia de los elementos, a los que no puede condenarse a constituir eternos museos de si mismos sostenidos exclusivamente con fondos públicos,

pero al mismo tiempo, en no pocos casos, las exigencias de esa adaptación a nuevos usos están destruyendo algunos de los elementos y valores en que radicaba el interés cultural del bien.

Como sosteníamos en otro lugar⁷¹¹ *¿conservar una chimenea como elemento decorativo de un parque de Bilbao, el de Etxebarria....nos dice algo en torno a la, no diremos que emblemática pero si bastante representativa, fábrica que ocupó antaño su solar? ¿En qué medida podemos hablar de protección del patrimonio industrial cuando se conserva una grúa de unos astilleros desaparecidos, si no se la rodea de un contexto que recuerde de alguna manera....cual era su función y qué es lo que ocurría en torno a ella que lo convierten en elemento tan singular...?...Permítanme humildemente preguntarles en que medida el edificio Illgner.... conserva la memoria de Altos Hornos de Bizkaia.*”

Una tercera oportunidad se define en los siguientes términos, *“se ha de explorar la vía de los incentivos fiscales –o de las compensaciones económicas- para los propietarios de inmuebles calificados y de instalaciones industriales de interés arquitectónico, paisajístico o social declarado, o para la recuperación o afloración del patrimonio artístico”*.

Exhortar al cumplimiento de este mandato legal no es una oportunidad, lo sería una política realmente efectiva de ayudas fiscales a la conservación del patrimonio cultural y no la realmente tacaña que se restringe aquí a los inmuebles calificados, (y bienes declarados en general), olvidando a los meramente incluidos en el Inventario.

Dado el limitado número de bienes calificados, al Plan más que oportunidad habría que denominarlo oportunidad...perdida. Difícilmente la política que aquí se predica, continuista y conservadora donde las haya, conseguirá afloración alguna de bienes patrimoniales.

Una nueva oportunidad se observa en que *“cabe afianzar una nueva marca cultural y el desarrollo de nuevos circuitos culturales, patrimoniales y museísticos”*, y en que *“el turismo verde puede ayudar a impulsar el patrimonio etnográfico”*.

No cabe negar ninguna de estas posibilidades, nada nos dice sin embargo el Plan sobre como trasladarlas a la realidad desde el ámbito de los buenos deseos. También en la misma línea *“constituyen una oportunidad el desarrollo del Archivo Nacional de Euskadi, del Sistema Vasco de Museos, de la Biblioteca Vasca y –para el sistema bibliotecario- del catálogo colectivo”*. Ninguna de estas necesarias infraestructuras ha llegado, sin embargo, a alcanzar todavía el rango de oportunidad. Lo serán cuando existan.

⁷¹¹ SOBRINO ARANZABE J.I. *“Algunos retos para la conservación del Patrimonio Industrial Moderno: la experiencia de la C.A.P.V.”* en Congreso Vasco de Patrimonio Industrial. Ed. Asociación Vasca de Patrimonio Industrial y Obra Pública. 2001, pags. 245-248.

Finalmente, *“la extensión de la conciencia general sobre el valor del patrimonio puede generar una importante participación de agentes privados y pequeños propietarios en proyectos de puesta en valor del patrimonio arquitectónico, artístico y etnográfico”*. Puede, efectivamente. Pero no lloverá del cielo. Y no sabemos como se va a regar esta planta.

El Plan reconoce que los puntos débiles del subsistema de patrimonio son más que los fuertes y más que las oportunidades. La mayoría de ellos vienen a relativizar e incluso a negar algunas de las conclusiones obtenidas en los restantes apartados. Son a veces, las consecuencias de escoger un análisis DAFO, en el que existe un serio riesgo de ser incapaz de obtener conclusiones globales y realizar un diagnóstico integral.

La relación de puntos débiles⁷¹² comienza haciendo referencia a algo que ya hemos apuntado anteriormente; que *“hay serias lagunas en el conocimiento, clasificación y catalogación del patrimonio etnográfico vasco, mueble e inmueble, así como del patrimonio arquitectónico industrial y etnográfico, con el consiguiente riesgo de deterioro y desaparición”*.

Además *“hay mucho patrimonio artístico que no ha aflorado sin que los sistemas de incentivos hayan sido suficientes”*. Y también *“se produce una destrucción acelerada del patrimonio etnográfico (edificios singulares, yacimientos, caseríos...) e industrial por causa de los planes industriales, urbanísticos e inmobiliarios”*.

Verá el lector que no le he engañado. Que las opiniones que pudiera haber considerado faltas de prueba, se ven aquí confirmadas por la confesión de la parte actora.

Por otra parte *“se dispone de escasos medios de financiación para el tratamiento de los materiales excavados y un tratamiento fragmentado en bastantes proyectos de investigación arqueológicos, produciéndose algunas intervenciones arqueológicas (por no hablar de las no arqueológicas que sufren también los yacimientos) no suficientemente controladas”*.

Adicionalmente, *“también aparecen problemas de privatización de la documentación gráfica y escrita surgida en intervenciones arqueológicas financiadas por fondos públicos”*, algo realmente inadmisibile.

Como puntos débiles también se apunta que *“el patrimonio etnográfico parece comparativamente el menos valorado por las instituciones”* y que *“hay un predominio*

⁷¹² Plan Vasco de la Cultura. op. cit. pag.42.

de criterios utilitaristas y formales en detrimento de un uso sensato para los edificios patrimoniales”.

A este respecto se señala, acertadamente desde luego, que *“la destrucción del interior de un edificio o el mantenimiento únicamente de su fachada son ajenas a una eficiente restauración”.*

Quizá quepa aquí realizar una pequeña matización. Este mismo trabajo denuncia en varios capítulos la tragedia cultural que se esconde detrás de ciertas intervenciones aparentemente respetuosas con el patrimonio, pero puede resultar exagerado pensar que sucede esto en la mayoría de los casos, que predominan estos supuestos sobre los de uso sensato.

Hay que tener en cuenta que es muy importante que el patrimonio se encuentre en uso, condición imprescindible para su supervivencia, por lo menos en ciertas ubicaciones, (urbanas), que las modernas normas de convivencia imponen determinados condicionantes, (ascensores, medidas antiincendios, cableado de infraestructuras, medidas que faciliten el acceso de minusválidos, determinado número de servicios en los locales abiertos al público...), que no existían cuando los bienes, (nos referiremos obviamente a inmuebles), fueron construidos, y que estas adaptaciones pueden conllevar ciertas alteraciones, pero no siempre, ni siquiera la mayoría de las veces a nuestro juicio, lo destruido es más relevante, puesto en la balanza, que el provecho obtenido, incluso para el propio patrimonio, de la puesta en uso moderno. Sin negar que en algunos casos las *“restauraciones”* sean simple y llanamente un atentado a la cultura y un canto a la ignorancia o insensibilidad.

Otra de las debilidades detectadas es la de que *“se carece de un registro de museos en el que se establezcan los requisitos básicos para la homologación de los estándares de equipamiento, restauración, catalogación, personal y gestión necesarios para la obtención de recursos públicos”.* Hay *“muchas deficiencias (horarios, estancamiento, museos cerrados, imposibilidad de autofinanciación y dificultades para esponsorizarlos”.*

Lo que se viene a reconocer con estas palabras es que se carece del sistema de museos que se enunciaba en términos de oportunidad en el apartado precedente.

Asimismo *“aún se carece de un Plan Nacional de Museos (quien sabe, por otra parte, si no debía ser contenido necesario de este Plan de Cultura) y de mecanismos de coordinación territorial de los museos públicos”.*

La *“descoordinación entre las instituciones”* ha generado *“déficits en materia de registro de museos y de recursos existentes, de reglamentación específica e incluso de cobertura museística de diferentes colecciones de interés”.*

Por ello, *“se han descuidado museos de gran interés que se encuentran en un estado precario de conservación”*.

En materia de recopilación y conservación de archivos privados *“existen serias carencias y lagunas en Euskadi, lo que genera la pérdida de elementos pertenecientes a la memoria histórica de entidades privadas (empresas de mayor importancia y tradición, partidos políticos, asociaciones, familias...)*. *“Tampoco existe una perspectiva general de la tradición documental”*. Panorama desolador, desde luego.

Diagnóstico que se repite en otros ámbitos, *“la descoordinación y escasa cooperación entre los centros bibliotecarios tiene como consecuencia la ausencia de un sistema integrado de optimización de recursos y servicios”*. No nos suena a nuevo. *“Quizás puedan ser (sic) la explicación de fondo la ausencia de normativas generales y específicas sobre bibliotecas y la falta de unos servicios centrales que den cuerpo al sistema vasco de bibliotecas”*. Además *“lo mismo ocurre en el sistema de archivos”*.

Otros problemas derivan de que *“aún no se dispone de una biblioteca nacional vasca”*, *“hay un deficiente nivel de euskaldunización de los catálogos (son muy pocas las bibliotecas que cuentan con un catálogo en euskera o bilingüe)”*, *“hay un exceso de programas informáticos no homogéneos de gestión bibliotecaria”* y *“se debe hacer un mayor esfuerzo en materia de incentivos y de ayudas de tipo económico-financiero para la investigación, conservación, recuperación, protección, difusión, ayudas al planeamiento etc, en toda clase de patrimonios”*, aunque el punto débil no sea que se deba hacer mayor esfuerzo, sino el nivel del que se hace.

Hay que enfrentarse finalmente a las amenazas que, a juicio del Plan, penden sobre el patrimonio cultural vasco. La primera es que *“parte del patrimonio cognitivo etnográfico (tradiciones orales y de oficios poco documentados) se encuentra amenazado ante la desaparición progresiva de las personas mayores, lo que exige acelerar las investigaciones”*.

A esto habría que añadir que no ya los informantes sino incluso las propias tradiciones, hasta las más representativas de una determinada cultura, desaparecen inevitablemente por su inadaptación a la evolución dinámica de la sociedad y los obstáculos que a su desarrollo opone un diferente estilo de vida, en ese proceso social en el que a su vez se generan otras.

El Plan reconoce que *“la protección de millares de elementos patrimoniales industriales que se consideran amenazados es materialmente imposible”*, (y no solo la de los elementos industriales), y que *“la inmensa mayoría ni siquiera ha podido ser clasificada hasta la fecha por unos escasos técnicos especializados”*, entre otras cosas, porque *“la falta de recursos humanos incide negativamente en la política de protección*

del Departamento de Cultura del Gobierno” en la que “se atiende casi exclusivamente a las urgencias y no se realiza una labor programada de protección”.

Una amenaza patente es que *“hay un gran riesgo de desaparición de parte del patrimonio industrial e inmueble de propiedad privada por intereses económicos y de suelo, puesto que no se han puesto en marcha, hasta ahora, mecanismos adecuados para su protección y preservación”.*

Es un peligro obvio, no ya en el ámbito de la C.A.P.V. al que se refiere el Plan, sino en cualquiera sociedad capitalista moderna, y resulta difícil y complejo, por diversas razones, establecer esos mecanismos que se reclaman.

En referencia específica al patrimonio documental se señala también que *“la progresiva generación de documentos originalmente digitales pone a prueba la selección, la conservación y el futuro acceso a la documentación.*

En realidad subyace aquí la crisis del papel escrito como soporte cultural de la que tanto nos hablan los profetas de la prospectiva, y de la necesidad de instrumentar nuevos mecanismos y procedimientos para adaptarse a este progresivo cambio de soporte de estos materiales en que se recoge la información y conocimientos de cada cultura.

Finalmente el Plan considera, y es difícil mostrarse en desacuerdo, que penden también como amenazas hacia el patrimonio *“el retroceso de la cultura tradicional, la erosión de la industrial, la banalización del patrimonio arquitectónico (a la que ya hemos hecho varias referencias anteriormente) o las intervenciones que se orienten solo por el eventual consumo de masas, lúdico o turístico regional(agroturismo, espacios naturales, ecomuseos).*

El Plan no sería digno de tal si no determinase unas prioridades de actuación, (5 concretamente), entre las que, afortunadamente, se realizan diversas menciones al patrimonio cultural.

En sede de contenidos⁷¹³ se proclama que *“a priori” parecen ser preferentes la línea audiovisual-multimedia, el sistema comunicativo, la creación artística, la ordenación y puesta en valor del patrimonio y la gestión útil de contenidos en las redes”* y que *“el irrepetible legado patrimonial en sus distintas variantes no solo apela a la voluntad de conservar lo que podría, en otro caso, llegar a desaparecer sin remisión, sino también a contextualizarlo con respeto, de forma creativa o funcional para nuestro tiempo”.*

⁷¹³ Ibidem, pags. 54-55.

En sede de identidad⁷¹⁴ se busca “*la recuperación de los patrimonios, así como su conocimiento y disfrute, lo que implica tanto a los departamentos de Cultura, Vivienda, Industria y Urbanismo, como al de Educación, para que desde su conocimiento se alimente la estima por lo propio*” y “*la puesta en valor de los patrimonios mediante el desarrollo urbanístico y de la artesanía y su imbricación con modalidades respetuosas del turismo*”.

Finalmente, en lo relativo al eje de la modernización se reclama “*potenciar el uso de las nuevas tecnologías en la puesta en valor del arte y del patrimonio*”.

Respecto de cada una de esas prioridades se establecen unos “*ejes estratégicos*”, unas “*líneas de actuación*”, unas “*acciones*”, y unas “*propuestas de desarrollo futuro*”, que pretenden diseñar el conjunto de iniciativas que deben constituir la acción política del Departamento de Cultura en este terreno.

De los 10 ejes estratégicos definidos, 2 se refieren al patrimonio cultural,⁷¹⁵ uno indirectamente, el 3º, “*aplicar nuevas políticas públicas de fomento de la conservación, investigación, creación, producción, comercialización, y difusión cultural*”, y, más directamente, el 4º, “*dinamizar el patrimonio cultural y su cadena de valor*”.

El eje estratégico 3º se limita a establecer como “*objetivo general*” la “*aplicación de políticas de financiación, fiscales, industriales, de cooperación, de fomento del mecenazgo y del tercer sector*”, sin que entre las líneas de actuación prioritarias, las acciones o las propuestas de desarrollo futuro aparezca referencia alguna al patrimonio, aunque la previsión de la revisión de la Ley de Fundaciones y la mejora de su tratamiento fiscal y el de las actividades culturales en general, puedan también tener incidencia beneficiosa sobre él.

Es pues el eje 4º el que precisa, casi en exclusiva, cual debe ser la política autonómica en relación con la protección del patrimonio cultural en el horizonte temporal del Plan, (“*2007, con indicaciones hasta el 2015*”).

El objetivo general de este eje estratégico es el de “*promover las infraestructuras básicas del patrimonio cultural, la formación e investigación, la protección, conservación y restauración, puesta en valor y difusión del patrimonio cultural y, paralelamente, implantar las actividades necesarias que permitan mejorar y ampliar el consumo cultural*”.

Es ésta una buena definición de qué es lo que la administración pública debe realizar para hacer frente a su responsabilidad tuitiva del patrimonio, y por lo tanto,

⁷¹⁴ Ibidem, pag. 56.

⁷¹⁵ Ibidem, pag. 63.

nada hay que reprocharle, siendo consciente de que se trata de un desideratum ambicioso, inalcanzable en toda su plenitud.

Las líneas de actuación prioritarias son 5, “*promover actuaciones tendentes a preservar y conservar el patrimonio cultural en coparticipación con las Diputaciones Forales*”, “*apoyar la creación y el fortalecimiento de las entidades necesarias que permitan desarrollar el patrimonio cultural*”, “*potenciar los mecanismos de coordinación y redes de colaboración entre las instituciones y agentes del sector*”, “*incrementar la financiación pública en el ámbito del patrimonio cultural*” y “*promover el desarrollo legislativo necesario para la dinamización del patrimonio cultural*”, líneas todas ellas que se manifiestan, en su genericidad, adecuadas y pertinentes en el desarrollo de una política homologable con las más avanzadas del contexto europeo.

Estas líneas de actuación se concretan en unas acciones, que son la auténtica madre del cordero, el verdadero espíritu del Plan, aquel a través del que debemos juzgar lo que sin ellas, no pasaría de constituir una reflexión académica más o menos convincente.

Y desgraciadamente, es aquí, donde deberíamos encontrar las aportaciones reales del Plan, su valor añadido en relación con una política actual que ya hemos caracterizado, en tono crítico, en apartados anteriores, donde realmente, pese a algunas sugerencias interesantes, predominan las propuestas genéricas, definidas a través de verbos inconcretos, (“*potenciar, acelerar, fortalecer, consolidar, apoyar...*”), a las que la fijación de un plazo indicativo de desarrollo no aporta en realidad garantía de obtención del resultado que se debiera pretender. Además, hay que añadir a esto que se observan evidentes vacíos en cuanto a las acciones que deberían llevarse a cabo en relación con algunos patrimonios específicos.

La primera de las cuatro acciones que se definen en el ámbito de la 1ª línea de actuación, la de promoción de la conservación, es la de “*consensuar el Plan Territorial Sectorial (P.T.S.) para la conservación del patrimonio inmueble con las Diputaciones Forales*”⁷¹⁶.

En el siguiente capítulo vamos a realizar un completo análisis del P.T.S. de Patrimonio Cultural, en su estado actual de elaboración, tan solo adelantaremos aquí, que siendo un instrumento útil, no es sin embargo el que reclama la L.P.C.V. como instrumento de protección, que supone, hasta cierto punto, una renuncia de las autoridades culturales a responsabilidades que les incumben directamente, ley en mano, y que resulta completamente desacertada, cuando son administraciones legalmente competentes, la omisión de la referencia al consenso con los municipios del contenido de ese Plan Territorial.

⁷¹⁶ Ibidem, pag. 71.

La siguiente acción se define como “*potenciar la restauración como elemento fundamental para la mejora de la conservación del patrimonio*”, y para tratarse de una “*acción*” y no de un objetivo general, es manifiestamente inconcreta y genérica, nada nos dice sobre cómo pretende llevarse a cabo, ni si se refiere exclusivamente a las “*restauraciones científicas*”, o a aquellas que no son tan escrupulosas con la historia y valores culturales de todos los elementos que integran el bien, si van a potenciarse todas del mismo modo, (sabiendo que en sistema de recursos escasos cada euro destinado a unas acciones es un euro del que se priva a otras), si deben centrarse los esfuerzos promotores en los bienes de mayor relevancia, aún a riesgo de trasladar “ad calendas graecas” la restauración de los de segundo nivel, o si deben distribuirse los esfuerzos entre todos aquellos bienes respecto de los que surja la oportunidad, con independencia de que constituyan hitos de mayor o menor importancia patrimonial.

En tercer lugar se alude a “*acelerar la declaración de zonas arqueológicas que engloben yacimientos reconocidos*”.

La acción en si misma es digna de elogio, aunque quizás bastaría con que se cumpliera lo establecido por la Ley de Patrimonio Cultural Vasco en relación con la tramitación de expedientes de este tipo, pero la pregunta que surge de inmediato es ¿ solo de la declaración de zonas arqueológicas ? ¿ Se encuentran el resto de ámbitos del patrimonio, suficientemente protegidos desde la perspectiva de inclusión en regímenes jurídicos de tutela como para que solo los yacimientos arqueológicos precisen de un acelerón?

Quienes hayan leído los capítulos anteriores, adivinarán sin dificultad que la respuesta que vamos a dar es manifiestamente negativa. Otros elementos patrimoniales se encuentran incluso en peor situación que los yacimientos arqueológicos y reclamarían una referencia expresa que aquí se omite. En este apartado de preservación se observa en el Plan una excesiva orientación hacia la Arqueología, con patente olvido de otros ámbitos.

La última de las acciones previstas en esta línea está también específicamente ceñida a la Arqueología, “*regularizar la gestión del depósito de materiales arqueológicos, en colaboración con las Diputaciones*”.

Es evidente que se trata de una acción concreta y que debiera ser factible, sin excesivas dificultades, toda vez que está exclusivamente en manos de las propias administraciones, pero su propia mención, casi 20 años después de la aprobación de la L.P.C.V., ya nos revela que algo no ha ido bien en lo que hace a la coordinación y colaboración entre las administraciones públicas competentes.

El horizonte temporal de todas estas acciones es el período 2004-2005, salvo la aceleración de declaraciones que se sitúa en 2005-2006, pero en ninguno de los casos es verosímil, si tenemos en cuenta que el Plan se ha aprobado avanzado ya el ejercicio

2004, en cuyos presupuestos no se contemplaban estas acciones o medidas especiales de implementación de las mismas más allá de lo que se lleva haciendo en los últimos años, y que durante el ejercicio 2005 se produce el final de la legislatura con la consiguiente incertidumbre sobre la política del nuevo gobierno y el retraso en la adopción de iniciativas. (A la finalización del período no cabe decir sino que tales expectativas negativas se han confirmado)

Esta consideración será además aplicable a todas las iniciativas de cualquiera de las líneas de actuación que precisen de aportaciones económicas adicionales, es decir la inmensa mayoría de ellas. Es además un error, que la aceleración de declaraciones, el impulso de los correspondientes procedimientos administrativos, que es labor especialmente urgente y está exclusivamente en manos de la propia administración, sea precisamente la que se remite a un horizonte más lejano, (dentro de la proximidad), cuando se define, incluso, en términos, “*acelerar*”, tan escasamente comprometedores.

Dos son las acciones previstas respecto de la segunda línea de actuación, apoyar la creación y mantenimiento de entidades que permitan el desarrollo del patrimonio, número que parece más bien escaso.

Una relativa a “*crear un organismo que actúe como cabecera del Sistema Vasco de Bibliotecas y establezca sus líneas de desarrollo*”, solo tangencialmente relacionada con la protección del patrimonio “*strictu sensu*” y otra que prescribe “*fortalecer el sistema de patrimonio cultural impulsando la sección de etnología y la sección de museos*”.

Dejaremos a un lado ahora las disquisiciones técnicas sobre la etnología y/o la etnografía o lo impropio de mezclar en un mismo totum revolutum disciplinas e instrumentos, (museos), para reprochar tan solo la omisión de otros patrimonios especialmente necesitados de protección y preteridos en la ley, lo que hace más perentorio aún su reconocimiento, como puede ser el industrial e incluso el más moderno audiovisual que empiezan a reconocer algunas legislaciones.

La cita es además confusa, pues no sabemos en realidad si se está pidiendo a las administraciones públicas que creen tales “*secciones*” en su entramado organizativo, dotándolas de cierta autonomía funcional, o si se emplea el término “*secciones*” en un sentido más lato, como meros ámbitos patrimoniales que requieren especial atención.

La primera de las acciones es inmediata, la creación del organismo bibliotecario rector, (y sin embargo, transcurrida ya la mitad del año 2005 no se ha creado ni se espera su creación inminente), y la segunda, el impulso se sitúa en 2005/2006 con un optimismo a nuestro juicio muy exagerado.

En lo que hace a potenciar la coordinación y colaboración entre instituciones y agentes, (3ª línea de actuación), son una decena las acciones previstas. Se comienza por reclamar “*definir, estructurar y desarrollar la red y el Sistema Vasco de Bibliotecas*”, creando “*el Consejo Vasco de Bibliotecas*” y proponiendo “*desarrollar la biblioteca digital*”. Se sigue demandando “*definir el proyecto del Archivo Histórico Nacional*”, “*consolidar el Sistema y la red de Archivos de Euskadi*” y “*materializar el proyecto de Archivo Histórico Nacional*”.

También se considera necesario “*promover un plan de museos de la C.A.V.*”, llegar a “*eventuales acuerdos e intercambio en patrimonio (sic) a escala de Euskal Herria*”, la “*elaboración de inventarios y trabajos de catalogación sobre patrimonio cultural*” y, finalmente, “*documentar de forma exhaustiva el patrimonio industrial vasco*”.

Con respecto a las bibliotecas solo destacaremos la sorprendente omisión de referencias a una “*Biblioteca Nacional*”, cuando se da tanta reiteración en lo que hace al Archivo, del que conocemos, al menos, la decisión tomada en torno a donde debería ubicarse su sede, (en Bilbao), y cuando se trata de un proyecto sobre el que la administración lleva años desarrollando análisis y estudios diversos. En los compromisos finales destaca sobre todo su inconcreción y constituir obligaciones legales a las que la administración pública no ha dado la respuesta exigida en el ya amplio período de vigencia de la L.P.C.V. (Hay que matizar sin embargo, que con notable retraso, en 2008, conocemos ya que la futura Biblioteca Nacional se ubicará en Donostia).

El abanico temporal de implantación de estas acciones es más amplio que en los apartados anteriores, llegándose en lo que hace a la “*materialización del Archivo Histórico Nacional*” o la “*documentación exhaustiva del patrimonio industrial*” a preverse como período de finalización el ejercicio 2007, sin perjuicio de que no habiendo comenzado a desarrollarse estas iniciativas a mediados del 2005, sea escasamente creíble que vayan a estar en pleno desarrollo en tal fecha. Llegado el final del ejercicio 2007, constatamos que ambas iniciativas se encuentran todavía muy lejos de ver la luz.

La Línea de actuación que propone incrementar la financiación pública en la protección del patrimonio se traduce en 5 diferentes acciones; “*establecer una línea presupuestaria dirigida a la gestión y tutela del patrimonio etnográfico*”, respecto de lo que implícitamente parece hacerse responsable al Gobierno Vasco, aunque no sea una cuestión enteramente clara a partir de nuestra distribución competencial interna, “*apoyar la adecuación informática de la red de museos*”, desarrollar “*la digitalización y gestión de archivos audiovisuales*”, revisar el “*sistema impositivo directo e indirecto y sobre el patrimonio de cara a: la preservación del patrimonio artístico –y más especialmente de los elementos que sean más representativos de la cultura vasca- la afloración de obras de arte y el estímulo de la adquisición de obras nuevas y antigüedades*” y establecer “*incentivos fiscales para la restauración, deducciones para*

las donaciones a instituciones culturales públicas, fomento de las daciones en pago de impuestos, incentivos para los depósitos temporales en museos o salas públicas”.

Debemos comenzar aquí reprochando algo que ya ha sido objeto de comentario anterior, que se omite junto a la específica referencia al patrimonio etnográfico, la de algunos otros en situación igualmente desesperada. (Aunque una interpretación amplia de lo que constituye el patrimonio etnográfico podría abarcarlo prácticamente todo).

Con respecto a las iniciativas fiscales, es evidente que se trata de una política en permanente adaptación a las circunstancias económicas y sociales de cada momento, y por ello también es preciso que el tratamiento del patrimonio cultural varíe en función del mayor o menor acercamiento a los objetivos perseguidos. Hay sin embargo que señalar que no todas las iniciativas fiscales son loables, o no al menos todas en idéntica medida.

Aunque nos referiremos a ello al analizar la política de fomento de las administraciones de la C.A.P.V. no estará de más indicar ya aquí que mantenemos serias reticencias en torno a la figura de la dación en pago de impuestos, (o más en particular respecto de su específica aplicación en nuestro País), en razón de que constituye un privilegio que permite al contribuyente escoger el destino concreto de su aportación tributaria, lo que no se permite con carácter general, de que existen serias dudas e incógnitas en torno a la transparencia y equidad de los baremos de valoración, (y especialmente de su correlación con los empleados en la valoración de otros activos fiscales), y sobre todo de que otorga el injustificadísimo privilegio de que conste la dación de forma pública junto al bien aportado, de manera que se realiza publicidad gratuita de empresas o personas cuyo único mérito es haber cumplido sus deberes como tantos otros ciudadanos.

Finalmente, en lo que hace a la última línea de actuación, “*promover el desarrollo legislativo*”, se reclama la elaboración de una Ley de Museos, y otra de Bibliotecas, en ambos casos “*con la participación de representantes del sector*”.

Nada hay que oponer aquí. Es evidente que lo que respecto a museos y bibliotecas dispone la L.P.C.V. ha quedado seriamente desfasado en virtud de la inaplicación de algunos de los preceptos, (lo analizaremos en sede de los respectivos patrimonios), o de la falta de concreción y desarrollo de lo que la propia ley establece en algunos otros.

Es llamativo, sin embargo, habida cuenta de las reiteradas referencias a los archivos, que no se mencione la elaboración de una Ley de Archivos, que “*consolide el Sistema*” por utilizar la terminología y propósitos del propio Plan.

El eje estratégico 9º *“favorecer la reapropiación y el uso adaptado de las nuevas tecnologías y formas expresivas para la renovación de la creación y la producción”* contiene también prescripciones respecto del patrimonio cultural⁷¹⁷.

Ya su objetivo general se define, junto a otros variados extremos como *“potenciar el uso de las nuevas tecnologías en la puesta en valor del arte y del patrimonio”*, y entre sus líneas de actuación, amén de una genérica que afecta al patrimonio como al resto de ámbitos de la cultura, *“fomentar la investigación y la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”*, en todos ellos, se establece una, *“establecer ayudas para la digitalización de contenidos culturales, catálogos y del patrimonio cultural, así como para la incorporación de archivos, bibliotecas y museos a la red”* que afecta directamente al objeto de este trabajo.

Entre las acciones que recoge este eje, se encuentran algunas como *“proyectar una línea de desarrollo del patrimonio, artes y de las industrias culturales en sus distintas variantes en el P.E.S.I.”*, (Plan Euskadi en la Sociedad de la Información), *“iniciar trabajos para la configuración del Archivo Nacional Vasco en soporte digital, recopilando fondos de forma coordinada con otras instituciones”*, o *“difundir a través de internet una guía sobre patrimonio industrial vasco”* (¿ y por qué no sobre otros patrimonios también ?).

Como propuestas de desarrollo futuro se mencionan la *“elaboración de un proyecto de herencia digital vasca, fruto de la coordinación e integración de las actuaciones de los distintos agentes institucionales (archivos, bibliotecas, centros de documentación, museos...) especialmente aquellas dirigidas a la preservación del patrimonio cultural y su difusión digital”*, o el *“apoyo institucional al desarrollo de contenidos de patrimonio basados en las N.T.I.C.”* (Nuevas tecnologías de la información y la comunicación).

La impresión que ofrece este repertorio es el de la recopilación de iniciativas cuando no genéricas, bienintencionadas pero aisladas, que se refieren en algunos casos a parcelas concretas, cuando serían susceptibles de aplicación a varias otras.

En su conjunto, el Plan Vasco de la Cultura no da respuesta a las inquietudes que hemos venido trasladando en el presente trabajo, y a las que manifestaremos en sucesivos capítulos, dejando un amplio margen de incertidumbre sobre los rasgos que van a caracterizar en un futuro cercano a la política de tutela del patrimonio cultural vasco.

Además no proporciona instrumentos o mecanismos para corregir los problemas detectados en la aplicación de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, el principal instrumento normativo existente en la materia y respecto del que no se realiza

⁷¹⁷ Ibidem, pag. 80.

consideración, ni se reclama modificación alguna transcurridos más de 15 años de vigencia.

Tan solo existe una previsión normativa dirigida a regular con instrumento de rango legal dos ámbitos específicos de los regulados en la L.P.C.V., materializadas en borradores o anteproyectos que ya analizaremos en los capítulos correspondientes de esta tesis.

5.6. EL PLAN DIRECTOR DE DIGITALIZACION, PRESERVACION Y DIFUSION DEL PATRIMONIO CULTURAL VASCO

En el marco del Plan Vasco de Cultura al que anteriormente nos hemos referido, el Consejo Vasco de la Cultura, el Gobierno Vasco en definitiva, encargó a la empresa Ibermática la realización de un Plan Director de Digitalización Preservación y Difusión del Patrimonio Cultural Vasco para el período 2005-2009. Este Plan, finalizado en Octubre de 2005, constituye, como es obvio, elemento de inexcusable examen dentro de la política de tutela de los bienes culturales.

Se trata, según sostiene el mismo⁷¹⁸ de un instrumento de “*carácter innovador*”, toda vez que “*son muy pocas las naciones en el mundo que han abordado, desde el ámbito público, de manera integral y estructurada un tema tan amplio y complejo como es el Patrimonio Digital*”. Veremos a lo largo del análisis que habrá que relativizar un tanto la presuntuosidad de esta definición inicial.

Los objetivos estratégicos del Plan son “*impulsar el desarrollo, asegurar la preservación y facilitar la difusión del patrimonio cultural digital*”.

Observamos ya aquí una lamentable confusión entre lo que es el patrimonio cultural de naturaleza o formato digital y la utilización de esta tecnología para la preservación y difusión del patrimonio cultural a que se refiere realmente el título del Plan.

Encontraremos constantes referencias a este patrimonio digital, al que la L.P.C.V. no alude, del que carecemos por completo de definiciones y cuya entidad actual no justificaría la elaboración de un Plan de tutela o no al menos la primacía que se le confiere en ausencia de otros, cuando creemos que a lo que se pretenden referir los autores es a la digitalización “*in genere*” de determinado tipo de bienes culturales o de la información disponible sobre ellos.

⁷¹⁸ Pag. 3.

La metodología utilizada parte de división del proceso general de gestión del patrimonio digital (mejor sería referirse a la digitalización de elementos patrimoniales) en “*subprocesos o grandes bloques de actividades*”, del modo siguiente: *planificación y gestión del proyecto-selección del material-estándares de digitalización, catalogación y preservación-digitalización/normalización-control de calidad-almacenamiento y conservación y publicación y difusión.*

A nivel conceptual teórico el Plan distingue también de foma previa entre elementos digitalizados, “*elementos de formato original no digital que son reproducidos a formato digital*”, elementos de origen digital, “*elementos cuyo formato original es digital*”, y elementos digitales “*cualquier elemento que se encuentre en formato digital, independientemente de su formato original*”.

Las líneas de actuación que reclama el Plan se centran en el impulso del desarrollo y la coordinación y ejecución de actuaciones “*en el ámbito del patrimonio digital*”, en definir los modelos y funciones a desarrollar por las administraciones en la preservación y acceso, en adaptar, desarrollar y elaborar directrices, estándares, criterios y recomendaciones técnicas, en fomentar la creación de patrimonio en formato digital, en promover la difusión interior y exterior, facilitar a los gestores la capacitación y soporte técnico que precisen y, finalmente en promover el desarrollo del marco legal y los soportes necesarios para su correcta implantación.

Con respecto a la primera de las líneas el Plan proclama “*la necesidad de creación de órganos técnicos formados por profesionales reconocidos de los sectores involucrados*”,⁷¹⁹ que a modo de simple foro de intercambio y debate o de órgano desarrollador o supervisor de la elaboración de documentos de referencia, trataría sobre cuestiones como digitalización, catalogación digital, gestión de archivos y registros de origen digital, conservación y preservación digital o sistemas de acceso y difusión a través de internet del patrimonio digital que son las expresamente mencionadas.

Esta línea se concretaría en medidas tales como el “*establecimiento de una mesa interinstitucional para la gestión del Plan Director*”, la “*puesta en marcha de grupos de trabajo y foros interinstitucionales*”, “*impulsar acuerdos de intercambio y colaboración en patrimonio digital con organizaciones de ámbito estatal e internacional*”, “*promover el acceso a la financiación de programas estatales y europeos*”, así como “*crear un web específico del Plan Director*”.

Con respecto a la segunda, la propuesta es crear organismos, “*promovidos por entes públicos, que lleven a cabo actividades y asuman funciones ligadas al proceso general de digitalización, gestión y preservación digital por ejemplo: manipulación y digitalización de originales, control de calidad, conservación, preservación etc*”.⁷²⁰

⁷¹⁹ Pag. 11.

⁷²⁰ Pag. 12.

Naturalmente, en la medida en que no se refiera solo a patrimonio en formato digital, esto provocará problemas de competencia y coordinación con los múltiples organismos que ya en este momento realizan actividades de esta índole.

Los proyectos identificados como susceptibles de implementación en esta línea de actuación son la *“implantación del modelo óptimo de almacenamiento y preservación del patrimonio digital”*, la *“puesta de marcha de la política de preservación web”*, y la *“implantación del modelo óptimo de acceso y difusión del patrimonio digital”*.

En la línea 3ª partiendo de la limitación de recursos y la infinitud de los elementos sobre los que es posible actuar, se reclaman criterios de priorización de activos por su valor patrimonial, cultural (como si el anterior no derivase de éste), social, de normativa aplicable u otros factores.

En lo que hace al fomento se hace énfasis en dos áreas concretas, *“la innovación cultural y la presencia del euskera en la producción cultural”*⁷²¹.

El Plan propone a nivel más concreto la elaboración de una *“guía de digitalización de patrimonio”*, de una *“guía para la subcontratación digital”*, la *“elaboración de un documento propuesta de buenas prácticas en la gestión y preservación de archivos digitales”*, la elaboración de un *“documento propuesta de directrices de preservación digital”* y sobre todo la creación del *“Registro digital vasco”*, al que se califica como *“eje central del Plan Director”* y que se define como *“un inventario exhaustivo de todos los agentes, proyectos y activos digitales pertenecientes al patrimonio digital de la Comunidad Autónoma de Euskadi”*⁷²².

En la línea de impulso del que denomina *“patrimonio digital”*, el Plan propone el desarrollo del proyecto *“memoria digital vasca”* en la triple vertiente de coordinación de los agentes que alimentan sistemáticamente esa memoria, digitalizando sus fondos propios, de apoyo económico a otros propietarios de archivos para su digitalización sistemática y de preservación de documentos de origen digital.

En lo que hace al fomento se propone *“crear un escaparate web de la cultura vasca contemporánea de origen digital”*, elaborar un *“plan de ayudas a la creación y manifestación cultural de origen digital en euskera”* y la *“promoción y ayuda a la realización de producciones culturales en formato digital innovadoras y vanguardistas”*⁷²³ y *“diseñar una campaña de comunicación y promoción en la C.A.E. del patrimonio cultural digital”* y organizar el *“primer congreso vasco de cultura digital”*, más propiamente con afán de difusión.

⁷²¹ Pag. 16.

⁷²² Pag. 24.

⁷²³ Pag. 27.

El Plan detecta además una necesidad de capacitación de los profesionales del patrimonio cultural en áreas de formación como desarrollo de proyectos normalizados de digitalización, criterios para la selección de activos a digitalizar o preservar, estándares técnicos de digitalización, normalización de criterios de catalogación digital, criterios de control de calidad digital, normas y políticas de preservación de patrimonio digital y específicamente en internet etc, demandando además el impulso de *“la modernización tecnológica de las empresas y organizaciones del ámbito de la cultura digital”*⁷²⁴.

El desarrollo de estos proyectos contaría con un plazo estimado de 4 años, con un coste económico de 1.980.000.-euros, exigiendo además la contratación de un técnico que gestione el Plan Director.

En su conjunto el Plan revela una elogiada preocupación por aprovechar las nuevas tecnologías para la preservación del patrimonio cultural, (sin perjuicio de que no tengamos muy claro cual es el concepto que del mismo tienen sus autores), y por garantizar el disfrute actual y futuro de los valores culturales de los bienes de origen digital.

Sin embargo su nivel de concreción es escaso en muchos de los apartados, que no dejan de ser sino apelaciones genéricas a actuaciones escasamente imaginativas y poco definidas.

Carecemos también de garantías en torno al grado de compromiso de las diferentes Administraciones Públicas con su puesta en práctica, (especialmente teniendo en cuenta el marco competencial en la C.A.P.V. al que ya nos hemos referido repetidamente), y del modo en que va a articularse su implementación con el marco legal actualmente vigente.

⁷²⁴ Pag. 30.

6. LA PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL Y LA ORDENACION DEL TERRITORIO EN EL PAIS VASCO

6.1. LA CONEXION LEGAL ENTRE EL PATRIMONIO CULTURAL Y LA ORDENACION DEL TERRITORIO

Pretendemos en el presente capítulo analizar la relación entre la protección del patrimonio cultural vasco y la ordenación del territorio. Si cualquier observador medianamente avisado advierte sin demasiado esfuerzo la conexión directa entre ambas materias, que deriva de que la ordenación del territorio se refiera también, con mayor o menor detalle, al espacio que ocupan los bienes inmuebles que integran el Patrimonio Cultural Vasco, esa conexión se incrementa cuando se utilizan, o pretenden utilizarse, los instrumentos de ordenación territorial como instrumentos específicos de protección del patrimonio cultural, más allá de su función directriz genérica, en defecto de los que se prevén en la normativa cultural, o de forma simultánea, más o menos congruente o coordinada, con aquellos.

Este es, como veremos, el caso de la Comunidad Autónoma Vasca, en que un instrumento de ordenación territorial, el Plan Territorial Sectorial, está en camino de constituirse, a través de la redacción de un específico P.T.S. del Patrimonio Cultural, en el principal instrumento de protección del patrimonio, del modo y manera en que analizaremos en los apartados siguientes.

Esta actuación se ve favorecida por una concepción muy extensa de la ordenación del territorio, que queda de manifiesto, por ejemplo en la Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983, que la define como *“expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad... cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio de acuerdo con unas directrices”*.

En el ámbito de la C.A.P.V. la materia se encuentra regulada en la Ley 4/1990 de 31 de Mayo, sobre Ordenación del Territorio en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En opinión de Avila Orive⁷²⁵, dos son los objetivos principales de esta norma, uno de carácter inmediato, que sería la definición y regulación de los instrumentos de ordenación territorial y el establecimiento de los criterios y procedimientos para coordinar las actividades con incidencia territorial, al servicio de otro mediato o de

⁷²⁵ AVILA ORIVE J.L. *La ordenación del territorio en el País Vasco: análisis, ejercicio y delimitación competencial*. Ed. Civitas. 1993, pags. 281-282, citado en ABAD LICERAS J.M. op. cit. pag. 441.

fondo que constituiría la utilización racional y adecuada del territorio, la gestión responsable de los recursos naturales, la protección del medio ambiente, y el desarrollo socioeconómico equilibrado.

En el ámbito del primero de los objetivos, la Ley establece que la ordenación del territorio en la C.A.P.V. se realizará a través de los siguientes instrumentos: Directrices de Ordenación Territorial, Planes Territoriales Parciales y Planes Territoriales Sectoriales. Conviene que realicemos un análisis algo más detallado de la consideración que recibe la protección del patrimonio cultural en cada uno de ellos, antes incluso de reflexionar sobre la relación que debe existir entre los instrumentos reguladores de una y otra materia.

6.2. EL PATRIMONIO CULTURAL EN LAS DIRECTRICES DE ORDENACION DEL TERRITORIO (D.O.T.)

Las Directrices de Ordenación del Territorio (D.O.T.) se configuran en la ley como instrumentos que vinculan a las Administraciones Públicas y a los ciudadanos en las disposiciones que contienen en torno al uso del suelo y a las que deben ajustarse los instrumentos urbanísticos, (Planes Generales y Especiales, Normas Subsidiarias y Complementarias...), que se refieren con mayor detalle a las intervenciones posibles sobre el mismo.

La vinculación puede ser directa, cuando se contengan normas concretas aplicables sin necesidad de desarrollo posterior, o indirecta si la disposición debe, por su carácter genérico, oferta de alternativas o vinculación de resultado y no de medios, ser objeto de desarrollo por los instrumentos urbanísticos para expresar con claridad los derechos y obligaciones que determina.

La Ley de Ordenación del Territorio establece en su artículo 6 como referencias más o menos directas al patrimonio cultural, que las D.O.T. deberán contener entre otros extremos, *“la delimitación y definición precisa de las áreas o zonas que deban ser objeto de especial protección con el fin de preservar sus valores ecológicos, culturales o económicos...”*, y la *“estimación global de las necesidades de rehabilitación del patrimonio inmobiliario e histórico-artístico de igual naturaleza”*. (Observamos que en este momento el legislador vasco todavía sigue anclado en esta periclitada noción del patrimonio, que pronto va a cambiar con la aprobación de la L.P.C.V.)

Las D.O.T. aprobadas por el Decreto 28/1997 de 11 de Febrero han interpretado dicho mandato recogiendo diversas menciones al patrimonio cultural, especialmente en su capítulo 17 que señala por ejemplo que *“el patrimonio cultural es el elemento identificativo de la identidad e idiosincrasia de los pueblos, su mantenimiento y actualización a pesar de su, a veces elevado coste, también es una oportunidad de generar nuevas actividades conexas con el aprovechamiento del patrimonio cultural”* que es también *“uno de los elementos que configuran la riqueza y diversidad de Europa, lo que le convierte en un destino atractivo para el resto del mundo...Euskadi*

aporta a la diversidad cultural europea el patrimonio arqueológico y cultural de la cultura más antigua, que enlaza con los orígenes preindoeuropeos del continente”, y que “las jóvenes generaciones reciben la transmisión de valores y de la cultura a través en parte del patrimonio y su conocimiento... es preciso por ello que el patrimonio sea promocionado y abierto a los jóvenes”.

También que *“en la sociedad que emerge no solo el capital y el trabajo son los elementos motores del desarrollo económico...surge con fuerza un tercer factor como es la cultura... el conocimiento y apropiación de los valores culturales necesita la recuperación y el mantenimiento del patrimonio cultural”* y que *“el patrimonio cultural es el elemento indispensable en la ordenación de una oferta turística propia y específica del turismo cultural”.*

Este Capítulo 17, con base en esta consideración del patrimonio, establece dos tipos de disposiciones que deben seguirse a la hora de redactar Planes Territoriales Sectoriales de este objeto en su desarrollo.

Unas son las *“orientaciones y puntos de referencia”* para las administraciones que deban redactarlos y otros los *“criterios, referencias y pautas de actuación generales”.*

En palabras de I. Agirreazkuenaga⁷²⁶ *“la diferencia entre las orientaciones y los puntos de referencia por una parte, y los criterios y puntos de actuación generales, por otro, estriba en que estos últimos no tienen contenido jurídico, ya que son solo recomendaciones que no precisan de justificación para apartarse de las mismas...mientras que las orientaciones y puntos de referencia obligan a la administración que elabore un P.T.S. a justificar de forma expresa la decisión adoptada y su compatibilidad con los objetivos que en cada caso informen la recomendación de la Directriz, cuando el P.T.S. se aparte de las orientaciones y puntos de referencia”.*

Las *“Orientaciones o Puntos de Referencia”* son las siguientes:

“Se establecerán categorías y niveles de protección sobre la base de:

- *Diseñar un programa de protección que haga compatible el desarrollo de la vida moderna con el necesario respeto a los valores culturales.*
- *Promover la creación de Parques Arqueológicos.*
- *Potenciar el Patrimonio Cultural como agente dinamizador para la creación de riqueza.*
- *Promover el desarrollo de una industria cultural propia y específica”.*

⁷²⁶ Informe inédito para la Diputación Foral de Gipuzkoa cedido por el autor, pag. 48.

En sede de “*Prioridades de restauración de bienes culturales*”, también se establece que “*el Plan Territorial Sectorial de Patrimonio Cultural señalará para cada Area Funcional un orden prioritario de restauración de monumentos individuales, partiendo del orden selectivo que se desprende de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco entre bienes culturales calificados y bienes culturales inventariados*”.

En lo que respecta al “*tratamiento del patrimonio cultural por el planeamiento*”, éste tendrá en cuenta “*la necesidad de reflejar la relación entre el bien y su entorno territorial, tanto en la protección del bien cultural como en la ordenación y programación de usos en el espacio que rodea a éste*”.

Además el P.T.S. del Patrimonio Cultural “*establecerá los criterios y orientaciones a tener en cuenta por el planeamiento, y de forma particular por los Planes Especiales, con respecto a los conjuntos monumentales arquitectónicos y los concretará para su ámbito competencial*”.

Específicamente con respecto a las “*diferentes categorías arqueológicas*” se establecen determinados niveles de protección.

Así el de “**reserva arqueológica**” se otorgará a “*aquellos yacimientos arqueológicos que no deben ser objeto de intervención y que deben conservarse sin excavar para hacerlo cuando se estime oportuno en el futuro*”, el de “**preservación estricta**”, fundamentalmente a “*aquellos testimonios que sean únicos en el contexto del Patrimonio Cultural y en que, en determinados casos, corren serios riesgos de desaparecer*”, lo que significa “*la reducción al máximo de toda actividad humana que altere*” su situación, y que “*solo se permitirán actividades de investigación y otros usos de carácter científico*” y que “*se diseñarán programas concretos para la preservación de estos elementos*”, y el de “**conservación**” a “*aquellos yacimientos o elementos de singular interés que presenten restos de cierta notoriedad o que sean testimonios significativos dentro del panorama arqueológico de la Comunidad*”, respecto de los que “*no se permitirá ningún otro tipo de actividad que deteriore el elemento a conservar, salvo las encaminadas a consolidar y restaurar estructuras*”, se promoverá “*en los casos que sea posible, la integración de estos restos en el entramado urbano o rural en el que se sitúen, siempre que dicha integración no suponga la alteración sustancial del bien cultural objeto de conservación*” y se propiciarán “*los usos relacionados con actividades culturales, turísticas y de esparcimiento*”.

Se prevén también elementos “*libres de protección*”, aquellos que “*carecen de valor relevante salvo que la actuación arqueológica indique lo contrario*”.

Respecto de éstos, antes de recibir esta (des) consideración, deberán realizarse en ellos “*actuaciones arqueológicas (excavación, sondeo, etc) encaminadas a registrar y documentar exhaustivamente estos testimonios que pueden desaparecer, presentando una Memoria detallada del elemento objeto de estudio*”.

En sede de *“ordenación de la protección”*, las D.O.T. disponen que a los *“santuarios prehistóricos en cuevas”*, se les aplica el nivel de preservación estricta. Respecto del entorno de los mismos, *“el nivel de actuación en ellos dependerá de la delimitación que el Departamento de Cultura del Gobierno Vasco otorgue a cada uno de ellos”*.

Dentro de esta delimitación, se incluirán tres subzonas de conservación”, la *“Zona I”* estará *“excluida de todo uso, solo se permitirán actividades de carácter científico”*, la *“Zona II”* admitirá *“intervenciones que no alteren el Santuario (labores agrícolas, prados etc)”* y la *“Zona III”* no cuenta con ningún uso incompatible aunque se establece *“el control de las actividades extractivas”*.

En relación con las *“Villas”*, se dispone que *“se llevarán a cabo Estudios Histórico-Arqueológicos”*, en el contexto de *“la redacción de los Planes Especiales”* que *“clasificarán el área en cinco zonas de actuación”*.

La primera de ellas, *“excavación arqueológica”* afectará principalmente *“a las zonas por donde discurre la muralla medieval o los edificios singulares dentro de la dinámica de la villa”*, el *“sondeo arqueológico”* estará *“encaminado a valorar el potencial arqueológico del subsuelo y a delimitar el yacimiento”*, el *“control arqueológico”*, que no se define, *“se ejecutará en zonas de presunción en las que los indicadores de la posible existencia de un yacimiento son escasos y poco expresivos”*, se procederá además al *“estudio de las Unidades Estratigráficas emergentes de aquellos edificios de interés”* y, finalmente, existirá una *“exención de actuación”*, que deberá justificarse documentalmente, en *“aquellas áreas en las que el potencial arqueológico ha desaparecido por completo debido a obras de reciente construcción”*.

En torno a los *“yacimientos de reserva”* las D.O.T. disponen que el P.T.S. correspondiente *“establecerá la relación de yacimientos que, por su singular relevancia para el conocimiento histórico y por su escasez se deben reservar para futuras investigaciones, no autorizando intervenciones arqueológicas que alteren dicha situación”*.

Por último las Directrices se refieren los *“otros yacimientos y elementos de interés arqueológico”* respecto de los que la protección debe llevarse a cabo con arreglo a determinados criterios.

El P.T.S. del Patrimonio Cultural *“definirá los parques arqueológicos, las zonas arqueológicas, las categorías de ordenación, los niveles de protección y las orientaciones para el tratamiento del Patrimonio Arqueológico en los P.T.P. y en el planeamiento municipal”* y estos últimos, *“incluirán un apartado específico sobre tratamiento del patrimonio histórico arqueológico siguiendo las indicaciones señaladas”*.

en el P.T.S...en este apartado se señalarán los objetivos y estrategias para la ordenación y protección del mismo”.

Una referencia adicional, que no se ciñe estrictamente a elemento alguno, sino que tiene carácter genérico culmina este capítulo de *“Orientaciones o Puntos de Referencia”* señalando que *“cuando en el transcurso de cualquier obra o actividad se produzca un hallazgo casual de interés arqueológico, su descubrimiento deberá ser notificado inmediatamente a la Corporación Local correspondiente o a la Diputación Foral la cual podrá ordenar la paralización de las obras, conforme a lo establecido en el art.48.2 de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.*

El Capítulo 17 también sostiene que *“hay que hacer mención de la cuestión lingüística. Se trata del baluarte fundamental de la idiosincrasia vasca. En este caso la presencia del euskera a lo largo del territorio muestra gran heterogeneidad, con zonas en las que es prácticamente inexistente frente a otras en las que es el preferente. Qué duda cabe que elementos presentes en la ordenación del territorio, tales como el desarrollo de las telecomunicaciones o de redes de transporte resultarán fundamentales en procesos de trasmisión lingüística y de conocimiento en virtud de la interrelación que provoca entre personas de las diferentes zonas. La ordenación del territorio, sin ser un elemento clave o definitivo en esta cuestión, deberá de actuar teniendo en cuenta estas características, considerando siempre el efecto que sobre ellas puedan tener las actuaciones que se propongan”.*

Como hemos advertido anteriormente, las D.O.T. contienen un segundo apartado relativo a los *“criterios y pautas de actuación generales”*, en el marco del cual, en opinión de Agirreazkuenaga⁷²⁷ se reitera la clasificación por categorías de bienes culturales de la L.P.C.V., se establecen los niveles de protección que corresponderían a los bienes incluidos en los conjuntos monumentales de modo y manera que a los bienes calificados les correspondería la *“protección especial”*, a los inventariados, la *“protección media”*, a los bienes con mero interés patrimonial, la *“protección básica”* y habría adicionalmente elementos *“sustituibles”*, elementos discordantes no adecuados a su entorno y espacios urbanos.

Finalmente, en relación con los bienes arqueológicos, se distinguen las zonas de presunción arqueológica además de los bienes calificados e inventariados. Y en cuanto a las categorías de ordenación entre santuarios prehistóricos en cueva, villas, y otros yacimientos y elementos de interés, (de carácter civil, militar, religioso, funerario, comercial, o industrial, infraestructuras o lugares poco definidos).

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en torno a la articulación competencial entre los órganos competentes en materia de ordenación del territorio y los que tienen directamente encomendada la protección del patrimonio cultural, conviene destacar en este momento que las Directrices de Ordenación del Territorio carecen del rango de ley formal, y con él de capacidad para modificar los términos de ninguno de

⁷²⁷ Ibidem, pag. 55.

los preceptos de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco pese a haber sido aprobadas con posterioridad a esta Ley.

Podemos adelantar además que esta incapacidad condiciona asimismo al resto de elementos que integran el sistema de ordenación territorial “en cascada”, en particular al Plan Territorial Sectorial del Patrimonio Cultural al que nos referimos seguidamente.

6.3. EL PLAN TERRITORIAL SECTORIAL DEL PATRIMONIO CULTURAL VASCO Y LA PROTECCION DEL PATRIMONIO

6.3.1. El Avance del Plan Territorial Sectorial y su ámbito competencial.

El Gobierno Vasco, al amparo de lo dispuesto en la Ley 4/1990 y de lo preceptuado en las Directrices de Ordenación Territorial, decidió proceder a la elaboración de un Plan Territorial Sectorial del Patrimonio Cultural. Su objeto y vocación nos obliga a realizar un análisis detenido del mismo, así como de la articulación de la protección que proporciona al patrimonio cultural vasco con la que deriva de la propia L.P.C.V.

Nos va a servir de indudable ayuda en esta labor el informe realizado por el catedrático I. Agirreazkuenaga a solicitud de la Diputación Foral de Gipuzkoa, dirigido expresamente a examinar el asunto y en relación con el que realizaremos nuestras propias consideraciones.

El informe del catedrático gipuzkoano se refiere inicialmente a la distribución competencial como marco en el que es necesario analizar el P.T.S. y su relación con las restantes normas que se refieren más o menos directamente al patrimonio cultural.

Pese a que corresponde a los T.T.H.H. el desarrollo normativo y ejecución en el ámbito básico de la protección del patrimonio, (art.7.b.5 de la L.T.H.), su conclusión es que *“si se examina el contenido de la Ley (la L.P.C.V.) difícilmente se pueden encontrar ámbitos materiales en los que se permita el desarrollo normativo por parte de los Territorios Históricos y, las disposiciones finales de la Ley atribuyen de modo explícito al Gobierno Vasco....la aprobación de directrices generales para la mejor protección y defensa del patrimonio cultural, autorizando al mismo Gobierno Vasco a dictar las disposiciones reglamentarias previstas en la Ley o que sean precisas para su cumplimiento”*.⁷²⁸

⁷²⁸ Ibidem, pag. 18.

Una manifestación de esta controversia es la de que “*cuando desde la Diputación Foral de Bizkaia o desde la Diputación Foral de Guipúzcoa se han remitido al Gobierno Vasco proyectos de Decreto Foral para el desarrollo reglamentario de la Ley –en el ámbito que entendían de su competencia- los informes elaborados al respecto por el Gobierno Vasco han sido tan demoledores que han hecho desistir a sus promotores en su desarrollo, de tal modo que el desarrollo normativo al que se hace referencia en el artículo 7.b.5. brilla por su ausencia*”.

El Gobierno Vasco estima, al parecer, que las Diputaciones no ostentan “*competencias de desarrollo legislativo y ejecución, sino de desarrollo y ejecución de normas dictadas por las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma*”, en la práctica “*destacan casi exclusivamente las ejecutivas*”.⁷²⁹

Sostiene el profesor gipuzkoano que “*por disparatada no creo que nadie pueda defender con rigor la tesis de que las previsiones de desarrollo normativo de la L.T.H. se vean ya colmadas con la exigua referencia contemplada en el artículo 45.4, y por consiguiente, solo se reduzca a ella la competencia normativa de los Territorios Históricos. Más bien creo que la idea acertada...sería... la tesis que defiende que los T.T.H.H. pueden desarrollar normativamente la Ley de Patrimonio Cultural Vasco en materia de conservación, mejora, restauración o, en su caso, excavación del Patrimonio Histórico-Artístico, Monumental y Arqueológico*”...todo ello sin perjuicio de que a la vista de la Ley 7/1990 se pueda dudar razonablemente de que sus previsiones se ajusten al esquema de distribución competencial derivado de la L.T.H.”⁷³⁰

El Gobierno Vasco sostuvo en relación con el proyecto bizkaino de 1992, que no corresponde a los T.T.H.H. la defensa y protección del patrimonio, sino tan solo la “*conservación, mejora, restauración y excavación*”.

Cabe preguntarse con Agirreazkuenaga, “*si realmente existen diferencias jurídicas entre las competencias de desarrollo legislativo de protección, recuperación y mejora por un lado y conservación, restauración y mejora por otro, porque a primera vista son idénticas*”.

Una primera consideración que realiza el ilustre jurista es la de que “*el avance del P.T.S. no abarca el conjunto del patrimonio cultural, sino que solo hace referencia al patrimonio arquitectónico y al patrimonio arqueológico*”.⁷³¹

⁷²⁹ Ibidem, pags. 19 y 26.

⁷³⁰ Ibidem, pags. 27-28.

⁷³¹ Ibidem, pag. 6.

Por poner un ejemplo, “no se hace la más mínima mención a la lengua vasca”⁷³², pese a que es expresamente mencionada en sede de patrimonio cultural en las D.O.T.

Una segunda conclusión, derivada del análisis competencial expuesto, es la de que “con la L.T.H. en la mano y vigente el art.7.b.5 de la Ley podría pensarse que muchos de los contenidos del Avance (el informe se refiere al P.T.S. cuando se encontraba en fase de Avance pero es perfectamente extrapolable a sus términos actuales) deberían ser elaborados por los Territorios Históricos”, y que “se omiten flagrantemente las competencias que la L.T.H. atribuye a las Instituciones Forales.”⁷³³

El Avance además, no se refiere expresamente al desarrollo normativo de la legislación sino a que “el P.T.S. complementaría en cierto modo la Ley 7/1990, aplicándose a campos que ésta no alcanza”.

De forma paradójica, sin embargo, “pretende introducir nuevas categorías de ordenación” y ante la pregunta de “si puede la Administración crear ex novo otra categoría de bienes culturales en el marco autonómico, al margen del ámbito local, mediante una norma reglamentaria...la respuesta en cualquier caso que se plantee, bien en el ámbito de los bienes culturales, o en cualquier otro, obligadamente es negativa”.⁷³⁴

Por otra parte, esa nueva categoría o categorías creadas, la de los bienes “calificables e inventariables”, se equipara a la de los bienes calificados e inventariados, “esta pretendida equiparación realizada por la vía reglamentaria, sin la cobertura de la Ley 7/1990 ya se ha comentado que no tiene justificación jurídica posible”, pero es que además “lo cierto es que contamina todo el contenido del Avance del P.T.S.”.⁷³⁵

Esta creación además incide en el ámbito competencial, por cuanto “podría querer situarse su régimen jurídico exclusivamente al amparo del P.T.S., lo que abre la vía del fraude de ley al impedirse incluso que en el único ámbito (en) que de forma explícita se reconoce capacidad normativa a las Diputaciones Forales por la Ley 7/1990 (art.45.4) resulte innecesaria su intervención para los bienes calificables e inventariables...se crea una nueva categoría al margen de la Ley, y con un sistema de protección similar al de los bienes tutelados por la Ley, pero en el que las competencias se residencia exclusivamente en el Gobierno Vasco al ser su Departamento de Cultura el órgano a quien se encomienda la elaboración del P.T.S.”⁷³⁶

⁷³² Ibidem, pag. 7.

⁷³³ Ibidem, pag 57

⁷³⁴ Ibidem, pag. 60.

⁷³⁵ Ibidem, pag .72

⁷³⁶ Ibidem, pag. 74.

El profesor Agirreazkuenaga sintetiza sus conclusiones sobre el Avance del Plan Territorial Sectorial reprochándole su título, que respondería mejor al contenido si se refiere tan solo al patrimonio arquitectónico y arqueológico, su desprecio por las competencias que el artículo 7.b.5 de la L.T.H. atribuye a los órganos forales, su creación de nuevas categorías que no cabe “*porque los reglamentos solo pueden desarrollar las leyes al estar siempre jerárquicamente subordinados a ellas*”, su inconcreción en torno al nivel de vinculatoriedad de sus disposiciones, y lo burdo de la técnica de incorporar un listado de bienes inmuebles que excede extraordinariamente el de la L.P.C.V.

Expongamos ahora nuestras consideraciones al respecto.

6.3.2. Consideraciones específicas en torno a la distribución competencial en materia de patrimonio cultural según la normativa vigente.

En lo que respecta al apartado de la distribución competencial, **debemos dejar sentada nuestra conformidad con la tesis general expuesta por el profesor Agirreazkuenaga.**

No obstante indicaremos que siendo cierto lo que señala el dictamen de referencia en torno a que la S.T.C. 17/1991 reconoce “*amplios poderes a la Administración estatal en defensa del patrimonio histórico*”, y que a la vez “*propugna una política de colaboración entre las distintas competencias concurrentes de las Administraciones*”, es una posición, la del T.C., que ha sido objeto de fuerte crítica doctrinal (Erkoreka, Curull, Carrasco...) tanto en lo que hace al fondo de la controversia como en cuanto a los argumentos en que el Tribunal apoya su postura.

(En este caso incluso por autores como Alegre Avila, que llegan a la misma conclusión del Tribunal pero por otros caminos). Ya hemos hecho alusión a ello en el capítulo dedicado propiamente a la distribución competencial en materia de protección del patrimonio cultural.

Se trata de una posición que deja demasiadas incógnitas en torno al desarrollo del criterio de distribución al que se acoge, y apelar a “*colaboraciones*”, a las que sabemos que todos estamos obligados, se exijan o no en los instrumentos normativos, en presencia de intereses tan contrapuestos, no es sino apostar por permitir que la parte que se sienta más fuerte intervenga hasta donde considere oportuno.

Decimos esto porque lo creemos aplicable en cierta medida a la experiencia de la distribución competencial interna en la propia C.A.P.V.

En cualquier caso la delimitación que constituye objeto del dictamen y que nos ocupa en este informe, por más que no sabemos en qué medida puede la Administración del Estado interferir en ella con amparo en la sentencia citada, es la que realiza primero la L.T.H. y luego modifica la L.P.C.V.

(Nuestro criterio a ese respecto es claro, consideramos que la Ley 7/1990, la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, modificó la delimitación competencial establecida en la L.T.H. por más que no hiciese referencia a ello, lo creemos más allá incluso de las “*dudas razonables*” del autor del dictamen)

En este terreno consideramos que conviene matizar alguna de las afirmaciones del profesor Agirreazkuenaga.

Dice éste que “*si se examina el contenido de la Ley, (la L.P.C.V.) difícilmente se pueden encontrar ámbitos materiales en los que se permita el desarrollo normativo por parte de los Territorios Históricos*”.⁷³⁷

No coincidimos plenamente con este criterio. La L.P.C.V., como expresamente reconoce el dictamen, no deroga el artículo 7.b.5 de la L.T.H. respecto del que no se hace en ella referencia alguna, y la única disposición que puede poner en entredicho su alcance general, **que confiere competencia de desarrollo normativo de la Ley a los T.T.H.H.**, es la Disposición Final que autoriza al Gobierno Vasco “*a dictar, además de las disposiciones reglamentarias previstas en la presente Ley, las que sean precisas para su cumplimiento*”.

Es cierto que interpretada literalmente, y esa es la interpretación a que se acoge el Gobierno Vasco para autoatribuirse la exclusiva competencia de desarrollo normativo de la Ley, parece constituir esta Disposición una derogación tácita del artículo 7.b.5 de la L.T.H., posible dada la ausencia de rigidez a la modificación de ésta y más aún en ausencia de Comisión Arbitral cuyo funcionamiento se reguló en la Ley 13/1994, pero creemos con Agirreazkuenaga (que califica esta tesis de “*disparatada*”) que no es así.

La ausencia de referencias a la L.T.H. permite sostener una interpretación alternativa que dota de un cierto sentido al artículo 7.b.5, aún después de la clara mutilación del suyo original que se deriva de la expresa atribución al Gobierno Vasco de la competencia de desarrollo reglamentario en bastantes apartados de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco y del contenido “*reglamentista*” de la propia Ley que descende a la regulación pormenorizada de muchísimos extremos que deberían haber encontrado mejor encaje en las normas reglamentarias.

Interpretaríamos así con Agirreazkuenaga que en realidad **esa Disposición Final faculta al Gobierno Vasco para desarrollar reglamentariamente, además de los**

⁷³⁷ Ibidem, pag. 18.

supuestos expresamente recogidos en los diversos apartados de la L.P.C.V., aquellos en que deriva de la propia lógica de las cosas que sea él a quien corresponda dicho desarrollo.

Un ejemplo muy claro, la Ley no atribuye expresamente al Gobierno Vasco el desarrollo normativo de los Sistemas Nacionales de Archivos, Bibliotecas y Museos. Las únicas referencias, (a salvo las referidas al propio Archivo Histórico del Gobierno Vasco), al desarrollo reglamentario son las contenidas en los artículos 75.c, 98.1 y 100 (apartados 1 y 2) en ninguna de las que se determina expresamente a quien corresponde dicho desarrollo.

Sin embargo, no tendría ningún sentido que si el objeto perseguido por la Ley es dotar de una homogeneidad básica a los elementos incluidos en los mismos, (y más aún cuando se excluye a los de titularidad foral que no están obligados a integrarse), fuesen los órganos de los Territorios los que desarrollasen, cada uno por su cuenta, los elementos básicos de funcionamiento de los Sistemas en su ámbito territorial.

Este es pues uno de los casos en que el Gobierno podría dictar normas de desarrollo al amparo de la tan aludida Disposición Final de la L.P.C.V, tanto en lo que respecta a las disposiciones que contienen un mandato de desarrollo sin destinatario, como en lo que hace a desarrollos adicionales que puedan requerir las necesidades de organización y funcionamiento de los Sistemas.

Aunque sea cierto que la L.P.C.V. tan solo demande expresamente desarrollo reglamentario foral en el supuesto del artículo 45.4, como señala Agirreazkuenaga, no lo es menos que contiene diversas disposiciones en las que se establece la necesidad de normas reglamentarias adicionales sin precisar a quien corresponde la competencia para emitir las. Por poner ejemplos sin pretensiones de *numerus clausus*, he ahí los artículos 54, 60.2 y 70.3.

Nada impediría, si tenemos en cuenta el 7.b.5, que fuesen las Diputaciones Forales las encargadas de proceder a ello. Item más, en ningún caso se excluye la posibilidad de que por parte de los órganos forales se norme el ejercicio de las competencias que en la propia Ley se les atribuyen.

Por todo ello y sin dejar de reconocer la mutilación a que antes hemos hecho referencia, **creemos que no es posible, en el marco normativo vigente, (L.T.H. + L.P.C.V.), sostener que la competencia de los órganos forales se limite al ámbito meramente ejecutivo.**

Observamos en todo caso que las discrepancias con el Dictamen en este apartado son meramente de matiz, de necesidad de precisar alguna de las afirmaciones sin que exista discrepancia de fondo con la conclusión a que conducen.

Un importante aspecto a destacar es que las Diputaciones Forales han desarrollado reglamentariamente contenidos de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco. Es verdad que no respecto de todos los mandatos de la Ley, ni respecto del ejercicio de todas las facultades que la L.P.C.V. les atribuye, pero sí que existen Decretos Forales que regulan aspectos normados en lo básico por aquella.

Por referirnos solo a Bizkaia, ahí están los Decretos Forales que regulan las intervenciones arqueológicas en el territorio o los más recientes de fomento de las intervenciones sobre el patrimonio. No es menos cierto que los intentos de Decretos de desarrollo “*general*” han tropezado con la feroz resistencia del Gobierno Vasco, y sobre ello se pronuncia también el Dictamen.

Sobre este particular también tenemos que mostrarnos de acuerdo en líneas generales con su posición, con la importante salvedad de que no disponemos de los informes en su día realizados por el Gobierno Vasco, por lo que nos pronunciamos sobre la cuestión a través de las referencias que proporciona el Dictamen.

En primer lugar es obvio que el desarrollo normativo que corresponde a los T.T.H.H. es el referido a la “*conservación, mejora, restauración o, en su caso, excavación del Patrimonio Artístico Monumental y Arqueológico*”, como reza el tenor literal del artículo 7.b.5, en lo que como hemos observado no se haya atribuido el desarrollo al Gobierno Vasco a través de la L.P.C.V.

Más allá de exquisitas disquisiciones sobre si protección es o no equivalente a conservación y si tienen o no diferentes ámbitos y en su caso cual de ellos es mayor, el juicio de legalidad en torno al proyecto de desarrollo de la Diputación Foral de Bizkaia debería haber versado sobre su encaje en esos términos del 7.b.5, justificando en su caso que disposiciones concretas rebasaban el ámbito de la “*conservación, mejora, restauración o excavación*” o se introducían en espacios reservados al Gobierno Vasco por la Ley de Patrimonio Cultural.

No cabría una descalificación global de la competencia foral, que es lo que el Dictamen parece deducir que realizaba el Gobierno Vasco; ya hemos sostenido anteriormente que existe tal competencia, aún después de las disposiciones de la Ley 7/1990.

Si que revestiría peso indudable el reproche de inconstitucionalidad formal derivado de la reproducción literal de preceptos de la Ley en el proyecto de desarrollo. No obstante, hay que realizar dos importantes consideraciones al respecto.

Una primera es que tal repetición viene derivada del carácter reglamentista de la Ley que desciende a pormenorizar con detalle innumerables aspectos de los procedimientos, sin cerrar en algunos casos por completo los mismos, lo que obliga a quien pretenda suplir estas lógicas ausencias a referirse a los preceptos legales sin los que el propio procedimiento es ininteligible.

Y por otro lado, que no es específicamente reproducible el habitual esquema de delimitación competencial entre el Estado y las C.C.A.A., por cuanto estamos tratando de un desarrollo reglamentario y no de uno legislativo, que por ejemplo pudiera haberse producido si la L.P.C.V. hubiese tenido un carácter más de *“ley de bases”* dejando margen a la intervención normativa de las Juntas Generales que hubiesen podido utilizar la Norma Foral como instrumento de regulación de la protección del patrimonio en su ámbito.

En todo caso *“la escasa aportación que el mismo presenta sobre los contenidos de la Ley, a la que mayormente reproduce finalmente”*, es una valoración subjetiva que suponemos vendrá mayormente fundada en el Informe del Gobierno.

Sin perjuicio de lo que diremos cuando profundicemos en el contenido del P.T.S. de Patrimonio Cultural, hay que señalar, no obstante, que éste reproduce, sin citar su procedencia eso sí, numerosas normas directamente derivadas de la Ley 7/1990, por lo que le sería oponible el mismo reproche, dejando abierta a la discusión si en este caso la *“aportación”* es o no escasa, en función de lo que ya diremos.

La argumentación de que no resulta admisible que los T.T.H.H. regulen el iter procedimental que corresponde desplegar a la Administración de la C.A.P.V. carece de apoyo jurídico suficiente a nuestro juicio. Tal y como se efectúa la delimitación competencial por parte de la L.T.H. y la L.P.C.V. en ningún caso se limita el ejercicio de las competencias de desarrollo al ámbito de la propia actividad de los órganos forales.

Es obvio que eso pudiera derivar en una diferente normación por parte de cada Territorio Histórico y en que la participación de la Administración General de la C.A.P.V. en los diferentes procedimientos se viese sujeta a condiciones no idénticas en todos ellos.

Sin perjuicio de que de la colaboración entre las diferentes Administraciones puedan derivarse regulaciones armonizadas, no es un objeto proscrito por el Ordenamiento el que hubiese variaciones en plazos, requisitos o modelos, atendidas las realidades diversas del patrimonio cultural en cada ámbito.

La oposición al desarrollo normativo foral basada en este motivo debería fundarse en preceptos legislativos más que en consideraciones genéricas y por nuestra parte no encontramos apoyatura suficiente en aquellos.

Coincidimos plenamente con Agirreazkuenaga en que si se reprocha al proyecto de la Diputación Foral de Bizkaia de 1992 la creación de un nuevo régimen de protección de bienes, diferente de los previstos por la L.P.C.V. y por tanto inadmisibles según el Gobierno Vasco, el mismo reproche hay que oponer al P.T.S. donde el nuevo régimen no es uno sino que lo son varios.

Es más, si creemos que las disposiciones del proyecto bizkaino podían encontrar apoyatura en lo dispuesto en el artículo 3 de la L.P.C.V. sobre el deber de los poderes públicos de velar por la integridad del patrimonio cultural vasco, definido en el artículo 2 en términos que no lo equiparan ni muchísimo menos con el incluido en el Régimen de Bienes Culturales Calificados o en el Inventario General de Patrimonio Cultural Vasco, y que lo dispuesto a este respecto podía considerarse no un nuevo régimen, sino las imprescindibles medidas mínimas que dotaban a ese mandato legislativo de una cierta seguridad jurídica sobre su alcance, no alcanzamos a comprender cual es el fundamento jurídico que legitima al P.T.S. para crearlos ahora.

La acusación al proyecto gipuzkoano de 1998 de ampliar las facultades administrativas en relación con lo dispuesto en la Ley podría ser digna de atención. En todo caso hay que ser especialmente cuidadosos con no confundir lo que suponga ampliación de facultades con el desarrollo normativo de las legislativamente previstas, o con la concreción de mandatos genéricos a las Administraciones, como el del ya citado del artículo 3 de la L.P.C.V.

Es verdad que no puede delimitarse el derecho de propiedad de cualquier manera y a través de cualquier instrumento, pero no lo es menos que quizá en ocasiones no se esté afectando éste directamente, sino garantizando su ejercicio conforme a lo dispuesto en la Ley.

El siguiente problema analizado en el Dictamen es el derivado de la amplitud del término “*intervenciones*” con que se determina en la L.P.C.V. los actos sobre los bienes calificados que deben ser objeto de autorización foral. (O sobre los inventariados que deben ser objeto de comunicación).

Aquí formalmente habría que dar la razón al Gobierno Vasco, las autorizaciones según la Ley son forales, no municipales, (a los Ayuntamientos les cabe la función de supervisión y control que se ejerce a través de la licencia municipal de obra).

Sin embargo una interpretación de “*intervenciones*” como aquellas que son susceptibles de causar algún tipo de daño o lesión al patrimonio, permitiría excluir de la

necesidad de autorización aquellas, (y aunque quizá no todas, si buena parte de las que tienen el carácter de obras menores podrían entrar aquí, lo que podría ser por otra parte objeto de desarrollo reglamentario), que ejecutadas con las características que exige el procedimiento municipal de licencia de obra, excluyen esa posibilidad lesiva.

Sin necesidad incluso de exigir autorización municipal expresa y diferente de la de la propia licencia, podría establecerse legítimamente a nuestro juicio en el ejercicio del desarrollo normativo, dependiendo del tipo de bienes y sus características un elenco de intervenciones, (limpieza, pintado que no altere el existente, introducción de cableado interior por ejemplo), que no requerirían de la autorización foral pese a ser sin ninguna duda “*intervenciones*” sobre el patrimonio. De esta manera se agilizarían los procedimientos incentivando en mayor medida la conservación.

Desde luego que nada obsta a que las Diputaciones Forales reclamen la colaboración de los Ayuntamientos en lo que respecta al ejercicio de las competencias que tienen legalmente atribuidas.

Nuevamente resulta incongruente la postura del Gobierno Vasco si tenemos en cuenta que desea impedir la atribución foral de ámbitos de intervención a los Ayuntamientos, y transferirles sin embargo vía P.T.S. responsabilidades que exceden con mucho las que las Diputaciones pretendían y las que, incluso los más grandes de todos ellos no son capaces de afrontar con los medios con los que cuentan. (Y este desde luego es un criterio subjetivamente personal y no jurídico).

No puedo menos que coincidir nuevamente con el Dictamen en que los proyectos forales no vieron la luz, “*a pesar de que los argumentos jurídicos esgrimidos en su contra carezcan de fundamentos sólidos*”, lo que desde el punto de vista de la protección efectiva del patrimonio no cabe sino lamentar.

6.3.3. Consideraciones en torno al P.T.S. y el sentido de su utilización en la protección del patrimonio cultural.

Debemos referirnos ahora al P.T.S. de Patrimonio Cultural, en el estado de tramitación en que se encuentra en este momento, a su virtualidad como instrumento de protección del Patrimonio Cultural, al sentido de su utilización para ello y a las concretas y específicas disposiciones de su redacción actual.

Lo primero que hay que señalar es que nos encontramos ante un instrumento de ordenación territorial, no específicamente ante un instrumento de protección del patrimonio cultural. Dicho de otro modo, ante una figura no recogida en la L.P.C.V. como instrumento de protección, sino recogida en la Ley 4/1990 de Ordenación del Territorio del País Vasco.

La relación entre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio cultural se caracteriza por la subordinación de aquella a ésta, en lo que se refiere a su objeto específico. No solo porque la L.P.C.V. sea posterior a la Ley 4/1990, sino sobre todo por el carácter de ley especial de la de protección del patrimonio con respecto a la general de ordenación territorial.

La principal consecuencia de esto es que ni la L.O.T.P.V. ni ningún instrumento derivado de la misma, (en este caso por carencia de rango), pueden modificar lo dispuesto en la L.P.C.V.

Dentro del esquema de instrumentos de ordenación de la Ley 4/1990, el P.T.S. es un instrumento de segundo nivel, subordinado y derivado de las Directrices de Ordenación Territorial, aprobadas en nuestro caso por el Decreto 28/1997.

Como muy bien señala el Dictamen, el artículo 17.5 de la L.O.T.P.V. configura como causas de nulidad las contradicciones de los P.T.S. con las Directrices de Ordenación Territorial.

Lógicamente la Ley de Ordenación no desciende al nivel de pormenorizar criterios referidos al patrimonio cultural, más allá de reclamar, (art. 6), que las D.O.T. contengan una “*delimitación y definición precisa de las áreas o zonas que deban ser objeto de especial protección, con el fin de preservar sus valores ecológicos, culturales o económicos*” y una “*estimación global de las necesidades de rehabilitación del patrimonio inmobiliario e histórico-artístico*” que en su genericidad no son para nada contradictorias con la L.P.C.V., por lo que debemos buscar estos criterios en las D.O.T. y en el Plan.

De aquí podemos extraer una inicial conclusión que refuerza el sentido de la expresada en párrafos precedentes; las disposiciones de los instrumentos de ordenación del territorio sobre el patrimonio cultural carecen del rango de ley formal, por lo que no pueden en ningún caso modificar las disposiciones de la L.P.C.V. (Ni de la L.T.H., aspecto igual de importante).

Otro autor que ha analizado la materia, Abad Liceras, escribe de manera que suscribimos que “*esta norma no puede desconocer las transferencias operadas en materia urbanística desde las Instituciones Comunes de la C.A.P.V. hacia los Organos Forales de sus T.T.H.H.*”⁷³⁸ (Aunque se refiere a las urbanísticas es también aplicable a las culturales).

Iñaki Agirreazkuenaga se refiere de forma detallada a las disposiciones de las D.O.T., (Decreto 28/1997), en relación con el Patrimonio Cultural. Sería preciso un

⁷³⁸ ABAD LICERAS J.M. op. cit. pag. 445.

análisis sobre la conformidad a Derecho de las D.O.T. desde esta perspectiva, pero dada la ausencia de vinculación estricta, (aunque en algunos casos se exija justificación motivada para apartarse del criterio de las Directrices), a la hora de elaborar los P.T.S., no es tan relevante en la labor que nos ocupa.

Hay que hacer hincapié en un aspecto muy importante que no pasa desapercibido para el ilustre catedrático.

La Disposición Final 2ª del Decreto 28/1997 señala que *“cualquier Administración competente en ámbitos sectoriales con incidencia en el territorio de la C.A.P.V. (como son las Instituciones Forales en materia de patrimonio cultural) podrá redactar nuevos P.T.S. además de los señalados específicamente en estas Directrices, en el ámbito de su competencia y respetando las determinaciones y criterios de ordenación territorial de estas Directrices”*.

Como no podía ser de otra manera, en vista de lo que hemos señalado sobre su rango formal, lo que se viene a decir aquí es que no es propósito de las Directrices alterar la distribución competencial realizada por la L.T.H., (y en nuestro caso además por la Ley 7/1990), y que por tanto cualquier invasión competencial realizada por un P.T.S. no puede basarse en lo dispuesto en las D.O.T., no está habilitada por ellas para eso.

La otra conclusión lógica la extrae también el Dictamen. La atribución al Gobierno Vasco de la responsabilidad de elaborar el Plan Territorial Sectorial del Patrimonio Cultural, lo es con respecto a las competencias que sobre el mismo tiene éste, y no para incidir en las que tienen atribuidas otras Instituciones.

Desde esta perspectiva el profesor Agirreazkuenaga considera que *“muchos de los contenidos del Avance debieran ser elaborados por los T.T.H.H.”*.

Si seguimos la línea interpretativa que hemos expuesto en torno a la distribución competencial cabrán pocas dudas al respecto. Porque lo que hay que plantearse, con la Ley de Patrimonio Cultural Vasco en la mano, es el sentido y campo de actuación de un P.T.S., dentro de las competencias (amplias) del Gobierno Vasco. Y éste se ciñe a nuestro juicio a los siguientes apartados:

1) Puede servir de guía interna al Gobierno Vasco a la hora de establecer el régimen de protección “ad hoc” de cada bien calificado. (Art. 12). Todo esto en la medida en que no interfiriese con la competencia foral para el desarrollo normativo y sin excluir la necesidad de disponer de ese régimen ad hoc.

2) Podría utilizarse como elemento de referencia en las evaluaciones de impacto ambiental. (Art.13). Creemos que es un aspecto que debería ser objeto de desarrollo reglamentario.

3) Podría establecerse reglamentariamente su aplicabilidad como régimen de protección en el único caso en que cabe que no exista todavía un régimen específico, el de los bienes que cuentan con un expediente de calificación en trámite. (Art.22).

4) Podría constituir una guía, y creemos que esta debería ser su función principal, a efectos de lo dispuesto en el artículo 28 de la L.P.C.V. en torno a la sujeción de los instrumentos de planeamiento urbanístico al régimen de protección. Constituiría también a estos efectos el criterio en virtud del que el Gobierno Vasco emitiría su informe favorable respecto de los mismos tal y como requiere este mismo artículo.

A este objeto el P.T.S. debería por así decirlo resultar un “*compendio*” de los regímenes específicos de protección establecidos, que evitaría a los redactores de instrumentos de planeamiento la necesidad de recurrir a todos y cada uno de los regímenes de protección específicos, en la medida en que no descendiesen a detalle tal que pudiese resultar incompatible con aquellos, caso en el que simplemente podrían advertir de la existencia de la protección específica y remitirse a ella.

5) Podría prever intervenciones sobre conjuntos monumentales de las que derivaría la transferencia de la facultad autorizatoria foral a los municipios. (Art.33).

Es ésta una previsión legal que debería ser objeto de desarrollo reglamentario, en la medida en que no sabemos qué se consideran “*intervenciones*” y qué nivel de detalle en la descripción se exige para obviar la competencia autorizadora de las Diputaciones y declarar la suficiencia de la licencia municipal.

Si exigimos que la intervención específica sobre el bien sea la que esté prevista, que es la opción que parece más coherente, nos encontraremos con que ése no debería ser el objeto de un P.T.S. (Si, por el contrario, es el de los instrumentos municipales de planeamiento).

6) Podría utilizarse por el Gobierno Vasco como instrumento de referencia, no nos atrevemos a establecer de qué manera ni con qué carácter, a la hora de proceder o no a la desafectación de un bien cultural calificado. (Art. 36.1).

7) Podría establecer, (otra cosa es si es ese objeto que le corresponda), los casos en que el Gobierno Vasco considerará los bienes muebles de cierto tipo como inseparables del inmueble en el que se encuentran, a los efectos previstos en el artículo 37.

8) Podría, (y debería), servir de guía para los instrumentos de planeamiento respecto de la protección de las zonas arqueológicas calificadas, en las mismas condiciones que el resto de bienes calificados. Es decir que aún y cuando exista el régimen específico, puede servir de guía para su elaboración y de compendio de los ya existentes.

Este es el ámbito de actuación que la L.P.C.V. permite a un P.T.S., al menos a un Plan de elaboración exclusivamente gubernamental. Fuera del mismo empezamos a tener problemas de invasión competencial. (Y recordemos lo ya señalado en torno a la incapacidad de las D.O.T. y el P.T.S. para modificar esto). ¿ Merece la pena con este contenido redactar un Plan Territorial Sectorial ?

No nos corresponde a nosotros pronunciarnos sobre la decisión. Es verdad que se trata de un mandato legal, pero posiblemente si se desea respetar lo dispuesto en la L.P.C.V., ni el más urgente, ni la opción más lógica por cuanto, vendría dado, (casi redactado ya), cuando se hubiese establecido el régimen de protección de la mayor parte de ese patrimonio que se considera inventariable o calificable en el mismo Plan.

Compartimos finalmente la crítica del Dictamen de que se omite flagrantemente la referencia a la L.T.H., cuando ya hemos justificado que sigue manteniendo virtualidad como norma de delimitación competencial. Negamos además que el P.T.S. pueda “*complementar en cierto modo la Ley 7/1990 aplicándose a campos que ésta no alcanza*”. En primer lugar porque tales campos no existen.

La L.P.C.V. tiene por objeto proteger la integridad del patrimonio cultural vasco tal y como ella misma lo define, mandato y responsabilidad que atribuye además a los poderes públicos.

La Ley contiene en si misma normas suficientes para proceder a dicha protección, si bien necesitadas de desarrollo reglamentario en bastantes supuestos, desarrollo que a tenor de sus preceptos puede corresponder al P.T.S. en medida un tanto escasa.

El P.T.S. no tiene por fuente y habilitación la L.P.C.V. sino la L.O.T.P.V., pero no puede complementarla, sino en todo caso desarrollar contenidos de la misma de forma respetuosa con sus disposiciones.

¿ Lo hace así ? Intentaremos dar respuestoa a esta cuestión a través de un análisis más detallado de sus disposiciones.

6.3.4. El borrador del Plan Territorial Sectorial del Patrimonio Cultural de la C.A.P.V. y las modificaciones que reclama.

6.3.4.1. Observaciones sobre la memoria del P.T.S.

El “*P.T.S. del Patrimonio Cultural*” está constituido por cinco diferentes documentos, Memoria, Normas de Ordenación, Plan de Etapas y Estudio Económico, Listado de Bienes Inmuebles de Interés Cultural y Planos, de los cuales tan solo los dos primeros van a ser objeto de análisis.

Lo haremos así porque las normas jurídicas que contiene el Plan se encuentran recogidas en ellos, siendo los tres restantes documentos mero desarrollo de lo recogido en los dos primeros, o documentos que deben ser objeto de análisis desde perspectivas diferentes a la que proporciona la técnica jurídica. No obstante esperamos que lo señalado en relación con los dos primeros permita obtener conclusiones extensibles a los otros tres.

Comienza la Memoria con un capítulo que a modo de “*Introducción*” se refiere a la iniciativa en la elaboración y a la tramitación, a su justificación y finalidad, a la conveniencia y oportunidad y los objetivos y alcance, cerrando con una referencia a los documentos que comprende, que ya hemos señalado. No haremos aquí referencia a la cuestión de si debía corresponder o no al Gobierno Vasco la iniciativa, pero si diversas consideraciones en torno a justificación, objetivos y alcance.

Se establece en este primer capítulo, (apartado 1.2, pag. 8), que “*el Plan Territorial Sectorial del Patrimonio Cultural Inmueble se propone el establecimiento de las determinaciones normativas que deben regir las actuaciones que afecten a los bienes inmuebles –suelo, construcciones y espacios- considerados como Bienes Culturales o pertenecientes al Patrimonio Cultural de la C.A.P.V. con la última y evidente finalidad de su protección, recuperación y mejora*”.

Este primer propósito nos enfrenta ya a varias incógnitas.

En primer lugar nos encontramos, y aunque habrá quien pueda considerarlo una cuestión cuasianecdótica nos resistimos a creerlo así, ante diversas nomenclaturas a la hora de referirse al Plan. Se hace referencia indistinta al “*P.T.S. del Patrimonio Cultural Vasco*”, (por ejemplo en el título de las “*Normas de Ordenación*”), y al “*P.T.S. del Patrimonio Cultural Inmueble*”.

Es sumamente importante que la denominación no de lugar a confusiones sobre el objeto y ámbito del documento. A este respecto consideramos que la primera de las denominaciones es manifiestamente impropia, como muy bien se deduce del Dictamen de I. Agirreazkuenaga, por cuanto el Plan se refiere a una parte tan solo del patrimonio cultural, la que comprende la segunda de las denominaciones.

Una primera enmienda que reclama el documento es la utilización de la referencia al “*patrimonio cultural inmueble y/o arquitectónico o arqueológico*”, en todos los casos en que aparezca una al patrimonio cultural “in genere”. Pero por otro lado la propia definición del propósito requiere de diversas matizaciones.

No puede ser objeto del P.T.S. “*el establecimiento de las determinaciones normativas que deben regir las actuaciones que afecten a los bienes inmuebles...considerados como bienes culturales o pertenecientes al patrimonio cultural de la C.A.P.V.*”⁷³⁹

No puede serlo porque el establecimiento de tales determinaciones normativas es el objeto de la Ley 7/1990 de 3 de Julio, la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, que establece el procedimiento y los instrumentos, (entre los que no figura un P.T.S.), a través de los que debe realizarse dicha tarea.

Tal y como se ha dicho ya, no es que el P.T.S. no pueda jugar ningún papel en la protección jurídica del patrimonio cultural, sino que debe en todo caso señalarse su subordinación a lo establecido en la L.P.C.V., y su ligazón con los instrumentos de protección que ella establece, nada de lo cual figura señalado en este apartado, que tras hacer referencia a esa norma como “*el más completo referente específico*” del Plan, la deja de lado.

Clara expresión de esta vocación de alejarse de lo dispuesto en la Ley, con independencia de que ello sea jurídicamente posible, a lo que la Memoria no se refiere, son las críticas que en el apartado 1.3. “*Conveniencia y oportunidad*” se realizan a la protección establecida por la Ley 7/1990. Se dice que “*exige la utilización de reglados y estrictos mecanismos de aplicación individualizada;*” y que “*de esos no es la agilidad –que sería conveniente dada la amplitud del campo su principal característica*”.⁷⁴⁰

⁷³⁹ P.T.S. Documento I. Memoria, pag. 8.

⁷⁴⁰ Ibidem, pag. 9.

En torno a esto hay que señalar que si la Ley tiene efectivamente vocación de protección individualizada de cada bien calificado, respecto de los que se reclaman regímenes de protección específicos y singulares, su aplicación práctica por parte del Gobierno Vasco ha derivado en que estos regímenes específicos brillen por su ausencia, (se trata de meras reproducciones de modelos generales para cada tipo de bien), y ha demostrado por otro lado que es posible proteger conjuntamente bienes ligados entre si en razón de la posesión de características, valores o rasgos comunes. (He ahí los ejemplos de los elementos ubicados en el Camino de Santiago o de las casas-torre).

No puede admitirse sin matices la crítica del P.T.S. respecto de la protección legal, (habría que determinar en que medida se trata de una “autocrítica” del Gobierno en torno a los medios que se han puesto a disposición de ese objeto durante los muchos años de vigencia de la Ley), sobre todo si se desea utilizar como excusa, (aprovechando como dice explícitamente el P.T.S. que “*los bienes a proteger se incluyen en el ámbito de la ordenación territorial debido a su naturaleza*”), para recurrir a instrumentos ajenos a ella, en lugar de plantearse eventualmente su reforma si se considera irreversible la situación.

Compartimos que “*el recurso a los medios que ofrece el planeamiento urbanístico y territorial... nunca debe interferir en la legislación específica, la cual seguirá siendo la principal garantía de protección y salvaguarda de derechos en las acciones de defensa de los bienes culturales*”.⁷⁴¹

Esta consideración creemos sin embargo, que es absolutamente contradicha por numerosas disposiciones del P.T.S. como más adelante señalaremos.

La vocación del P.T.S. “*de suplementar los instrumentos existentes con otros, si no más profundos si de más amplia cobertura y flexibilidad*”, que figura en el mismo párrafo, creemos que es más sincera con respecto al propósito de los autores del Plan y que ambas son difícilmente conciliables.

En la medida en que la L.P.C.V. diseña ya una completa panoplia de instrumentos de protección y su régimen de funcionamiento, el objeto del P.T.S. solo es posible desde esa interferencia, para la que además carece de habilitación. Porque no es cierto que “*la oportunidad de ampliar los medios normativos para los fines señalados (con respecto a los de la L.P.C.V.) la ofrecen las D.O.T.*”, que en todo caso permitirán desarrollar los recogidos en la Ley 7/1990 a través de instrumentos de ordenación territorial.

En lo que respecta al apartado de “*objetivos y alcance*”, (1.4), estimamos que no es misión del P.T.S. la “*identificación o selección de los bienes pertenecientes al*

⁷⁴¹ Ibidem, pag. 9.

Patrimonio Cultural Inmueble y fijación de sus categorías y niveles de protección”, (subapartado 1.a), sino que ese era (y es) el objeto específico de la Ley 7/1990.

Esta consideración debe eliminarse de su contenido, de no ser expresamente subordinada a lo establecido en aquella y referida al desarrollo de sus determinaciones.

Lo mismo sucede con respecto al subapartado 1.c que necesita importantes matizaciones en la misma línea que la anterior. En lo que hace al subapartado 2, nada obsta a que se definan tipos o categorías de intervenciones sobre el patrimonio cultural a través del P.T.S., (al modo como lo hace el Decreto 214/1996 o el 317/2002 que es el que debe citarse a partir de ahora), pero no le corresponde la misión de determinar cual corresponde a cada bien protegido sino es en referencia expresa al régimen de protección que ex-L.P.C.V. tenga establecido el mismo.

Finalmente el establecimiento de un “*Orden de Prioridades en la fijación de las ayudas públicas y de las ayudas a particulares*”,⁷⁴² nos parece una grosera invasión de las competencias de las Diputaciones Forales en orden a “*aprobar anualmente los programas de ayuda para la conservación, mejora, restauración, y excavación de bienes culturales calificados y de los inventariados, en los que se establecerán las ayudas a conceder, así como los criterios y condiciones para su adjudicación*”, (art. 102.2 de la L.P.C.V.), a menos que se interprete referido exclusivamente a eventuales programas o iniciativas de ayuda del Gobierno Vasco.

Las enmiendas que se sugieren a estos apartados de justificación, finalidad, conveniencia y oportunidad del Plan han sido ya prácticamente definidas con precisión.

Creemos que debe modificarse la redacción del 2º punto del apartado 1.2 de la Introducción de la Memoria sustituyendo “*el establecimiento de las determinaciones normativas que deben regir*” como propósito, por “*el desarrollo de las determinaciones establecidas por la L.P.C.V. en el ámbito de las competencias del Gobierno Vasco*”.

Del mismo modo sugerimos la eliminación de las críticas a los mecanismos de protección de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco del apartado 1.3 y la modificación de los subapartados 1 (particularmente 1.a y c) y 2 del 1.4 en los términos reseñados.

El segundo capítulo de la Memoria⁷⁴³ es el referido al “*Marco Legal*” de aplicación.

No podemos menos que suscribir de principio a fin la frase que lo encabeza, “*los contenidos del documento del P.T.S. deben ser perfectamente concordantes con los de la legislación que directamente le afecta*”.

⁷⁴² Ibidem, pag. 10.

⁷⁴³ Ibidem, pags. 11-12.

Ese es el espíritu que guía las modificaciones del mismo que se sugieren en el presente informe.

A este respecto reconoce el apartado a que la Ley 7/1990, “*constituye una referencia principal para la definición de este P.T.S., no solo por ser la norma prácticamente única y obligada en materia de protección cultural de los bienes inmuebles, sino porque su estructura posee evidentes cualidades formales utilizables como ejemplos de aplicación al campo territorial*”.

Nada hay que objetar a la primera afirmación, si que en cambio parece patente menosprecio de la Ley sostener que “*posee cualidades formales*”, (sin especificar), “*utilizables como ejemplos*”. Se trata de una norma imperativa y parece que con afirmaciones semejantes se pretende desvalorizar tal carácter.

El reconocimiento de que el P.T.S. no supe la Ley, (tampoco podría), va por otra parte acompañado de la referencia a que la “*complementaría*” en el campo de la ordenación urbanística, desarrollo que puede hacer en lo que no afecte a las competencias de desarrollo de la L.P.C.V. que correspondan a las Instituciones Forales.

En lo que se refiere al resto de la normativa a considerar, el P.T.S. contempla el Decreto 214/1996 sobre Rehabilitación del Patrimonio Urbanizado y Edificado. Creemos que debe sustituirse la misma por la del Decreto 317/2002 de 30 de Diciembre referido al mismo objeto.

Este segundo capítulo requeriría pues precisiones en lo que hace a la parte final del primer párrafo del apartado 2.1.a y al apartado e.

El capítulo 3 se autodenomina “*Resumen de la información territorial*”. Su apartado 1 relativo al “*alcance*” de dicha información contiene una afirmación de partida que puede resultar objetable a nuestro juicio.

Sostiene que el soporte informativo “*debe considerar por una parte la identificación y valoración cultural de los bienes, a los efectos de su categorización y protección y para su inserción en la ordenación general urbana o territorial de manera integral*”.⁷⁴⁴

Nada obsta a que el P.T.S. recoja la información que deriva de los regímenes de protección establecidos en la L.P.C.V. “*a efectos de su inserción en la ordenación general urbana o territorial*”.

⁷⁴⁴ Ibidem, pag. 13.

La controversia puede surgir si el P.T.S. pretende ser el instrumento “de valoración a efectos de su categorización y protección”, por cuanto esa es la labor de los regímenes de la Ley 7/1990.

El campo legal por otra parte no tiene como referencias concretas a la legislación territorial autonómica y la Ley del Suelo fundamentalmente, (última afirmación del apartado 3.1.), sino que se omite aquí la mención a la que en el capítulo anterior se ha considerado “una referencia principal”, comenzando así el juego del gato y el ratón con la Ley de Patrimonio Cultural Vasco que caracteriza al P.T.S. La alusión es aquí inexcusable.

No compartimos la consideración de que “la elección y valoración previa de todos y cada uno de los bienes” sea tarea “casi imposible de realizar con los procedimientos habituales utilizados en la información urbanística”.⁷⁴⁵

Más aún, son los instrumentos urbanísticos los que están específicamente dirigidos a valorar la edificación, siquiera sea desde perspectivas muy variadas entre las que la cultural puede ser una más y quizá no la predominante.

Los siempre criticados “catálogos” de los Planes Generales de Ordenación Urbana o Normas Subsidiarias no han sido sino un más o menos afortunado intento por responder desde el instrumento urbanístico a esa inquietud valorativa. Cuestión aparte es que el Gobierno Vasco en el ejercicio de las competencias que le reconoce la L.P.C.V. haya escogido una u otra técnica a la hora de definir y desarrollar los regímenes de protección.

En lo que se refiere al “parque de bienes inmuebles de interés cultural”, (apartado 3.3), se contempla como referencia un “listado” que al parecer “la Dirección de Patrimonio Cultural elabora y sistematiza de manera permanente”.⁷⁴⁶

Lo primero que hay que señalar es que este listado carece de cualquier tipo de relevancia jurídica. El punto de partida lógico es la relación de bienes incluidos en los regímenes de protección de la Ley, y a partir de ahí deberá justificarse la pertenencia de los bienes al Patrimonio Cultural Vasco por la posesión de los valores a que se refiere el artículo 2.1 de la misma. Si el Gobierno Vasco con la inclusión de los bienes en dicho “listado” considera acreditada dicha pertenencia debe en buena lógica iniciar los trámites recogidos en los procedimientos legales de protección.

El P.T.S. alude además a unos bienes no incluidos en el listado en cuestión, que cuantifica inicialmente en 500 y que podrían ser 3.000 “en un estudio más profundo”,

⁷⁴⁵ Ibidem, pag. 13.

⁷⁴⁶ Ibidem, pag. 14.

que presuntamente habría que incluir en el ámbito del Plan y que serían de “*protección local*”.

Discrepamos abiertamente de esta afirmación. A nuestro juicio la inclusión de elementos de interés o protección local en un instrumento de esta naturaleza carece de justificación.

El fundamento de la inclusión individualizada de un bien en alguno de los regímenes de protección de la L.P.C.V. o en el ámbito de un documento de ordenación territorial, es el que su interés trascienda propiamente del ámbito local. Si no es así, es a los instrumentos locales y a las instituciones responsables de formularlos a quienes corresponde adoptar las decisiones correspondientes, so pena de invadir la autonomía local de forma injustificada y desproporcionada.

Cabe desde luego permitir en el P.T.S. a los municipios, que protejan en los instrumentos locales de ordenación bienes no incluidos en los regímenes de la Ley, por motivos idénticos a los que inspiran a ésta respecto de los elementos de mayor enjundia, no sería sino reiterar lo que en tal sentido ya determinan otras normas, pero no imponerles un interés local de no se sabe qué elementos, que es a ellos a quienes en todo caso corresponde determinar.

O predicamos la pertenencia al patrimonio cultural vasco, (no al patrimonio cultural local), de dichos bienes y por lo tanto adoptamos en su virtud las medidas de protección y defensa que para ellos prevé la Ley, o dejamos a expensas de la ponderación municipal de todos los valores e intereses en juego, la decisión sobre si se protege o no y en qué medida en su caso.

Este capítulo finaliza con un resumen de conclusiones, (apartado 3.4), sobre el que es necesario realizar importantes matizaciones.

Comienza el mismo afirmando que “*la Ley de Patrimonio Cultural Vasco ha mostrado ser un instrumento meritorio, sencillo y eficaz para el cumplimiento de sus objetivos de protección. Sin embargo la garantía jurídica que, lógicamente debe ofrecer implica determinados procedimientos y ritmos. Ello supone que la velocidad de incorporación a los listados de bienes necesitados de amparo supera muchas veces la de definición de los regímenes de protección, apareciendo un intervalo de riesgo*”.⁷⁴⁷

Se reincide pues en un reproche que ya antes hemos tratado de desmentir, de forma incongruente y contradictoria además con la afirmación inicial de que la L.P.C.V. ha mostrado ser instrumento meritorio, sencillo y eficaz.

⁷⁴⁷ Ibidem, pag. 15.

Parece derivarse de la anterior afirmación que la “*garantía jurídica*” que reclama la Ley debe ser disminuida de alguna manera ante las exigencias de una protección eficaz. Con independencia de que si se considera que realmente es así lo que debería hacerse es ponerlo en conocimiento del legislativo autonómico y adoptar las iniciativas correspondientes de reforma de la L.P.C.V., y de que no cabe eludir la Ley y tal garantía a través de mecanismos indirectos, (como pudiera ser este P.T.S.), consideramos que no es así.

No son las garantías jurídicas de la Ley lo que dificulta la protección eficaz, porque por lo que ya hemos manifestado en torno a la generalidad y carácter arquetípico de los regímenes de protección, son sustancialmente las mismas que vincularían al P.T.S. (No cabe a través del P.T.S. excluir la posibilidad de alegación de los órganos forales y locales, siquiera sea eso si de forma global y no individualizada, ni el público conocimiento y alegación de los titulares de derechos afectados, siquiera eso si concentrado en un trámite y período muy concreto).

Nada impide al Gobierno Vasco, aún y a través de los detallados procedimientos de la Ley 7/1990, proceder a calificar y/o inventariar “*masivamente*”, permítasenos la expresión, aunque eso si lleve acarreada justamente una serie de compensaciones para los titulares afectados, que si es lo que se desea evitar, supone una flagrante vulneración ya no solo de la letra legal sino de su espíritu equitativo.

Si los medios que el Gobierno Vasco pone a disposición de este P.T.S. se invirtieran en un desarrollo eficaz de la labor que le encomienda la L.P.C.V. no cabe duda de que se incrementaría de forma muy sustancial el patrimonio jurídicamente protegido.

No necesariamente es cierta la afirmación de la necesaria individualización de procedimientos o que ello acarree de por si las tan negativas consecuencias a que se alude también en el apartado 1 del Apéndice Informativo de la Memoria y en la “*Síntesis de la Problemática*”.

Pero la palma de la incoherencia se la lleva la última afirmación del párrafo. La “*velocidad de incorporación a los listados de bienes necesitados de amparo*” es en si mismo un concepto de difícil comprensión.

Ya hemos señalado la irrelevancia jurídica de tales listados, pero es que el “*listado*”, entendido como documento administrativo en que la Administración ha previsto en virtud del interés de los bienes cuales deberían ser incluidos en cada uno de los regímenes de protección, debería estar realizado hace ya mucho tiempo y sufrir variaciones, escasas e infrecuentes, como consecuencia únicamente del descubrimiento de nuevos elementos, (con carácter general solo en arqueología), de valores anteriormente desconocidos en algunos de existencia anterior ya conocida, (fenómeno no tan infrecuente), o de cambios en la consideración social de los valores dignos de

protección, por ejemplo la creciente apreciación del patrimonio industrial que no es expresamente mencionado en una Ley de hace apenas 15 años .

La velocidad de incorporación no supera nada pues, y lo que sucede es que efectivamente no van a la par la previsión administrativa de los listados y la apertura por esa misma Administración de los procedimientos para trasladar esa previsión a la realidad jurídica, responsabilidad toda ella del Gobierno Vasco. Eso es lo que genera el “*intervalo de riesgo*”.

Desgraciadamente creemos que el P.T.S. no “*complementa la Ley sin interferir en sus propios mecanismos*”, como pretende el párrafo 2º.

La traslación al ámbito urbanístico de la responsabilidad de la protección, reconocida en el párrafo 5º, de nada más y nada menos que “*los bienes contemplados en el P.T.S.*”, (la mayor parte del patrimonio edificado, párrafo 4º), es una evidente ruptura con la L.P.C.V. que no se remite a los instrumentos urbanísticos para proteger el patrimonio sino que desde una perspectiva cultural, que como muy bien señala la Diputación de Bizkaia en uno de sus documentos de análisis es frecuentemente distinta y hasta contradictoria con la que suele inspirar los documentos urbanísticos, crea los suyos propios, que serían ahora dejados de lado en el caso del 90% del patrimonio edificado a que pretendía dirigirse la Ley, restringiéndola sin fundamento jurídico a lo ya incluido en sus regímenes de protección, intocable por el rango de la Ley pero “*petrificando*” su alcance y condenándola a limitarse a un elenco reducidísimo de bienes.

Todo el capítulo 3 está necesitado de importantes matizaciones, demandándose a nuestro juicio una completa reelaboración del mismo.

El capítulo 4 se dedica a sentar las bases conceptuales y metodológicas del propio Plan. En lo que respecta a su definición, amén de lo que ya anteriormente señalábamos y que el profesor Agirreazkuenaga también apuntaba en relación con el reproche de inconstitucionalidad formal, por la reiteración infundada de normas recogidas en otras de superior rango que el Gobierno Vasco ha esgrimido en contra de los desarrollos legislativos intentados por las Diputaciones Forales, debemos objetar la aparición de una nueva categoría de bienes los “*precalificados y preinventariados*” que no existe en la L.P.C.V.

Creemos que el P.T.S. no está habilitado para proceder a esta creación, que en todo caso correspondería al desarrollo legislativo de la L.P.C.V. que habría que determinar en qué medida corresponde a las Instituciones Forales, pero además creemos que dicha creación no es en ningún caso necesaria.

Los bienes que cuentan con el correspondiente expediente abierto para su calificación, que es a estos a los que nos referimos, están en tanto no se produzca la

resolución negativa del mismo protegidos por el régimen que fundamenta el expediente. (Art.22.1 de la L.P.C.V.).

No es preciso por tanto que se diseñe categoría especial alguna por cuanto reciben el mismo trato que los calificados, hasta que eventualmente se dicte la aludida resolución negativa en cuyo caso dejan también de ser “precalificados”.

Aunque con respecto a los inventariables la cuestión pueda ser más discutible, (pese a que no encontramos fundamento alguno para la ausencia de norma equivalente al art. 22.1 en su caso), creemos que la nueva categoría tampoco es precisa e introduce tan solo problemas y complicaciones jurídicas. Ya nos hemos referido también a la improcedencia de introducir también la nueva categoría, también ausente en la L.P.C.V., de los bienes “*de interés local*”.

Es en este apartado donde queda claramente establecida la vocación del Plan de introducir normas propias y específicas de protección de los bienes incluidos en su ámbito.

Así, sin mayores matices ni referencias expresas en este caso a la Ley de Patrimonio, el apartado 5 del capítulo 4.2.e. establece que “*la protección del Patrimonio Cultural Inmueble implica regular las intervenciones, especialmente los actos de uso y construcción, que pueden afectar a los bienes, de acuerdo con los niveles de protección otorgados, establecer los tipos de intervención y precisar el grado de vinculación que alcanza, en cada caso, la normativa del P.T.S.*”⁷⁴⁸. De esta afirmación cuelga la posterior determinación de tipos de intervención y su admisibilidad, por lo que requiere un análisis más detenido.

Lo objetable no es en ese caso la necesidad de regulación ni de delimitación de los tipos de intervención, sino que se obvie que ésta es la función de los instrumentos establecidos en la Ley, (que ni se mencionan), y que se pretenden suplantar con el P.T.S, siendo así que lo único de lo atribuido en este párrafo que es indudablemente competencia del Plan es determinar la vinculatoriedad o no de sus prescripciones en el supuesto de que fuesen conformes con el marco legal vigente.

Es evidente que todo lo que posteriormente realiza el Plan en este terreno está a expensas de que se admita su habilitación, o de que se determine el grado y alcance de la misma, y también que excluido quizá el ámbito de los bienes ya calificados o inventariados, esto es, una parte muy pequeña del patrimonio cultural según confesión de parte, dicha habilitación se concibe por los redactores de forma ilimitada.

⁷⁴⁸ Ibidem, pag. 19.

El apartado 4.2.f nos ilustra una vez más sobre el propósito subyacente en los autores, “*constituye (el Plan) el recurso formal de mayor potencial en la estrategia de protección patrimonial de base territorial, como utilísimo complemento de la legislación vigente*”.⁷⁴⁹

En otras palabras la protección urbanística es un recurso más potente y por ello debe ser utilizada con preferencia a la cultural legalmente impuesta, desconociendo no ya el diferente marco competencial y capacidad de intervención de cada una de las Administraciones en cada materia, sino también que no son idénticas las perspectivas, objetivos e intereses que guían a una y otra. Desconociendo además el carácter prevalente que la L.P.C.V. concede a los regímenes culturales de protección con respecto a los instrumentos urbanísticos que deben adaptar a ellos sus determinaciones. (Art. 28.1, al menos para los bienes calificados).

Nuevamente queda patente que es lo que entienden los redactores por complementar la Ley, cuando señalan que “*las intervenciones sobre los bienes que se encuentran clasificados o inventariados o tienen (en este momento) incoado un expediente conforme a la Ley 7/1990 de Protección del Patrimonio Cultural, poseen unos mecanismos de control que la propia Ley establece*”, pero que “*es a través de las licencias municipales, (omitiendo la intervención foral) como se van a controlar, en definitiva, los actos regulados por los instrumentos territoriales en el resto de los bienes del Listado del P.T.S. no incluidos en los supuestos de la Ley 7/1990*”⁷⁵⁰. Es este uno de los aspectos clave del Plan por lo que merece que nos detengamos en él para una consideración más detallada.

En primer lugar hay que señalar que es inadmisibile que se considere que hay bienes incluidos en el “*Listado*” del P.T.S., (y habrá que entrar posteriormente en la justificación de la introducción de un bien en el mismo), que están “*no incluidos en los supuestos de la Ley 7/1990*”.

Si la razón de la inclusión de los bienes en el P.T.S. es que poseen valores que los hacen dignos de protección y defensa y justifican las consiguientes limitaciones o delimitaciones del derecho de propiedad, estos valores no pueden ser otros que los referidos en el artículo 2.1 de la Ley, y que conllevan la pertenencia de los bienes al patrimonio cultural vasco y su sujeción al ámbito de aplicación de la tan citada norma.

O los bienes pertenecen al patrimonio cultural y eso justifica su inclusión en el Listado o no pertenecen y no hay legitimación alguna para imponer a los redactores del planeamiento urbanístico local determinaciones vinculantes por tal motivo.

⁷⁴⁹ Ibidem, pag. 21.

⁷⁵⁰ Ibidem, pags.21-22.

Más grave es aún la cuestión si como parece que entienden los redactores del Plan, solo lo ya calificado e inventariado está incluido en el ámbito de la Ley, a la que se constriñe a un ámbito muchísimo menor del que prevé su articulado. (Todos los bienes que por tener los valores descritos en el art. 2.1 pertenecen al patrimonio cultural vasco).

Hay tan solo un supuesto en la L.P.C.V. que habilite para la excepción de la autorización foral requerida en las intervenciones sobre bienes calificados, el del artículo 33.1 que reza “*las intervenciones sobre conjuntos monumentales que hayan sido previstas en planes de ordenación territorial y urbana y/o en los planes especiales de protección del área afectada por la declaración de un bien cultural informados favorablemente por el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco serán autorizadas directamente por los Ayuntamientos*”. (Y ello además sin perjuicio de que tales licencias deben ser comunicadas a la Diputación Foral para que verifique su adecuación al régimen de protección).

Podría pensarse que estamos ante el supuesto de hecho que establece la norma, un plan de ordenación territorial informado favorablemente por el Departamento de Cultura, (es quien lo elabora), y por tanto ante una legítima derivación de la competencia autorizativa a la administración municipal.

Creemos sin embargo que no es así. Notemos en primer lugar que el precepto se refiere a intervenciones sobre conjuntos monumentales.

No es difícil concluir que el propósito del legislador, habida cuenta de ese carácter de conjunto que puede justificar instrumentos urbanísticos ad hoc, o de que esa misma naturaleza de conjunto y el ámbito territorial abarcado pueden convertir a ese conjunto monumental en objeto obligado o principal de la actuación urbanística que debe también tener en cuenta otros intereses, es evitar duplicidades y contradicciones si se garantiza que la perspectiva cultural ha sido tenida en cuenta en la elaboración del instrumento urbanístico.

No es el caso del P.T.S. que no prevé, por su propia naturaleza, intervenciones sobre conjuntos monumentales, sino en la medida en que alguno de los bienes en él incluidos tenga ese carácter.

Recordemos que la L.P.C.V. reclama regímenes de protección específicos para cada elemento con lo que la intervención que habría que considerar prevista en un instrumento urbanístico o de ordenación territorial sería una determinada sobre el singular y particular conjunto de que se trate y no prescripciones generales. En la medida en que el P.T.S. no se refiriese a conjuntos monumentales no podría pues acogerse a lo dispuesto en el artículo 33.1.

El artículo 33.1 se refiere además a supuestos de declaración de un bien cultural. Con independencia de que interpretásemos declaración en sentido de abarcar tanto los supuestos de calificación como de inclusión en el Inventario y no equiparando declaración con el sentido de tal concepto en la Ley de Patrimonio Histórico Español, (en la que se inspira la Ley 7/1990), que vendría a referirse solamente a los bienes incluidos en el principal y más estricto régimen de protección, interpretación que quizá pueda ser objeto de controversia, lo que es claro es que el precepto tiene por ámbito bienes ya sometidos a alguno de los regímenes legales de protección, en ningún caso bienes que aún perteneciendo al patrimonio cultural no hayan sido incluidos en alguno de ellos.

Por tanto no podría, en su caso, utilizarse la habilitación del artículo 33.1 con respecto a la inmensa mayoría de los elementos incluidos en el “*Listado*” del P.T.S., esto es con respecto a todos respecto de los que el Plan pretende introducir normas específicas de protección, y se cree libre de las ataduras que imponen la calificación y el inventario de la L.P.C.V.

Queda por último recordar que tampoco sería legítimo reproducir el mandato del art.33.1 o apoyarse en su carácter habilitador, omitiendo lo dispuesto en la segunda parte del mismo en torno a la comunicación a la Diputación Foral de las intervenciones, y sus facultades de control y revocación caso de falta de congruencia con el régimen de protección. (Otro argumento adicional en torno a que nos referimos a bienes ya calificados o inventariados).

Este apartado 4.2.g ofrece aún más cuestiones que deben ser objeto de análisis. Sorprendentemente el Plan manifiesta que la solución que propone puede derivar en que “*algunos Ayuntamientos pueden verse superados*”, (es un pronóstico muy optimista, permítasenos, de acuerdo además con el primero de los escritos de la Diputación Foral de Bizkaia sobre la materia, señalar que serán la práctica totalidad de los Ayuntamientos los superados, quizá, y solo quizá, con la excepción de los más importantes), en los “*casos complejos, arquitecturas valiosas, técnicas singulares e intervenciones arqueológicas*” (es decir todos aquellos de los que estamos hablando, todos los incluidos en el Plan, ¿no?) y que ante eso “*parece muy aconsejable... apelar a la colaboración entre administraciones*”.⁷⁵¹

Estos dos párrafos son impropios de un documento de esta naturaleza. Apelar a la colaboración sin mencionar de quienes, en que supuestos y de qué índole no pasa de ser un guiño retórico con el que difícilmente se podrá hacer frente al problema primeramente referido, que no sería tal si el Plan no lo ocasionase, es decir si se limitase a respetar, como debe, el marco competencial de la L.P.C.V.

No es baladí ni muchísimo menos destacar que ni uno solo de los Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma cuenta en sus Departamentos de Cultura con técnicos cualificados para llevar adelante la labor, siendo así que serán los respectivos

⁷⁵¹ Ibidem, pag. 22.

Departamentos de Urbanismo, (y ya hemos hecho alusión a la diversidad de perspectivas, intereses y valores), los que procedan a responsabilizarse de ella.

El apartado 4.3 se refiere a la metodología del P.T.S y dentro del mismo el subapartado c a la estructuración normativa. Se parte aquí de una “*sistematización de las Categorías de Ordenación que configurarán una matriz de regulación y consiste en asignar a los bienes los correspondientes Niveles Básicos de Protección, -y unos Niveles Pormenorizados en su caso- aplicando en función de los mismos, las correspondientes Categorías de Intervención*”.

Lo que está ampulosa jerga trata finalmente de establecer es “*la regulación de las intervenciones, esto es, la definición de determinaciones referentes a los actos obligados, permitidos o prohibidos, en su caso, teniendo en cuenta los niveles específicos y las variantes que puede introducir la clasificación tipológica*”.

No creemos necesario reiterar que esta labor es la que tienen atribuida los regímenes de protección de la L.P.C.V., con el importante matiz añadido además de que el Plan pretende no ya proporcionar un régimen de protección singular, propio y adaptado a las peculiares circunstancias de cada bien, (lo que prescribía la Ley y en la práctica tampoco se ha conseguido), sino limitarse a establecer niveles y admitir variantes en virtud de la diferente clasificación tipológica.

Si entendemos como el apartado 4.3.d que “*todos los contenidos de este P.T.S. tienen fuerza vinculante*”⁷⁵² estaríamos ante una posible vulneración de lo establecido en la Ley 7/1990. Si entendiésemos todas las prescripciones del Plan como “*criterios o determinaciones establecidas como reglas o principios de referencia*” o como “*sugerencias u orientaciones de carácter no vinculante, que son determinaciones no estrictamente obligadas, aunque si recomendadas*”, (y especialmente si se hace referencia a su subordinación e incardinación en el marco de la Ley de Patrimonio Cultural), carácter que este apartado nos señala que tienen algunas de ellas, nada habría que oponer.

Lo mismo cabe decir en torno al “*régimen general transitorio*”, cuya utilidad de todos modos queda disminuida si nos atenemos al régimen de aplicabilidad de los instrumentos urbanísticos que establece la Ley.

Con respecto al apartado 4.4. referido a las “*claves*” del Plan, consideramos necesario señalar que la inclusión de los bienes en un “*Listado*” del que se deriven consecuencias jurídicas que afecten a las facultades de los titulares de derechos, debe contar con fundamentación suficiente en cada caso. No cabe la mera inclusión sin motivación alguna.

⁷⁵² Ibidem, pag. 23.

La aplicación directa a los bienes de las normas del P.T.S. tal y como pretende el subapartado 4.4.e por otra parte, sería, de aplicarse a bienes calificados e inventariados una clara vulneración de lo establecido en la Ley, (aún y cuando las disposiciones de ambos regímenes de protección fueren plenamente coincidentes), y con respecto al resto una disposición sin habilitación en la Ley 7/1990, y que debería ceder ante una calificación o inventario que se demanda con urgencia si el bien reúne los valores suficientes para motivar su inclusión en el Plan.

Consideramos por todo ello que no debe haber normas del Plan de aplicación directa, en los términos en que entiende ésta.

La determinación del carácter de las intervenciones que corresponde a los bienes calificados e inventariados en el apartado f.1 es evidentemente impropia e inadecuada ya que corresponde a la resolución que califica o inventaría según lo establecido en la Ley de Patrimonio determinar las intervenciones que proceden y no proceden.

No tiene ningún sentido que se señale “*en caso de no existir un régimen definitivo.... y que salvo lo dispuesto en la Ley 7/1990*” y acto seguido se hable de bienes calificados o inventariados que por definición cuentan, (o deberían contar), con tal régimen y se encuentran ya cubiertos por la Ley 7/1990.

No es, al contrario de lo que sostiene el Plan, (subapartado 4.4.g), a los instrumentos urbanísticos a quienes corresponde establecer el Régimen Definitivo de protección de los bienes, sino a los instrumentos recogidos en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco a los que aquellos deben adaptarse por mandato legal.

No cabe tampoco referirse a los bienes protegidos en base a la Ley 7/1990 y “*al resto de los casos*” . La vocación de la L.P.C.V. es proteger el patrimonio cultural vasco en su integridad, (art. 3), por lo que por motivos o con base en los valores a que se refiere esta Ley no puede haber disposiciones que la ignoren o se salgan de su marco. La apelación final del apartado 4.4.f , (debería ser h), es pues confusa y superflua.

El desarrollo de las zonas de protección de las cuevas y abrigos naturales en lo que hace al patrimonio arqueológico creemos que constituye desarrollo normativo de la L.P.C.V. que puede corresponde en principio a las Instituciones Forales, (art. 7.b.5 de la L.T.H.), si se realiza con carácter general, sin perjuicio de que el régimen específico de protección de cada uno de los elementos introduzca las determinaciones que correspondan.

El último capítulo del “*Apéndice Informativo*” se destina a la “*Interpretación de las referencias legales*”, por lo que es sobre el mismo sobre el que deberemos repetir buena parte de las objeciones anteriormente apuntadas a lo largo de este informe.

Comienza por señalar que dado que la Ley 7/1990 es la referencia fundamental en la materia “*el P.T.S. se ajustará básicamente a los objetivos y determinaciones de dicha Ley, en los casos donde deba aplicarse, utilizándola como modelo conceptual y formal en los demás casos, conforme a las particularidades del Plan Sectorial.*”⁷⁵³

Difícilmente podemos encontrar afirmación que genere más incertidumbre sobre el nivel y grado de cumplimiento de la Ley. En primer lugar desconocemos que implica “*ajustarse básicamente*”.

Cuando nos encontramos ante una norma jerárquicamente superior a la que se pretende desarrollar y directamente aplicable al caso, creemos que lo exigible es mucho más que tal ajuste.

Tampoco se nos aclara cuales son los “*casos en que deba aplicarse*”, dejando aparte lo que de tautológico, (y superfluo), tiene decir que una Ley se aplica a los casos a que se debe. Es por otra parte inexcusable determinar, si se considera que hay supuestos del P.T.S. a los que se aplica y casos a los que no, cuales son unos y otros, aunque solo fuera porque deba buscarse en fuente distinta la legitimación y fundamentación de la norma.

Cabe interpretar del conjunto de la Memoria que lo que se pretende es limitar la aplicación de la Ley a los bienes que ya cuentan con un régimen de protección de los descritos en ella. Si es así, (y debería decirse), creemos que es una opción que infringe lo dispuesto en la L.P.C.V. Su utilización como “*modelo conceptual y formal*”,⁷⁵⁴ (que no sabemos realmente en qué consiste), puede esconder en realidad un modo de no ignorarla pero si eludir sus mandatos, lo que obviamente no puede hacer un instrumento jurídico de menor rango.

Tampoco pueden extractarse partes de la norma haciendo caso omiso de otras porque el redactor no las considere de interés. Los textos legales tienen un marcado carácter unitario que hace que cada uno de los preceptos deba interpretarse en relación con todos y cada uno de los restantes, incluso en relación con las partes no dispositivas como pueden ser los Preámbulos o Exposiciones de Motivos de las normas.

Ningún mandato de las D.O.T. o de cualquier otra norma que no sea una, por ahora non-nata, Ley del Parlamento Vasco, habilita al P.T.S. y al Departamento de Cultura del Gobierno Vasco para eludir la aplicación de cualquiera de sus disposiciones o normar en sentido contrario o no plenamente coincidente.

⁷⁵³ Ibidem, pags. 44-45.

⁷⁵⁴ Ibidem, pag. 45.

Esto sucede incluso cuando se desarrolla la Ley de manera para la que no se cuenta con habilitación e utilizando instrumentos diferentes a los que establece la propia Ley, como cuando se pretende equiparar “*los bienes de reconocido valor cultural que todavía no han alcanzado dichos niveles legales, (se refiere a la calificación e inclusión en el Inventario) estableciendo para tales bienes el mismo régimen de protección*”.⁷⁵⁵

La Memoria del P.T.S., a modo de conclusión, es un documento que demanda importantes modificaciones en su contenido para ser plenamente conforme con el marco legal y competencial vigente en la materia. Se ha procedido a determinar cuales son a nuestro juicio las más relevantes e imperiosas.

Aunque en algunos casos adelantamos también la forma concreta que debería revestir la modificación, en otros son varias las interpretaciones legítimas posibles o las opciones respecto de las que se reclama un consenso interinstitucional suficiente como vía óptima de desarrollo. Apelamos al intercambio de opiniones, técnico y político, como cauce más adecuado para conseguir el común propósito tuitivo.

6.3.4.2. Observaciones sobre las normas de ordenación.

Es evidente que a la luz de las observaciones realizadas en torno a la Memoria, será necesario proponer importantes modificaciones respecto de lo dispuesto en las Normas de Ordenación. También que corremos el riesgo de ser enormemente reiterativos con respecto a argumentos ya expuestos, lo que intentaremos evitar en la medida de lo posible, a través de las remisiones correspondientes. Pero no por ello debemos dejar de entrar en el análisis de lo que constituye, en definitiva, el elenco de disposiciones con mayor o menor fuerza de obligar a quienes intervenimos de algún modo en la protección del patrimonio cultural vasco.

El Capítulo 1º de las Normas de Ordenación se refiere a los “Enunciados Generales”. En lo que se refiere al objeto, (apartado 1.1), reitera que consiste en “*el establecimiento de los criterios y determinaciones que regulen las actuaciones que afecten a los bienes inmuebles considerados de interés cultural*”,⁷⁵⁶ señalando que estos son los que reúnen los valores del art. 2.1 de la Ley 7/1990 y que por tanto pertenecen al patrimonio cultural. Ya hemos manifestado anteriormente que en su actual redacción esta determinación es inasumible.

Nos remitimos a lo apuntado al respecto en relación con la Memoria. Esto afecta asimismo a cuantas vinculaciones de la protección al Plan ignoren u omiten las referencias a dicha Ley. (Por ejemplo el apartado 5.8.2., el 5.16.3 o el 6.6.)

⁷⁵⁵ Ibidem, pag. 47.

⁷⁵⁶ P.T.S. Normas de Ordenación, documento II, pag. 1.

Nada hay que oponer a que su ámbito de aplicación se ciña a bienes de interés supramunicipal, (apartado 1.2), así creemos que debe ser, aunque no obstante estimamos que debe eliminarse el subapartado 1.2.3. por la posibilidad de generar incertidumbres e incongruencias en relación con este principio, y en coherencia con lo que decíamos en torno a la autonomía local.

Más aún si como se va a señalar en el apartado 3.12.b.3.a, “*la relación de bienes de protección local tiene carácter orientativo*”, lo que la convierte en innecesaria e ineficaz. La solución idónea va más a nuestro juicio en la línea de lo dispuesto en el subapartado 5.1.2.a.3, que faculta a los municipios para incluir elementos a proteger en su propio planeamiento, más que imponerles la consideración de “protección local” de otros desde el Plan.

En lo que hace al “*Listado*” del P.T.S., no puede configurarse el mismo como “*identificación de los bienes del Patrimonio Cultural del País Vasco*”. (Subapartado 1.3.2.)

Sin perjuicio, desde luego, del valor probatorio de dicha pertenencia que en su caso pudieren conferirle los Tribunales. No haremos mayor hincapié en que sería en todo caso del patrimonio cultural inmueble tan solo, pero es que la identificación del patrimonio cultural vasco debe hacerse con ese carácter a través de los instrumentos de la Ley que tiene esa labor por objeto primordial, (entre los que no figura el P.T.S.).

Cuestión aparte sería que se incoase el correspondiente expediente, conforme a lo dispuesto en dicha Ley, con respecto a cada uno de los bienes incluidos en el Listado y después se remitiese la protección provisional en tanto se sustancia el mismo, a lo establecido en el P.T.S., o que sin esa pretensión identificativa, como mero instrumento de ordenación y/o urbanístico y en ese ámbito, se utilizase como guía rectora de la normativa urbanística de inferior rango, en el marco de la Ley 4/1990.

El apartado 1.3.4 resulta afectado por lo repetidamente señalado sobre el objeto y la improcedencia de establecer las determinaciones sobre intervenciones admisibles e inadmisibles sobre cada uno de los elementos.

También las observaciones que merece el apartado 1.4 se han esbozado ya de una u otra manera. No existen bienes incluíbles en el ámbito del P.T.S. no afectados por la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, volvemos a reiterarlo, en contra de lo que se señala en el apartado 1.4.1.

En todos y cada uno de los casos el que el Plan denomina “Régimen Particular de Protección”, debe venir establecido, al menos finalmente, por los instrumentos de la Ley de Patrimonio, y si se introduce cualquier otra prescripción en tanto se espera aquel, debe engarzarse claramente con el marco establecido por la L.P.C.V.

La disposición de no permitir intervenciones directas sobre los bienes en tanto no se establezca un régimen definitivo de intervención, (subapartado 1.4.2), creemos que carece de habilitación legal y es contraria a lo establecido en la Ley 7/1990, que en ningún caso la prevé sino que por el contrario, permite toda clase de intervenciones salvo las contrarias a un régimen de protección ya establecido.

Como toda limitación del derecho de propiedad que no tiene soporte en una disposición de rango legal, creemos que carecerá de perspectivas de supervivencia en cuanto cualquier titular de derechos afectado la impugne en sede jurisdiccional. Su indeterminación temporal, que deja en manos de la casi siempre procelosa actuación administrativa su fecha de caducidad, la convierte además en abusiva y desproporcionada.

Tampoco es admisible que en caso de existencia de determinaciones de diferente origen prevalezca “*aquella que le proporcione una mayor protección a juicio de la administración competente*”.⁷⁵⁷

Los principios de seguridad jurídica y jerarquía normativa impiden que la prelación entre las normas quede al albur de una decisión administrativa, basada además en juicios subjetivos en torno a quien proporciona una mayor protección. La prelación la establece además de forma indubitada la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, al menos en lo que respecta a la coexistencia entre instrumentos culturales y urbanísticos.

En el apartado 1.9, relativo a la “*adaptación del planeamiento municipal*” se produce la sorprendente irrupción del Departamento de Ordenación Territorial del Gobierno Vasco a la hora de determinar si el planeamiento urbanístico municipal proporciona suficiente nivel de protección.

Si el Plan lo redacta el Departamento de Cultura parece una intromisión injustificada, amén de trastocar sin ninguna fundamentación ni soporte en la L.P.C.V. el esquema normativo definido por ésta.

Si ya hemos sostenido la dificultad de encajar el P.T.S. en la habilitación del artículo 33.1 de la Ley, esa habilitación es en todo caso referida al Departamento de Cultura, nunca al de Ordenación Territorial, por más que se disponga que tenga que “*oir*” a éste.

Es un despropósito que el juicio sobre si los valores culturales de los bienes están adecuadamente protegidos por los instrumentos municipales de planeamiento, en

⁷⁵⁷ Ibidem, pag. 2.

función de instrumentos (Ley de Patrimonio, P.T.S....) diseñados por un Departamento de Cultura, lo haga el Departamento de Ordenación Territorial.

Lo mismo puede decirse en torno a la resolución de las dudas interpretativas, que en la medida en que se refieran a la protección del patrimonio deberían ser resueltas por el Departamento de Cultura, y lo incongruente que resulta disponer que en caso de contradicciones si que decide Cultura, en forma contradictoria con todo lo anterior.

Una reflexión que surge a este respecto es que no parece demasiado feliz la articulación competencial interdepartamental propuesta.

Sin perjuicio de las competencias legales que asistan al Departamento de Ordenación Territorial del Gobierno Vasco en virtud de la Ley de Ordenación del Territorio, hay que señalar que en un instrumento de ésta índole deberían reducirse en todo caso a la cobertura formal de la actividad tuitiva a efectos de proporcionar al instrumento el barniz legal requerido por esa Ley para la vinculación del planeamiento.

No puede tampoco en virtud de ellas modificarse lo dispuesto con respecto al reparto competencial en una Ley posterior y preeminente en la materia, (principio de especialidad). De lo contrario habría que concluir en la improcedencia de utilizar el instrumento del P.T.S. para el fin tuitivo del patrimonio cultural.

Con respecto a la creación de la figura de los bienes precalificables y preinventariables, (apartado 2.3. “niveles básicos de protección”), creemos haber sido ya suficientemente explícitos, lo mismo que en torno a la regulación de los “bienes de protección local”, tales menciones deben ser eliminadas.

Considerar “Protección Parcial” y “Discordancia Parcial”⁷⁵⁸ como niveles de protección y no como consideraciones que dentro de un régimen de protección aconsejan permitir, prohibir o condicionar intervenciones podría tropezar con idénticas dificultades. Respecto de los “niveles pormenorizados”, solo serían admisibles desprovistos de la vocación vinculante respecto de bienes e intervenciones concretas y singulares, por cuanto es a los instrumentos específicos de la Ley 7/1990 a quienes corresponde tal determinación.

Tampoco creemos que sea al planeamiento municipal a quien deba remitirse la delimitación provisional o definitiva del ámbito de los bienes culturales a proteger. (Apartado 2.5).

Amén de que no haya garantía alguna de la intervención de los Departamentos de Cultura y las consideraciones culturales en tal labor, ni de la presencia de personal

⁷⁵⁸ Ibidem, pag. 6.

cualificado para realizarla, supone una vulneración de lo establecido en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco que tácitamente atribuye dicha competencia al autor del régimen de protección.

La referencia al entorno, (apartado 2.6), no es necesaria, por cuanto el ámbito de delimitación del espacio protegido ya ha debido tenerla en cuenta. Dentro del “*régimen definitivo*” de protección es evidente que se puede justificar la restricción de intervenciones en un espacio que físicamente no forme parte del inmueble a proteger por su condición de tal entorno.

A nuestro juicio no es legal equiparar los deberes de los titulares de derechos sobre bienes incluidos en el Listado con los de los titulares de derechos sobre bienes calificados e inventariados. (Apartado 3.1).

La L.P.C.V. es muy clara al conectar determinados deberes con la calificación y el inventario, y por cierto no son deberes idénticos en ambos casos con lo que no pueden surgir esos deberes específicos de otros instrumentos y procedimientos.

Por cierto, ¿ los deberes sobre los bienes del “*Listado*” se asimilarían a los de los calificados o a los de los inventariados ?

Los titulares de los bienes que se encuentran únicamente en el Listado, se encuentran tan solo afectados por la disposición genérica del artículo 3 de la Ley que impone a los poderes públicos velar por la protección de la integridad del patrimonio cultural vasco y faculta a cualquier persona para actuar en su defensa ante Administración o Tribunales. Se trata éste de un punto capital; cualquier interesado que impugne ante los Tribunales tal equiparación debería obtener la satisfacción de su pretensión.

Sobre las intervenciones, ya hemos señalado que no corresponde al P.T.S. la determinación vinculante y precisa sobre cada elemento, y lo mismo habría que oponer al establecimiento del régimen de uso.

En todo caso es inadmisibles que con respecto a los bienes expresamente afectados por un régimen de protección de los de la Ley 7/1990, se señale que caso de que dicho régimen “*no fuera aplicable, no existiera* (existe uno mínimo al que la Ley hace referencia cual es el sometimiento de todas las intervenciones a autorización foral en los bienes calificados y a comunicación en los inventariados) *o fuese manifestamente insuficiente... se aplicará proporcionalmente el del P.T.S.*”⁷⁵⁹

⁷⁵⁹ Ibidem, pag. 10.

Desconocemos como se puede calificar de “*manifiestamente insuficiente*”, un régimen de protección aprobado por la autoridad competente después de los procelosos trámites procedimentales a que obliga la Ley, quien es el legitimado para tal osadía, y porqué en tal caso no insta su modificación, habida cuenta de la acción pública existente para ello. Si se trata además de la propia Administración, la incongruencia es de las de record.

Desconocemos asimismo en qué consiste en tal caso la “*aplicación proporcional*” del P.T.S., y si va precedida de alguna declaración ¿ de quien ? de la manifiesta insuficiencia.

La afirmación del subapartado 3.4.1 en torno al “*Régimen General*” de la vinculación y sometimiento de los bienes de interés cultural al P.T.S. es inadmisibles sin la matización y referencia a la L.P.C.V. y contradictoria con lo que dispone el 3.4.3. mucho más acorde, aunque se refiera solo a las definiciones, al régimen legal vigente.

Las actuaciones directas merecen asimismo una reflexión detenida. Recordemos que la única habilitación legal para el sometimiento autosuficiente a licencia municipal es la contenida en el artículo 33.1, con las limitaciones que en si misma contiene.

No pueden obviarse en los restantes casos las facultades de las Diputaciones Forales para emitir la autorización correspondiente, o intervenir tras la comunicación de la intervención. Es abusivo, y carente de soporte legal por otra parte, el que se impida la realización de intervenciones en ausencia de régimen de protección, otra cuestión es que se sometan esas intervenciones a los trámites administrativos que correspondan. (También recogido en el apartado 4.9.2).

Tampoco es, por último, procedente a nuestro juicio, que en circunstancia de riesgo para la integridad de bienes del Listado se realicen las intervenciones de protección “*directamente conforme a las determinaciones y criterios de este P.T.S.*” ,⁷⁶⁰ (obviando lo que señala la L.P.C.V. y que el artículo 20 de la misma atribuye a las Diputaciones Forales la facultad de ordenar en tal caso la realización de intervenciones y de ejecutarlas subsidiariamente, e implícitamente la opción de escoger las medidas más adecuadas).

Con respecto a las zonas arqueológicas, definir como únicas actuaciones directas posibles las arqueológicas y los actos de uso agrícola expresamente autorizados por la Diputación, nos parece desproporcionado. Existen otros posibles usos no lesivos que deberían poder desarrollarse y mediando la necesidad de autorización administrativa foral parece excesivo no confiar en su análisis.

⁷⁶⁰ Ibidem, pag. 11.

La documentación preceptiva a presentar para la obtención de las autorizaciones y licencias que no corresponden al Gobierno consideramos que es materia de desarrollo normativo que corresponde a las Instituciones Forales conforme a lo establecido en el artículo 7.b.5 de la L.T.H., lo que afectaría de forma relevante al apartado 3.7.

El “*Régimen Definitivo*” de protección solo puede venir fijado a través de alguno de los instrumentos de la L.P.C.V. No puede entenderse que la Ley 7/1990 rija solo para los bienes que ya se encuentran incluidos en alguno de sus regímenes de protección. (En su ámbito, definición del artículo 2.1, se encuentran todos).

Cuestión diferente es que adaptados a lo dispuesto en esos instrumentos, existan normas urbanísticas o de ordenación territorial aplicables, que desarrollen sus determinaciones o las trasladen a documentos que contemplan un ámbito espacial de actuación mayor. El apartado 3.8 no deja en absoluto claro que esto sea así. No le corresponde por otra parte al P.T.S. fijar el contenido necesario de ese Régimen, (ya lo hace la L.P.C.V.).

La categorización del patrimonio arquitectónico que realiza el apartado 4.2 se distancia de la recogida en la Ley 7/1990, en contra del criterio de utilización de sus categorías formales expuesto en la Memoria. Ya hemos señalado lo inconveniente, por superfluo y carente de habilitación de las categorías de bienes “*Pre-Calificados*” y “*Pre-Inventariados*” y asimismo de la de “*Protección Local*”.

Consideramos abusivo y desproporcionado el condicionamiento de cualquier autorización de actos de uso o construcción sobre bienes, (no expresa el apartado 4.3 a cuales se refiere por lo que podría entenderse que lo hace a todos los del Listado), a la delimitación definitiva de los mismos.

Hay que llamar la atención sobre que lo segundo es una actividad administrativa que no implica para el titular más allá como mucho de un deber de colaboración, y sin embargo la Administración se reserva la potestad de negar autorizaciones en virtud de negligencias u omisiones que puede que sean solo a ella imputables.

La delimitación, además, no es que deba adaptarse a lo que dispone el P.T.S. sino éste en su caso a la que establezcan los regímenes de protección de la Ley 7/1990. Toda la Sección B, (apartados 4.4 y 4.5), tiene únicamente sentido como guía para el propio Gobierno Vasco a la hora de proceder a la calificación o inventario de los bienes.

Respecto del apartado 4.6 debemos reiterar lo ya tantas veces reprochado con anterioridad, que no puede disponerse que “*las obras que fuesen necesarias en los inmuebles de interés cultural del Listado...deberán ajustarse a las disposiciones de este*

P.T.S.”⁷⁶¹, omitiendo la referencia a lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

Es más llamativa esta omisión respecto de los actos de uso y conservación, que se vuelve a reiterar en relación con las intervenciones directas ,(subapartado 4.13.1), porque no se produce respecto de las órdenes administrativas de ejecución de intervenciones, en que se salvaguarda expresamente lo dispuesto en la L.P.C.V., eso si con la, como ya hemos dicho, equivocada referencia al “*caso de bienes sujetos a la protección de la Ley 7/1990*”, como si los hubiera incluidos en el Listado y no sujetos a la L.P.C.V., cosa que negamos.

De ahí que tampoco proceda distinguir, como el Plan constantemente hace, entre bienes sujetos al “*Régimen Definitivo*” de la Ley 7/1990 y bienes sujetos al “*Régimen Definitivo*” del P.T.S., cuando éste último debiera entenderse en todo caso como una regulación provisional o transitoria en tanto se produce la llamada por ley a dilucidar el asunto, la de los instrumentos de la Ley de Patrimonio. (Subapartado 4.11.5).

En coherencia con lo anteriormente señalado, no tendría tampoco sentido en el apartado 4.7 proceder a regular nada en relación con los bienes “*de protección local*”, concepto cuya desaparición normativa reclamaríamos.

La imposición a las Diputaciones Forales vía P.T.S. de la obligatoriedad de proceder a la suspensión de las intervenciones lesivas y contrarias al Plan o al planeamiento de desarrollo, por más que en el fondo no constituya sino una reiteración de lo dispuesto en el 20.2 de la Ley eso si con el destacable matiz de que se sustituye la facultad de suspender por el deber de hacerlo, genera serias dudas sobre su adecuación al marco legal.

En lo que hace a los supuestos de ruina se reclama la autorización “*previa y expresa de la Administración competente*”⁷⁶² para poder proceder al derribo, sin indicar de cual se trata. Nos parece que debería señalarse expresamente que dicha administración es la foral, pero creemos que dicha prescripción no es legítima más que con respecto a los bienes calificados o inventariados en el marco de la Ley 7/1990. En el resto de los casos la disposición carece de habilitación legal.

La determinación, (4.13.2.a), de la documentación precisa a contener por los proyectos de intervención para ser autorizados por la administración competente, (la foral y municipal), invade las competencias normativas de los Organos Forales para proceder al desarrollo normativo de la L.P.C.V. (Art. 7.b.5).

⁷⁶¹ Ibidem, pag. 25.

⁷⁶² Ibidem, pag. 26.

Creemos que debe corresponder en este caso al órgano autorizador la determinación de los requisitos materiales, (documentación, plazos...) a cumplir por los solicitantes para proceder a la tramitación. (Similar consideración afecta a lo previsto en los apartados 4.15 y 4.16).

El establecimiento de cual es el tipo de intervención que corresponde en bienes calificados o inventariados, (Restauración Científica, Restauración Conservadora...), es materia que no corresponde al P.T.S. Corresponde al específico régimen de protección que ha acompañado la resolución calificatoria o de inventario, que no puede ser modificado por el Plan y que la Ley reclama además que tenga carácter “ad hoc”, con lo que se excluye la oportunidad de disponer que todos los bienes calificados o inventariados deban someterse a idéntico tipo de intervenciones.

Tampoco parece que sea el P.T.S. el instrumento al que llama la Ley para declarar como “*elemento de singular relevancia*” en un conjunto monumental, a los que merezcan la misma por su interés y valor. (Apartado 5.2.1.c.).

Habida cuenta del carácter extremadamente normativizador y vinculante del P.T.S., (que impugnamos), no alcanzamos a comprender la necesidad del régimen transitorio previsto. Solo tendría sentido como compendio de reglas mínimas en el entorno de un Plan orientativo y no vinculante con carácter general.

Una vez más habrá que señalar que no puede darse la circunstancia de que los bienes calificados e inventariados carezcan de régimen de protección, (subapartados 5.2.2., 5.4.2 y 5.9.1.a). La Ley es clara a la hora de exigirlo respecto de la resolución declarativa, pero además establece ya unas determinaciones subsidiarias en todo caso.

Es incongruente la disposición del subapartado 5.2.2.c. No ya por todo lo manifestado en relación con los “*bienes de protección local*”, sino por su propio contenido, de difícil intelección en primer lugar y que parece que constriñe los bienes de protección local al ámbito donde menos parecen estar llamados a aparecer.

Es a nuestro juicio incompatible con la L.P.C.V. disponer, (subapartado 5.2.3.), que con independencia de lo dispuesto en la Ley y del régimen de protección que sus instrumentos hayan establecido, a los bienes pertenecientes a conjuntos monumentales “*les corresponde individualmente el mismo nivel que posea el conjunto*”.

Tampoco cabe disponer que las intervenciones en bienes ubicados en conjuntos monumentales se sometan al “*régimen transitorio*” del P.T.S., mientras no se haya adaptado el planeamiento, deberán someterse al régimen de protección del Conjunto Monumental. (Subapartado 5.7.3). Por lo repetidamente señalado procede la supresión del apartado 5.7.4.

Conviene dejar sentado que lo que vincula prioritariamente al planeamiento son los instrumentos de la L.P.C.V. y que en presencia de éstos ceden otras disposiciones, lo que no creemos que quede claro en la redacción de los subapartados 5.8.1.b y c ni en la del 5.16.4.

Con respecto a la aplicación del régimen de protección, no puede admitirse lo dispuesto en los apartados 5.3.1 y 5.9.3 si se pretende con ello “*petrificar*” la aplicación de la Ley 7/1990 a los bienes que en el momento de la aprobación del P.T.S. cuenten con un instrumento de protección específico aprobado en el marco de dicha Ley. En todo caso deberá garantizarse la primacía de estos instrumentos, la subordinación del Plan a éstos y la necesaria adaptación del planeamiento a los mismos.

Decir que esos regímenes culturales de protección se “*conservarán*”, (subapartado 5.3.2.a.), es manifiestamente improcedente por falta de rango de la disposición, que tampoco puede disponer la aplicación supletoria del P.T.S. (La aplicabilidad de la normativa urbanística y/o territorial tiene otro carácter).

La prohibición de agrupaciones o segregaciones de fincas del subapartado 5.9.5 carece de habilitación legal y en lo que respecta a los bienes incluidos en los regímenes de protección de la L.P.C.V. es improcedente. También habrá que estarse a lo dispuesto en los mismos y no en el P.T.S. con respecto a la actuación en solares vacíos en un Conjunto Monumental.

Creemos por otra parte que ésta y otras similares son normas de desarrollo legislativo que habría que analizar a la luz de las competencias que las Diputaciones Forales poseen en virtud del artículo 7.b.5 de la L.T.H.

Por lo ya señalado carecen de sentido las disposiciones del apartado 5.11 que debería ser suprimido en su totalidad. Lo mismo sucede con respecto al 5.12 y 5.13. Hay que reprocharles la referencia al “*régimen de protección definido o suficiente*”, (si deriva de la L.P.C.V. es intocable para el Plan guste o no), la posible invasión de las competencias forales de desarrollo legislativo y la imposición de determinaciones potencialmente incoherentes con la protección derivada de la Ley.

También el subapartado 5.16.1.b recurre a conceptos, (“*régimen suficientemente detallado*”), que por su imprecisión y falta de seguridad jurídica no debieran tener cabida en una norma de este carácter. Por otra parte la aplicabilidad directa debe venir ligada a lo dispuesto en el artículo 33.1 de la Ley 7 /1990. Lo mismo puede decirse de “*caseríos tradicionales de un municipio*”, (6.9.3.a.), o “*añadidos inadecuados*” (¿ a juicio de quien ?, 6.10.3.b).

Las determinaciones, (prohibiciones), de los subapartados 6.7.3.b, 6.8.3.c y 6.9.3.e otorgan al Gobierno Vasco una competencia autorizatoria que la Ley de Patrimonio Cultural atribuye a las Diputaciones Forales.

La disposición del 6.10.3.a correspondería a nuestro juicio a la normativa de desarrollo legislativo de competencia foral.

Con respecto a la valoración de los bienes del patrimonio arqueológico nos parece digna de elogio la disposición del subapartado 7.5.2 en torno a la necesidad de valoración fundada y expresa para la inclusión de bienes en el Listado. (Echamos en falta una disposición similar con respecto al resto de bienes). Sin embargo acabaremos preguntándonos como se conjugan tales exigencias con las críticas a los instrumentos de la L.P.C.V. que en definitiva no pretenden sino un propósito idéntico.

En relación con las determinaciones directas del tipo de las del subapartado 7.7.b o 7.10.1, nos remitimos a lo ya señalado sobre su subordinación a la Ley 7/1990. Más en concreto sostenemos que las prohibiciones deben tener por fuente disposiciones habilitadoras de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

El subapartado 7.10.4 contiene disposiciones injustificadas como la prohibición de cualquier acto de uso, sin analizar su potencial lesividad hacia los bienes a proteger. Es asimismo contradictorio remitirse a un régimen definitivo de protección como condición necesaria para autorizar usos, y relacionar en el siguiente apartado un elenco de usos y actividades permitidos.

En general todas estas limitaciones omiten un capítulo que cuenta con relevancia propia en la Ley 7/1990 cual es el de las compensaciones a conceder a los afectados.

Sin ellas no es presumible que pueda alcanzarse el objetivo tuitivo perseguido y su omisión genera una notable incertidumbre, tanto en lo que hace a su virtualidad como a la identidad de los obligados a concederlas. No vemos justificación racional en algunas de tales limitaciones.

En todo caso habida cuenta de la inabarcable variedad de situaciones en que pueden hallarse las zonas arqueológicas, y sin perjuicio de lo ya señalado respecto del orden competencial, creemos que tiene todavía menos justificación un régimen general y debería recurrirse a instrumentos “ad hoc” como los que reclama la L.P.C.V.

Lo dispuesto en los subapartados 7.14.3 y 8.5.5.d modifica lo establecido en esta Ley careciendo de habilitación para ello. En coherencia con lo repetidamente señalado el apartado 8.4 debería ser suprimido, por cuanto no existen bienes en tal situación. Se

trata de una categoría ya objetada por superflua. También habrá que remitirse a consideraciones anteriores para impugnar lo dispuesto en el 8.5.2.

Finalmente señalar, con respecto al apartado 8.5.5.f, que es preciso incluir en el mismo la autorización foral, (artículo 36 L.P.C.V.), como requisito para poder proceder al derribo. Es cierto que la omisión es irrelevante por cuanto sigue vigente el precepto legislativo pero puede dar lugar a confusiones.

A modo de conclusión debemos señalar que el borrador del Plan Territorial Sectorial del Patrimonio Cultural, (Inmueble), de la C.A.P.V. precisa de modificaciones sustanciales para ser plenamente conforme a Derecho y respetuoso con la distribución competencial que en sede de protección del patrimonio cultural, objeto del mismo, realizan la Ley de Territorios Históricos y la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

Algunas de las modificaciones más relevantes se han sugerido en el presente informe, sin embargo su volumen y envergadura aconsejan una revisión total de los principios que inspiran el documento, dado que es en los mismos donde debemos encontrar algunas de las raíces de las que proceden las inadecuaciones a que se ha hecho referencia.

6.4. LOS DECRETOS DE ACTUACIONES PROTEGIDAS EN REHABILITACION DEL PATRIMONIO URBANIZADO Y EDIFICADO

Más propiamente en el ámbito urbanístico que en el de ordenación del territorio, pero con carácter general e importante incidencia en la protección de la protección del patrimonio cultural, y necesidad por ello de proceder a su análisis, nos encontramos ante una serie de Decretos del Gobierno Vasco que tienen por objeto promover las actuaciones de rehabilitación del patrimonio edificado.

Nos referiremos en este apartado al Decreto 317/2002 de 30 de Diciembre, “*sobre actuaciones protegidas de rehabilitación del patrimonio urbanizado y edificado*”, aunque como expresamente señala en el Preámbulo, no es sino un jalón más en una serie de disposiciones similares, (las últimas de 1990, 1996 y 2000), que siguen a la pionera de 1983.

El objeto del Decreto se fija en el artículo 1, en términos de “*regular el régimen jurídico de las actuaciones de rehabilitación del patrimonio urbanizado y edificado radicado en la Comunidad Autónoma del País Vasco, tanto en el medio urbano como en el rural, al objeto de promocionar y fomentar el sector de la vivienda principalmente en áreas de interés urbanístico*”.

Esta definición nos deja en primer lugar ante la incógnita de qué es lo que hay que entender por “*patrimonio urbanizado y edificado*”.

Es evidente, aunque propiamente el artículo 1 no lo recoja, que al utilizar el término “*patrimonio*” se está refiriendo al patrimonio cultural y no a cualquier otro de sus posibles significados, y que éste se encuentra definido, como ya hemos visto, en el art.2.1 de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, pero el Decreto, de forma harto sorprendente, no contiene alusión alguna a la citada Ley o a alguno de sus artículos, al régimen jurídico, en suma, que regula las actuaciones sobre el mismo.

La referencia, como objeto, a la promoción del sector de la vivienda, parece excluir, en principio, y por otra parte, una parte importante del patrimonio urbanizado y edificado, como puede ser aquella que esté destinada a uso distinto del residencial, lo que no parece muy congruente si se trata de “*rehabilitar patrimonio*”, y nos deja además ante la duda de cual es entonces el sentido de la distinción entre patrimonio urbanizado y edificado.

El Decreto establece, (art.2), que las actuaciones de rehabilitación que desea regular y promover son “*las constituídas por una o varias intervenciones sobre el patrimonio urbanizado y edificado al objeto de conseguir su puesta en valor y su más adecuada utilización*”.

No cabe menos que echar en falta mayor precisión en la definición, ya que puede comprender cualquier actuación sobre el inmueble de qué se trate, incluso las que propiamente parecieran no encajar en el significado gramatical de “*rehabilitación*”, (al que se podía haber hecho referencia), caracterizado por suponer un estado no hábil, (óptimo), para determinado uso, que se intenta corregir.

El artículo 3 intenta en parte subsanar el defecto definiendo los objetivos que deben perseguir tales actuaciones, “*la adecuación urbanística de las unidades edificatorias, la adecuación estructural y/o constructiva de los edificios, la adecuación de las condiciones de habitabilidad de las viviendas, la adecuación del acabado general de los elementos comunes y/o privativos de los edificios y de las viviendas locales a los principios de la buena construcción*” y “*la adecuación de las viviendas y locales y sus accesos por personas con minusvalías*” (sic).

Los “*principios de buena construcción*” a que se alude en este artículo se definen en el apartado 5, “*se considera que el acabado general de un edificio y de las viviendas y locales se encuentra adecuado*” a ellos, cuando “*gozando los edificios de adecuación estructural y constructiva y las viviendas de condiciones de habitabilidad, se hayan realizado obras en elementos comunes y privativos destinadas a lograr que su acabado general responda a los citados principios de buena construcción. Se incluirán en este apartado las obras de acabado general de los elementos comunes de los*

edificios y también las de los elementos privativos de las viviendas y locales como rascos, alicatados, solados, carpintería, pintura, u otros, siempre que se acredite ante el órgano administrativo correspondiente el mal estado de los mismos”.

Es éste un magnífico ejemplo de definición tautológica perfectamente inútil, los edificios están adecuados a los principios de buena construcción cuando se hayan realizado obras para ello. Sin duda. Sin construcción no habrá buena construcción. Pero seguimos sin saber en qué consiste ésta.

Llamativo es, en todo caso, tratándose presuntamente de “*patrimonio*”, que no se haga referencia alguna a los valores singulares del elemento o las normas de protección del mismo que puedan derivarse de la legislación cultural.

El apartado 2º de este artículo 3 introduce aún mayor incertidumbre cuando señala que una unidad edificatoria o construcción “*está adecuada urbanísticamente cuando se encuentre en alguna de las dos situaciones siguientes:*

- no está fuera de ordenación según la vigente legislación del suelo ni sujeta a cesión alguna por imperativo del planeamiento vigente, no siendo preciso por ello su derribo total o parcial para realizar equipamientos comunitarios privados, plazas, parques públicos, zonas verdes, o para la apertura o ampliación de vías de tráfico o peatonales, definidos por el planeamiento urbanístico

- aún sin cumplir con la ordenanza para realizar una construcción de nueva planta, no haya sido declarada por aquel planeamiento como construcción a demoler, total o parcialmente, por ser incompatible con sus objetivos.

Definida la adecuación urbanística en estos términos, no parece fácil de entender que las actuaciones de rehabilitación puedan perseguir la misma. Si el inmueble se encuentra fuera de ordenación, o sujeto a cesión, mal puede rehabilitarse de lo que no depende de su estado, sino de la redacción del planeamiento.

Más que propiamente de rehabilitación deberíamos hablar en este caso de modificaciones de planeamiento que no tienen en principio vinculación con su estado o con las intervenciones sobre él. (Que además estarán restringidas o incluso prohibidas en razón de esa calificación urbanística).

Tampoco sabemos en qué puede consistir una actuación de rehabilitación que corrija el hecho de que no se cumpla con la ordenanza para realizar una construcción de nueva planta, ni como evitar a través de ella que el planeamiento la señale como construcción a demoler total o parcialmente, por ser incompatible con sus objetivos, que

es por definición el estado de inadecuación que podría intentar subsanar una actuación de ese tipo.

En lo que respecta a la adecuación estructural, el apartado 3º proclama, en redacción poco brillante, que *“se considera que un edificio posee adecuación estructural cuando presenta condiciones suficientes respecto a la seguridad constructiva, de forma que estén garantizadas la estabilidad, resistencia, firmeza y solidez del edificio”*, y en lo que hace a la adecuación constructiva cuando *“de acuerdo con los principios de buena construcción, reúne condiciones mínimas respecto de accesos, estanqueidad frente a la lluvia y humedad, aislamiento térmico, redes generales de agua, saneamiento, electricidad, seguridad frente a accidentes y siniestros, y, en su caso, redes generales de telefonía e instalación adecuada de ascensor”*.

El Anexo III del Decreto desarrolla aún más estos criterios cuando establece las condiciones generales *“que debe reunir una edificación para que se encuentre adecuada estructural y constructivamente”* y que clasifica en cuatro diferentes apartados.

En primer lugar las *“relativas a la solidez y seguridad de los elementos estructurales y constructivos”* son *“disponer de cimentación adecuada, la ausencia de deterioro del material constitutivo de los elementos estructurales, garantizándose que la resistencia de los mismos permanece inalterada, la ausencia de desplomes en elementos portantes, la ausencia de flechas en vigas y forjados, la garantía de seguridad ante el desprendimiento de elementos constitutivos de las partes voladas del edificio, las garantías de sujeción y amarre de los elementos de seguridad ante caídas”* y *“las garantías de seguridad ante el desprendimiento de otros elementos tales como tejas, aplacados de fachada, chimeneas, vierteaguas, dinteles y cristales”*.

En segundo lugar, las relativas a la accesibilidad se ciñen al *“acceso independiente desde la vía pública o espacio público”* y a la *“ausencia de obstáculos para el libre acceso a las viviendas”*.

Las relativas a la estanqueidad frente a la lluvia y la humedad se refieren a la *“ausencia de goteras, la integridad de los elementos constructivos de la cubierta, la ausencia de elementos extraños en cubierta, la ausencia de humedades en fachadas, la ausencia de humedades en soleras, muros y otros elementos”*.

Y finalmente las relativas al *“buen estado de las instalaciones”* comprenden *“la estanqueidad y funcionalidad de las instalaciones”* y *“la instalación general eléctrica empotrada o entubada”*.

Establecidas cuales son las actuaciones de rehabilitación, el verdadero objetivo de la Ley es promover y favorecer las mismas para lo que el artículo 4 determina que *“tendrán la consideración de actuaciones protegidas”*, aquellas que *“cumpliendo su titular los requisitos establecidos en este Decreto y la normativa de desarrollo, así sean declaradas por el órgano administrativo correspondiente, posibilitando su acceso a las medidas financieras y a los beneficios tributarios que en cada caso procedan”*.

La financiación cualificada, de todos modos, *“se destinará preferentemente a las actuaciones de rehabilitación de edificios cuyo destino principal sea el de vivienda”*. (Art.4.2). Hay que ligar necesariamente esta disposición con el objeto definido en el artículo 1 de promocionar y fomentar el sector de la vivienda, al que ya nos hemos referido anteriormente en tono crítico.

Las actuaciones protegidas, *“sin perjuicio de los beneficios tributarios reconocidos por la normativa vigente”*, (art.5), contarán con *“financiación cualificada al tipo de interés que se fije en el correspondiente convenio con las Entidades de Crédito”*, con *“préstamos directos”* de éstas, *“descuentos bancarios de certificaciones de obra”*, *“subvenciones otorgadas por la Administración General de la C.A.P.V.”*, *“subsidiación parcial del tipo de interés de los préstamos cualificados”* y *“cualquier otra que pueda establecer el Gobierno Vasco, mediante Decreto, teniendo en cuenta el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en la presente disposición y en particular para atender de forma diferenciada las actuaciones de rehabilitación destinadas a grupos específicos de población”*.

Para gozar de la condición de *“actuación protegida”* en unidades edificatorias que tengan el de vivienda como uso principal, deberán cumplirse, sin embargo, las siguientes condiciones, (art.7): *“ que los edificios a rehabilitar tengan una antigüedad superior a diez años”*, (salvo para adaptar la vivienda a minusválidos, instalar gas natural o si existe orden administrativa para adaptar las instalaciones a normativa técnica vigente), que se incluyan las obras necesarias para la adecuación urbanística, estructural o constructiva en los casos de inadecuación o inhabitabilidad, en los que se exigirá *“que el edificio posea una organización espacial y unas características constructivas que garanticen la posibilidad de alcanzar dicha adecuación de habitabilidad”*, y que el edificio, *“efectuadas las actuaciones sobre el mismo, disponga de un mínimo de dos terceras partes de la superficie útil total destinada a vivienda, quedando excluida de este cómputo la superficie de la planta baja”*. (Salvo en intervenciones en elementos privativos en edificios adecuados).

En Rehabilitación Aislada se exigirá además, *“que los edificios a rehabilitar se encuentren adecuados urbanísticamente y sin limitaciones que impidan el uso previsto o la obtención de licencia municipal”*, que *“el edificio no se encuentre en estado de ruina, demolido parcialmente o vaciado en su interior o que las actuaciones incluyan la demolición de fachadas o su vaciado total”*.

(Parece que debería decirse “no incluyan”, sobre todo si se tiene en cuenta que el párrafo siguiente se refiere a que en obras de vaciado cabe acceder a la financiación si se trata de viviendas de tipología rural tradicional o arquitectónica popular de carácter gremial), y que “*las intervenciones de ampliación del espacio habitable de la vivienda mediante obras de nueva construcción cuenten con la preceptiva licencia municipal y las viviendas resultantes tras la realización de las mismas cumplan con las condiciones de habitabilidad*”.

(Se exige superficie útil total de la vivienda que no exceda de 90 m² o de la superficie máxima establecida en el regimen de protección oficial al que se acogieron las viviendas en el momento de su construcción salvo en los supuestos de viviendas rurales o tradicionales antes citados). Se señala además que el cerramiento de terrazas no se considerará actuación protegible de rehabilitación.

Dos son los tipos de actuaciones protegidas que establece el Decreto, las actuaciones de “*Rehabilitación Integrada*” y las de “*Rehabilitación Aislada*”. (Art.6).

Las primeras son aquellas “*que se realicen en los conjuntos urbanos declarados Areas de Rehabilitación Integrada*” y, contrario sensu, las de Rehabilitación Aislada serán las que se realicen fuera de estas áreas y las que “*se realicen en edificios situados en las citadas áreas y no se encuentren adecuados urbanística, estructural y constructivamente o sin que las viviendas reúnan todas las condiciones de habitabilidad*” o se realicen en “*edificios excluidos por el Plan Especial de Rehabilitación de la financiación de rehabilitación integrada en base a razones tipológicas u otras consideraciones*”.

Podrán ser declaradas Areas de Rehabilitación Integrada, según señala el artículo 9, “*aquellos conjuntos urbanos o rurales que por el notorio valor de sus caracteres arquitectónicos o urbanísticos así como por las condiciones de degradación de su patrimonio urbanizado y edificado deban ser sometidos a una acción especial de la Administración tendente a su protección conservación o mejora*”.

Dos son pues las notas que caracterizarían a las A.R.I., su notorio valor y su estado degradado. De forma harto incongruente, el art.9.2 dispone sin embargo que también pueden ser declarados A.R.I., “*los conjuntos urbanos residenciales de reciente creación en los que, aún no siendo de notorio valor sus caracteres arquitectónicos o urbanísticos, así lo aconseje el estado de degradación de su patrimonio urbanizado o edificado, que pudieran tener la consideración de Area Degradada*”.

Diversas cuestiones son susceptibles de crítica en esta regulación. En primer lugar, la incoherencia de definir las Areas en función de un notorio valor que se desdibuja inmediatamente en el apartado siguiente, ¿ basta entonces la degradación ?

No menos criticable desde el punto de vista del patrimonio cultural es la referencia en el segundo apartado a los “*conjuntos urbanos residenciales de reciente creación*”.

¿ Por qué se excluyen los que no sean tan recientes, a los que quizá a priori pueda presumírseles mayor interés patrimonial ? Si es por su no menos presumible mayor adecuación a las exigencias residenciales modernas, ¿ no se pone ésta en duda con una degradación tan rápida ?.

En tercer lugar si pueden ser declarados A.R.I., ¿ tiene algún sentido la consideración de Area Degradada ? ¿ Son equiparables ? Si finalmente el apartado 3º señala que “*el conjunto puede comprender una unidad edificatoria con una única construcción, una o varias unidades edificatorias con un complejo de construcciones o un área urbana o rural más extensa*”, ¿ no cabe concluir en que A.R.I. puede ser casi cualquier cosa ?

Varias son las condiciones, que deben darse simultáneamente, que se establecen para que pueda entenderse que nos encontramos ante un Area Degradada, “*niveles de renta de la población del Area (escogible a voluntad según lo que hemos señalado del apartado 3º) inferiores al 80% de la renta media del Territorio Histórico (85% si la degradación arquitectónica y/o urbanística, curiosa distinción que amén de tener dudoso sentido, nos ocasionaría múltiples problemas de interpretación si se traslada a los restantes apartados, supera el 30% “de los porcentajes establecidos en las siguientes letras de este párrafo”, que no se refiere ninguno de ellos a esta degradación), “tasa de paro de la población del Area superior a la media de la tasa de paro de la C.A.P.V.” (desconocemos porque es la C.A.P.V. aquí la referencia cuando en el apartado relativo a la renta era el Territorio Histórico), “importe de las obras de reurbanización superior al 40% del valor de la urbanización” y que “el importe de las obras de rehabilitación de la edificación...ha de superar el 25% del valor de la edificación excluido el valor del terreno*”, con lo que nos situamos en el resbaladizo terreno de las peritaciones de los expertos, por empezar a carecer de datos objetivos como pudiera ser los de los precios satisfechos en las correspondientes adquisiciones.

Si el conjunto está constituido por una única construcción, lo que constituye en si mismo una notable paradoja, “*será condición indispensable para su declaración como A.R.I. que sea un bien cultural calificado o inventariado, de acuerdo con la legislación vigente*”. (Art. 9.4).

Es ésta la única referencia a la legislación de patrimonio cultural que contiene el Decreto, y que si el objeto del Decreto fuese realmente la rehabilitación del patrimonio, no se alcanza fácilmente a entender el motivo de que no se extienda a las áreas o conjuntos, de que no se exija su calificación o inventario. Parece que se pretende así trascender el ámbito patrimonial para poder extender el régimen jurídico de estas actuaciones a cualquier entorno degradado, propósito coherente con la difuminación que ya hemos apuntado anteriormente, del “*notorio valor*” como requisito de las A.R.I.

En todo caso también, la declaración como Area de Rehabilitación Integrada exige como condición indispensable que *“los terrenos que se comprendan en el perímetro que lo delimite estén clasificados por el planeamiento urbanístico como suelo urbano o como suelo no urbanizable de núcleo rural”*. (Art.9.5).

El artículo 10 dispone que *“la figura de planeamiento a través de la cual se concretarán las actuaciones de rehabilitación de la Administración General en las A.R.I. serán los Planes Especiales de Rehabilitación”,* definidos como *“instrumentos pormenorizados de ordenación urbana para el desarrollo de las determinaciones de la calificación global de los Planes Generales o de las Normas Subsidiarias en las áreas de suelo urbano en las que se haya incoado un expediente de declaración de A.R.I.”*. Se señala expresamente, además, que *“deberán contener entre sus determinaciones aquellas que permitan planificar las medidas constitutivas de la acción especial de la administración indicada en el párrafo primero...”*, (la protección, conservación, restauración y mejora del tejido urbano).

El artículo 13 traduce este contenido necesario a la necesidad de incluir la *“delimitación del perímetro de los terrenos que constituyen el ámbito del A.R.I., y en consecuencia del Plan”,* el *“trazado de los espacios libres y zonas verdes destinados a parques y jardines públicos integrantes del sistema local de espacios libres, con regulación de las edificaciones e instalaciones que se permitan en ellos”,* la *“delimitación de los terrenos del sistema local de equipamiento comunitario primario compuesto por los establecimientos para prestar servicios públicos de carácter docente, cultural, asociativo, asistencial, recreativo, de espectáculos, sanitarios, comercial, religioso, deportivo, administrativo y otros de finalidad análoga”*.

También el *“trazado y características del sistema local de transportes y comunicaciones...”* el *“trazado de los espacios libres y zonas verdes....vías de tráfico rodado y peatonal y aparcamientos públicos así como delimitación de los terrenos para equipamiento comunitario primario que posean el carácter de sistemas generales...”*, en su caso, la *“línea de edificación y características y situación de los cierres en los bordes de las carreteras”* la *“delimitación de las superficies con aprovechamiento lucrativo”,* la *“delimitación e individualización de todas las unidades edificatorias del Area.”*, la *“regulación específica y detallada a través de la ordenanza de trazado gráfica y escrita...”* de los extremos relativos a las unidades en que se permitan intervenciones constructivas de ampliación, sustitución o nueva planta, la *“fijación de las intervenciones constructivas permitidas”* y de las *“intervenciones de sustitución y nueva planta a las que el Plan otorga el carácter de intervenciones de rehabilitación”* .

Del mismo modo, las *“construcciones que deban ser demolidas, total o parcialmente...”* y las que *“deben quedar afectas a equipamientos comunitarios primarios”,* las *“intervenciones urbanizadoras....con indicación de aquellas a las que el Plan otorga el carácter de intervenciones de rehabilitación”,* la *“ordenanza de uso de las unidades edificatorias...”*, (teniendo en cuenta, art.13. 5 y 6, que el P.E.R. debe

calificar los usos anteriores no permitidos como tolerados o fuera de ordenación, lo que en el primer caso supone la regulación de las intervenciones constructivas a realizar para ellos condicionándolas en su caso a la supresión del uso en determinado plazo, y en el segundo la sujeción a las limitaciones que la legislación urbanística establece para el supuesto), la *“regulación, para cada unidad edificatoria, mediante un régimen especial de los usos anteriores a la entrada en vigor del Plan...”*, el *“catálogo de actividades permitidas en el A.R.I.”*, las *“ordenanzas de parcelación”*, y las de *“seguridad, salubridad y ornato”*, con una ficha resumen de cada unidad edificatoria.

Un P.E.R. debe contener también determinaciones relativas a la gestión como la *“delimitación de los polígonos, unidades de ejecución y, en su caso, actuaciones aisladas”*, la *“fijación, en su caso, del sistema de actuación aplicable a cada polígono y unidad de ejecución”*, la *“distribución entre la administración y los particulares de los deberes de conservar y asegurar las debidas condiciones de seguridad, salubridad y ornato de la urbanización”*, la *“evaluación económica de las intervenciones urbanizadoras”* y de las *“constructivas que se definan como intervenciones de rehabilitación”*, la *“definición del aprovechamiento medio en metros cuadrados edificables”*, la *“definición de los compromisos de las diferentes administraciones públicas en orden a la financiación de la obtención de suelo para sistemas generales y sistemas locales, a la obtención y en su caso rehabilitación de construcciones destinadas a equipamientos comunitarios primarios y a la realización de intervenciones urbanizadoras”*, la *“definición del valor urbanístico del suelo y, en su caso, de las construcciones a efectos de toda clase de tributos”* y los *“criterios a tener en cuenta para la aplicación de contribuciones especiales”*.

Los Planes Especiales de Rehabilitación, (art.12.3), *“serán sometidos a informe preceptivo del Departamento de Cultura del Gobierno Vasco antes de su aprobación definitiva. Cuando los P.E.R. afecten a conjuntos monumentales calificados o inventariados, el citado informe será vinculante en los términos establecidos en la Ley 7/1990 de 3 de Julio, de Patrimonio Cultural Vasco”*.

Como no podía ser de otra manera, el Decreto recoge aquí la obligación legal de que el P.E.R. cuente con ese informe favorable preceptivo para poder eximir a los promotores de intervenciones de la necesidad de obtener la autorización foral previa. (Arts.29 y 33 de la L.P.C.V.).

Esa obligación se mantiene, con referencia expresa además en el artículo, en los términos de la L.P.C.V., no extendiéndose al conjunto del *“patrimonio”* regulado por el Decreto. La pregunta es obvia, si consideramos *“patrimonio”* todo el ámbito objetivo de aplicación del Decreto, ¿ no debería ser la autoridad principalmente encargada de su protección la que determinase la compatibilidad del Plan y de las medidas que se pretende adoptar con la debida tutela de los valores patrimoniales ?

El Decreto se conforma con exigir informe preceptivo sobre todos los P.E.R. pero limitando la vinculatoriedad a los supuestos en que la determina la L.P.C.V. que no

es que maneje un concepto de patrimonio distinto, pero si que conduce a que la actuación práctica de la administración se centre en un ámbito “*patrimonial*” más restringido. Creemos que desde la óptica patrimonial del Decreto, lo coherente hubiese sido establecer esa vinculación respecto de todos y cada uno de los Planes Especiales de Rehabilitación.

Para la declaración de A.R.I. es requisito “*la constitución de una Sociedad Urbanística de Rehabilitación*”. (Art.17.1.b).

Esta Sociedad tiene por objeto la “*elaboración y seguimiento de estudios socio-urbanísticos*”, la “*formulación de Planes y Proyectos Urbanísticos, incluidos los de reparto de cargas y beneficios...*”, la “*redacción de Proyectos de Rehabilitación de todo tipo de construcción*”, la “*realización de las obras constitutivas de las actuaciones de rehabilitación*”, la “*promoción de la programación y preparación de suelo...*”, la “*colaboración en la redacción y gestión de los expedientes de expropiación cuando no ostente la condición de beneficiario*”, la “*gestión, explotación y conservación de todo tipo de bienes, obras y servicios...*”, la “*elaboración de cualquier otro documento técnico o jurídico*” y “*cualquier otro fin mediata o inmediatamente relacionado con los anteriormente indicados*”.

Para ello puede corresponderles además, (art.19), la “*elaboración de planes específicos de inversión para el incremento y mejora del equipamiento comunitario primario y la realización de intervenciones urbanizadoras*”, el “*establecimiento de Convenios de Colaboración con el Gobierno de la C.A.P.V., las Diputaciones Forales y cualquier otro Ente Público de la C.A.*” o la “*coordinación y canalización de los recursos e intervenciones de Organismos Públicos*”, en relación con las actuaciones públicas y el “*establecimiento de convenios con los usuarios de viviendas de escasa capacidad económica, facultando a la Sociedad a realizar las obras de rehabilitación de dichas viviendas...*”, la “*elaboración de planes de ayuda a la iniciativa privada*”, la “*recepción y comprobación de solicitudes de ayuda a la rehabilitación...*”, el “*control, fomento, gestión, asesoramiento, información y coordinación de las actuaciones privadas*” y la “*elaboración de planes de alojamiento provisionales durante las obras de rehabilitación para los afectados*”.

Como recursos para todo esto contarán con la aportación de las administraciones constituyentes, (art.20.a), y las ayudas y subvenciones de la Administración General de la C.A.P.V., Diputaciones Forales u otros Entes Públicos, además de los recursos que en su caso genere la actividad societaria.

El Anexo I del Decreto reviste especial interés en cuanto definidor de conceptos que van a figurar en la mayoría de las normas urbanísticas con incidencia en el patrimonio cultural, e incluso en las propiamente dirigidas a la protección de éste. Son conceptos que se han incorporado al argot de la protección y a los que debemos referirnos para propiciar un cabal conocimiento del alcance y significado de las normas.

Define el apartado I.1 del Anexo, intervención de rehabilitación como *“el conjunto sistematizado de obras a realizar sobre una construcción o urbanización existente con objeto de transformarla en otra diferente en todo o en parte de la precedente, más adecuada a sus valores arquitectónicos y dotada de mejores condiciones de habitabilidad y uso”*.

Estas intervenciones *“podrán extenderse a las obras de adecuación de la urbanización y acabados de los terrenos no edificados, tales como patios, huertas, jardines, claustros, pórticos, que constituyan la unidad edificatoria”* e incluyen *“aquellas que se lleven a cabo con el objeto de suprimir las barreras arquitectónicas existentes”* y las de primer establecimiento o nueva planta realizadas tras la demolición de urbanizaciones o construcciones existentes, *“siempre que se definan expresamente como tales por los P.E.R. por producir efectos evidentes de restauración y mejora del tejido urbano en las A.R.I.”*.

Asimismo, las obras de demolición total o parcial si *“están dirigidas a la obtención de plazas, parques públicos y zonas verdes, apertura o ampliación de vías de tráfico rodado o peatonal, o a la obtención de terrenos para albergar equipamientos comunitarios primarios...”*

Hay que apuntar algunas consideraciones en relación con esta definición.

En primer lugar parece excesivamente amplio, y ambiguo al mismo tiempo, definir rehabilitación en términos de transformar una construcción en distinta de la precedente. Cualquier intervención tiene esta consecuencia modificadora, pero lo que define propiamente a la rehabilitación no es el carácter transformador de la intervención, sino precisamente todo lo contrario, su carácter de corrección de los efectos del transcurso del tiempo o la deficiente conservación y la intención de recuperar un estado primigenio, que tratándose de elementos patrimoniales presupone un especial valor e interés.

En este sentido debe entenderse la adecuación a los valores arquitectónicos, supuestamente precedentes, dado que la adecuación no es en principio muy coherente con la voluntad de transformar un edificio en distinto del preexistente.

Con independencia de que sea razonable que se promuevan estas intervenciones y gocen de las ayudas y beneficios correspondientes, consideramos que se fuerza demasiado el concepto de rehabilitación si se incluyen en él las construcciones de nueva planta o las obras de demolición total, por cuanto en estos casos aún y cuando pueda producirse una mejora en el conjunto del área no se trata de una rehabilitación sino de intervenciones de otro tipo, más propiamente transformadoras y a las que convendría otra diferente denominación. (A menos, en el caso de la demolición por ejemplo, que se

trate de eliminar construcciones para recuperar aquel estado primigenio al que nos referíamos).

Las intervenciones de rehabilitación pueden ser urbanizadoras o constructivas. A las primeras se refiere el apartado II de este Anexo. Se tienen por tales las *“obras de conservación, restauración, reforma o ampliación de los elementos de urbanización, (a título de ejemplo se citan las redes de distribución de agua, gas, alcantarillado, saneamiento, alumbrado y todos sus componentes, la pavimentación de calles, plazas y parques, y los elementos de jardinería) y del mobiliario urbano existentes, (definido como conjunto de objetos a colocar en la vía pública superpuestos o adosados a los de urbanización o edificación cuya modificación o traslado no genere modificaciones sustanciales en aquellos), así como aquellas otras de primer establecimiento que vengán definidas como tales por los P.E.R.”*

Las intervenciones constructivas son, por el contrario, las que *“dan origen a construcciones de nueva planta”, a la “demolición de construcciones existentes”, a modificaciones en construcciones existentes “que no suponen ampliación de su superficie construida ni de su altura o número de plantas”, y, finalmente, a modificaciones que suponen ampliación de superficie construida. Dentro de estas son constructivas de nueva planta, las que dan origen a construcciones no existentes con anterioridad y de demolición las que conllevan la “desaparición total o parcial de una construcción existente”.*

Entre las modificaciones sin ampliación encontramos las que suponen *“una ejecución lo más estricta posible a lo construido”, restauración científica, restauración conservadora, conservación y ornato y consolidación y las que posibilitan “una modificación más profunda”, reedificación y reforma.*

La restauración científica no se define en el Decreto, más allá de señalar el objeto de conservación y puesta en valor de las cualidades del elemento, y de indicar que *“respetando los elementos tipológicos, formales y estructurales de la construcción”,* podrá prever, en primer lugar, *“la restauración del aspecto arquitectónico y el restablecimiento en su estado original de partes alteradas”* a través del de fachadas internas o externas, de los espacios internos, la *“reconstrucción filológica de la parte o partes del edificio derrumbado o demolido”, “la conservación o restablecimiento de la distribución y organización espacial original”,* y la conservación o restablecimiento del estado original de patios, claustros, plazas, huertas o jardines.

En segundo lugar también incluye *“la consolidación con sustitución de las partes no recuperables, sin modificar la posición o cota”* de los muros portantes externos e internos, forjados y bóvedas, escaleras y cubierta, (con el restablecimiento en este último caso del material de cobertura original), también *“la eliminación de añadidos degradantes y cualquier género de obra de época reciente que no revistan interés o contrasten negativamente con las características originales de la construcción, unidad edificatoria o entorno”* y, finalmente, *“la introducción de*

instalaciones tecnológicas e higiénico sanitarias fundamentales, siempre que se respete lo indicado anteriormente”.

La restauración conservadora *“es un tipo de intervención constructiva sobre una edificación o instalación y, en su caso, sobre sus terrenos no edificados, que no posee valores arquitectónicos de singular relevancia, pero que constituye una parte interesante del patrimonio edificado en tanto en cuanto es un elemento significativo desde el punto de vista tipológico”,* y se dirige a *“conservar la construcción y asegurar su funcionalidad por medio de una serie de obras que en cualquier caso han de respetar sus elementos tipológicos, formales y estructurales, no permitiéndose en su interior un uso o usos no adecuados con aquellos.*

Parece pues de la definición, y en ausencia de precisiones adicionales sobre la científica, que la diferencia más destacada que se explicita entre ambas es la del objeto al que una y otra se refieren, los elementos más valiosos y los que no poseen singular relevancia respectivamente.

Obviamente los propios adjetivos científica y conservadora, en sus acepciones más comunes, nos permiten adicionalmente reclamar para la primera un concienzudo estudio de los valores más destacados del inmueble e intervenciones absolutamente concordes con ellos, mientras que en el segundo caso puede caber la elusión de la investigación en torno al estado original, y omitirse la fundamentación de la intervención en una base teórica tan consistente.

Como veremos, esta distinción a través del objeto y sus cualidades o estado es también la que sirve de elemento distintivo entre los diversos tipos de restauración conservadora.

La restauración conservadora puede ser de tres diferentes tipos, designados cada uno con las primeras letras del alfabeto, A, B, y C.

La A procede cuando cabe *“la puesta en valor de los valores tipológicos, formales y estructurales de la construcción y permite su total recuperación”.*

La B se aplica a *“aquellas construcciones en mediocre o mal estado de conservación y que no poseyendo elementos arquitectónicos de especial valor constituyen sin embargo una parte interesante del patrimonio edificado”.* (¿ Y del urbanizado no ?).

La C, por último, tiene por objeto, *“construcciones parcialmente demolidas que no pueden ser consideradas como incluíbles en la Restauración Científica (ni en las restantes conservadoras suponemos) y de las que es posible encontrar documentación*

fiable de la organización de su tipo edificatorio primitivo, de manera que se consiga un restablecimiento del tipo edificatorio original”.

Conservación y ornato es “*un tipo de intervención constructiva dirigida a la reparación, renovación o sustitución de los elementos de acabado de las construcciones existentes así como mantener o dotar a aquellas de las condiciones mínimas de habitabilidad...*” en la que las obras “*no tendrán incidencia en la estabilidad de la edificación, tanto de su cimentación, como de su estructura portante o de la estructura de su cubierta, pudiendo incidir ligeramente (adverbio de difícil y conflictiva determinación) en la distribución interior de su superficie útil, con el fin exclusivo de dotar al edificio de las instalaciones tecnológicas e higiénico-sanitarias fundamentales y de las condiciones mínimas de habitabilidad anteriormente indicadas*”. Aquí si que encontramos un criterio relativo a la intervención o, al menos, a los elementos del inmueble a que no debe afectar una de este tipo.

Consolidación se define en términos de “*intervención constructiva dirigida a las finalidades indicadas para la intervención de conservación y ornato y además a la mejora de la estabilidad de la construcción por medio de la renovación y sustitución de elementos estructurales*” y reedificación en parecida línea, como “*intervención constructiva dirigida a la nueva creación de una construcción anteriormente existente que previamente se derriba y que no posee específicos valores arquitectónicos que aconsejan la utilización del tipo de restauración científica o conservadora*.”

Es éste el supuesto más claro de distinción del tipo de intervención en función de las características del elemento sobre el que se interviene, por cuanto solo parece admisible sobre bienes que carezcan de interés patrimonial singular, dada su irreversible afectación al mismo, lo cual choca con su previsión en una norma de “*actuaciones protegidas de rehabilitación*”, que solo se justificaría en los supuestos de que con este tipo de intervenciones se consiguiese la rehabilitación de un área o conjunto de elementos con interés propio o agregado y de la que formase parte este concreto desprovisto en si mismo de él.

Respecto de estas intervenciones el Decreto introduce la cautela de que “*el nuevo sólido envolvente de la construcción reedificada ha de coincidir espacialmente con el primitivo, debiendo situarse en el mismo terreno y espacio, ocupar la misma superficie en todas sus plantas, tanto de sotano como elevada, poseer la misma superficie edificable y el mismo número de plantas*”.

Si el inmueble en cuestión carece de interés singular y se admite por ello la reedificación como intervención posible, carece de sentido establecer estas condiciones con carácter general desde un punto de vista patrimonial sino son valores del conjunto monumental que lo definen y caracterizan e interesa por ello preservar.

Reforma es un tipo de intervención que según el Decreto se dirige a las mismas finalidades de la consolidación y además a la *“modificación de la distribución y organización de los espacios interiores que supere las pequeñas acomodaciones derivadas de la inclusión de las instalaciones tecnológicas e higiénico-sanitarias fundamentales”*, a la *“modificación de la posición, cota, forma y dimensiones de los siguientes elementos estructurales: muros internos y bóvedas, pilares, forjados y bóvedas, escaleras y cubierta”* o a la *“modificación de las fachadas interiores y exteriores, conservando los elementos de particular valor estilístico, debiendo siempre ser salvaguardada la unidad estilística”*.

Ampliación, por último, y como no podía ser de otro modo, es la intervención *“dirigida a aumentar la superficie construida de la construcción existente, ya sea por levante de nuevas plantas, ampliación del perímetro de edificado, construcción de nuevos forjados o cualquier otra causa”*.

Este Decreto, y los anteriores que han versado sobre su mismo objeto, la rehabilitación del patrimonio urbanizado y edificado tienen, pese a todos los defectos y críticas ya apuntados una importante incidencia en la protección del patrimonio cultural vasco, dado el gran número de intervenciones que se realizan cobijándose en sus disposiciones.

Si hay que reprocharles desde la perspectiva puramente patrimonial, subordinada en ellos a una más propiamente urbanística, la ausencia de conexión expresa con la propia normativa de protección del patrimonio, sus notables incoherencias con respecto a algunos de los criterios y principios que la inspiran, y su falta de distinción entre los bienes en función de su interés y de priorización de actuaciones, hay que resaltar que proporcionan una innegable guía conceptual para comprender el significado de los términos que utilizan las normas esencialmente dirigidas desde el ámbito cultural a la protección patrimonial.

6.5. LOS INSTRUMENTOS URBANISTICOS Y DE ORDENACION DEL TERRITORIO EN LA LEGISLACION PATRIMONIAL DE LAS RESTANTES C.C.A.A.

Siguiendo la metodología que hemos utilizado en anteriores capítulos vamos a ocuparnos ahora, siquiera sea de forma un tanto sucinta y esquemática, de las referencias a los instrumentos urbanísticos y de ordenación del territorio de las leyes de protección del patrimonio de las C.C.A.A. que han legislado sobre el particular.

La ley catalana, de forma similar a la vasca, no contiene referencias a instrumentos urbanísticos o de ordenación territorial específicos, limitándose a proclamar la prevalencia de la declaración de un bien sobre los planes y normas urbanísticas que le afecten, (art.33), que deben ajustarse o modificarse subsiguientemente, y la necesidad de elaborar un instrumento urbanístico de protección

o de adecuación de uno vigente para la protección de conjuntos históricos, zonas arqueológicas, entornos de bienes y similares.

El legislador gallego introduce en primer lugar en relación con esta cuestión, una disposición que establece, (art.32), que *“La Consellería de Cultura habrá de ser informada de los planes, programas y proyectos, tanto públicos como privados, que por su incidencia sobre el territorio puedan implicar riesgo de destrucción o deterioro del patrimonio cultural de Galicia”* y que la Consellería a esos efectos, *“habrá de establecer aquellas medidas protectoras y correctoras que considere necesarias para la protección del patrimonio cultural”*.

Es evidente que la generalidad con que se encuentra redactado el precepto, permitiría, en ausencia de referencias contradictorias en otras normas, entender incluidos los instrumentos de ordenación del territorio, entre aquellos que pueden ser objeto de la actuación de la autoridad cultural.

El art.45 establece además que *“la declaración de un conjunto histórico determinará la obligación para el Ayuntamiento en que se encuentre de redactar un plan especial de protección del área afectada”*, imponiendo al modo de la L.P.C.V. la necesidad de informe favorable del departamento autonómico de cultura, en relación con cualquier figura de planeamiento que incida sobre el área afectada por la declaración.

Andalucía opta por referirse a los instrumentos a través de los que debe realizarse *“la ordenación urbanística”* de los Conjuntos Históricos, Sitios Históricos, Zonas Arqueológicas o Lugares de Interés Etnológico, *“tanto catalogados como declarados de interés cultural”*, (art.32), y que son los Planes Especiales de Protección o de Reforma Interior, los Planes Generales de Ordenación Urbana, las Normas Subsidiarias o Complementarias de Planeamiento de ámbito municipal, los Planes Parciales o *“cualquier otro instrumento de planeamiento que se cree por la legislación urbanística, siempre que, ajustándose en todo caso a las exigencias establecidas en esta Ley, cumpla funciones equivalentes a los anteriormente enumerados”*.

Estos instrumentos deben elaborarse y aprobarse *“de una sola vez para el conjunto del área o, excepcionalmente y previo informe favorable de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente, de modo parcial por zonas que merezcan una consideración homogénea”*.

La Comunidad Valenciana establece específicamente para los bienes culturales declarados, la *“obligación de aprobar provisionalmente un Plan Especial de protección del bien”* por parte del Ayuntamiento, (art.34), de forma diferente a las C.C.A.A. que solamente lo requieren para *“las áreas afectadas por la declaración de Conjunto Histórico”* como es el caso de Canarias, (art.30), que prevé además la subrogación de

los Cabildos en la competencia redactora si no ha sido aprobado en 18 meses o Castilla-León. (Art.43).

Madrid establece sin embargo que la Consejería de Educación y Cultura “*podrá redactar, de oficio o a instancia de los titulares del bien, Planes Directores específicos para los bienes de Interés Cultural con categoría de Monumento, que contendrán exhaustivamente todas las determinaciones, condiciones, regulación detallada de los usos y características relativas al citado monumento*”, (art.27), planes que por su contenido se diferencian poco de los especiales de otras C.C.A.A., (que aquí se reservan para los Conjuntos, (art.29), y que serán aprobados por el Consejo de Gobierno, a propuesta de la Consejería de Educación y Cultura, previo informe de la de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes y audiencia del Consejo Regional de Patrimonio Histórico.

Es especialmente interesante, a los efectos de la controversia en torno al P.T.S. vasco que ya hemos visto, destacar que es la Consejería de Educación y Cultura, (como en la práctica totalidad de los casos en las restantes leyes autonómicas), la que redacta, aprueba, o propone la aprobación, de los Planes Directores, y no la de Obras Públicas o Urbanismo, por más que exista la evidente diferencia del ámbito individual y no colectivo de los mismos.

Castilla-León introduce una disposición de particular interés. Es la que figura en el artículo 30 de su Ley, que señala que “*en la elaboración y tramitación de las evaluaciones establecidas por la legislación en materia de impacto ambiental y de los planes y proyectos regionales regulados en la legislación sobre ordenación del territorio, cuando las actuaciones a que se refieran puedan afectar al patrimonio arqueológico o etnológico, se efectuará una estimación de la incidencia que el proyecto, obra o actividad pueda tener sobre los mismos*”. (Art.30).

Tal estimación, “*deberá ser realizada por un técnico con competencia profesional en la materia y someterse a informe de la Consejería competente en materia de cultura, cuyas conclusiones serán consideradas en la declaración de impacto ambiental o instrumento de ordenación afectados*” y “*en aquellos casos en que las actuaciones puedan afectar, directa o indirectamente, a bienes declarados de interés cultural o inventariados, será preceptiva la autorización de la Consejería competente en materia de cultura*”. (Art.30).

Vemos aquí que, en contraposición a lo que antes hemos predicado respecto de la generalidad, no se establece que sea la autoridad cultural la encargada de proceder a la redacción y aprobación de los instrumentos evaluadores de impacto o de ordenación del territorio, pero se reclama la estimación de su incidencia cultural sometida a informe de la Consejería de Cultura, “*cuyas conclusiones serán consideradas*”, en afirmación de alcance impreciso sobre su grado de vinculación, y a autorización en lo que hace a la afectación de bienes declarados o inventariados, es decir de todo el patrimonio cultural al que en la práctica se refieren las administraciones.

La legislación asturiana ofrece, como en apartados anteriores, oportunidades muy variadas de comentario de sus disposiciones.

En este capítulo comenzaremos por mencionar lo dispuesto en el artículo 27 que se refiere a los Catálogos Urbanísticos de Protección y enlaza la protección propiamente cultural con la urbanística.

Dice el precepto que *“los Ayuntamientos están obligados a incluir en catálogos elaborados de acuerdo con la legislación urbanística, los bienes inmuebles que por su interés histórico, artístico, arqueológico, etnográfico, o de cualquier otra naturaleza cultural, merecen conservación y defensa, aún cuando no tengan relevancia suficiente para ser declarados Bien de Interés Cultural o incluidos en el Inventario del Patrimonio Cultural de Asturias”*.

Estos bienes *“aparecerán diferenciados de cuantos sean recogidos en los catálogos urbanísticos por razones distintas de su interés cultural”*.

Además, *“la catalogación será complementaria de las determinaciones del planeamiento general municipal, o del planeamiento especial, y definirá los tipos de intervención posible, los plazos, en su caso, en que dicha intervención se vaya a desarrollar y el nivel de protección de cada bien incluido en ella”*.

El nivel de protección integral *“llevará consigo la aplicación de las normas de esta Ley que se refieren con carácter general a los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de Asturias”*, lo mismo se podrá aplicar *“a otros bienes incluidos en los catálogos urbanísticos por su interés cultural con niveles inferiores de protección si la propia normativa urbanística así lo determina”*.

El Principado, por otra parte, *“recogerá e incorporará en un Registro común el conjunto de los bienes protegidos en la normativa urbanística de los concejos por su interés cultural, con indicación de su nivel de protección”*.

Este importante y complejo artículo realiza una remisión en primer lugar a la legislación urbanística respecto de la protección de determinado tipo de bienes integrantes del patrimonio cultural, aquellos que merecen conservación y defensa pero no tienen la relevancia suficiente para ser declarados o inventariados. Sin negar lo que de avance tiene con respecto a otras normas, como la vasca, que no se refieren a ellos, hay que destacar que supone la renuncia a utilizar instrumentos *“culturales”* específicos de protección y el recurso al apoyo urbanístico.

Es evidente que la menor relevancia de estos bienes, la flexibilidad de la técnica urbanística y la atribución de la responsabilidad de la conservación a los Ayuntamientos son los motivos que justifican esta opción. De todos modos, se dispone la inclusión de estos bienes en “*catálogos*” a elaborar según la legislación urbanística, en la presuposición de que tales catálogos van a existir, pero ¿ que sucederá si la legislación urbanística prescinde de ellos o les da un sentido distinto?

La ley asturiana exige que estos bienes culturales aparezcan diferenciados de los recogidos por razones distintas de las culturales. La pregunta es si considerada la presuntamente escasa, en términos relativos, relevancia cultural de estos bienes no declarados ni inventariados, cabe diferenciarlos de los restantes elementos incluidos en el Catálogo.

Cuando un bien obtiene el reconocimiento de su inclusión singular en él, parece difícil que no exista un motivo “*cultural*” en la decisión. Si acudimos por ejemplo al viejo Reglamento de Planeamiento Urbanístico de 1978, que dada su larga vigencia ha creado escuela en la materia, vemos, (art.86), definido el contenido del Catálogo como relación de “*monumentos, jardines, parques naturales o paisajes que por sus singulares valores o características hayan de ser objeto de una especial protección*”.

Parece pues complicado, salvo quizá en los casos de valores medioambientales desprovistos de contenido cultural, (y parece difícil que no lo tengan etnográfico al menos, incluso en esos supuestos), distinguir entre los diferentes bienes “*catalogados*”.

La remisión sin embargo no es completa sino condicionada. Si el planificador urbanístico decide establecer con respecto a alguno de los bienes catalogados el nivel de protección integral, se aplican las normas de la ley que se refieren a la generalidad del patrimonio cultural.

Una doble cuestión se nos suscita en este momento, ¿ es oportuno dejar en manos de administración de diferente ámbito y sector del ordenamiento la aplicabilidad de las disposiciones de la norma cultural ?

Si solo se les aplica a estos bienes no declarados ni inventariados las disposiciones que “*se refieren con carácter general a los bienes integrantes del patrimonio cultural de Asturias*” en caso de que se les imponga protección integral, y no la básica por ejemplo, ¿ no se está excluyendo a una serie de bienes integrantes del patrimonio cultural asturiano de la aplicación de normas que también iban en principio destinadas a ellos ? ¿ No es esto contradictorio ?

Para culminar la jugada, se permite a la normativa urbanística disponer esa aplicación de las normas generales de la ley cultural, aún y cuando no se establezca la protección integral, a través de una determinación “*ad hoc*”, ¿ tiene esto algún sentido ?

A efectos informativos, si que parece sin embargo aportación interesante la del Registro común de bienes protegidos por la normativa urbanística, que evita la necesidad de acudir a la de cada municipio y permite disponer de una visión de conjunto y utilizar la perspectiva comparativa en la valoración de la pertinencia de los regímenes establecidos.

El artículo 35 de la ley establece por su parte que *“todos los proyectos de obras, instalaciones y actividades que hayan de someterse a procedimientos de evaluación de sus impactos ambientales habrán de contener en la documentación que corresponda un apartado específico sobre la afección que puedan producir en los bienes integrantes del patrimonio cultural, que requerirá informe favorable (se entiende que para que la evaluación en su conjunto pueda serlo) de la Consejería de Educación y Cultura”*. Se establece pues aquí, al modo como ya hemos visto de alguna otra Comunidad, la *“evaluación ambiental patrimonial”*.

Asturias se decanta también por la opción de no exigir necesariamente, (arts.54 y 55), instrumentos de planeamiento específicos para la protección de todos los bienes culturales; tan solo con respecto a los *“Jardines, Conjuntos, Vías, Sitios Históricos y Zonas Arqueológicas”* se señala que *“los Ayuntamientos correspondientes elaborarán planes urbanísticos de protección del área afectada”*, indicándose expresamente que *“sus determinaciones constituyen un límite para cualquier otro instrumento de ordenación territorial, prevaleciendo sobre los ya existentes”*.

En otras palabras, lo que se permite aquí es la modificación de lo dispuesto en los instrumentos de ordenación territorial, (pongamos por ejemplo un P.T.S. vasco), por parte de estos planes de protección. Este planeamiento, como puede suponerse, *“deberá contar con el informe favorable de la Consejería de Educación y Cultura”*, previo a la aprobación definitiva, que se entiende favorable si no se emite en seis meses y que deriva en que *“se considerarán nulas las previsiones del planeamiento que no recojan en su totalidad el contenido del informe emitido o vayan en contra del mismo”*.

La exigencia de informe favorable, (art.55), se extiende *“también a los instrumentos de ordenación del territorio y planes de ordenación de recursos naturales en los que se vean afectados estos mismos bienes”*.

Por último, caso de que los Ayuntamientos no elaboren los planes en el plazo reglamentariamente establecido, y previo requerimiento instándoles a ello, el Principado (en redacción técnicamente impropia pues debería atribuirse la competencia al Gobierno o Consejería), podrá proceder a su redacción y aprobación con carácter subsidiario. En el caso de los bienes inventariados, en los que el silencio positivo se produce a los tres meses, la exigencia de informe favorable también alcanza, (art.60), a los *“planes y programas de carácter sectorial”*. (Aunque carecería de sentido suponer que en el caso de los declarados, estos instrumentos se encuentran eximidos de ella).

El artículo 57, por último, en sede de criterios de intervención, y de forma novedosa en una Ley de Patrimonio Cultural, también se refiere al planeamiento urbanístico y territorial disponiendo que *“determinará los criterios orientadores de las políticas sectoriales y los criterios ordenadores de las actividades económicas y sociales, públicas y privadas, que permitan la recuperación del tejido urbano mediante la revitalización de los usos adecuados, y concretará expresamente el alcance y contenido del estudio económico-financiero que se acompañe como documentación del Plan”*, que *“concretará aquellas actividades, obras o instalaciones, públicas o privadas, a las que deba aplicarse el régimen de evaluación de impacto ambiental”* y que *“declarará fuera de ordenación aquellas construcciones e instalaciones erigidas con anterioridad a su aprobación que resulten disconformes con el régimen de protección exigido por esta Ley”*.

6.6. LAS TECNICAS URBANISTICAS DE PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL

Como muy bien afirma Sánchez Goyanes⁷⁶³, a quien seguiremos en todo este apartado, *“los ayuntamientos carecen, en la práctica, de competencias efectivas en la legislación sectorial protectora del patrimonio histórico, tanto en la estatal como en la autonómica, para llevar adelante verdaderas políticas propias de salvaguarda de sus patrimonios culturales”*. (Pueden, naturalmente, desarrollar políticas protectoras en lo que hace a los bienes de que sean titulares).

Disponen sin embargo de técnicas provenientes de la legislación urbanística que les permiten desarrollar una política conservadora y recuperadora, o, por el contrario, si las utilizan sin la tutela del patrimonio cultural como objetivo o factor a considerar, ocasionar un irreversible deterioro en el patrimonio cultural inmueble.

Estos instrumentos o posibilidades de actuación se refieren a los tres ámbitos clásicos del urbanismo, el planeamiento, la gestión y la disciplina urbanística. Vamos pues a efectuar una síntesis de las mismas como última instancia a través de la que se manifiesta el efecto de la ordenación del territorio y el urbanismo sobre los bienes que integran el patrimonio cultural.

6.6.1. Técnicas de planeamiento.

Una primera posibilidad que ofrecen la legislación estatal y autonómica es la de clasificar como suelo no urbanizable determinadas superficies por razones de protección de valores culturales. Se pone así en manos del planificador municipal la potestad de excluir del proceso urbanizador y edificatorio los terrenos en que concurren estos

⁷⁶³ SANCHEZ GOYANES E. *“Técnicas urbanísticas de protección del patrimonio cultural en el Derecho Español”*, en Urbs.Net. La Revista, año II, nº3. Febrero-Marzo de 2001. www.urbs.net

valores. No hay que llamar excesivamente la atención sobre la potencialidad de este instrumento tuitivo que detrae de la presión edificadora, uno de los principales enemigos del patrimonio cultural inmueble los bienes que así se determine.

Una segunda técnica es la de establecimiento de determinaciones sustantivas específicas de índole conservacionista, independientes de las que establezca la legislación sectorial que sin embargo no podrán contradecir según lo que establece la generalidad de normas autonómicas de patrimonio cultural, bien de forma directa o a través de la remisión a instrumentos de desarrollo posterior, como pueden ser los Planes Especiales.

En tercer lugar contamos con la posibilidad de catalogación de elementos singulares, a través de su enumeración y descripción individualizada en una lista, con determinación de un régimen específico de usos e intervenciones permitidas y eventualmente prohibidas, de forma individual o colectiva, en virtud de criterios estrictamente municipales y de forma independiente, aunque nunca contraria a lo que establezcan las administraciones sectorialmente competentes. (Por ejemplo con determinaciones de niveles de protección distintos A, B, C, D etc, a los que corresponden regímenes diferentes).

Existe además en Derecho Urbanístico lo que Sánchez Goyanes denomina *“mecanismo de cierre tendente a evitar que los valores –hoy constitucionalizados- de los patrimonios cultural y natural se vean sustancialmente menoscabados por haber fracasado las restantes técnicas urbanísticas llamadas a ejercer una función preventiva al respecto”*⁷⁶⁴, las normas de aplicación directa, que en la versión, por ejemplo, del artículo 138 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, disponían que las construcciones en lugares inmediatos o que formen parte de un grupo de edificios de carácter artístico, histórico, arqueológico, típico o tradicional o si hay algún edificio aislado de gran importancia o calidad *“habrán de armonizar con el mismo”*, y que no se permitirá romper *“la armonía del paisaje”* o desfigurar la perspectiva en tales conjuntos o en las inmediaciones de carreteras y caminos pintorescos, aunque estas normas no deban menoscabar la autonomía local ni oponerse a planeamiento de elaboración correcta.

6.6.2. Técnicas de gestión y disciplina.

En este ámbito la elevación de la exigencia que se considera incursa en el deber legal de conservación es la principal herramienta a través de la que el Derecho Urbanístico puede tutelar el patrimonio cultural. Se trataría frente a la interpretación clásica de que cesa el mismo en supuesto de coste superior al 50% del valor del bien en cuestión, de restringirla a los supuestos en que se exceda, en palabras de Sánchez Goyanes del 50% *“del valor de renovación”*, con la adicional restricción habitual del

⁷⁶⁴ Ibidem.

aprovechamiento urbanístico que suele implicar la obligación de mantenimiento respecto de la nueva edificabilidad en la media del entorno.

Esta exigencia se compensa usualmente a través de ayudas fiscales, subvenciones administrativas, las técnicas equidistributivas de cargas y beneficios tan características del urbanismo o incluso, finalmente, la responsabilidad patrimonial de la administración.

Las técnicas relacionadas con la disciplina urbanística están, obviamente, encabezadas a título indiscutiblemente preferente por el sometimiento a licencia municipal de las intervenciones, (verdadera salvaguarda cuando no están en vigor la exigencia sectorial de autorización por la falta de inclusión del bien en alguno de los regímenes jurídicos). Ante una actuación sin cobertura en título administrativo legítimo, cabe la suspensión de las obras iniciadas y eventualmente incluso la demolición. Adicionalmente hay un instrumento, el constituido por las órdenes de ejecución para garantizar la seguridad, salubridad y ornato público, de gran potencial tutelador del patrimonio. Exige de cualquier manera y con carácter mínimo, que lo ordenado revista concreción suficiente, precisando las obras específicas estimadas como necesarias, la cuantificación económica y el plazo de ejecución.

7) LA PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL Y EL MEDIO AMBIENTE: LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS COMO EJEMPLO PARADIGMATICO⁷⁶⁵

7.1. LA CONCURRENCIA NORMATIVA

Hemos dedicado un capítulo anterior a delimitar la relación existente entre el derecho al disfrute del patrimonio cultural y el derecho al medio ambiente adecuado, al que se refiere el artículo 45 de la Constitución. Debemos ahora referirnos a la articulación de la protección del patrimonio cultural cuando dicho patrimonio se sitúa en entornos protegidos por la normativa medioambiental en razón de sus especiales valores naturales.

No cabe ninguna duda de que la concurrencia de normativas procedentes de sectores distintos del Ordenamiento sobre bienes sitios en un mismo espacio territorial puede incidir en que los medios o instrumentos a utilizar sean distintos o no igualmente eficaces que los que se ven libres de tal concurrencia, en caso de que no exista la coordinación que reclama el mejor servicio a los fines respectivamente perseguidos.

En la C.A.P.V. un caso paradigmático que nos ofrece múltiples lecciones y la posibilidad de analizar en la práctica la experiencia de protección del patrimonio cultural en un espacio medioambientalmente protegido es el de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai que cuenta con una ley específica de protección aprobada por el Parlamento Vasco, y un Plan Rector de Uso y Gestión que desarrolla la misma elaborado por el Gobierno Vasco. La articulación de ambos con la L.P.C.V. y los instrumentos que la desarrollan es lo que principalmente nos va a ocupar en este capítulo.

La Reserva de la Biosfera de Urdaibai comprende la totalidad, o parte al menos, del territorio de 21 municipios de Bizkaia, según la Ley 5/1989 de 6 de Julio, que la

⁷⁶⁵ Además de la bibliografía expresamente citada, puede consultarse:

BASSOLS COMA M. “*El medio ambiente y la ordenación del territorio*”. Rev. Documentación Administrativa, nº 190. (1981).

ENERIZ OLAECHEA F.J. *La Ordenación del Territorio en la Legislación de Navarra*. Ed. Civitas-IVAP.Oñati. 1991.

LASAGABASTER HERRARTE I. *La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas*. Ed. IVAP. Oñati. 1982.

LASAGABASTER HERRARTE I. *El sistema competencial en el Estatuto de Autonomía*. Ed. IVAP. Oñati. 1989.

MARTIN MATEO R. “*Economía, desarrollo, ecología y ordenación del territorio*”. Revista de Drecho Urbanístico, nº 110. (1988).

PAREJO ALFONSO L. “*La ordenación territorial: un reto para el Estado de las Autonomías.*”. Revista de Estudios de Administración Local, nº. 226. (1985).

crea y regula. (Hoy como consecuencia de desanexiones posteriores afectaría a algún municipio más).

Se trata de un ámbito sometido a un *“régimen jurídico especial...con el fin de proteger la integridad y potenciar la recuperación....del conjunto de sus ecosistemas en razón de su interés natural, científico, educativo, cultural, recreativo y socioeconómico”*. (Art. 1).

Este régimen jurídico especial se refiere y afecta, como veremos, a elementos sometidos a otros, en virtud de la aplicación de la correspondiente legislación sectorial.

Es por ello que resulta preciso determinar los supuestos en que respectivamente son aplicables y dar respuesta a las contradicciones o cuando menos disposiciones divergentes de cada una de las normas a considerar y a las diversas distribuciones competenciales que dimanen de las mismas.

Es inexcusable referirse inicialmente a la metodología que va a seguir el análisis de las disposiciones de la Ley y su normativa de desarrollo, de cara a proporcionar luz en el intrincado laberinto normativo, que origina diversas controversias entre las administraciones públicas implicadas.

Comenzaremos en primer lugar por recoger las disposiciones de la Ley 5/1989, de 6 de Julio, de Protección y Ordenación de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai que se refieren específicamente al patrimonio cultural y las que sin referirse propiamente a él, lo afectan como consecuencia de su aplicación general respecto de cualesquiera elementos que se encuentren en el ámbito territorial de la Reserva.

Procederemos acto seguido a contrastar tales disposiciones con las que establece la Ley 7/1990 de 3 de Julio, de Patrimonio Cultural Vasco, (L.P.C.V.) respecto del patrimonio cultural de la Reserva, a efectos de determinar si existe algún tipo de divergencia o contradicción entre unas y otras, dilucidando, en su caso, cual es la que debe prevalecer y en virtud de qué criterio.

Tendremos por último que referirnos al Plan Rector de Uso y Gestión de la Reserva, aprobado por el Decreto 242/1993 de 3 de Agosto, a la naturaleza particular de sus disposiciones y su congruencia con el régimen de protección del patrimonio cultural vasco derivado de la L.P.C.V. y eventualmente de la normativa de desarrollo de esta Ley que se encuentra en vigor.

Y haremos, finalmente, una referencia al régimen jurídico que afecta al yacimiento arqueológico de Forua, como muestra arquetípica de los problemas a que puede

conducir la actual normativa en la interpretación que ha asumido algún que otro tribunal.

7.2. LA LEY DE PROTECCION Y ORDENACION DE LA RESERVA DE LA BIOSFERA DE URDAIBAI Y LA PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL

A modo de inexcusable observación preliminar es preciso referirnos al artículo 1 de la Ley 5/1989 en la medida en que fija el objetivo de la norma, *“es objeto de la presente ley el establecimiento de un régimen jurídico especial para la Reserva de la Biosfera de Urdaibai, con el fin de proteger la integridad y potenciar la recuperación de la gea, flora, fauna, paisaje, aguas y atmósfera y, en definitiva, del conjunto de sus ecosistemas en razón de interés natural, científico, educativo, cultural, recreativo y socioeconómico”*.

Podemos obtener de aquí una primera conclusión; la Ley no tiene por objeto la protección específica del patrimonio cultural sino en cuanto forma parte de un ecosistema de interés, y no de forma singular sino integrada en un marco más general de protección medioambiental. Se trata de una observación muy relevante de la que vamos a extraer importantes conclusiones.

A efectos de facilitar su propósito protector, la Ley establece cuatro *“áreas de especial protección”*, (art.3.1, delimitación en el Anexo I), de las que una de ellas, el *“área de interés arqueológico”* tiene por fundamento el interés cultural de los elementos reales o presuntos que se ubican en la misma. La razón de la especial protección conferida a las restantes áreas, (*“área de la ría, área del litoral y área de encinares cantábricos”*), no tiene relación en principio con la existencia real o presunta de bienes de interés cultural, sino con los valores naturales de especial relevancia de los ecosistemas definidos en su título.

Dos disposiciones relevantes establece la Ley en relación con estas áreas, una primera relativa a que *“los terrenos comprendidos en las áreas anteriormente señaladas no podrán ser dedicados a utilizaciones que impliquen transformación de su destino o naturaleza o lesionen el valor específico que se pretende proteger”*, (art.3.3), y una segunda en torno a que *“lo dispuesto para las áreas de especial protección en la presente Ley prevalecerá sobre el planeamiento urbanístico”*. (Art. 3.4).

En lo que respecta al *“área de interés arqueológico”* el artículo 7 distingue dos tipos de zonas en las que existen yacimientos o indicios arqueológicos y que se relacionan en el Anexo II, *“Yacimientos o indicios en cueva”* y *“Yacimientos o indicios al aire libre”*.

Acto seguido los artículos 8, 9 y 10 establecen los usos permitidos en las áreas de la ría, litoral y encinar y el art.11 los permitidos en el área de interés arqueológico. Es importante destacar que la relación de usos permitidos no se realiza especificación alguna en razón de la existencia de bienes culturales en las tres primeras áreas. Respecto del área de interés arqueológico se establece que:

“Para los yacimientos en cueva, no se permitirá ningún uso, con excepción de los autorizados por la Administración competente” .

“Para los yacimientos al aire libre y de conformidad con las características de su emplazamiento se permitirán los siguientes usos:

-Labranza y mantenimiento de praderías, incluyendo arada de profundidad menor de 25 centímetros”. Quedan explícitamente excluidas en estas zonas las actividades constructivas y forestales de cualquier tipo, excepto la explotación maderera de las plantaciones forestales existentes en el momento de entrada en vigor de la presente ley. Dicha explotación debe ser realizada sin la utilización de vehículos a motor. Se excluyen asimismo las actividades de destocoamiento y la apertura de pistas.

“Para los yacimientos enclavados en núcleos urbanos o consolidados por la edificación, así como para los afectados por la proximidad de viales, y únicamente para las obras de infraestructuras y excavaciones realizadas en un entorno de 100 metros alrededor de las zonas arqueológicamente fértiles, señaladas en el Anexo I será preceptiva la notificación al Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco con un mes de antelación al inicio de la actividad. Dicha notificación debe ser realizada por el Ayuntamiento correspondiente y debe incluir el calendario provisional de obras para proceder, en su caso, al examen y vigilancia de las mismas”.

La realización de determinadas actividades, instalaciones de estudio y observación de la naturaleza, de saneamiento, dragados controlados... en cualquiera de las áreas se somete por otra parte a autorización administrativa del “*órgano ambiental del Gobierno Vasco*”. (Art. 12).

En todo caso “*el régimen de usos establecido... tendrá carácter provisional en tanto no entre en vigor el Plan de Uso y Gestión*”, (a elaborar en 1 año), en el que “*podrán prohibirse o limitarse algunos de los usos autorizados, en razón de las nuevas necesidades que plantee el cumplimiento de los objetivos y límites genéricos*”. (Art.14).

El Plan puede también modificar los límites geográficos de las áreas así como “*autorizar nuevos usos en dichas zonas de especial protección si son precisos para la ejecución de actividades de recuperación o restauración del medio natural*” y tiene por objeto “*establecer las directrices generales de ordenación y uso*” de la Reserva, las

“normas de gestión y actuación necesarias para la protección, recuperación, conservación, vigilancia y guardería de sus valores naturales”, así como la “zonificación... delimitando áreas de diferente utilización y destino”. (Art. 15).

El artículo 18 crea por su parte el Patronato de la Reserva que entre otras atribuciones tiene las de *“ informar sobre la realización de los actos de construcción y usos del suelo y el aprovechamiento de los recursos naturales que se pretendan realizar en las zonas de especial protección, así como los comprendidos en el resto de la Reserva cuando venga determinado por el Plan Rector de Uso y Gestión. Si al evacuar los informes, las dos terceras partes de los miembros del Patronato mostraran su disconformidad con el proyecto presentado, el Presidente devolverá a su origen el mencionado proyecto para su reconsideración.”*

Es importante destacar asimismo lo dispuesto en el artículo 28, *“ en los usos no permitidos y en aquellos permitidos que se ejecuten sin la correspondiente autorización o licencia o contraviniendo las cláusulas de la misma, de forma que excedan los límites admitidos por la presente ley, serán sancionados el titular de la actividad y en su caso, el empresario de las obras y el técnico director de las mismas”*, estableciendo acto seguido la competencia sancionadora del Consejero de Medio Ambiente y el elenco de sanciones.

Las disposiciones con incidencia en la protección del patrimonio cultural se completan con la delimitación cartográfica del área de interés arqueológico que realiza el Anexo I y la relación de 14 yacimientos en cuevas y 10 yacimientos al aire libre contenida en el Anexo II.

La normativa establecida en la Ley da pie a diversas consideraciones. Una primera ha sido ya expuesta con anterioridad, no estamos ante una norma fundamentalmente protectora del patrimonio cultural sino ante una norma tuitiva de determinados valores como integrantes de ecosistemas merecedores de tutela.

La Ley en este sentido y cuando se refiere a bienes culturales, (solo en sede de patrimonio arqueológico), se limita a exponer usos permitidos, prohibidos y autorizables sin disponer en ningún caso la adopción de medidas específicas de protección ni demandar intervenciones de esa naturaleza.

Una segunda reconoce que la Ley se refiere tan solo a un tipo de elementos de los integrantes del patrimonio cultural, los yacimientos arqueológicos, (que en ningún momento se definen), que además se relacionan en una lista que parece excluir la posible existencia de otros o la pérdida de interés de los en ella contenidos.

No cabe menos que enjuiciar negativamente la técnica utilizada a este respecto.

Tratándose de yacimientos arqueológicos su interés deriva de los posibles resultados que pueda ofrecer la investigación que se desarrolle en ellos. Carece de sentido determinar por Ley, con la consiguiente rigidez a la modificación, la existencia y delimitación del yacimiento así como los usos posibles en su entorno, toda vez que la imprescindible investigación que se reclama puede concluir con la inexistencia de elementos integrantes del patrimonio arqueológico o con su extracción y depósito en los museos correspondientes, quedando eventualmente el yacimiento desprovisto de interés.

Ninguna determinación contiene la Ley, por otra parte, en torno a la tutela de cualesquiera otros bienes culturales que existan en el ámbito de la Reserva y que carezcan de la condición de yacimiento arqueológico.

Finalmente una tercera conclusión observa que la Ley no varía el régimen jurídico relativo a la realización de actividades en el ámbito de la Reserva, excepto en los supuestos recogidos en el artículo 12 en que se introduce una “*preceptiva autorización del órgano ambiental del Gobierno Vasco*”.

Se trata de supuestos no obstante ajenos, en principio, por su propia naturaleza a la protección del patrimonio cultural, salvo precisamente que incidiesen en alguno de los yacimientos o afectasen al patrimonio arqueológico.

Es cierto, pese a todo, que de forma indirecta, y al establecer las competencias y funciones del Patronato se introduce en los correspondientes procedimientos administrativos la exigencia de “*informe*” del mismo sobre un variado elenco de actividades, (a destacar por su generalidad los actos de construcción y usos del suelo y el aprovechamiento de los recursos naturales en las zonas de especial protección), lo que si puede afectar a las actividades de protección del patrimonio.

Este informe, pese a la defectuosa técnica del precepto, se configura como vinculante en al menos un supuesto, el de pronunciamiento negativo (“*disconformidad*”) en relación con el proyecto, de dos terceras partes como mínimo, de los miembros del Patronato.

En cualquier caso es manifiesto que la Ley no pretende instaurar procedimientos administrativos específicos, (más allá de lo ya señalado), ni modificar los existentes en virtud de la legislación sectorial aplicable, con lo cual, aún y cuando no procediesen las observaciones que haremos en el apartado correspondiente en torno a la articulación entre la Ley 5/1989 y la de Patrimonio Cultural Vasco, habría que concluir que no excluye la posibilidad de que determinadas actividades estén sujetas a procedimientos administrativos específicos, en virtud de los cuales sean otras las Administraciones competentes para su eventual autorización.

Es patente que la Ley está pensando en la autorización municipal vía licencia de obras como procedimiento tipo en el que incardina la emisión del “*informe*” en las zonas de especial protección y resto de la Reserva cuando lo determine el Plan Rector de Uso y Gestión.

Una última consideración haría incidencia en la injustificada diferenciación que realiza la Ley entre el tratamiento que merecen bienes culturales distintos a los que debe presuponerse “*ab initio*” idéntico valor.

El uso en los yacimientos arqueológicos en cueva será el autorizado por la administración competente, disposición exquisita hasta en el reconocimiento de la necesidad de acudir a otras normas, (las culturales), para la gestión, mientras que en los yacimientos al aire libre estamos ante restricciones muy notables, aparentemente no excepcionables por la autorización de la Administración con competencia.

No existen razones tuitivas que justifiquen la diferencia, y no se fundamenta en ningún caso en la Ley la razón del diferente trato, con las consecuencias en el segundo de los casos, a que nos referiremos más adelante.

7.3. LA APLICACION EN EL AMBITO DE LA RESERVA DE LA BIOSFERA DE URDAIBAI DE LA LEY DE PATRIMONIO CULTURAL VASCO

La Ley 7/1990 de 3 de Julio, de Patrimonio Cultural Vasco tiene por objeto, como su propio nombre indica, “*la defensa, enriquecimiento y protección, así como la difusión y fomento del patrimonio cultural vasco*”, (art.1), constituido por “*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*”. (Art. 2).

Dado que su ámbito de aplicación “*es el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco*”, (art.1), es de obligado cumplimiento también dentro del ámbito de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai con respecto a los bienes integrantes del patrimonio cultural vasco que pudieran encontrarse en ella.

Es evidente pues que en el ámbito geográfico de la Reserva se produce la simultánea vigencia de ambas leyes, y que ello en la medida en que se produzcan contradicciones o disposiciones divergentes entre las mismas, y ya hemos observado que sus fines no son enteramente homologables, obliga a determinar la prelación y en definitiva la norma que debe ser preferentemente aplicada en cada caso.

Recordemos por tanto cuales son las principales disposiciones que configuran el régimen jurídico que afecta al patrimonio cultural vasco.

La L.P.C.V. establece en primer lugar el mandato general de que *“los poderes públicos velarán en todo caso por la integridad del patrimonio cultural vasco y fomentarán su protección y enriquecimiento y difusión”*. (Art. 3). Para ello establece dos regímenes de protección de los bienes culturales, el Registro de Bienes Culturales Calificados que incluirá *“aquellos bienes del patrimonio cultural vasco cuya protección es de interés público por su relevancia o singular valor y así sea acordado respectivamente”*, (art.10), y el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco que comprende aquellos bienes que *“sin gozar de la relevancia o poseer el valor contemplados en el artículo 10 de la presente ley, constituyen, sin embargo, elementos integrantes del patrimonio cultural vasco”*.

En ambos regímenes pueden incluirse tanto bienes muebles como inmuebles, y sin perjuicio de la referencia específica al patrimonio arqueológico que haremos más adelante, bienes obtenidos a través de la utilización de la metodología arqueológica.

La Ley establece un régimen general de protección de los bienes calificados e inventariados, (arts.20 a 27), que impone la obligación de los propietarios, poseedores y demás titulares de derechos reales de *“conservarlos, cuidarlos y protegerlos debidamente para asegurar su integridad y evitar su pérdida, destrucción y deterioro”*, (art.20.1), que concede a las Diputaciones Forales la facultad de *“suspender toda clase de obras y trabajos que se realicen contraviniendo la presente ley, ordenando al mismo tiempo la actuación que proceda”*, (art.20.2), la de *“ordenar de forma ejecutiva a los responsables la reparación de los daños causados ilícitamente”* mediante la adopción de las medidas precisas (art.20.3), y la de requerir la rectificación de usos lesivos, (art.23), que atribuye a las Administraciones la facultad expropiatoria para fines de defensa o difusión del patrimonio, (art.21), y que concede finalmente al Gobierno Vasco un derecho de tanteo y retracto. (Art 25).

Específicamente respecto de los bienes culturales calificados, que *“deberán ser conservados con sujeción al régimen de protección”*, (se refiere al “ad hoc” que debe contener el acto administrativo de calificación y al que debe adaptarse el planeamiento urbanístico en el caso de los inmuebles), se establece, (art 29), que *“las intervenciones que deban realizarse sobre bienes culturales calificados y su entorno, salvo las contempladas en el artículo 33 (intervenciones sobre conjuntos monumentales previstas en planes de ordenación territorial o urbana y/o en planes especiales de protección del área afectada informados favorablemente por el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco) quedarán sujetas a autorización de los órganos competentes de la Diputación Foral afectada”*. Dicha autorización será previa a la concesión de la licencia municipal.

En el caso de los bienes inventariados, la Ley opta por una solución diferente cual es la recogida en los artículos 31 y 32, *“deberán comunicarse a la Diputación*

Foral correspondiente todas las intervenciones previstas que afecten a los bienes inventariados, con una antelación mínima de un mes sobre su ejecución... en aquellos casos en que las Diputaciones Forales observen que las actuaciones previstas sobre los bienes inventariados pueden hacer peligrar a los mismos, podrán suspender cautelarmente su ejecución por un plazo máximo de un mes”.

Supuesto específico es el de ruina respecto del que el artículo 36 establece un régimen singular que no detallaremos.

En lo que hace al patrimonio arqueológico, además de la consideración de que los elementos que lo integran pueden ser calificados e inventariados y por tanto son susceptibles de verse afectados por las normas ya reseñadas, interesa destacar la exigencia de que *“todo proyecto sometido a evaluación de impacto ambiental según la legislación vigente irá acompañado del informe arqueológico emitido por la Diputación Foral correspondiente, con el fin de incluir en la declaración las consideraciones o condiciones resultantes de dicho informe”,* (art.44), la determinación de que *“la realización de actividades arqueológicas y paleontológicas terrestres o subacuáticas en el ámbito territorial de la C.A.P.V. precisará autorización previa de la Diputación Foral correspondiente, salvo la prospección arqueológica sin extracción de tierra, que simplemente deberá ser notificada”,* (art.45), la necesidad de que se presente un proyecto arqueológico ante la Diputación *“en los casos en que la actuación arqueológica se haga necesaria como consecuencia de cualquier tipo de obras que afecten a zonas o bienes arqueológicos calificados y a los inventariados”,* (art.46) y que *“las Diputaciones Forales podrán ejecutar directamente cualquier intervención arqueológica en cualquier lugar en que se conozca o presuma la existencia de restos de interés arqueológico o paleontológico, actuando a tal efecto de conformidad con el principio de celeridad y procurando causar el menor daño posible”. (Art.50).*

En otro orden es evidentemente de relevancia para la cuestión que nos ocupa la Disposición Adicional Primera cuando dispone que *“se consideran asimismo bienes culturales del pueblo vasco y quedan sometidos al régimen previsto en la presente ley para los bienes calificados, las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones del arte rupestre”.*

La L.P.C.V. no contiene ninguna referencia a la Ley 5/1989, a los órganos de gestión que configura la misma, ni a aplicación singularizada de cualquiera de sus disposiciones en el ámbito de la Reserva, de donde cabe concluir que mantiene vocación de que sus términos sean aplicados al patrimonio cultural existente en el ámbito de la misma, del mismo modo y en la misma medida que al que se encuentra en el resto de la C.A.P.V.

7.4. LAS DIVERGENCIAS ENTRE LA LEY 5/1989 Y LA L.P.C.V.

Corresponde ahora determinar en qué medida ambas normas, simultáneamente vigentes en el ámbito de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai y respecto del patrimonio cultural vasco existente en la misma, contienen regulación diferenciada y eventualmente contradictoria, de cara a dilucidar posteriormente en virtud del juego de los criterios de prelación que procedan cual de las normas es de preferente aplicación y deroga en su caso lo dispuesto en la antagónica.

En primer lugar hay que señalar que dada la ausencia de disposiciones en la Ley 5/1989 en relación con el territorio de la Reserva no incluido entre las áreas de especial protección, (tan solo se establece la competencia del Patronato para “informar” sobre los actos de construcción y usos del suelo y el aprovechamiento de los recursos naturales en ese ámbito, “*cuando venga determinado por el Plan Rector de Uso y Gestión*”), la divergencia entre ambas leyes se va a referir exclusivamente a la protección del patrimonio cultural en dichas áreas.

Ya nos referiremos posteriormente a si de esa “*deslegalización*” y remisión al Plan Rector se deriva alguna eventual divergencia respecto de lo regulado en la L.P.C.V.

Una primera controversia posible es la derivada de lo dispuesto en el artículo 3.4 en torno a la prevalencia de lo dispuesto en la ley con respecto al planeamiento urbanístico. Nada obstaría desde el punto de vista de la protección del patrimonio cultural, ni desde el del conjunto de los intereses que persigue la Ley 7/1990, a que lo dispuesto en la Ley 5/1989 prevaleciera sobre el planeamiento, si no fuese porque disposición similar es la que establecen los artículos 12.2 y 28 de la L.P.C.V. con respecto a la prevalencia del régimen de protección de los bienes calificados sobre el planeamiento y la necesidad de adaptación de éste a aquel.

La eventual existencia de contradicciones entre el régimen de actividades de cualquiera de las áreas de especial protección y el régimen de protección de cualquier bien incluido en el Registro de Bienes Culturales Calificados obligaría a determinar cual de ambos, que vinculan al planeamiento urbanístico y se sobreponen sobre sus determinaciones, debe ser aplicado preferentemente sobre el elemento patrimonial y vincular en sus términos al planeamiento.

No estimo sin embargo que se produzca necesariamente contradicción alguna entre lo dispuesto en el artículo 3.4 ya citado y el 33 de la L.P.C.V. que dispone que “*las intervenciones sobre conjuntos monumentales que hayan sido previstas en planes de ordenación territorial y urbana y/o en los planes especiales de protección del área*

afectada por la declaración de bien cultural informados favorablemente por el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco serán autorizadas directamente por los Ayuntamientos...”

Estrictamente de lo dispuesto en el artículo 3.4., (ya veremos que quizá no se pueda decir lo mismo con respecto a otras disposiciones de la Ley 5/1989), no se deriva contradicción alguna, por cuanto debemos interpretar el “*directamente*” en el sentido de exclusión de los restantes trámites procedimentales, (en particular de los que deben realizarse en otras Administraciones competentes), establecidos en la propia L.P.C.V. con carácter general según el régimen de protección con que cuente el bien, no de exclusión de la eventual aplicación de otra normativa territorial o sectorial vigente.

Tampoco hay contradicción alguna entre el artículo 3.5 de la Ley 5/1989 y la Ley de Patrimonio, si interpretamos que la obligatoriedad de las determinaciones del Plan Rector no excluye la aplicación de disposiciones que lo contradigan procedentes de normas de preferente aplicación “*rationae materiae*”.

Ni siquiera hay oposición “*strictu sensu*” entre la determinación por el artículo 7 de un “*área de interés arqueológico*” en la Reserva con la configuración de dos tipos de yacimiento y la específica protección del patrimonio arqueológico que contiene la L.P.C.V. Hipotéticamente, y si lo permitiese el carácter de la regulación medioambiental, podría ofrecerse así una protección complementaria del patrimonio arqueológico, o incardinar la misma en el complejo organizativo de administración de la Reserva, objetos ambos no proscritos sino todo lo contrario por el Ordenamiento.

Es a partir del artículo 8 cuando se precisan diversas matizaciones para entender que no existe incongruencia alguna entre lo dispuesto en las dos leyes que nos ocupan. Cuando se establecen los usos permitidos en el “*área de la ría*”, (artículo 8), en el “*área del litoral*”, (art.9), en la de “*encinares cantábricos*”, (art.10), y en la de “*interés arqueológico*”, (art.11), no se señala que dichos usos pudieran ser total o parcialmente incompatibles con el régimen de protección establecido en relación con cualquier bien cultural calificado o inventariado.

Era inevitable hasta cierto punto que fuese así por cuanto la Ley de Patrimonio Cultural Vasco no existía cuando se promulgó la protectora de la Reserva, (aunque si existía una normativa, de rango inferior eso si, destinada a la protección de determinado tipo de bienes culturales), pero la vigencia de la L.P.C.V. obliga a matizar que no existirá contradicción, únicamente si se entiende que la fijación de usos permitidos lo es sin perjuicio de que puedan ser restringidos o incluso prohibidos en virtud de la protección derivada de la norma cultural.

Es cierto que los usos permitidos en los artículos 8, 9 y 10 no son en si mismos contradictorios con la regulación cultural tuitiva, (incluso en algunos casos se hace referencia a la sujeción a “*autorizaciones y licencias oportunas*” entre las que podrían

figurar las de origen cultural, art.8.c, por ejemplo), pero si que pudieran serlo en el supuesto concreto de cualquiera de los bienes culturales protegidos.

Una excepción pudiera ser el caso de la exclusión de alguna modalidad de los usos permitidos, como la de “*circulación de vehículos a motor fuera de las vías de comunicación*” del artículo 10. Esta prohibición tácita, se permite el uso excepto en ese supuesto, puede chocar con la necesidad de llevarlo a cabo para la debida protección de algún bien cultural, respecto de lo que la Ley nada dice y situación en la que se produce una evidente colisión de intereses entre ambas normas.

En todo caso podemos observar en la regulación de usos de las áreas de especial protección una absoluta omisión e ignorancia de la posible existencia de bienes de interés cultural, (*in genere*), en las mismas, con el consiguiente vacío en orden a la articulación de su protección con la derivada de otros ámbitos normativos.

El artículo 11 requiere un análisis más detallado. En primer lugar porque el mero hecho de la configuración de un “*área de interés arqueológico*” sugiere la consideración de toda ella como patrimonio cultural, entorno o zona de protección en los términos de la L.P.C.V. con lo que se nos plantea de lleno un problema, ante la ausencia de disposición alguna en la norma patrimonial que reconozca el área, (e hipotéticamente las restantes que pudieran derivar de otras normas ajenas a la de protección del patrimonio cultural), y la incardine en alguno de los regímenes de protección, con la consiguiente deslegitimación de su virtualidad, que se incrementa además si tenemos en cuenta que más de una década después de la promulgación de la Ley 7/1990 la práctica totalidad de los “*yacimientos*” que tan pomposamente descubre la Ley de la Reserva carecen de régimen cultural específico de protección.

Pero en segundo lugar son los propios términos del artículo los que generan importantes contradicciones con lo establecido en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

Es cierto que con respecto a los yacimientos en cueva se establece la prohibición de todo tipo de uso, “*con excepción de los autorizados por la Administración competente*”, y ello parece constituir un reconocimiento implícito de la competencia de las autoridades culturales en la materia, (no sabemos a qué autoridades competentes se refiere), pero no lo es menos que solo los yacimientos, (cuevas, abrigos y lugares en la terminología de la Disposición Adicional 1ª), que cuenten con manifestaciones de arte rupestre están expresamente incluidos en un régimen cultural de protección, (son bienes calificados por ministerio de la Ley), no así los restantes, a menos que sean objeto de calificación o inventario específico, en cuyo caso contarán con el correspondiente régimen particular de protección.

En todo caso no es ésta primera disposición la más controvertida sino la que establece los usos permitidos, (y prohibidos), en los yacimientos al aire libre y en los

enclavados en núcleos urbanos o consolidados por la edificación. Con respecto al primero de los casos llama poderosamente la atención que no se haga referencia a las autoridades competentes del mismo modo que en el apartado anterior. ¿ Es que aquí no existen ?

La L.P.C.V. pone de manifiesto que no es así y eso cuestiona explícitamente toda la regulación del apartado 11.b, tanto por la posible lesividad de los usos permitidos con respecto a los bienes culturales y su contradicción con eventuales regímenes culturales de protección como por la posible injustificada, (desde el aparentemente único objeto de proteger los yacimientos), prohibición de usos si no son potencialmente perjudiciales y la omisión de la competencia de las administraciones culturales.

Una tercera y diferente solución es la del apartado 11.c. que dispone la preceptiva notificación al Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco, sin indicar a qué efectos.

En conjunto la Ley 5/1989 al configurar un área de interés arqueológico constituida por una serie de yacimientos relacionados, desconoce la posibilidad de que se descubran yacimientos fuera de dicho área, no contiene normas para la actuación en ellos ni instrumentos para su reconocimiento, ni atiende a la posibilidad de que estudiados los yacimientos se agote la capacidad de los mismos para proporcionar información culturalmente útil y por tanto cese la necesidad de las medidas protectoras y las restricciones de usos. No es éste sin embargo el propósito de la L.P.C.V. como manifiestamente se deriva de sus términos.

El artículo 12 es otro de los que contiene normativa contradictoria con la de la ley cultural. Establece globalmente, para todas las áreas de especial protección, (particularmente en nuestro caso para la de “*interés arqueológico*”), la necesidad de autorización preceptiva del órgano ambiental del Gobierno Vasco para determinadas actividades.

Nada habría que oponer si no fuese porque su justificación en virtud de la protección de los valores culturales de cualesquiera bienes, como sucede en dicho área, se contrapone a lo que dispone la Ley 7/1990, que no hace ninguna referencia a esta autorización ambiental mientras dibuja con detalle el procedimiento administrativo a seguir en la medida en que las intervenciones afecten a bienes culturales.

En lo que respecta a los bienes culturales protegidos no es congruente con lo dispuesto en la L.P.C.V. la consideración como tolerables de los usos legalizados con anterioridad a la vigencia de la Ley. (Art.13).

Con independencia de las compensaciones a que haya lugar en virtud del perjuicio que se cause a derechos o intereses legítimos, los usos lesivos hacia los bienes culturales protegidos no se toleran sino que se prohíben por parte de la normativa cultural. Y esto rige no ya con respecto al área de interés arqueológico tan solo, sino con respecto a cualquier bien cultural que se halle en cualquiera de las restantes.

En lo que hace al régimen competencial y procedimiento administrativo de tramitación, pueden derivarse contradicciones de lo dispuesto en el artículo 18.3 en torno a la competencia del Patronato de la Reserva para *“informar sobre la realización de los actos de construcción y usos del suelo y el aprovechamiento de los recursos naturales que se pretendan realizar en las zonas de especial protección, así como los comprendidos en el resto de la Reserva cuando venga determinado por el Plan Rector de Uso y Gestión. Si al evacuar los informes, las dos terceras partes de los miembros del Patronato mostrarán su disconformidad con el proyecto presentado, el Presidente devolverá a su origen el mencionado proyecto para su reconsideración.”*

Se configura aquí un informe vinculante al que en ningún momento se alude en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, y que tiene evidentes consecuencias en la medida en que la redacción literal del artículo, por más que resulte confusa y técnicamente incorrecta, induce a pensar que se trata de una desautorización del proyecto, al que se imponen en su caso condiciones a cumplir obligatoriamente para que la autorización de que se trate sea concedida. En lo que afecte a bienes de interés cultural se produce una interferencia manifiesta en el procedimiento administrativo que dibuja la L.P.C.V.

Esto no es en si mismo contradictorio, son numerosos los procedimientos en que intervienen multitud de instituciones con fuentes de legitimación diversas y que están constituidos por trámites derivados de normas diferentes. Pero sin embargo es un atentado contra los más elementales principios de la lógica y seguridad jurídica que esta variedad y divergencia tenga un mismo fundamento, que atienda o pretenda atender a la tutela de un mismo interés.

Otro posible foco de controversia es el constituido por la regulación del derecho de tanteo y retracto respecto de *“todas las transmisiones onerosas de bienes y derechos relativos a los terrenos ubicados en las áreas de especial protección, así como aquellos otros que se determinen en el Plan Rector de Uso y Gestión”* que el artículo 23 concede a la *“Administración de la Comunidad Autónoma, y en su defecto a la Diputación Foral de Bizkaia, correspondiendo a los Ayuntamientos afectados la posibilidad de hacer efectivos tales derechos en caso de que el Organo Foral no los ejercitara”*.

La Ley 7/1990 configura sin embargo un derecho de tanteo y retracto, (art.25), exclusivamente ejercitable por el Gobierno Vasco ya sea *“para si o para otras instituciones públicas o de carácter cultural sin ánimo de lucro”*.

Es por tanto notoriamente diversa la regulación establecida por ambas normas. Tratándose de facultades tuitivas concedidas a las Administraciones Públicas para el cumplimiento de sus respectivos fines y no existiendo contradicciones propiamente dichas pudiera pensarse que se “*acumularían*” las facultades derivadas de ambas normas, gozando así de las mismas tanto quienes se ven legitimados para ello por una de las normas como quienes lo son por la otra. Sin embargo en sede de restricciones de derechos de terceros, (los titulares de la propiedad o de otros derechos reales sobre los bienes), debe obrarse con especial cautela.

Consideramos preciso atender a la fundamentación y objeto de cada una de las disposiciones a efectos de proporcionar un criterio razonable. Atendida la redacción literal del precepto de la norma medioambiental observamos dos características especialmente relevantes; su generalidad (comprende todas las transmisiones onerosas) y su limitación a los “*terrenos*” de las áreas de especial protección.

Sin profundizar excesivamente en la exégesis del artículo, parece obvio que no incluye en el ámbito del derecho de tanteo y retracto los bienes muebles, sino que se limita a los inmuebles por más que la expresión “*terrenos*” pudiese conducir a la duda en torno a la inclusión eventual de las construcciones ubicadas sobre los mismos. Duda que se solventa atendiendo a que la norma deviene en absurda e inútil si no comprende el suelo y el vuelo.

Mientras que la norma cultural solo se refiere a las transmisiones que afecten a bienes de interés cultural, (de cualquier naturaleza), la norma medioambiental se refiere a todas las ubicadas en las áreas especialmente protegibles, en congruencia con la universal afectación al medioambiente.

Una vez más somos testigos de las diferentes ópticas y finalidades de ambas normas. Si sostenemos que en lo que se refiera al patrimonio cultural, debe primar la norma específica, ¿ no se produciría la incongruencia de que haya administraciones, (Diputación Foral y municipios) que cuenten con derecho de tanteo y retracto en todas las transmisiones menos en aquellas referidas al patrimonio cultural ?

Este es el resultado cierto de tal interpretación, pero no lo consideramos incongruente. Hemos observado que ambas normas se refiere a transmisiones y objetos solo parcialmente coincidentes en razón de sus diferentes objetivos.

Nada obsta a que cuando la protección medioambiental se justifica en la naturaleza cultural de los bienes se vea sustituida por la específica, diseñada “ad hoc” para ese objeto e interés. Puede haber múltiples razones que justifiquen la opción del legislador cultural por limitar el derecho de tanteo y retracto en su área de actuación.

La misma duplicidad que venimos señalando reiteradamente se produce en lo que respecta al régimen sancionador de las conductas lesivas para el patrimonio cultural en el área de interés arqueológico. (O si una conducta sancionada por su lesividad medioambiental lo es asimismo con respecto a cualquier bien de interés cultural ubicado en las restantes áreas).

Las conductas que infrinjan lo dispuesto en la Ley y a su vez el régimen de protección de los bienes culturales o en general las disposiciones de la L.P.C.V. pueden ser objeto de sanción tanto en virtud de lo que señala el artículo 28 de la Ley 5/1989 como el 108 de la Ley 7/1990, con la salvedad de que son diferentes las sanciones y también los órganos competentes para imponerlas.

Es evidente que si en algún ámbito se reclama seguridad jurídica y exquisita precisión y se proscriben la interpretación extensiva y la analogía es en el marco del régimen sancionador, lo que obliga especialmente a dilucidar, habida cuenta de la vigencia del principio “non bis in idem”, cual es la norma aplicable y a quien corresponde la instrucción del procedimiento.

7.5. LA RELACION ENTRE LA LEY DE PROTECCION Y ORDENACION DE LA RESERVA Y LA LEY DE PATRIMONIO CULTURAL VASCO

Hemos constatado la existencia de sensibles divergencias entre dos leyes de la Comunidad Autónoma del País Vasco que se refieren a objetos parcialmente coincidentes. Es por ello preciso dilucidar de que manera se articula la relación entre ambas y cual es la disposición a aplicar preferentemente en cada uno de los supuestos de regulación diversa.

Debemos señalar en primer lugar que estamos ante normas jurídicas del mismo rango. Se trata en ambos casos de disposiciones legislativas de naturaleza ordinaria. (Si no supone el término un menoscabo de la solemnidad del pronunciamiento parlamentario). La aplicación del principio jurídico de derogación de norma anterior por la posterior contradictoria, “*lex posterior derogat anterior*”, induciría de partida a considerar la prevalente vigencia de la L.P.C.V. con respecto a la Ley 5/1989 en cualquier supuesto de regulación incompatible, más aún cuando la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley 7/1990 dispone literalmente que “*asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley*”, pero creemos que la cuestión merece una consideración más detenida.

Hay que considerar en primer lugar el objeto de ambas normas. Ya hemos señalado que la Ley 5/1989 no tiene por objeto proteger el patrimonio cultural sino en la medida en que sea preciso para preservar “*el conjunto de los ecosistemas*” de la Reserva.

Es lógico concluir por tanto, si tenemos en cuenta que la L.P.C.V. tiene como propósito explícito “*la defensa, enriquecimiento y protección, así como la difusión y fomento del patrimonio cultural vasco*”, que en lo que respecta a la protección de los bienes culturales deberá primar lo dispuesto en esta última en caso de conflicto, en virtud además de lo reseñado en torno a la posterioridad y a su carácter expresamente derogador de normas contradictorias, de la aplicación del principio de especialidad, que proclama la primacía de las normas de objeto singular sobre las de carácter y naturaleza más general.

En lo que hace a las disposiciones de la Ley 5/1989 que no tienen fundamento distinto al de la protección de bienes culturales, (particularmente en todo lo que se refiere al área de protección especial “*de interés arqueológico*”) la cuestión ofrece a nuestro juicio escasas dudas.

Debemos simple y llanamente desconocer y considerar derogadas las disposiciones que contradigan la normativa cultural.

Cabría pensar en una posible complementariedad y aplicación subsidiaria de la normativa protectora de la Reserva, singularmente si, como es el caso, el desarrollo de la L.P.C.V. no ha conducido hasta el momento a la adopción de medidas específicas de protección de los concretos yacimientos recogidos en la relación de su Anexo, más ni siquiera eso, pese al juego del principio de conservación de las normas que obliga a decantarse por aquella interpretación que permita la vigencia simultánea de todos los preceptos en cuestión, el “*favor actii*”, nos parece legítimo.

Fundamentalmente en primer lugar porque la Ley de Patrimonio ya recoge una panoplia de medidas generales de protección aunque el yacimiento afectado no haya sido calificado ni inventariado, medidas que la Ley 5/1989 no contempla, (particularmente las divergencias son notorias en el ámbito competencial y procedimental).

Además las medidas protectoras de la propia norma medioambiental pueden resultar innecesarias desde el punto de vista de la protección del patrimonio en el ámbito de Ley 7/1990, y constituir por tanto restricciones injustificadas de los derechos de los terceros afectados, y en algunos de los casos constituir incluso un obstáculo para la debida tutela de algún elemento, en la medida en que prohíben determinadas actuaciones que pueden ser necesarias en algún caso para la protección. El carácter omnicomprendivo de la regulación de la protección del patrimonio arqueológico en la L.P.C.V. hace innecesario que normas que no deriven directamente de la misma regulen total o parcialmente la materia.

Finalmente no hay que obviar que diseñados instrumentos como los regímenes culturales de protección y establecidos procedimientos de inclusión y exclusión de

bienes, la ausencia de medidas específicas de tutela más allá de las generales de la Ley puede ser el resultado del juicio y valoración de la autoridad competente y más experta, juicio que debe merecer mayor consideración que la determinación genérica, a fecha fija y previa al conocimiento del valor patrimonial real, que caracteriza al diseño del “*área de interés arqueológico*” de la Ley 5/1989.

No cabe duda de que puede haber quien justifique la “*especialidad*” de la norma medioambiental en razón de su aplicación geográficamente singularizada y pretenda que el patrimonio cultural de la Reserva debe en virtud de ello gozar de una protección jurídica diferenciada.

Discrepamos abiertamente de esta postura. Creemos que solo podría sostenerse en el caso de que se tratase de una norma cuyo objeto específico fuese la protección del patrimonio cultural de la Reserva, aún y cuando pudiese tener finalidades accesorias, más no es así.

Sobre todo porque nada justifica desde el punto de vista de los valores, (culturales), por los que la Ley 5/1989 procede a proteger el “*área de interés arqueológico*”, que la protección deba ser diferente por el hecho de que los bienes se ubiquen en el Urdaibai.

Estos elementos son acreedores al mismo nivel de protección que los restantes de la C.A.P.V., que está en función de sus valores y no de su ubicación. Cuestión distinta es que la naturaleza del entorno pudiese dotar de valor tal, (por ejemplo por valores estéticos), que justificase su inclusión en un régimen de protección, a elementos que en otro lugar quizá no la merecerían.

Y hay un aspecto que pone claramente de manifiesto que la ubicación no distingue a los bienes culturales, si la mera ubicación en la Reserva justificase una protección específica y singular de los bienes culturales, la Ley debería referirse y adoptar medidas de protección con respecto a los bienes culturales sitios en las restantes áreas de especial protección o incluso fuera de ellas pero dentro de la Reserva, y sin embargo no encontraremos ninguna referencia a ellos, son absolutamente ignorados por la norma medioambiental.

Es ésta una vieja controversia en el ámbito de la protección patrimonial, la de la relatividad de los valores, vinculada a su frecuencia, (no se aprecia igual lo que se dispone miles de veces de lo que constituye testimonio único, por más que objetivamente puedan ser similares), y a factores ajenos a la propia dimensión del elemento.

Hay en el fondo un argumento decisivo desde el punto de vista de la conservación y tutela del patrimonio al que nos referimos. La Ley 5/1989 no protege el patrimonio cultural, o si lo hace, es de forma muy defectuosa.

En primer lugar no impone en ningún momento la adopción de iniciativas dirigidas al conocimiento de la real dimensión y envergadura de esos elementos que justifican las restricciones de usos, ni impone tampoco a los titulares la realización de intervenciones dirigidas a su salvaguarda y a la evitación de los daños que simplemente los agentes naturales pueden producir en ellos, no impone, previo diagnóstico de su estado, la recuperación cuando no fuese ese el idóneo, se limita a prohibir o restringir determinados usos en razón del hipotético peligro y riesgo, (desconocido en la medida en que se desconoce todo lo anterior), que pudieran representar para los elementos relacionados. Desde este punto de vista es obvio que debe preferirse la norma más completa, la norma más congruente con el fundamento de la protección y sostener su prevalencia.

A este respecto López Quintana, por ejemplo, ha sostenido⁷⁶⁶ que existe la *“necesidad de revisar algunos yacimientos calificados como Areas de Especial Protección dentro de la Ley de Urdaibai y cuyo carácter arqueológico es extremadamente dudoso”*, que hay un *“incremento muy significativo... de registros catalogados en el Inventario de Patrimonio Cultural Prehistórico de Urdaibai, (hoy por hoy documento académico), frente a los catálogos anteriores”* y que hay también una *“baja proporción de bienes arqueológicos que disponen de algún tipo de protección legal (28%) dentro de la Ley de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai y la Ley de Patrimonio Cultural Vasco”*.

No hace falta añadir nada más para excluir que el principio de especialidad juegue a favor de la prevalencia de la norma cultural. Y en defecto de ello todos los restantes argumentos ya reseñados conducen a la indudable conclusión de que en lo que contradiga a la L.P.C.V. las disposiciones de la Ley 5/1989 no deberían ser de aplicación.

Reconocimiento implícito de todo ello desde la óptica medioambiental lo constituye el artículo 123.2 del Plan Rector de Uso y Gestión de la Reserva cuando establece que *“las presentes normas de ordenación directa no podrán ir nunca en contra del régimen de protección que se establece para los bienes así calificados en aplicación de la Ley del Patrimonio Cultural Vasco”*.

Hay otro posible foco de conflictos al que debemos referirnos también para determinar el alcance de la aplicabilidad de ambas normas y en el que las conclusiones deben ser parcialmente diferentes, el supuesto de conflicto no ya entre las disposiciones dirigidas a la protección del patrimonio cultural que contienen las dos leyes, sino entre las disposiciones de tutela del patrimonio cultural de la L.P.C.V. y las que se proponen

⁷⁶⁶ LOPEZ QUINTANA J.C. *“Inventario del Patrimonio Cultural Prehistórico de Urdaibai”* en IX Jornadas de Urdaibai sobre Desarrollo Sostenible. Ed. Gob. Vasco. Bilbao. 2004, pags. 59-60.

la salvaguarda de valores diferentes en la Ley de Protección y Ordenación de la Reserva.

Se trata aquí de un conflicto entre normas de fundamento diferente, no ya de normas de idéntico fundamento entre las que la aplicación de criterios de prevalencia, dentro de la dificultad, ofrezca conclusiones más o menos claras. Y ello obliga a la prudencia y a la mesura en las consideraciones.

Dada la divergencia de objetivos y perspectivas la solución no puede ser aquí la mera prevalencia de la norma posterior. Nada obsta a que allí donde las medidas tuitivas persigan objetivos distintos a la protección del patrimonio cultural, (señaladamente en las áreas de especial protección, salvo en la arqueológica), deba compatibilizarse la tutela de éste con la de aquellos otros valores.

Se produciría aquí, simplemente, la acumulación de requisitos y procedimientos cuando se tratase de una intervención que afectase a algún bien cultural.

Creemos no obstante que hay que distinguir los supuestos de intervenciones con incidencia en el patrimonio cultural, pero no exigidas perentoriamente por su conservación o tutela, en las que debe regir plenamente ese principio acumulativo, de aquellas en que la intervención viene demandada necesariamente por la conservación del bien o sus valores culturales.

En este último supuesto y a la vista de que el objetivo tutelador del patrimonio es también uno de los perseguidos por la Ley 5/1989, de que ésta no introduce la técnica autorizatoria más que en supuestos muy concretos, y de que la alternativa configurada indirectamente por su artículo 18.3, (informe de disconformidad apoyada por dos tercios de los miembros que se convierte, al parecer, en vinculante para la reconsideración del proyecto, no sabemos con qué límites ni requisitos), no puede derivar en la imposibilidad de realizar una intervención a la que la Administración competente está legalmente obligada, creemos que no puede limitarse la potestad autorizatoria y la facultad de ordenar la ejecución de intervenciones de la autoridad competente, (Diputación Foral), por más que deba efectuarse con la afección medioambiental mínima posible y que el deber de colaboración entre Administraciones Públicas impele la debida comunicación con los órganos de gestión de la Reserva en la medida en que incide en su labor.

Donde alcanza una dimensión realmente relevante la utilización de este criterio es en el supuesto de que actuaciones expresamente prohibidas o sometidas no menos expresamente a autorización administrativa previa del órgano medioambiental, sean precisas para la conservación o tutela de cualquiera de los bienes culturales de la Reserva.

La colisión de intereses en este caso justifica la excepcional realización de las intervenciones, aún y cuando lógicamente deba recurrirse a la ejecución de las actuaciones medioambientalmente más peligrosas solo en defecto de posibilidades menos lesivas.

Dicho de otro modo, no puede impedirse la ejecución por parte de la Diputación Foral de las actuaciones precisas para la tutela y protección de cualquier bien cultural amparándose en el artículo 18 de la Ley 5/1989 y en la mayoría disconforme que en el mismo se prevé.

Es obvio no obstante que puede impugnarse la motivación y fundamento de la decisión tuitiva, si excede de ese ámbito de la defensa obligada.

7.6. EL PLAN RECTOR DE USO Y GESTION DE LA RESERVA DE LA BIOSFERA DE URDAIBAI Y SU APLICACION A LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

7.6.1. La naturaleza del Plan.

El Plan Rector de Uso y Gestión es el instrumento a través del que la Ley 5/1989 pretende conseguir sus objetivos de salvaguarda de ecosistemas y establecer con detalle la regulación de las actividades, permitidas y prohibidas en el ámbito de la Reserva. En lo que a nuestro específico ámbito de análisis se refiere, el artículo 17 le atribuye como propósito “*integrar los bienes de interés histórico-artístico y cultural, (¿ son acaso diferentes unos y otros ?), en el Sistema de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai*”, (art.17.4), y “*promocionar la investigación, interpretación y educación ambiental del patrimonio naturalístico y cultural*”. (Art. 17.5).

Nada hay que oponer a la atribución de dichas finalidades. Por un lado la integración de los bienes culturales en el Sistema de la Reserva no solo no es una actuación proscrita por la L.P.C.V. sino necesaria a efectos de dejar claro cuales es el régimen jurídico de protección de los mismos. Cuestión aparte es cómo se realiza dicha integración y si en ella se sobrepasa el ámbito de la propia competencia o se norma de forma contradictoria con lo que establecen disposiciones de rango jerárquicamente superior.

Por otro, la promoción de la investigación y educación no deja de constituir una actividad de fomento a la que desde el marco de sus propias competencias, y dentro del principio de colaboración que debe presidir sus relaciones, están llamadas todas las instituciones públicas.

El Plan Rector está llamado pues, desde la Ley 5/1989 a desarrollar sus mandatos y delimitar con precisión el régimen de usos de la Reserva. Desde esta perspectiva se encuentra, como es obvio, subordinado a lo dispuesto en dicha Ley, que no puede contradecir, y desde su naturaleza reglamentaria, (se aprobó a través del Decreto 242/1993 de 3 de Agosto, y ha sido modificado finalmente por el Decreto 27/2003 de 11 de Febrero), imposibilitado de cambiar lo dispuesto en cualesquiera otras normas de rango legal, no derogadas ni modificadas por la Ley 5/1989 habilitante, como es eventualmente el caso de la posterior Ley 7/1990.

El Plan se encuentra asimismo afectado de forma derivada por lo que ya hemos señalado en relación con las colisiones entre la Ley de la Reserva y la L.P.C.V., allí donde deban resultar inaplicables o aplicables con condiciones las disposiciones de su norma matriz, dicho lastre recae también sobre el desarrollo que el Plan hace de aquellas.

El Plan, artículo 2, contiene tres tipos diferenciados de determinaciones, las *“directrices generales de ordenación y uso de la Reserva”*, las *“normas de gestión y actuación necesarias para la protección, recuperación, vigilancia y guardería de sus valores naturales”* y por último, la *“zonificación de la Reserva delimitando áreas de diferente utilización y destino, estableciendo para ellas diferentes grados de protección, régimen de autorizaciones y prohibiciones, aprovechamiento de los recursos naturales y disposiciones urbanísticas”*.

Van a ser diversas las consideraciones que vamos a tener que realizar sobre cada tipo de determinación en razón de su diferente naturaleza y grado de vinculación, por lo que es preciso que iniciemos su análisis por separado.

Entre los documentos de que consta el Plan se incluye específicamente además una *“Relación provisional de Bienes de Interés Cultural e Histórico-Artístico”*, (Anexo III), a la que nos referiremos más adelante.

Dentro del Título I, *“Disposiciones Generales”*, hay sin embargo una primera norma a la que debemos referirnos, el artículo 6 relativo al ejercicio de derechos de tanteo y retracto en las transmisiones de bienes ubicados en áreas de especial protección o áreas de protección de la Reserva.

Establece este precepto que con respecto a todas ellas, e independientemente de la naturaleza de los bienes sobre los que recaigan, (incluye pues los bienes culturales como cualesquiera otros), *“La Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y, en su defecto, la Diputación Foral de Bizkaia y los Ayuntamientos afectados, de forma sucesiva, podrán ejercitar los derechos de tanteo y de retracto.....siempre que el adquirente de las mismas sea un particular”*.

La causa de la referencia es que el artículo correlativo de la L.P.C.V., el 25, atribuye en relación con los bienes culturales calificados o inventariados, dicho derecho exclusivamente al “*órgano competente del Gobierno Vasco*”, aunque pueda ejercerlo “*para sí, o para otras instituciones públicas o de carácter cultural sin ánimo de lucro*”. Se produce así una ampliación en el Plan Rector del elenco de titulares del derecho.

Dada la finalidad tuitiva del precepto y el hecho de que supone en realidad una ampliación de la protección conforme al objeto de todas las normas en juego, y que la propia L.P.C.V. permite el ejercicio del tanteo y retracto a favor de las restantes instituciones, (e incluso más aún de terceros ajenos), y aún cuando podría sostenerse que la naturaleza cultural específica justificase un tratamiento diferenciado también a este efecto, como tampoco hay excesivo rastro de éste, (por decir algo), creemos que no existe obstáculo alguno a la vigencia y aplicabilidad de este artículo a los bienes culturales calificados e inventariados en el ámbito de la Reserva.

Distinta consideración ha de merecer el artículo 8 que impone a las Administraciones Públicas “*cuyas competencias hayan de incidir sobre el suelo no urbanizable de la Reserva*” ejercitar las mismas “*de acuerdo a las previsiones contenidas en el presente Plan Rector y disposiciones de desarrollo*”.

Hay que dejar claro que el Plan amparándose en su afán coordinador de las actuaciones de la Reserva no puede imponer determinación alguna contraria a normativa sectorial vigente de rango superior.

Nada obsta, faltaría más, a que las relaciones interadministrativas se vean presididas por la colaboración y coordinación, pero de ahí no puede derivarse la primacía absoluta e indiscriminada de las determinaciones del Plan o de su administración gestora.

La sujeción de todas las instituciones públicas actuantes no ya a directrices y objetivos sino a determinaciones de detalle que no tienen otra fuente que este Plan van a carecer de soporte jurídico, cuando se contrapongan a las que vinculan a dichas administraciones desde otras fuentes normativas.

Es ésta la matizada interpretación que hay que realizar de este artículo para sostener su conformidad a Derecho.

7.6.2. Las estrategias y directrices generales de protección de la Reserva.

Entre las estrategias y directrices generales de protección el primer objeto de análisis lo constituye la Directriz 9ª del artículo 20, *“la preservación del patrimonio cultural paisajístico también se incluirá en los objetivos de manejo de la Reserva, disponiéndose de la normativa pertinente y de las líneas presupuestarias necesarias para las ayudas y actuaciones en este orden, en el contexto de participación e incentivo de las iniciativas privadas al tratarse de un paisaje rural y urbano altamente humanizado, en el cual el turismo tiene gran importancia.”*

En ausencia de ulteriores referencias desconocemos qué constituye el *“patrimonio cultural paisajístico”*. No obstante la redacción genérica del precepto y su naturaleza promotora hace que no pueda reprochársele incongruencia alguna con lo dispuesta en la normativa cultural.

Sin embargo mayores incógnitas suscita el artículo 21, que lleva por rúbrica *“Estrategias y Directrices para el cumplimiento del objetivo de integrar los bienes de interés histórico-artístico y cultural en el Sistema de la Reserva de Urdaibai”*.

No haremos mayor hincapié en lo erróneo de referirse a los *“bienes de interés histórico-artístico y cultural”* como si constituyesen categorías diferenciadas, como si el interés histórico-artístico tuviese origen no cultural o la cultura no comprendiese entre sus ingredientes más destacados la historia y el arte. No por ajeno y falto de sintonía con la que se emplea en la L.P.C.V. es el de la terminología problema excesivamente grave.

Este largo artículo comienza con un mandato de *“tener en cuenta en las actividades a realizar en el suelo no urbanizable de la Reserva”*, la riqueza del patrimonio cultural *“encerrado en los yacimientos arqueológicos y la arquitectura tradicional de ermitas, casas solariegas, puentes, molinos y en los distintos elementos representativos de la historia y etnografía de la zona, así como de cualquier otro rasgo cultural popular o local”*.

Por más que la descripción de elementos integrantes del patrimonio sea hartamente incompleta, a la luz de la que hace la Ley de Patrimonio Cultural, lo único reprochable a este mandato es su limitación al suelo no urbanizable de la Reserva. ¿Significa esto que en lo que hace al resto del suelo esa *“riqueza del patrimonio cultural”* no debe ser *“tenida en cuenta”* ?

Si tal fuese la conclusión, creemos que no querida por el autor del Plan, si que estaríamos ante un precepto difícilmente compatible con la protección que la normativa cultural pueda dispensar al patrimonio cultural sito en suelo urbano o urbanizable.

Nada hay que objetar al siguiente epígrafe que establece que *“se promoverán los trabajos de investigación, protección, estabilización, restauración y difusión de los bienes de interés histórico-artístico y cultural dentro del marco legalmente establecido”*, no solo por el objetivo de fomento sino por la referencia al *“marco legalmente establecido”* que parece reconocer que hay que buscarlo extramuros del propio Plan y que deben respetarse sus disposiciones.

El mandato de este artículo 21 se traduce en tres directrices que también precisan de comentario singularizado.

La Directriz 10ª reza literalmente *“los bienes de interés histórico-artístico y cultural que se conozcan en el ámbito territorial del Plan Rector, se recogerán en un Catálogo que deberá contener las prescripciones y contenidos a los que se refiere el artículo 122 de este Plan”*.

(El artículo 122 dispone como tales aspectos relativos a la identificación plena del elemento, así como a su status jurídico y régimen de protección *“de acuerdo con la normativa vigente o las normas que se establezcan en el Catálogo”*, con mención expresa a la *“clasificación del bien dentro de la normativa propia del Patrimonio Cultural Vasco o subsidiariamente Patrimonio Histórico Español”*.)

La expresa referencia al régimen de protección de la *“normativa vigente”*, ajena, hay que entender, al Plan y a la clasificación cultural, permite contextualizar el Catálogo como un instrumento referencial no constitutivo, y por tanto perfectamente compatible y respetuoso con lo dispuesto en el Registro de Bienes Culturales Calificados y el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco respecto de los bienes de tal carácter sitos en la Reserva.

Menos dudas todavía genera la Directriz 11ª *“aquellas actividades de la cultura tradicional popular de la zona que se encuentren en vías de desaparición serán recogidas documentalmente siguiendo un orden de prioridades”*, propósito muy loable y eventualmente complementario de lo que a tal objeto establezca la normativa cultural.

La Directriz 12ª *“como consecuencia de la inclusión del patrimonio cultural inmueble en la gestión de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai, las Administraciones públicas competentes incidirán, de forma especial, en su vigilancia, mantenimiento, restauración, financiación así como ordenación de visitas al público”*.

Nada hay que oponer al fondo del precepto, pero la ambigua redacción de su primera parte genera incertidumbres en torno a su alcance y dudas en torno a su congruencia con la normativa sectorial aplicable.

Si de “*la inclusión del patrimonio cultural inmueble en la gestión de la Reserva*”, (a cuya fuente legal no se alude), pretende deducirse que los órganos de la misma han asumido las competencias, deberes y responsabilidades que por ejemplo la L.P.C.V. atribuye a Gobierno Vasco y Diputación Foral, hay que sostener que estamos ante una disposición claramente atentatoria contra lo dispuesto en otras de rango superior y que por tanto estamos obligados a ignorar.

Si de la confusa redacción hay que concluir tan solo que dichas Administraciones Públicas competentes deben ejercitar sus responsabilidades también en el Urdaibai, el precepto es superfluo y en todo caso ello no es “*consecuencia de la inclusión del patrimonio cultural inmueble en la gestión de la Reserva*”.

Con respecto a las directrices y estrategias generales podemos pues observar que son todas ellas compatibles con lo que establece la normativa cultural, o permiten al menos interpretaciones congruentes con sus disposiciones, por más que en algunos casos las redacciones imprecisas o confusas puedan conducir a generar dudas o incertidumbres.

7.6.3. La normativa de desarrollo del Plan Rector.

El Plan Rector llama en su auxilio como instrumentos de desarrollo, además de los denominados “*Planes de Acción Territorial*”, entre otros, a un Plan de Conservación e Integración del Patrimonio y dentro de él específicamente a un “*Programa de Integración del Patrimonio Cultural*”, y a un Plan de Interpretación, Investigación y Administración con un “*Programa de Actividades de Investigación Aplicada al Conocimiento del Patrimonio Ecológico y Cultural*”.

El Plan de Acción Territorial debe contener además “*un Catálogo de bienes de interés histórico-artístico y cultural que contenga las especificaciones recogidas en el artículo 123 del presente Plan Rector*”, (art.33.h), que se refiere a las normas de ordenación directa a las que más adelante nos referiremos.

Sin esta última alusión serían reproducibles aquí todas las consideraciones expuestas anteriormente en relación con el anterior Catálogo. Lo mismo puede señalarse respecto de los catálogos a los que se alude en los artículos 34.h, 35.g. y 39.f.

7.6.4. Las Normas de Actuación Directa y el régimen de uso del suelo.

El artículo 47 se refiere a las que denomina “*actuaciones directas*” y dispone que “*en tanto en cuanto no se hayan aprobado los planes de desarrollo definidos en los artículos anteriores, el Plan Rector podrá ser ejecutado mediante actuaciones directas reguladas a través de las normas de ordenación directa establecidas al efecto en los mismos.*”

Se configuran pues estas actuaciones como “*provisionales*”, con vocación claramente temporal y destinadas a ser sustituidas por las que establezcan los diferentes planes de acción territorial y demás instrumentos de desarrollo del Plan Rector. Es importante no olvidar este carácter a los efectos que expondremos más adelante.

Tras realizar una detallada referencia terminológica, el Título V, (arts.57 a 80), regula el régimen del suelo, señalando en primer lugar que constituyen el suelo rústico los terrenos que el Plan clasifique como tales, destinándolos entre otros fines a “*proteger los espacios naturales de marcado interés científico, natural, histórico o cultural declarados como Areas de Especial Protección por la Ley 5/1989*”.

Nada impide dicha clasificación aunque habrá que recordar lo ya apuntado en torno al área de interés arqueológico y su legitimidad tras la entrada en vigor de la L.P.C.V., que afecta especialmente a su definición en el artículo 74. Dado que este Título V se dedica a definir las áreas y zonas de la Reserva, es sin embargo el VI, dedicado específicamente a las “*normas de ordenación directa y régimen de usos del suelo*”, el que contiene disposiciones con incidencia potencial en la protección del patrimonio cultural.

Es éste el caso del art.81.2, “*las construcciones en lugares inmediatos o que formen parte de un grupo de edificios de carácter artístico-histórico, arqueológico, típico o tradicional habrán de armonizar con los mismos*”.

Mas allá de que desconozcamos qué es el carácter típico o tradicional, (en ningún lugar se define y son categorías ausentes en la normativa de protección del patrimonio), la norma no pasa de constituir una disposición plenamente congruente con el sentido y finalidad de la Ley 7/1990, de igual modo que la del art.81.3 en el sentido de imponer la no limitación del campo visual, desfiguración de perspectiva o ruptura de la armonía paisajística en la contemplación de monumentos y conjuntos de los anteriormente aludidos.

El artículo 82 somete al procedimiento autorizador previsto en los arts. 130 y siguientes la realización de vertidos, directos o indirectos que “*puedan afectar a la integridad de cualquiera de los ecosistemas*”.

Esta medida, medioambientalmente impecable, puede sin embargo chocar con la protección patrimonial si en alguno de los casos la protección de un bien cultural exige ineludiblemente la realización de vertidos. Es cierto que es una hipótesis un tanto remota, particularmente si entendemos la afectación a la integridad de algún ecosistema como afectación más o menos relevante y no nimia. Es éste uno de los supuestos de posible colisión entre los intereses medioambientales y culturales a que hacíamos referencia.

Los artículos 84 a 87 establecen el régimen jurídico de los actos de uso del suelo en las áreas de especial protección de la Reserva, el Area de la Ría, el del Litoral, el de Encinares Cantábricos y el Area de Interés Arqueológico. Se recoge en ellos una relación de actos y usos permitidos, en función de las diferentes zonas en que se divide cada área, con una prohibición implícita, (expresamente no se dice nada), de los no incluidos en la misma.

Se nos plantea aquí, respecto de las tres primeras áreas, un interrogante al que ya hemos hecho referencia con anterioridad, ¿ esos usos permitidos deben serlo aún y cuando sean lesivos respecto de algún bien cultural sito en el ámbito territorial de que se trate, y contradictorios con el régimen de protección cultural de tal elemento ?

La respuesta no puede ser sino negativa.

No solo por la eventual primacía de la norma cultural, sino fundamentalmente porque dicha permisividad debe entenderse en referencia a los objetivos y propósitos de la norma y no es óbice para que en función de la concurrencia de circunstancias especiales y de la afectación de otros intereses y normas, puedan éstas restringirla o incluso prohibir el uso a actividad de que se trate.

Lo permitido lo será en ausencia de otra norma de igual o superior rango que lo prohíba o condicione. No pueden desarrollarse con base en la habilitación de los artículos 84 a 86, actos o usos lesivos para cualquier bien cultural o que contradigan el régimen de protección que tengan establecido al efecto.

Podemos volver ahora la interrogante a la inversa, ¿ pueden desarrollarse usos y actos que no figuran en la relación de permitidos en los citados artículos, si vienen exigidos por la defensa o protección de los bienes culturales ?

La respuesta debe ser positiva en la medida en que la L.P.C.V. impone a los poderes públicos “*velar por la integridad del patrimonio cultural vasco y fomentar su protección, enriquecimiento y difusión, actuando con la eficacia necesaria para asegurar a las generaciones futuras la posibilidad de su conocimiento, comprensión y*

disfrute”, (art.3), obliga “a los propietarios, poseedores y demás titulares de derechos reales a conservarlos, cuidarlos y protegerlos debidamente para asegurar su integridad y evitar su pérdida, destrucción o deterioro”, (art.20.1), y faculta a las Diputaciones Forales para “la adopción de las medidas de demolición, reparación, reposición reconstrucción u otras que resulten precisas para recuperar el estado anterior del bien”. (Art.20.3, incluyendo ejecución subsidiaria).

Es obvio que deberá recurrirse prioritariamente a actos y usos permitidos pero en la medida en que la protección lo requiera podrá recurrirse a los que fuesen precisos.

Con respecto al artículo 87, referido al Area de Interés Arqueológico, hay que señalar que en la medida en que esta área tiene por único fundamento y propósito la protección del patrimonio cultural, ninguna de sus disposiciones puede primar contra la concreta protección derivada de la Ley de Patrimonio Cultural.

Debe recurrirse al régimen de protección específico, o en su defecto al general de la L.P.C.V., para establecer el régimen de usos y actividades permitidos y prohibidos.

Similar conclusión a la obtenida respecto de los artículos 84 a 86 puede obtenerse con respecto a las normas complementarias a que alude el artículo 88, al régimen de usos en las áreas de protección del artículo 89, en las áreas de interés agrario del artículo 90, en las forestales del 91 y en la de núcleos de población del 92, las normas de ordenación directa en dichas áreas del art. 93 y 96, el régimen de uso del suelo “*rústico común*” y sus normas de ordenación de los artículos 101 a 106, y el régimen de uso del suelo y normas respecto del área de “*Sistemas*”.

No obstante merece alguna referencia la exigencia del artículo 93.20, (en la redacción del Decreto 27/2003 que modifica el Plan Rector) de que en determinadas zonas de protección las intervenciones estarán sometidas a un estudio previo de impacto arqueológico y al informe del Departamento de Cultura de la Diputación Foral de Bizkaia. Siempre que estemos en una zona de presunción arqueológica o se afecte a bienes culturales de tal naturaleza, (y no solo en la zona de protección P7), será preciso no ya el “*informe*” cuyo grado de vinculación no se expresa, de la Diputación Foral sino su autorización previa y expresa en los términos de la L.P.C.V.

En lo que hace al “*régimen de actos de uso del suelo y de construcción en situación de fuera de ordenación*”, (Título VII, Arts.112 a 120), lo primero que procede recordar es la necesidad de proceder a la “*elaboración, modificación o revisión del planeamiento urbanístico municipal o su desarrollo si así resulta preciso*” cuando se introduce un bien en el Registro de Bienes Culturales Calificados y se establece su régimen de protección, (art. 12 de la L.P.C.V.), y la necesidad de que los instrumentos de planeamiento urbanístico se ajusten a dicho régimen. (Art.28.1 de la misma Ley).

Con estas premisas debe entenderse la referencia a los supuestos de “*fuera de ordenación*” del artículo 112 del Plan Rector, y en su virtud concluir que no hay ninguna contradicción e incongruencia en este título, si interpretamos además que en el caso de los restantes bienes culturales, (bienes inventariados en particular), aún y cuando no se reclame expresamente el ajuste del planeamiento, es aplicable lo ya señalado en torno a la legitimidad de las intervenciones exigidas por la protección del bien.

Como no podía ser de otra manera, el capítulo que merece especial comentario es el relativo al Título VIII, (arts. 121 a 124), que lleva por rúbrica “*Bienes de Interés Histórico-Artístico y Cultural*”.

Comienza este título con una “*relación provisional de bienes de interés histórico-artístico y cultural*” que pretende recopilar “*todos los bienes...existentes en el ámbito territorial al que se extiende el Plan Rector a la fecha de su aprobación definitiva*”.

En primer lugar hay que señalar que al recopilar “*los bienes culturales existentes*”, el Plan no se remite a los proclamados como tales según el procedimiento establecido en la L.P.C.V. por cuanto la relación de bienes recogidos no se corresponde en absoluto con la de bienes calificados ni inventariados ni hace alusión a la calificación o inventario en los bienes en que concurre.

Carecemos por tanto de referencias sobre el criterio utilizado en la recopilación y sobre la real naturaleza patrimonial de los elementos relacionados. (No es asunto baladí cuando en ocasiones, yacimientos arqueológicos, el carácter patrimonial viene derivado de expectativas que pueden o no verificarse posteriormente o desaparecer una vez retirados los hallazgos correspondientes).

La ausencia de vinculación con la L.P.C.V. priva a esta relación de la protección en ella reconocida. Todo lo más podría servir, (en virtud de la razonabilidad de esos desconocidos criterios de inclusión), como prueba de la pertenencia al patrimonio cultural vasco de los elementos, con los efectos que se derivan de los artículos 2 y 3 de la Ley 7/1990, pero sin la protección derivada de los específicos regímenes de dicha norma.

Existiendo una relación de bienes culturales derivada de la L.P.C.V. hay que considerar inconveniente que se pretenda en el Plan otorgar efectos jurídicos a otra distinta.

En la medida en que carece esa relación de fundamento distinto al de aquella, produce problemas de inseguridad jurídica y articulación competencial. Más aún si se

hace sin referirse a la protección cultural vigente, sin demostrar si es insuficiente o incorrecta en alguna medida o aludir a las razones por las que procede su preterición.

Cosa distinta es que el Plan Rector y sus inspiradores deseen la protección de un mayor número de elementos culturales en el ámbito de la Reserva o una protección más amplia de los calificados y/o inventariados. La L.P.C.V. permite su participación en los correspondientes procedimientos de inclusión de bienes, así como la modificación en cualquier momento de los regímenes ya establecidos.

Nada obsta a que se siga esta vía. Podría aducirse en contra que los municipios pueden a través del planeamiento urbanístico proteger determinados bienes por motivos culturales, aún y cuando no estén incluidos en ninguno de dichos regímenes de protección, pero hay una circunstancia en este caso que diferencia claramente ambos supuestos, la de ser la misma Administración Pública, el Gobierno Vasco la autora de las relaciones divergentes.

Desde la responsabilidad gubernamental de velar por la integridad del patrimonio cultural vasco, y las atribuciones particulares a la Consejería de Cultura, resulta muy necesitada de justificaciones la existencia de un patrimonio cultural vasco específico de la Reserva y la de las correspondientes medidas que se adoptan para su protección.

Hay que impugnar también el tenor literal del artículo 121 desde otra perspectiva diferente, hay que decir que en si misma su pretensión es de imposible cumplimiento. No pueden recopilarse *“en un solo documento de trabajo todos los bienes de interés histórico-artístico y cultural existentes”*.

No cabe por cuanto la dimensión cultural de muchos elementos puede ser desconocida y ponerse de manifiesto súbitamente, por cuanto la noción de interés tiene un indudable componente subjetivo que puede que varíe en muchos casos con la evolución social y porque, particularmente en lo que a la arqueología se refiere pero no exclusivamente, el conocimiento sobre la verdadera relevancia del elemento es fruto de la investigación para la que se precisa la preservación, investigación que puede concluir en su existencia o inexistencia.

No es un defecto achacable en exclusiva a la relación, (Anexo III), a que se alude en este artículo 121, pero su gravedad viene derivada de la pretensión de totalidad que puede conducir, sensu contrario, a que jurídicamente se niegue el interés y la condición patrimonial de los elementos no incluidos en la relación, por error o desconocimiento.

No solo es impugnabile la omisión de referencias a la protección cultural, que dada la naturaleza *“provisional”* de la relación podría entenderse si no fuese porque el

sistema de protección cultural vigente, aún no estando en marcha a la aprobación de la Ley de la Reserva si lo estaba a la del Plan Rector, sino que también debemos criticar la pretensión de autonomía derivada de que el propio artículo 121 dispone que *“dicha relación podrá ser ampliada o reducida, según las circunstancias ¿cuales? por el Gobierno Vasco, a propuesta de su órgano ambiental y por iniciativa de la Diputación Foral de Bizkaia”*.

El desconocimiento de los órganos culturales, los más capacitados para opinar en torno a la procedencia de otorgar carácter *“histórico-artístico”* a cualquier elemento, nos lleva a cuestionar una vez más la congruencia del sistema, pero es que la propia posibilidad de integración y exclusión tampoco es coherente con la provisionalidad e induce a pensar en un cierto afán de permanencia. El art.121.2 establece a este respecto que la relación provisional *“estará vigente en tanto no se apruebe el catálogo de bienes de interés artístico y cultural”*.

A este catálogo se refiere el art.122 que establece por un lado la información que debe contener relativa a cada elemento, (entre la que por cierto figura *“la clasificación del bien dentro de la normativa propia del Patrimonio Cultural Vasco o, subsidiariamente Patrimonio Histórico Español”*, y el *“régimen de protección, de acuerdo con la normativa vigente o, las normas que se establezcan en el catálogo”*), y que *“contemplará la normativa general aplicable a los bienes contenidos en el mismo, donde deberán recogerse las medidas de promoción de iniciativas para la protección, conservación y en su caso investigación de dichos bienes”*.

No encontramos aquí ninguna explicación justificativa de la existencia autónoma del Catálogo, conocida, como se pone de manifiesto, la existencia de la normativa del patrimonio cultural vasco o incluso español a que se hace referencia. No conocemos cual es su verdadero propósito y finalidad y el sentido de su establecimiento.

La mera referencia informativa de los bienes sometidos a un régimen de protección, *“de acuerdo con la normativa vigente”*, propósito que no merecería reproche alguno, choca con la pretensión de que se contemple en él *“la normativa general aplicable a los bienes contenidos”* incluso medidas de promoción de su protección o investigación.

Especialmente, por la ausencia de una cláusula al estilo de la que figura en el artículo 123.2 de subordinación de la tal normativa a lo establecido por los instrumentos de protección derivados de la L.P.C.V. y las medidas que adopten las Administraciones competentes en virtud de dicha Ley.

Una vez más la seguridad jurídica se pone claramente en cuestión, de forma injustificada, duplicando instrumentos que deben contener similar información y permitiendo implícitamente que establezcan normativa divergente, toda vez que no hay

remisiones expresas, aunque deba contenerse el régimen de protección “*de acuerdo con la normativa vigente*” mención genérica donde las haya.

El artículo 123 se refiere a las “*normas de ordenación vigente*” a aplicar a los bienes recogidos en la relación provisional en tanto no se apruebe el Catálogo. Buena parte de la normativa de este artículo, tanto por su carácter general como por el tenor concreto de sus términos es notoriamente contradictoria con lo establecido en la L.P.C.V. y en sus instrumentos de desarrollo, especialmente en lo que hace a la prohibición implícita de determinados actos o la exigencia de requisitos ausentes en aquellos.

No obstante la presencia del artículo 123.2 ,“*las presentes normas de ordenación directa no podrán ir nunca en contra del régimen de protección que se establece para los bienes así calificados en aplicación de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco*” permite eludir el reproche de antijuridicidad aunque disminuya notablemente la efectividad de las normas. Este reconocimiento de la primacía de la norma cultural se echa a faltar en otros muchos apartados del Plan.

Sin embargo la deficiente redacción del precepto no deja de suscitar dudas sobre su alcance pretendido. La referencia a los bienes “*así calificados*” cuando no se ha hecho previa referencia a de qué bienes se está hablando genera una notable confusión. ¿ Calificados cómo? Se trata de los bienes incluidos en el Registro de Bienes Culturales Calificados o de los bienes de interés histórico-artístico y cultural como parece deducirse de conectar el apartado 2 con la referencia del inicial a éstos ?

No cabe duda de que la segunda interpretación que comprendería todos los bienes resultaría mucho más congruente con el conjunto del sistema de protección y dejaría menos campo abierto a la inseguridad y al conflicto.

El artículo 123 finaliza con una disposición que debe por si misma ser objeto de comentario separado y que reza “*los actos de uso del suelo y de construcción previstos en los artículos precedentes, precisarán de la autorización preceptiva del órgano competente en materia de cultura de la Diputación Foral de Bizkaia, sin perjuicio del régimen de intervenciones administrativas, establecido en el artículo 130 de este Plan Rector*”.

El artículo 130 por su parte dispone que “*con independencia y sin perjuicio de otras licencias y autorizaciones legalmente exigibles, los actos de uso del suelo y los actos de construcción que pretendan ser realizados en las Areas de Especial Protección de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai habrán de ser autorizados por el órgano ambiental del Gobierno Vasco.*”

Seguidamente y para el resto de las zonas clasificadas como suelo no urbanizable exige el precepto, “*informe preceptivo de la Comisión Permanente del Patronato*”, para determinados actos que se relacionan. Del tenor conjunto de estos dos artículos hay que entender que las intervenciones sobre el patrimonio cultural sito en el ámbito de las A.E.P. deben contar con la autorización previa del órgano ambiental del Gobierno Vasco. Sin embargo dicha autorización no se menciona en absoluto en la L.P.C.V.

Ello no ocasionaría problema alguno en la medida en que habitualmente son compatibles y acumulativos los procedimientos administrativos, de manera que la exigencia de determinada autorización no implica la desaparición de todas las exigidas por normas de otro ámbito o sector, pero en el caso del área de interés arqueológico supone introducir la autorización de un órgano diferente al de los aludidos en la L.P.C.V., (no especializado además en la materia y cuya razón de ser es la tutela de valores solo indirectamente afectados), sin fundamento distinto, sin objeto ni propósito diverso al pretendido por la norma cultural posterior y especial.

Salvo en los supuestos de colisión de intereses ambientales y de protección cultural, que en ese Area no se producen, y a cuya resolución hacemos referencia en otro apartado, carece por completo de sentido la exigencia de autorización administrativa del órgano medioambiental del Gobierno Vasco, que solo puede ser fuente de controversia e inseguridad jurídica si su sentido, positivo o negativo se contraponen al de la decisión del órgano competente en la protección del patrimonio cultural.

En lo que respecta a supuestos de protección de bienes culturales en el Area ya citada, la autorización derivada de la L.P.C.V. debe ser suficiente para poder proceder al desarrollo de la intervención.

No otra cosa cabe además entender atendido el tenor literal de la Disposición Adicional Primera del Plan, “*las disposiciones del presente Plan Rector de Uso y Gestión de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai se aplicarán sin perjuicio de las competencias que legalmente corresponden al Territorio Histórico de Bizkaia, municipios y demás entidades públicas afectadas.*”

Hay que reprochar a esta norma una deficiente redacción que alude al T.H. en lugar de a sus órganos, pero su redundancia y carácter superfluo, (es obvio que una norma no puede invadir el ámbito de competencias que no le corresponde), solo pueden explicarse desde la conciencia de la posible concurrencia y el deseo expreso de respetar las competencias y procedimientos de fuente normativa distinta.

En el resto de las áreas y zonas de la Reserva puede colisionar la protección de los bienes culturales con los intereses medioambientales, particularmente creemos en lo que respecta a actos de construcción, aunque no exclusivamente.

En estos supuestos habrán de ponderarse los diversos intereses en juego en caso de discrepancia. Cuando la intervención venga exigida por la defensa y protección del bien cultural, a menos que se produzca un daño medioambiental patente y relevante, creemos que no cabe interponer por parte del Patronato u órgano medioambiental del Gobierno Vasco obstáculo alguno a la intervención, (en las áreas que no sean de especial protección el daño medioambiental parece además descartable).

En otro caso, intervenciones no demandadas por la conservación sino promovidas por terceros nada obsta a que deban obtenerse autorizaciones sucesivas si son diversos los intereses, (medioambientales, culturales y eventualmente otros), en juego.

Del mismo modo en que se hace expresa salvedad de que la utilización del dominio público marítimo terrestre deberá observar las determinaciones de la Ley de Costas, (Disposición Adicional Segunda), echamos en falta una disposición similar con respecto a la L.P.C.V., que hubiese venido a clarificar en gran medida la delimitación competencial, y a apoyar sin duda las tesis que aquí exponemos.

Queda por último hacer referencia a la Disposición Final Primera que determina que *“el Departamento de Cultura del Gobierno Vasco procederá a la calificación e inventario de los bienes que tengan interés cultural en el área de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai, pudiendo elaborar una relación de bienes a proteger, con su régimen de protección especial, de acuerdo con las previsiones y procedimientos recogidos en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.”*

Es ésta una disposición superflua si se remite a la L.P.C.V., (como por otra parte creemos que debe hacer), y que provoca incertidumbres y dudas potencialmente peligrosas para la seguridad jurídica.

En primer lugar la Ley de Patrimonio faculta al Gobierno Vasco para calificar e inventariar los bienes culturales que merezcan la protección que conllevan dichos actos administrativos. La calificación e inventario no es obligatoria respecto de todos los bienes que tengan algún interés cultural.

En segundo lugar dicha calificación e inventario ya constituyen relaciones de bienes a proteger, no entendiéndose que se diga que *“pueden elaborar una relación de bienes a proteger”*, pues si fuese distinta de estas, ni está recogida en la L.P.C.V. ni poseemos regulación alguna acerca de su virtualidad y efectos sobre terceros.

Por último la expresa remisión a las “*previsiones y procedimientos*” de la Ley 7/1990, con el escaso valor añadido subsiguiente, aconseja simplemente obviar su contenido.

7.7. UN CASO PARADIGMATICO: EL YACIMIENTO ARQUEOLOGICO DE FORUA

El yacimiento arqueológico de Forua, constituido por los restos arqueológicos de la época romana localizados desde 1982, forma parte del patrimonio cultural vasco y tiene incoado expediente para su inclusión en el Registro de Bienes Culturales Calificados, por Resolución de 20 de Noviembre de 2002. Previamente, el hecho de constituir zona de presunción de que podrían producirse hallazgos, ya determinaba (L.P.C.V. mediante), un régimen particular de intervención.

En gran medida su perímetro es de titularidad de la Diputación Foral de Bizkaia, una Administración Pública, y está siendo excavado, consolidado y señalizado al objeto de salvaguardar su supervivencia y difundir el conocimiento acerca de sus valores. El yacimiento se encuentra ubicado en el municipio de Forua (Bizkaia), dentro por tanto del ámbito territorial de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai.

La Ley de Protección y Ordenación de ésta incluye el yacimiento en el área de interés arqueológico a la que repetidamente hemos hecho referencia, constando, identificado con la signatura B 23 entre los yacimientos al aire libre recogidos en el Anexo II de la Ley. No se encuentra sin embargo en ninguna de las áreas de especial protección por motivos medioambientales distintos de los estrictamente culturales.

El artículo 11 de la Ley al establecer los usos permitidos en el área intentando preservar la integridad de los yacimientos, los restringe de tal modo que el arqueólogo de la Diputación Foral Sr. Unzueta, en informe de 11 de Marzo de 2003 considera que “*condena por omisión la ejecución de cualquier proyecto que pretenda proteger y divulgar el yacimiento que supuestamente busca salvar*”, por impedir en principio, (no figuran entre los usos permitidos), la excavación, las actividades constructivas de cualquier tipo o el destocamiento y apertura de pistas que pueden resultar necesarios en el proceso de investigación y preservación del yacimiento.

Hay que indicar que el yacimiento de Forua podría gozar quizá de la consideración de yacimiento enclavado en núcleo urbano o consolidado por la edificación, (art. 11.c), y por tanto requerir el desarrollo de cualquier actividad en su ámbito de la notificación al Departamento de Cultura del Gobierno Vasco, (no sabemos a qué efectos), pero el Anexo II lo incluye expresamente entre los yacimientos al aire libre.

El Plan Rector de Uso y Gestión en clara contradicción con lo dispuesto en la Ley de la Reserva establece, (art.87), que *“queda explícitamente excluido en estas zonas todo acto de construcción salvo los precisos para investigaciones científicas y arqueológicas, los cuales deberán tener el carácter de edificación no permanente (lo que el artículo 88 sorprendentemente traduce en “tener carácter de arquitectura efímera” y realizarse con materiales naturales y primarios, tales como madera, juncos, brezo, etc...) y ser autorizados por el órgano ambiental del Gobierno Vasco y por el órgano foral competente en materia de cultura”*.

Este régimen jurídico imposibilita a la Diputación Foral de Bizkaia, titular además del terreno en el que se ubica y como tal doblemente obligada si cabe por lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Cultural, el cumplimiento de los deberes que dicha Ley le impone, en algunos casos por la no inclusión de las medidas e intervenciones a desarrollar para proteger el yacimiento y difundir el conocimiento de sus valores entre el elenco de las permitidas y en otros por la sujeción a través del Plan a un régimen autorizador al que la Ley de la Reserva no se refiere y que puede conducir eventualmente a la denegación de la mencionada autorización y la subsiguiente imposibilidad de llevar adelante esas intervenciones necesarias.

Para dejar clara la contradicción no hay más que referirse, como muy bien realiza el Sr. Unzueta⁷⁶⁷, al artículo 7 de la Resolución de 20 de Noviembre de 2002, que dispone literalmente que *“únicamente se autorizarán los usos y actividades constructivos que vayan dirigidos a la protección del propio espacio y aquellas edificaciones e instalaciones que estén destinadas y se entiendan precisas para la investigación y/o la difusión cultural. Todas ellas serán permitidas si un proyecto global de investigación y puesta en valor del yacimiento, suscrito por un técnico arqueólogo competente, así lo estima conveniente y necesario”*.

De éste régimen de protección se deriva que están expresamente autorizadas todas las edificaciones e instalaciones necesarias para la investigación y difusión del yacimiento y todos los usos dirigidos a su protección. Pero no se trata tan solo de actividades autorizadas sino de auténticos deberes jurídicos que la L.P.C.V., (arts.3 y 20 sin ir más lejos), impone a la Administración competente, en este caso Diputación Foral de Bizkaia, que no pueden verse obstaculizados por lo dispuesto en una norma de inferior rango.

Patente la regulación divergente, queda por determinar cual debe ser aplicada con preferencia. De todo lo anteriormente expresado podrá deducirse sin dificultad la tesis que propugnamos; es la Ley de Patrimonio Cultural Vasco y el régimen de protección establecido en la Resolución de incoación de expediente de calificación el que debe ser aplicado con independencia de lo dispuesto en el Plan Rector.

⁷⁶⁷ UNZUETA PORTILLA M. Informe inédito cedido al autor.

7.8. CONCLUSIONES EN TORNO A LA ARTICULACION DEL REGIMEN JURIDICO DE LA L.P.C.V. Y EL DERIVADO DE LA LEY 5/1989.

La protección del patrimonio cultural vasco en el ámbito territorial de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai en Bizkaia, se ve afectada por lo dispuesto en diversas normas jurídicas de las que las más relevantes son la Ley 5/1989 de Protección y Ordenación de la Reserva y la Ley 7/1990 de Patrimonio Cultural Vasco y sus respectivos instrumentos de desarrollo.

Ambas normas jurídicas contienen una regulación notoriamente divergente, y contradictoria en muchos aspectos, tanto en lo que se refiere al régimen de actividades y usos que afecten a los bienes culturales como en la delimitación competencial interadministrativa y procedimientos de actuación de las mismas.

Ello obliga a determinar cual es de aplicación preferente en cada uno de los supuestos, por cuanto la seguridad jurídica impide someter a los terceros afectados a normativas contradictorias y en algunos casos de imposible cumplimiento simultáneo.

A estos efectos hay que tener en cuenta que la Ley 5/1989 no tiene por objeto la protección específica del patrimonio cultural sino en cuanto forma parte de un ecosistema de interés y no de forma singular sino integrada en un marco más general de protección medioambiental.

En lo que se refiera singular y preferentemente a la tutela del patrimonio cultural, además de por lo anterior, debe primar la Ley 7/1990 por su naturaleza especial, por su promulgación posterior y por su cláusula derogatoria expresa de disposiciones contradictorias.

La normativa medioambiental, tanto la Ley como sus instrumentos de desarrollo, contiene diversas remisiones a la cultural que reconocen su aplicación a determinados supuestos. Es comprensible que la Ley de la Reserva no las contenga en mayor grado por ser anterior a la L.P.C.V. y desconocer sus prescripciones. En todo caso, y especialmente en el Plan, se echa en falta el reconocimiento general y explícito.

Esto tiene su materialización práctica en el “*área de interés arqueológico*” en tanto en cuanto tiene la protección del interés cultural de los elementos que la integran como fundamento de su establecimiento. En dicho ámbito debe sin duda alguna aplicarse la normativa cultural, que por su alcance general sustituye por completo a la medioambiental.

En lo que respecta a las restantes áreas de especial protección de la Reserva en las que se ubiquen bienes culturales puede producirse una colisión entre los intereses medioambientales y culturales, derivada de que las medidas a adoptar con propósito tuitivo de unos u otros valores puedan resultar lesivas para los contrapuestos.

En estos casos no es posible recurrir sin matizaciones a la supremacía de la norma cultural sino que el conflicto debe resolverse atendiendo a la jerarquía de intereses en el supuesto concreto, partiendo de la premisa de la acumulación de regulaciones y procedimientos.

Un criterio que consideramos válido es el de determinar la preferente aplicación de la regulación cultural cuando las intervenciones vengan exigidas imperativamente por la conservación del bien, (dado que es también, siquiera sea indirecto, objetivo de la Ley de la Reserva y su configuración legal como deber de las Administraciones Públicas), mientras que en los restantes supuestos deberá atenderse a lo dispuesto acumulativamente en todas las normas y disposiciones, a menos que resultare de imposible conciliación.

En lo que hace a las restantes zonas de la Reserva, la ausencia de la consideración de que son merecedoras de protección especial impide en principio encontrar valores de envergadura suficiente como para oponerse a la aplicación de la protección cultural sobre los bienes patrimoniales y restringir la aplicabilidad de lo dispuesto en la misma.

Finalmente, dada la ubicación del yacimiento arqueológico de Forua en el ámbito del área de interés arqueológico de la Reserva y su carácter de bien con expediente de calificación incoado por la Resolución de 20 de Noviembre de 2002, le es de aplicación lo señalado al respecto de la plena y preferente aplicabilidad de la normativa cultural en virtud de la que deben regularse las actividades que incidan sobre el mismo.

No todos quienes han analizado la cuestión coinciden con este parecer.

Con fecha 20 de Noviembre de 2003, se emitió informe técnico por parte del Letrado-Asesor del Patronato, respondiendo a los consideraciones emitidas por el firmante en el previamente emitido sobre *“La protección del patrimonio cultural vasco en el ámbito de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai”* .

Comienza el informe el Letrado del Patronato refiriéndose a los antecedentes de hecho que motivaron la emisión del dictamen precedente, las controversias en torno a las actuaciones que el Departamento de Cultura de la Diputación Foral ha desarrollado y pretende desarrollar en el yacimiento arqueológico de Forua, ubicado en la Reserva y que tiene la consideración de *“yacimiento al aire libre”* incluido en el *“Area de Interés*

Arqueológico” en la Ley 5/1989, de 6 de Julio, de Protección y Ordenación de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai.

La metodología que utiliza en el análisis de nuestra opinión anterior es la de extraer conclusiones en torno a los que considera aspectos más relevantes, apoyarlos en afirmaciones seleccionadas del informe, e intentar desvirtuarlas con referencias legales y jurisprudenciales, a partir de una premisa fundamental, la de que *“el Dictamen jurídico analizado, por su extensión (36 folios) y por la contundencia de las expresiones empleadas,... aparenta una firmeza de convicciones que sin embargo a la hora de buscar fundamentos jurídicos que avalen la interpretación realizada por el autor, no contiene referencia alguna a pronunciamientos jurisprudenciales o doctrina especializada en la materia. Así nos encontramos con un autor que se erige en interpretador suficiente y omnicomprendido de las leyes que analiza (Ley 5/89 de Urdaibai y Ley 7/90 de Patrimonio”*. (Pag.4).

Por nuestra parte nada hay que objetar a la metodología expuesta, por más que discrepemos radicalmente de todas y cada una de las conclusiones a que conduce al informante aún y cuando pretenda seguir *“la mejor tradición en la disciplina”*.

Intentaremos fundamentar la posición que manifestamos inicialmente, y que reafirmamos tras la lectura del informe del Letrado-Asesor, recurriendo en su caso a nuevos apoyos, y desvirtuando los reproches que formula, siempre no desde la pretensión de constituirnos en *“interpretador suficiente y omnicomprendido”*, reproche que podría devolverse cual boomerang a quien lo lanza, sino desde la de ofrecer una respuesta jurídicamente fundada, a un conflicto jurídico que no deriva, como parece creer el Patronato, de la voluntad maliciosamente rebelde a cumplir la Ley del Departamento Foral de Cultura, sino de interpretaciones divergentes sobre los deberes y responsabilidades de cada cual, que no deben descalificarse sin un análisis muy detenido, al que responde la extensión, que tanto parece molestar, del inicial informe. (Como si el esfuerzo honesto por analizar todos y cada uno de los aspectos y perspectivas de la controversia, que incluso en el desacuerdo permite expresar mejor la propia posición, fuese motivo de reproche).

El primero de los aspectos analizados por el Sr.Letrado es el de que la protección del patrimonio cultural constituye objetivo declarado de la Ley 5/1989 y de la Declaración de Urdaibai como Reserva de la Biosfera. Para ello realiza una interesante referencia histórica a los antecedentes de diversas Conferencias Internacionales, a la Exposición de Motivos de la propia Ley de la Reserva y a la Ley 3/1998 de Protección del Medio Ambiente del País Vasco, a efectos de demostrar la vinculación entre la diversidad cultural y biológica y la incardinación del interés educativo y cultural entre aquellos que intenta proteger la norma medioambiental, a partir de *“una visión holística de la disciplina de la ordenación del territorio”*.(Pag.8).

Entiende el Letrado-Asesor que se trata de un aspecto negado por el firmante en su informe precedente, pero entiende mal. Dado que ha extractado, (pag.2), y descontextualizado diversas referencias al respecto, parece dudar de nuestro criterio en

torno a la cuestión, que queda manifiestamente claro en una lectura completa y atenta del informe. La simple alineación de las frases que escoge como denotativas de las presuntas contradicciones da suficiente luz al respecto.

“A la vista de que el objetivo tutelador del patrimonio es también uno de los perseguidos por la Ley 5/1989”,(pag. 19 del informe original), constituye un reconocimiento explícito de que la Ley 5/1989 tiene entre sus objetivos la protección del patrimonio cultural o de una parte del mismo al menos, (porque como señalábamos y reafirmaremos, es una parte mínima del patrimonio cultural ubicado en el ámbito territorial de la Reserva, la que es objeto de atención y referencia en su Ley, y de forma harto incongruente, como también señalábamos y demostraremos).

“La Ley 5/1989 no tiene por objeto proteger el patrimonio cultural sino en la medida en que sea preciso para preservar el conjunto de ecosistemas de la Reserva”, (pag.16 del informe original), matiza y contextualiza la conclusión anterior, incidiendo sobre las motivaciones de la Ley 5/1989 a la hora de perseguir esa protección del patrimonio reconocida como propósito, no se persigue la protección del patrimonio como valor específico, sino en la medida en que tiene una interrelación con otros, que son los que han llevado realmente a la Declaración de la Reserva y a la Ley.

(Sería insostenible afirmar que Urdaibai es Reserva de la Biosfera por sus elementos culturales, el nombre de Reserva de la Biosfera es suficientemente explícito sobre que son los valores naturales y medioambientales los que justifican la Declaración, por su singularidad y necesidad para la preservación del hábitat humano, con independencia de que la plena preservación de ellos requiera por un lado y conlleve como consecuencia por otro, la de elementos más propiamente culturales; hay áreas geográficas en nuestra Comunidad que aglutinan un elenco de bienes culturales de mayor riqueza y relevancia que los que se ubican en la Reserva y que no han merecido tal calificación).

“No estamos ante una norma protectora del patrimonio cultural sino ante una norma tuitiva de determinados valores como integrantes de ecosistemas merecedores de tutela”, (pag.5 del informe original), no es sino una reafirmación de lo que acabamos ahora mismo de señalar en torno a la preeminencia de los valores medioambientales y la global perspectiva ecosistemática sobre la específica consideración del patrimonio cultural y las medidas de protección que reclama singularmente y finalmente, *“la Ley 5/1989 no protege el patrimonio cultural o si lo hace es de forma muy defectuosa”,* (pag.18 del informe original), no tiene propiamente que ver con los objetivos perseguidos por el legislador cuanto con el resultado de su labor; que es una norma que, como repetiremos varias veces en este capítulo, no se refiere a la mayor parte del patrimonio cultural de la Reserva y cuando se refiere a algunos de los bienes que lo integran lo hace de forma harto desafortunada, no consiguiendo en ningún caso una protección eficaz del patrimonio cultural ubicado en su ámbito ni del derecho de los ciudadanos a su disfrute.

Cabe considerar pues en este apartado que según se deriva del artículo 1 de la Ley 5/1989 ésta tiene por objeto proteger “*el conjunto de sus ecosistemas*” en razón de diversos intereses, entre los que figuran el educativo y el cultural como más directamente relacionados con la cuestión que nos ocupa.

No tiene por objeto proteger directa y específicamente el patrimonio cultural sino de forma derivada en cuanto pudieran existir elementos que lo integran e integran a su vez alguno de los ecosistemas de la reserva.

Si pretendemos fundamentar con esta base una regulación del patrimonio cultural que se imponga sobre la específica de la materia en los restantes ámbitos, de igual manera podríamos regular, por poner tan solo un ejemplo, las normas de tráfico terrestre o marítimo.

Cuando el Letrado sostiene que los Objetivos y Directrices de la Conferencia de Sevilla que manifiestan la necesidad de reforzar los vínculos entre la diversidad cultural y biológica, (objetivo y perspectiva que compartimos, como también lo hace claramente la L.P.C.V.), forman parte expresa del cuerpo de la Exposición de Motivos de la Ley 5/1989, está quizá excediéndose en su entusiasmo, no ya porque la Ley se aprobase 6 años antes, cuando dicha Conferencia no había sido ni imaginada por ninguno de los que intervinieron en ella, sino en primer lugar porque la Exposición de Motivos propiamente dicha, (no la doctrina internacional sobre Reservas respecto de la que deberíamos analizar mucho su vinculatoriedad jurídica y relación jerárquica con las diversas normas estatales y autonómicas), se refiere al Urdaibai como “*espacio natural muy valioso por la diversidad y originalidad de los recursos naturales que contiene*”. (Sin alusión a elementos o valores culturales).

En segundo lugar porque dice, eso si, que “*la interrelación, influencia y conexión de los sectores que constituyen la Reserva imponen la necesidad de contemplar conjuntamente el área de su cuenca hidrográfica y el territorio a ella conexo*”, pero sin alusión a unidades ni valores culturales sino al concepto natural de cuenca hidrográfica y a “*sectores*” sin precisión alguna, porque cita “*sistemas naturales de extraordinaria importancia y aceptable nivel de conservación*”, sin que figure ninguno cultural entre ellos y porque tan solo se contiene una única y solitaria referencia, y ni siquiera a la cultura o al patrimonio cultural, sino a que “*conforme al manifiesto de la Estrategia Mundial para la Conservación elaborado por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales (U.I.C.N., nombre muy descriptivo) se ha procedido a la inclusión de los yacimientos arqueológicos declarados ¿ por quien ? entre las zonas a proteger*”.

Una última alusión a la necesaria armonización del desarrollo con la “*conservación de nuestro patrimonio y recursos naturales*”, tampoco da pie a excesivo alborozo, toda vez que no sabemos si el patrimonio referido, en ausencia de adjetivos, es el natural, el cultural o cualquier otro.

En definitiva no existe contradicción alguna en lo señalado en el primitivo informe, sino que hay que reafirmarse en que, aunque el Plan Rector de Uso y Gestión de la Reserva aprobado por el Decreto 242/93 si que establece entre los ocho objetivos generales, (art.17), dos expresamente referidos al patrimonio cultural, “*integrar los bienes de interés histórico-artísticos y cultural (; como si fuesen diferentes !) en el Sistema de la Reserva...*” y “*promocionar la investigación, interpretación y educación ambiental del patrimonio naturalístico y cultural*”, la propia dicción manifiesta siempre un interés derivado, no primordial y básico, (integrar en el Sistema es incluso una referencia coordinadora y sistematizadora más que propiamente tuitiva).

Hay que hacer una última referencia en este apartado a la ordenación del territorio, como apoyo al que el Letrado-Asesor intenta agarrarse como asidero adicional para justificar la pretensión la interpretación de la Ley 5/1989 y sus instrumentos de desarrollo como omnicomprendivos y omnipotentes en su ámbito. Recurre como fundamento a la Ley 4/1990 de Ordenación del Territorio del País Vasco y a las Directrices de Ordenación Territorial aprobadas en su desarrollo. Pero sobre todo ello hay que hacer algunas consideraciones.

Una primera observación es obvia, la Ley 5/1989 es anterior a la Ley 4/1990 de Ordenación del Territorio del País Vasco.

Quiere esto decir que difícilmente cabe considerar a la Ley 5/1989 como desarrollo de la de Ordenación del Territorio, entre otras cosas, además de lo anterior, porque sin perjuicio de que no esté legalmente excluida, la ley no figura entre la panoplia de instrumentos de desarrollo de la ordenación del territorio a los que llama aquella, Directrices de Ordenación Territorial, Planes Territoriales Parciales y Planes Territoriales Sectoriales.

Apoyarse en la ordenación del territorio para sustentar competencias o facultades derivadas de la Ley 5/1989, exigiría fundamentar específicamente la conexión y congruencia de misma con el sistema de ordenación del territorio, lo que el Letrado-Asesor no realiza en su informe.

En todo caso, con respecto a la Ley 4/1990 y sus instrumentos de desarrollo, caso de existir contradicciones con lo dispuesto en la L.P.C.V., serían oponibles los mismos argumentos que se aducen respecto de la Ley 5/1989, partiendo desde el primero de ellos la posterioridad de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco en relación con cualquiera de ellas.

Propiamente el meollo de la controversia radica en la primacía de lo dispuesto en una u otra norma en caso de disposiciones contradictorias entre ellas.

Frente a lo señalado en el anterior informe en torno a que debía considerarse de aplicación preferente lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, el Letrado-Asesor del Patronato sostiene la especialidad y preeminencia normativa de la Ley de Protección y Ordenación de la Reserva, con apoyo en tres pronunciamientos jurisprudenciales, la Sentencia 519/96 del Tribunal Superior de Justicia, la Sentencia 149/91 del Tribunal Constitucional y la Sentencia 151/2000 del propio T.S.J. del País Vasco. Como es obvio estos pronunciamientos merecen un análisis detallado.

Comenzaremos por referirnos a la Sentencia 149/91 del Tribunal Constitucional, dado lo relevante de la doctrina que sienta el Alto Tribunal en lo que respecta a las distribuciones competenciales y conflictos de esta naturaleza. Nuestro discrepante pretende sustentar en la misma un principio constitucional de concurrencia competencial y de necesidad de coordinación.

Consideramos por nuestra parte que podría haber omitido a este objeto la referencia a esta sentencia. En primer lugar porque podía haber escogido prácticamente cualquier otra, toda vez que son múltiples y variadas aquellas en las que el T.C. ha sentado su concepción de que no existen competencias exclusivas, (al menos de las C.C.A.A.), sino ámbitos de intervención concurrente entre administraciones dentro de los que debe determinarse el alcance de la competencia de cada cual, sin perjuicio del deber de colaboración y de la necesidad de actuación coordinada.

Y en segundo lugar porque dejado sentado esto, en ningún momento se niega en el informe original.

El Letrado-Asesor aprecia en él *“un enfoque excluyente de las potestades administrativas, de tal forma que el significado de la competencia de protección del patrimonio cultural que defiende y que corresponde a la Diputación Foral supone un coto cerrado de intervención”*, (pag.9), y una *“visión, ciertamente (que) parece más una reminiscencia del régimen anterior que una concepción moderna de la Administración Pública”*.

En todo caso se trata de apreciaciones subjetivas y sin base, y que constituyen una manifiesta distorsión de los acontecimientos que dan pie al informe. Ni el autor ni la Diputación Foral de Bizkaia, al menos en lo que se deriva de los actos y normas objeto de publicación oficial, mantienen una visión cerrada y excluyente del ámbito competencial de ésta en la protección del patrimonio cultural.

Sería incongruente además cuando la L.P.C.V. es la norma autonómica que distribuye competencias entre un mayor número de administraciones y realiza llamadas expresas a la colaboración entre todas ellas.

Recordemos que su artículo 4 califica como “*instituciones competentes*” para el cumplimiento de sus disposiciones al “*Gobierno Vasco, Diputaciones Forales y Ayuntamientos*” e impone que “*las administraciones Públicas de la C.A.P.V. colaborarán estrechamente entre si en el ejercicio de sus funciones y competencias para la defensa del patrimonio cultural, mediante relaciones recíprocas de plena comunicación, cooperación y asistencia mutua*” y que de forma destacada el artículo 3, (por no referirnos a más), dispone que “*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, enriquecimiento y difusión, actuando con la eficacia necesaria para asegurar a las generaciones recientes y futuras la posibilidad de su conocimiento, comprensión y disfrute*” y que “*cualquier persona estará legitimada para actuar en defensa del patrimonio cultural ante las Administraciones Públicas de la C.A.P.V. y/o tribunales competentes exigiendo el cumplimiento de lo dispuesto en esta ley*”.

Pero decíamos que constituía una distorsión, porque no hay que olvidar que nos encontramos ante un supuesto de hecho en que el Patronato de Urdaibai, a quien el Departamento de Cultura de la Diputación Foral ha comunicado diversas intervenciones que cree preciso realizar para la debida conservación y tutela del yacimiento arqueológico de Forua, ha pretendido obstaculizarlas e impedir su desarrollo arrogándose la facultad exclusiva de decidir sobre su legitimidad jurídica.

Es pues el Patronato, y no la Diputación Foral quien “*ha enfocado de forma excluyente su potestad administrativa*” y la ha concebido en términos de “*coto cerrado de intervención*”, con apoyo jurídico discutible, como ponía de manifiesto el anterior informe y se reafirma aquí, y a quien por tanto serían aplicables las consideraciones que realiza el Letrado del Patronato a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional

El Letrado-Asesor destaca de la sentencia referida las afirmaciones de su Fundamento Jurídico 1º en torno a que la “*competencia no puede ser entendida en términos tales que la sola incardinación del fin perseguido por la norma (o por el acto concreto) en tal política, permita desconocer la competencia que a otras instancias corresponde si la misma norma o acto son contemplados desde otras perspectivas*”.

Asimismo las referidas a que “*la ordenación del territorio es, en nuestro sistema constitucional, un título competencial específico que tampoco puede ser ignorado*” y a que “*la idea de ordenación del territorio nació justamente de la necesidad de coordinar o armonizar, desde el punto de vista de su proyección territorial los planes de actuación de distintas administraciones*”.

Conviene contextualizarlas y referirse a ellas de manera más detallada, toda vez que el reproche inicial de desconocer competencias ajenas puede reprochársele al Patronato, si tenemos en cuenta los antecedentes de hecho, en tanta o mayor medida que a la Diputación.

Hay que señalar en primer lugar que la S.T.C. en cuestión es la relativa a los diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de Costas, la Ley 22/1988 de 28 de Julio. Se refiere pues a una materia solo indirectamente relacionada con la que nos ocupa. Evidentemente el Patronato de Urdaibai, por más que no se refiera a su incardinación en el sistema normativo de la ordenación del territorio de la C.A.P.V., pretende ampararse en este título normativo para justificar su pretensión de regulación omnipotente de la protección del patrimonio cultural de la Reserva. (De la mínima parte del mismo de la que hasta ahora se ha ocupado, al menos).

Pero la propia sentencia parte de reconocer la competencia autonómica en la ordenación del territorio y que *“la ordenación del territorio es, efectivamente, más una política que una concreta técnica y de enorme amplitud”*, y que quien la asume *“ha de tomar en cuenta para llevarla a cabo la incidencia territorial de todas las actuaciones de los poderes públicos”*, (F.J. 1º), para autocitar la S.T.C. 56/1986 en lo que respecta a que *“esa competencia exclusiva de las C.C.A.A. no puede impedir al Estado el ejercicio de sus propias competencias exclusivas”*, y señalar que *“esa atribución no puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la propia Constitución (en nuestro caso la legislación autonómica anterior, L.T.H., y posterior L.P.C.V. a la Ley 5/1989) reserva al Estado (en nuestro caso a los órganos forales) aunque el uso que éste haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio”*, siempre y cuando, (de nuevo Fundamento Jurídico 1º), *“el ejercicio de esas competencias se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarlas para proceder, bajo su cobertura a la ordenación del territorio en el que han de ejercerse”*. (Lo que el Departamento de Cultura de la Diputación Foral nunca ha hecho).

Consecuentemente con esta línea de pensamiento, el Tribunal Constitucional legitima al Estado para legislar sobre el dominio público marítimo-terrestre aún y cuando proclame la inconstitucionalidad de algunos aspectos concretos de la legislación impugnada.

Creemos no distorsionar la doctrina del Alto Tribunal si concluimos que el Patronato del Urdaibai no puede ampararse en la ordenación del territorio para desconocer las competencias y responsabilidades que la Ley de Patrimonio Cultural Vasco ha atribuido a la Diputación Foral de Bizkaia en relación con la protección del patrimonio cultural de la Reserva, protección que debe garantizarse en los términos en que dicha ley la establece, sin perjuicio de la necesaria colaboración interinstitucional y la coordinación, en su caso, por el Patronato de la misma con los restantes intereses en juego en su ámbito territorial de actuación.

Para que no se nos acuse de omitir pronunciamientos doctrinales al respecto, recogeremos la posición manifestada por el catedrático J.M. Alegre Avila, ex-letrado del Tribunal Constitucional, quien respecto de la relación entre el patrimonio cultural y el urbanismo, (íntimamente conectado con la ordenación del territorio de la que es manifestación en un entorno o ámbito singular como es el del municipio), señala que *“la prevalencia del interés general y superior representado por la conservación de los*

*edificios enclavados en una zona monumental o en un inmueble singularmente considerado, constituye una nota característica de las atribuciones conferidas tradicionalmente a los órganos estatales competentes en materia de patrimonio histórico. En síntesis, las atribuciones conferidas a los órganos administrativos culturales superiores (ya sea el Estado o las Comunidades Autónomas) sobre los representados por los de carácter municipal obedece, en último término, a la necesidad de salvaguardar algo de excepcional valor para la comunidad en razón a su relevancia socio-cultural e histórica”.*⁷⁶⁸ El testimonio del ilustre administrativista, con el que no podemos sino coincidir en todos sus extremos, es claro y no necesita de consideraciones adicionales.

También parece del mismo trasladable al caso la posición de Abad Liceras respecto de que la Ley 4/1990 de Ordenación del Territorio, *“no puede desconocer las transferencias operadas en materia urbanística desde las instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma del País Vasco hacia los Organos Forales de sus Territorios Históricos”*⁷⁶⁹

La Sentencia 151/2000 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se refiere a un caso de denegación de licencia para la plantación de pinos por parte del Ayuntamiento de Kortezubi en el ámbito de la Reserva del Urbaibai, en aplicación de lo dispuesto en el Plan Rector de Uso y Gestión y tras un informe del Patronato que establecía la inadmisibilidad de uso forestal de la parcela en cuestión.

Como puede comprobarse, un supuesto absolutamente diferente y sin conexión alguna “a priori” con la controversia que nos ocupa, no ya por la diferente condición del interesado y título en virtud del que actúa, sino por el distinto régimen que afecta a la protección del patrimonio cultural y a la plantación de pinos.

El T.S.J. realiza en la sentencia, sin embargo, algunas consideraciones que dado que son esgrimidas por el Letrado-Asesor, merecen algún comentario, especialmente la de que *“la tesis del demandante (de que la competencia exclusiva en montes, aprovechamientos, servicios forestales, vías pecuarias y pastos corresponde a los Organos Forales de los Territorios Históricos) no se comparte por la Sala por entender que se trata de un caso paradigmático de concurrencia competencial”*, la de que *“la posibilidad de coexistencia o concurrencia de competencias de varias administraciones que tienen distintos objetos jurídicos y coinciden en el mismo espacio físico constituye un fenómeno frecuente en el esquema territorial definido en la Constitución”* y finalmente la de que *“todos aquellos casos en los que la titularidad competencial se establece por referencia a una política y no por sectores concretos del ordenamiento o de la actividad pública, tal competencia no puede ser entendida en términos tales que la sola incardinación del fin perseguido por la norma (o por el acto concreto) en tal política permita desconocer la competencia que a otras instancias corresponde si la misma norma o acto son contemplados desde otras perspectivas”*.

⁷⁶⁸ ALEGRE AVILA J.M. *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*. Ed. Ministerio de Cultura, tomo II, 1994, pags. 42-43.

⁷⁶⁹ ABAD LICERAS J.M. op.cit. pag. 445.

La primera consideración a realizar es que no apreciamos que la doctrina expuesta en la sentencia apoye especialmente las posiciones que manifiesta el Letrado-Asesor y el Patronato al que asesora.

En primer lugar porque podría perfectamente existir un régimen competencial en materia de patrimonio cultural diferente al de montes y aprovechamientos forestales, materia mucho más directamente conectada con el objeto principal del establecimiento de la Reserva en los términos en que la propia Ley lo define.

Recordemos a este respecto que no existe una Ley de Montes de la C.A.P.V. posterior a la Ley del Urdaibai que establezca cual es el régimen competencial de la explotación de los mismos, mientras que si existe una de protección del patrimonio cultural que lo hace específicamente. (Recalamos, norma autonómica, no foral).

En segundo lugar, aún y cuando no fuese así, que estuviésemos ante un caso de concurrencia competencial, eso no excluye que la competencia tuitiva del patrimonio, por más coordinaciones y colaboraciones que sean precisas, se residence principalmente en la administración a quien la Ley 7/1990, último mandato legal, se lo encomienda, que es además la que se dedica específicamente a ello, la que lo tiene por único objeto y la que cuenta además con los medios materiales y técnicos precisos para la mejor ejecución del objetivo perseguido por la norma.

Tampoco excluye que la coordinación y colaboración exigidas con los propósitos del Patronato no se extienda hasta el extremo de concederle un derecho de veto sobre las actuaciones forales, impidiéndole potencialmente, (y realmente, como se ha visto en el supuesto que da pie a esta controversia), el cumplimiento de los mandatos y deberes que la L.P.C.V. le atribuye.

Y en último extremo, no supone apoyo a tales tesis, porque la Diputación Foral nunca ha desconocido las competencias del Patronato del Urdaibai, a quien ha comunicado previamente todas y cada una de las intervenciones a realizar, sino que es a la inversa el Patronato, quien se arroga la competencia exclusiva de decidir qué intervenciones tuitivas del patrimonio cultural de la Reserva, (qué intervenciones sobre lo que la Ley del Urdaibai define como patrimonio cultural, que son exclusivamente unos determinados yacimientos arqueológicos), pueden realizarse y cuales no.

El primero de los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco es la Sentencia 519/96, que trae causa de un procedimiento de lesividad contra el interés público, instado por el Gobierno Vasco en relación con la autorización de la construcción de una estabulación ganadera en el interior de la delimitación efectuada por la Ley 5/1989 del yacimiento arqueológico de Kosnoaga como Area de Especial Protección.

El Letrado-Asesor aprecia una completa identidad de supuesto con el que nos ocupa, en razón de la argumentación de la Diputación Foral de que la Ley 5/1989 estaba derogada por la Ley 7/1990, (sin conocer exactamente los términos en que la administración foral expuso su posición, no creemos que se plantease de este modo, sino en todo caso referida a que la protección específica del patrimonio cultural, y no la Ley por cuanto, obviamente, es mucho más extensa, era lo que quedaba derogado o sin aplicación), y en razón de que la Diputación aducía, al parecer, que *“la publicación de una ley específica que trata con carácter sustantivo el patrimonio arqueológico implica la derogación de la ley anterior, y el régimen de protección que establecía sobre dicho patrimonio, por lo que deberá entenderse decaído el régimen de protección que establecía sobre las áreas de interés arqueológico”*. Sin embargo hay que hacer algunas importantes matizaciones al respecto.

En primer lugar hay que señalar que el supuesto no es tan equiparable como parece sostener el Letrado del Patronato. Se trata en aquel supuesto de un recurso de lesividad del Gobierno Vasco contra un acto propio por el que se concedía autorización a un particular para construir un establo, acto que sometido a la Diputación Foral había contado también con el beneplácito de ésta, mientras que en el supuesto que nos ocupa estamos ante una actuación de la Diputación, (no de un particular), en ejercicio de su competencia y responsabilidad tuitiva del patrimonio, que el Patronato pretende obstaculizar.

Adicionalmente la Diputación Foral no fue, al parecer, parte en el procedimiento que dio lugar a la Sentencia, siendo criticada e impugnada en el Fundamento Jurídico Tercero no ya la posición de la misma, (que el Tribunal no pudo conocer en el pleito), sino la expuesta en uno de los informes técnicos que sirvió de soporte a la decisión adoptada.

(En todo caso procede también una observación previa, no hemos podido localizar la Sentencia en cuestión y por lo tanto nos referiremos a ella a través de las citas que realiza el Letrado-Asesor, esto es, de fuente indirecta.)

Entrando ya en el fondo de la cuestión hay que criticar la doctrina expuesta por el Tribunal, (haciendo expresa mención a que el pronunciamiento de esta única sentencia, que es todo el apoyo jurisprudencial que el Letrado-Asesor expone realmente, no crea jurisprudencia ni vincula a ese u otro Tribunal a seguir su criterio), por cuanto decir que *“la Ley 7/1990 protege en general el patrimonio histórico-artístico (concepto que por cierto el Tribunal se saca de la manga por cuanto no es el que utiliza la L.P.C.V., demostrando una visión ya superada de la materia) pero no deroga, ni expresa ni tácitamente la protección específica especial, dada en atención a la singularidad del espacio natural de Urdaibai por la Ley 5/89”*, (F.J.3º), es manifiestamente erróneo.

En primer lugar contraponer protección cultural general con protección cultural especial, (y ninguno de los adjetivos está aquí de sobra), e identificar la primera con la Ley 7/1990 y la segunda con la 5/1989 es metodológicamente equivocado. La L.P.C.V. no establece una protección meramente “*general*” del patrimonio cultural sino que crea un sistema de protección del patrimonio en si mismo completo y autosuficiente, (por más que podamos y debamos criticar, desde la óptica de la eficacia y viabilidad real en función de los medios administrativos, muchas de sus disposiciones).

Baste decir que regula con detalle las situaciones en que puede encontrarse un bien, y el régimen jurídico que le aplica en cada una de ellas.

Cuestión aparte es que establezca genéricamente, (de forma muy acertada, tanto como equivocada es la opción de la Ley del Urdaibai por el criterio opuesto, pues no es la Ley el instrumento más idóneo para ello), cuales son los bienes culturales, remitiendo a procedimientos administrativos singulares y posteriores la incardinación de cada bien en cada régimen jurídico protector.

Por otra parte no puede calificarse sin sonrojo la protección del patrimonio cultural en la Ley 5/1989 como protección específica especial. En primer lugar porque se refiere solo a unos elementos muy concretos y singulares del patrimonio cultural vasco como pueden ser determinados yacimientos arqueológicos presuntos, omitiendo cualquier referencia al resto del patrimonio cultural.

En segundo lugar porque califica dichos yacimientos y establece su régimen de usos desconociendo la esencia mínima de la arqueología, que no es en si misma sino una técnica de investigación sobre un material, dirigida a obtener un conocimiento, agotado la posibilidad de obtener el cual, deja de tener sentido cualquier restricción de usos o protección derivada de un interés que el objeto puede ya no poseer. (Si lo posee, ya no estaremos ante un interés arqueológico sino de otro tipo, histórico presumiblemente).

En tercer lugar porque la propia naturaleza del régimen de “*protección*” de los yacimientos en la Ley del Urdaibai tiene poco de “*especial*” y singular en el sentido que la reclama la L.P.C.V., (art.12), con respecto a los bienes calificados, (si tanto interés tienen los yacimientos como para merecer su expresa mención en la Ley 5/1989, no cabe duda de que en un actuar lógico y coherente habría que incardinarlos en este régimen), por cuanto el citado precepto demanda, (art.12.d), un régimen específico y singular para cada bien, adaptado a sus circunstancias concretas que en particular debe comprender “*las actuaciones que podrán o deberán realizarse sobre el mismo y las que queden prohibidas*”.

A este respecto hay que señalar que la Ley 5/1989 no establece una protección individual de cada yacimiento adaptada a sus características y circunstancias como se demanda en el artículo 12, sino que determina un área, que califica como de “*interés*”

arqueológico”, en el seno de la cual fija unas reglas de aplicación general con independencia de su pertinencia y necesidad en el supuesto concreto del yacimiento de que se trate.

La Ley 5/1989 omite además, y por completo, la segunda de las perspectivas a que se refiere el artículo 12, la de las intervenciones precisas, necesarias y debidas para garantizar la pervivencia de los valores culturales de los bienes. (Y es en torno a una de ellas, no lo olvidemos, en torno a la que ha surgido la controversia de la que nos ocupamos).

Por ello calificar de protección especial la de la Ley 5/1989 es equivocado.

Tan generales son las reglas y criterios de la Ley del Urdaibai como los de la Ley de Patrimonio Cultural, con la diferencia de que la L.P.C.V. remite a un posterior procedimiento administrativo la determinación de cuales y con que ámbito van a ser los yacimientos arqueológicos, mientras que la Ley 5/1989 lo hace ella misma, (en un anexo, sin justificación de las razones de la inclusión de cada elemento), introduciendo una rigidez a la modificación de la condición de yacimiento, no conforme con el propio carácter de la investigación arqueológica.

Pero si la Ley del Urdaibai establece un elenco de actividades permitidas y prohibidas, lo que tiene su cierta lógica en un momento en que no existía todavía la Ley 7/1990, no menos hace ésta cuando somete algunas a autorización y no otras, (por ejemplo la prospección arqueológica sin extracción de tierra), en el artículo 45.

Cuestión aparte sería que no efectuásemos el análisis comparativo entre las leyes sino entre alguna de ellas y los instrumentos de desarrollo de la otra, (por ejemplo el Plan Rector de Uso y Gestión de la Reserva de la Biosfera), pero dada la diferente naturaleza de unos y otros instrumentos, esto no sería sino hacer trampa.

Cuando la Ley de Patrimonio Cultural Vasco está llamando expresamente a un régimen de protección singular y específico de cada bien cultural, (incluidos los yacimientos arqueológicos de Urdaibai como no podía ser de otra manera), no puede haber protección cultural “*especial*” ninguna fuera de la propia Ley, que tiene aspiraciones de configurar un sistema completo y autosuficiente.

Otra cosa es que ese sistema de protección cultural concorra con un sistema de protección medioambiental o de ordenación del territorio, pero ese es un supuesto que tiene diferentes reglas de resolución y diferentes fundamentaciones que las aludidas en los Fundamentos Jurídicos 3º y 4º de la sentencia que comentamos.

La Disposición Derogatoria 2º de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco por otra parte, aunque no haga expresa referencia a la Ley de Urdaibai, ni a ninguna otra de las múltiples que pudieran verse afectadas por sus mandatos, es ciertamente clara y taxativa “*asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley*”.

El análisis que debe entonces inexcusablemente realizarse para saber en qué medida continua vigente la Ley 5/1989, dada la identidad de rango de ambas, es el establecer si contiene contradicciones con respecto a la L.P.C.V. porque en tal caso sus disposiciones estarían derogadas.

Esa es la prolija labor que realizamos en nuestro informe original y que motiva su extensión, labor que el Tribunal al parecer no hace, lo que sirve ya de salida para descalificar su conclusión y labor por último, (a la que nos referiremos en el siguiente apartado), de la que el Letrado-Asesor y quien suscribe obtenemos conclusiones no coincidentes.

Detectábamos en nuestro inicial informe la existencia de contradicciones jurídicas, (entendidas como disposiciones de aplicación simultánea eventualmente imposible), entre la normativa de protección de la Reserva y la de protección del patrimonio cultural de la C.A.P.V. tanto en lo que respecto a la Ley 5/1989 como al Plan Rector de Uso y Gestión de la Reserva. De ellas nacía la controversia que motivaba su emisión.

No vamos a recordar aquí el amplio elenco de disposiciones que analizábamos, tan solo hay que referirse a la posición del Letrado-Asesor que expresamente niega aquella conclusión señalando literalmente que “*no existen contradicciones entre el régimen de protección de la Ley 5/1989 y la Ley 7/1990 de Patrimonio*”. (Apartado 4 del informe, página 11).

El Letrado apoya su criterio exclusivamente en el análisis del régimen de protección establecido en el Decreto 146/03 de 1 de Julio por el que se califica como Bien Cultural el Conjunto Monumental de Forua y en su presunta identidad, o al menos compatibilidad con el régimen que para el yacimiento en cuestión establecen la Ley 5/1989 y el Plan Rector de la Reserva.

En ningún momento se refiere a las contradicciones que enunciábamos entre tales Ley y Plan y lo dispuesto en la L.P.C.V, de las que se limita a negar su existencia, sin referirse específicamente a ninguna de ellas, ni justificar porque resultan equivocadas las conclusiones que se exponían al respecto en el primer informe. Mientras no se expongan argumentos convincentes, (o al menos, argumentos), en contra, no cabe pues sino reafirmarse en que haberlas haylas.

En lo que hace al régimen concreto de Forua la propia comparación de los regímenes que recoge el Sr. Letrado revela manifiestamente las contradicciones que no “*alcanza a ver*”.

Por no citar más que una, (la escogemos por estar directamente relacionada con el concreto supuesto de hecho), la Ley de Urdaibai, (art.11), dispone que “*quedan explícitamente excluidas de estas zonas las actividades constructivas*”, (precepto tajante, taxativo, como diría nuestro contradictor “*in claris non fit interpretatio*”), el Plan Rector, (art.87.2.b), de forma no sabemos si plenamente coherente con lo dispuesto en la Ley, excepciona de la prohibición anterior de “*todo acto de tipo constructivo*”, “*... los precisos para investigaciones científicas y arqueológicas, las cuales deberán tener carácter de edificación no permanente*” y sin embargo el artículo 7 del Decreto 146/03 dispone literalmente que “*únicamente se autorizarán los usos y actividades constructivos que vayan dirigidos a la protección del propio espacio y aquellas edificaciones e instalaciones que estén destinadas y se entiendan precisas para la investigación y/o difusión cultural ... todas ellas serán permitidas únicamente si un proyecto global de investigación y puesta en valor del yacimiento, suscrito por un técnico arqueólogo competente, así lo estima conveniente y necesario*”.

Quiere esto decir que hay actividades constructivas que deben ser autorizadas según el Decreto, (“*se autorizarán*”), las dirigidas a preservar el espacio y las destinadas a la investigación o difusión, (incidentalmente hay que decir que es esto precisamente lo que pretende la Diputación y obstaculiza el Patronato y de ahí la referencia a que se le impide el cumplimiento de sus responsabilidades legales de protección y difusión de los valores culturales), y que sin embargo son actividades que la Ley del Urdaibai prohíbe expresamente y el Plan Rector condiciona a un carácter no permanente que puede obstaculizar o impedir la correcta y eficaz protección y/o difusión. Si esto no resulta ser contradictorio, que nos explique el Sr. Letrado qué es lo que son disposiciones contradictorias.

Si su único argumento para justificar la inexistencia de contradicciones es de esta endeblez, se explica perfectamente que no haya entrado a analizar ninguna de las restantes contradicciones que se señalaban en el anterior informe y que haya recurrido, como nos reprocharía él mismo, sin mayor apoyo doctrinal ni jurisprudencial, a afirmar, porque lo dice él, que no hay contradicciones, y punto pelota.

Es harto conocido para el Letrado-Asesor que la Diputación Foral ha sometido al Patronato del Urdaibai diversas actuaciones que pretendía realizar en yacimientos arqueológicos de la Reserva. (De hecho el supuesto que origina esta controversia es uno de ellos). Desconocemos sin embargo el carácter con que se ha hecho en ocasiones precedentes y la fundamentación jurídica aducida, pero en todo caso hay que afirmar que en si mismo eso no valida ni legitima en mayor medida una interpretación como la que hace el Patronato.

Más aún cuando las situaciones jurídicas de los distintos yacimientos señalados son parcialmente diferentes, como puede serlo también el carácter de algunas de las intervenciones. Y lo que desde luego hay que negar tajantemente es la afirmación de que “*la Ley 7/90 de Patrimonio no cuenta con ningún régimen de protección para los bienes que no cuenten con calificación formal de Bien Cultural*”. (Pag. 11).

Hay que partir, para este análisis, de lo dispuesto en los artículos 1.2 y 43 de la L.P.C.V.; recojamos tan solo este último “*integran el patrimonio arqueológico del pueblo vasco todos aquellos bienes muebles e inmuebles poseedores de alguno de los valores mencionados en el artículo 2 de la presente ley, cuyo estudio requiera la aplicación de la metodología arqueológica*”.

Queda claro pues que el yacimiento arqueológico de Forua, de relevancia unánimemente reconocida por los restos de época romana en él encontrados, forma parte del patrimonio arqueológico del pueblo vasco. Dada su naturaleza estaríamos además ante una zona arqueológica en los términos del artículo 44 de la Ley 7/1990.

Pues bien, el artículo 45 somete a autorización foral previa “*la realización de actividades arqueológicas y paleontológicas terrestres o subacuáticas en el ámbito territorial de la C.A.P.V.*”, (salvo la prospección arqueológica sin extracción de tierra), el artículo 49 dispone especialmente que “*en las zonas, solares o edificaciones en que se presume la existencia de restos arqueológicos, el propietario o promotor de las obras que se pretendan realizar deberá aportar un estudio referente al valor arqueológico del solar o edificación y la incidencia que puede tener en el proyecto de obras*” de modo y manera que realizado el estudio, “*la Diputación Foral determinará la necesidad del proyecto arqueológico y a la vista de todo ello otorgará la autorización previa a la licencia de obras*” y el 50 que “*las Diputaciones Forales podrán ejecutar directamente cualquier intervención arqueológica en cualquier lugar en que se conozca o presume la existencia de restos de interés arqueológico o paleontológico..*”.

Siendo público y notorio que en el yacimiento de Forua no solo puede presumirse la existencia de restos arqueológicos sino que muchos de los ya hallados se encuentran a la vista, no cabe menos que concluir que, ya antes de la calificación, existía un régimen jurídico sobre el mismo caracterizado, como mínimo, por la necesidad de autorización para realizar cualquier actividad arqueológica, la necesidad de autorización previa a la licencia municipal de obra por presumirse la existencia de restos, y la posibilidad de ejecución directa por la Diputación Foral, (con independencia de la titularidad de los terrenos), de cualquier intervención arqueológica. Si esto no constituye un régimen jurídico, por incompleto que resulte, desconocemos como puede calificarse.

El Letrado-Asesor sostiene que a la fecha del informe del Patronato de 25 de Septiembre de 2002, “*el único régimen jurídico de protección con que contaba el*

yacimiento arqueológico era el del artículo 11 de la Ley 5/1989 y el artículo 87 del P.R.U.G.”.

Dejando a un lado que este pronunciamiento es en torno a la situación actual y no a las diversas vicisitudes históricas, debemos decir que en todo caso sería el único régimen jurídico referido singularmente al yacimiento, por cuanto ya hemos visto que existía uno que le afectaba derivado de la L.P.C.V., y que sin embargo el referido por el Letrado no se trataba de un régimen “ad hoc” para Forua, sino general para todo el Area de Interés Arqueológico de la Reserva, por lo que no se diferenciaba esencialmente, en cuanto a ese carácter, del de la Ley de Patrimonio Cultural.

Pero además esta situación sería solo predicable hasta el momento en que se hubiese incoado el expediente de calificación, (art.22 L.P.C.V.), con lo que sin disponer del dato de la fecha de incoación, pero atendiendo a que fue resuelto en Julio de 2003 y que el plazo máximo de tramitación es de un año, nos atrevemos a aventurar que seguramente en Septiembre de 2002 ya estaba incoado el expediente y que por tanto a todas las disposiciones ya apuntadas que regían sobre Forua había que añadir, ya en ese momento, las que corresponden a los bienes culturales calificados en la Ley 7/1990.

Queda referirnos a una última objeción del Sr. Letrado en este apartado, la relativa a que el Decreto de Calificación de Forua, (que por cierto no contiene referencia alguna en su parte dispositiva y solo una meramente incidental en la expositiva, a la Ley 5/1989, Plan Rector de la Reserva ni mucho menos al régimen del Area de Interés Arqueológico de una y otro), exige la *“previa elaboración y aprobación de un Plan de Acción Territorial o plan global marco de actuación”* con lo que presuntamente la exigencia del Patronato sería *“una exigencia específica del régimen de protección establecido en la calificación del yacimiento”*.

Creemos por nuestra parte que no puede confundirse el *“proyecto global de investigación”* a que alude el artículo 7 del Decreto 146/03, con un *“Plan de Acción Territorial”* o *“Plan Global Marco de Actuación”* cuya exigencia, que sostiene el Sr. Bilbao, no aparece explícitamente en el Decreto.

De hecho el proyecto global de investigación del yacimiento existe y es requisito exigido por la normativa foral, (Decreto de Intervenciones Arqueológicas), para poder desarrollar cualquier intervención de este tipo y sin perjuicio de que las denominaciones puedan ser confusas o excesivamente genéricas, la referencia al Plan de Acción Territorial parece querer superar tanto en lo que respecta a los sujetos y órganos intervinientes como al ámbito y perspectivas de consideración, la mera participación de un arqueólogo y análisis exclusivo de la problemática arqueológica, que es lo que ambos Decretos, el de Calificación y el Foral de intervenciones, demandan para el caso.

Dado que además el propio Letrado-Asesor se refiere parcialmente al Decreto de Calificación de Forua, convendrá recordar que este Decreto, posterior a la Ley 5/1989 y

al Plan Rector de la Reserva y que por tanto los conoce perfectamente, establece taxativamente que *“las actividades de carácter cultural compatibles con la conservación de los restos del yacimiento, actividades tendentes a la difusión y conocimiento del lugar y sus valores patrimoniales”*, (entre las que se cita la inclusión en itinerarios culturales, adaptando la zona a la posibilidad de visitas con proyectos de consolidación, exposición adecuada e inteligible así como la reconstrucción de espacios puntuales...), *“podrán llevarse a cabo únicamente previa autorización del Departamento de Cultura de la Diputación Foral de Bizkaia”*, (art.6.2), lo mismo que sucede con la renovación de infraestructuras, (telecomunicaciones, gas, electricidad, agua, saneamiento...art.8), o de forma más general, con *“las actividades que supongan movimientos en el terreno”*. (Art.6.1).

A modo de conclusión quedaría desmentir todas y cada una de las que el Sr. Letrado-Asesor expone, ni la protección del Patrimonio Cultural es un objetivo tan principal, claro y directo en la Ley 5/1989 como se apunta, ni elemento fundamental en la designación de la Reserva como tal por la UNESCO, (los valores que la indujeron, son fundamentalmente otros y todos lo sabemos), ni cabe acogerse a títulos competenciales indirectamente relacionados como el medioambiente, la ordenación del territorio, (¿ y por qué no la planificación general de la economía, el turismo, la agricultura y ganadería o los montes y/o aprovechamientos forestales ?), para privar a la administración cultural de las competencias y responsabilidades que la Ley 7/1990 le confiere para la protección del patrimonio.

La Ley del Urdaibai no es ley especial en la protección del patrimonio cultural y la concurrencia competencial no puede resolverse sobre esa base, (cuestión aparte es que exista concurrencia entre la protección del patrimonio cultural y otros valores y cómo se resuelve ésta).

Y finalmente existen contradicciones patentes entre el régimen jurídico de la Ley de Protección de la Reserva y la Ley de Patrimonio Cultural Vasco y entre los instrumentos de desarrollo, (el Plan Rector), de la primera y la segunda, contradicciones que no ha desmentido el Sr. Letrado en los casos concretos y que pueden deducirse, si que basta para ello desde luego y en eso coincido con su parecer, de la mera lectura de los preceptos.

8. LA PROTECCION DE DIVERSOS PATRIMONIOS ESPECIFICOS

8.1. LA PROTECCION DEL PATRIMONIO ARQUEOLOGICO

8.1.1. El concepto de patrimonio arqueológico.

El artículo 43 de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco dispone literalmente que *“integran el patrimonio arqueológico del pueblo vasco todos aquellos bienes muebles e inmuebles poseedores de alguno de los valores mencionados en el artículo 2 de la presente ley, cuyo estudio requiera la aplicación de la metodología arqueológica”*.

No cabe duda de que un precepto de esta naturaleza merece una atención particular. No solo porque al definir el objeto es la clave sobre la que descansan las normas de protección que se establecen sobre el mismo, sino porque autores de muy notable cualificación ponen en cuestión el propio concepto desde posiciones bien fundamentadas.

García Camino, por ejemplo, sostiene que *“el concepto de patrimonio arqueológico es tan amplio y ambiguo que no sirve para identificar objetivamente los bienes que lo integran, porque con metodología arqueológica se puede estudiar cualquier acción humana que haya dejado huella, desde un edificio hasta un documento escrito, pasando por un paisaje... por ello, en mi opinión, resulta ser un concepto erróneo, heredado de viejas concepciones de la arqueología vinculadas al coleccionismo y que no facilitan la gestión de los bienes culturales, por lo que el concepto de patrimonio arqueológico debería ser arrojado fuera de nuestro vocabulario, evitando la confusión...porque a la larga, y aunque el listado de bienes arqueológicos incluya caseríos o construcciones, en todos los documentos jurídicos y en la práctica diaria subyace una identificación de patrimonio arqueológico con el patrimonio prehistórico enterrado o la ruina obsoleta”*⁷⁷⁰.

Pese a lo heterodoxo, en relación con la común utilización del concepto, coincidimos, en líneas generales con la posición expresada en la cita, a la vista de los términos en que el artículo 43 define el patrimonio arqueológico, pero dado que lege

⁷⁷⁰ GARCIA CAMINO I. *“Reflexiones en relación al Plan Territorial Sectorial del Patrimonio Cultural de la C.A.P.V. en relación a los bienes arqueológicos”*. Informe inédito. Abril de 2003, pag.4.

data se trata de un concepto de enorme virtualidad hay que realizar un análisis detallado de su extensión y contenido.

El precepto parte de lo dispuesto en el artículo 2 en torno a la pertenencia al patrimonio cultural de los bienes por la posesión de determinados valores, a partir de los que la inclusión en el patrimonio arqueológico se deriva de la necesidad de la metodología arqueológica para su estudio. García Camino señala entonces que *“el patrimonio arqueológico está constituido por espacios, objetos y elementos cuyo valor no reside en su propia naturaleza, sino en la forma de llegar a su conocimiento, a través del método arqueológico”*.⁷⁷¹

Esta posición es razonable siempre y cuando no olvidemos que debemos estar ante elementos que en si mismos pertenezcan al patrimonio cultural vasco, por poseer alguno de los valores descritos en el artículo 2. Lo que deriva de que como afirma G^a Camino, cualquier acción humana que haya dejado huella sea susceptible de ser estudiada con la metodología arqueológica, es que resulta poco menos que inútil el concepto de patrimonio arqueológico definido de esta manera y ante elementos que integren ya el patrimonio cultural, (con todo lo que ya hemos argumentado también sobre este último concepto).

Con este sentido debería entenderse su afirmación de que los bienes que integran el patrimonio arqueológico *“no se identifican –como erróneamente se cree- por su naturaleza física (esto es por estar enterrado u oculto), por ser obras de arte (pinturas rupestres, grabados, joyas, esculturas clásicas) o por tratarse de monumentos o herramientas antiguos ya obsoletos (túmulos, dólmenes, útiles prehistóricos, termas romanas) sino por el método empleado para su estudio que exige el recurso a la arqueología”*.⁷⁷²

¿ Cuando “*requiere*” el estudio de un elemento del patrimonio cultural la aplicación de la metodología arqueológica ?

No disponemos de criterio legal alguno al respecto más allá de los casos en que la propia L.P.C.V. exige la realización de una determinada intervención arqueológica. Como sucede en cualquier otra actividad científica, la arqueología diversifica constantemente sus ámbitos de estudio, aplica nuevas técnicas de investigación a elementos ya estudiados anteriormente, cuestiona permanentemente conclusiones que se daban por ciertas e indudables y proporciona un conocimiento dotado en general de dos rasgos característicos, la temporalidad y la provisionalidad.

Establecer por tanto cuando se requiere la aplicación de su metodología a estudio de un elemento es tanto como pretender limitar el ámbito de actuación de los investigadores, y queda siempre a expensas de que cualquiera de éstos crea en un

⁷⁷¹ Ibidem, pag.3.

⁷⁷² Ibidem, pág.3.

momento determinado que puede obtenerse conclusiones nuevas o reafirmar anteriores con nuevos análisis.

Hay que entender sin embargo que la respuesta a la pregunta en torno a qué debe entenderse por “*metodología arqueológica*”, se encuentra en el artículo 45 de la Ley que nos describe cuales “*tienen la consideración de actividades arqueológicas y paleontológicas*”.

El concepto de patrimonio arqueológico añade a la inconcreción que reprochábamos al de patrimonio cultural en los términos en que lo define el artículo 2, la derivada de su propio contenido legal, lo que pone seriamente en cuestión su utilidad y virtualidad. Toca ahora observar si las legislaciones de las restantes C.C.A.A. lo utilizan con idéntico sentido.

Antes, sin embargo, hay una última característica del patrimonio arqueológico y paleontológico a la que debemos hacer referencia, la que deriva de lo dispuesto en el artículo 47 en torno a que “*los bienes de interés arqueológico y paleontológico descubiertos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, ya sea de forma casual o fruto de un trabajo sistemático serán de dominio público*”.

Es ésta una sustancial diferencia con respecto a los bienes que forman parte del patrimonio cultural vasco por poseer un interés o valor diverso del arqueológico por cuanto respecto de ellos no se establece la pertenencia al dominio público.

La decisión del legislador se basa sin duda en la importancia de reservar a la titularidad pública tales bienes, tanto por su potencialidad como objetos de investigación y conocimiento, como por su fragilidad y exposición a notables riesgos de no ser así. En todo caso hay que resaltar las diferentes consecuencias que esta decisión conlleva en relación con los bienes extraíbles o descontextualizables del espacio en que han sido hallados y aquellos en que no sucede así.

En estos últimos la declaración de pertenencia al dominio público como consecuencia del descubrimiento de un yacimiento, puede conllevar la necesidad de desposeer de su propiedad o derechos a uno o múltiples titulares privados, (pensemos en los yacimientos urbanos), con la consiguiente necesidad de compensación y hacer recaer una importante carga económica sobre la Administración.

Es evidente que donde la Ley no distingue no estamos los intérpretes muy autorizados para hacerlo, pero la realidad hace inviable la interpretación o el cumplimiento literal del precepto.

8.1.1.1. El concepto de patrimonio arqueológico en la legislación de las demás C.C.A.A.

La ley catalana también se refiere, (art.46), como la vasca a los bienes “*para cuyo estudio es preciso utilizar metodología arqueológica*” como integrantes del patrimonio arqueológico catalán. Con el agravante de que no se refiere en la propia definición a la previa posesión de los valores que motivan la pertenencia al patrimonio cultural, aunque cuente eso si con un añadido que considera “*per se*” patrimonio arqueológico a “*los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con el ser humano y con sus orígenes y antecedentes*”.

Podemos por ello reprochar a la norma catalana lo mismo que a la L.P.C.V. por cuanto tampoco proporciona mucha precisión hablar de elementos relacionados con el ser humano.

Galicia considera patrimonio arqueológico “*los bienes muebles e inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con método arqueológico*”, añadiendo “*fuesen o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie como en el subsuelo o en las aguas*”. (Hay que suponer, obviamente, que se refiere a las aguas sobre las que se extiende el ámbito de actuación territorial de las instituciones gallegas).

A continuación reproduce el segundo inciso catalán añadiendo a la relación con los orígenes y antecedentes humanos, “*el desarrollo sobre el medio*”.

Vemos pues que se reproduce la definición vasca y catalana, mereciendo todavía mayor reproche el hecho de que en lugar de referirse a los casos que se requiera o precise la metodología arqueológica como hacen aquellas, se remita a cuando sea susceptible de utilización, que como hemos observado en García Camino es potencialmente siempre. La definición gallega nos puede conducir a la conclusión de que todos los bienes muebles e inmuebles de carácter histórico integren el patrimonio arqueológico, mientras que la referencia a esta historicidad pone en cuestión, en una interpretación literal no deseada, que lo integren los prehistóricos.

La norma andaluza se aparta de la línea seguida por las anteriores, careciendo de definición expresa de lo que constituye el patrimonio arqueológico, aunque el concepto encabece la rúbrica del Título VI de la Ley.

El legislador ha considerado, sin duda, que no era preciso definirlo, una vez caracterizado el de patrimonio cultural y constatado que de él forman parte los bienes y elementos que revistan interés arqueológico.

No es una opción descabellada, ni muchísimo menos, a la vista de lo poco afortunado de los esfuerzos en esta línea de las restantes normas y de la crítica del concepto que hemos realizado.

Si que contamos con una definición en el caso valenciano. El artículo 58 de su ley se refiere a *“los bienes inmuebles, objetos, vestigios y cualesquiera otras señales de manifestaciones humanas (es decir toda la huella humana a que se refería G^a Camino) que tengan los valores propios del patrimonio cultural, y cuyo conocimiento requiera la aplicación de métodos arqueológicos”*, reproduciendo seguidamente el segundo inciso de la ley catalana. Vemos pues que tampoco contiene novedades dignas de análisis, lo que también ocurre en el caso canario, aunque haya que reprochar la referencia a la historicidad y a la susceptibilidad de estudio al modo gallego. (Art.60).

Madrid prefiere referirse a que sea *“preciso utilizar metodología arqueológica”* aportando como innovación considerar integrante del patrimonio arqueológico, *“el territorio o paisaje habitado por el hombre en época histórica o prehistórica”*, según dispone el art.39.

Castilla-León no aporta nada nuevo en su definición, (art.50), lo que si hace Asturias, que en el artículo 61 dispone que *“forman parte del Patrimonio Arqueológico de Asturias todos aquellos bienes, localizados o no, cuyo estudio, mediante el uso de una técnica arqueológica, pueda proporcionar información histórica significativa”* y *“los objetos y muestras de interés paleontológico que hayan sido separados de su entorno natural o deban ser conservados fuera de él y los elementos geológicos y paleontológicos de interés por su relación con la historia del hombre y sus orígenes”*.

Hay que criticar que el legislador asturiano se refiera a bienes no localizados y por tanto inexistentes en el ámbito jurídico si, como se presume, se trata de bienes anteriormente desconocidos y la mención de la historicidad, pero es acertada e interesante, (aunque acompañada de un concepto tan indeterminado como significativa no sea sino fuente segura de discrepancia y conflicto), la conciencia de que la arqueología es en realidad un instrumento de conocimiento y su fin proporcionar información.

8.1.2. Las actividades arqueológicas.

El artículo 45.2 de la L.P.C.V. describe las actividades arqueológicas y paleontológicas al señalar que gozarán de tal consideración *“los estudios de arte rupestre, así como las prospecciones, sondeos, excavaciones, controles y cualesquiera otras que afecten a bienes o zonas arqueológicas o paleontológicas...”*.

Tampoco esta definición, en la línea de las que estamos analizando de la Ley, resulta muy afortunada. El principal reproche que merece tiene que ver con su

incoherencia con respecto a la definición de patrimonio arqueológico del artículo 43. Si es la necesidad de la metodología arqueológica la que constituye el elemento patrimonializador, no se entiende muy bien que cualquier estudio del arte rupestre, (¿ incluso el que no tiene lugar “in situ” ?) constituya una actividad arqueológica, con las consecuencias que luego veremos. Tampoco que con independencia del método utilizado sea arqueológica o paleontológica cualquier actividad que afecte a bienes o zonas de esta naturaleza.

Acto seguido el artículo define las diferentes actividades.

Prospección arqueológica es *“la exploración del terreno dirigida a la búsqueda de toda clase de restos históricos o paleontológicos... Según la técnica a utilizar la prospección arqueológica podrá ser*

a) Prospección sin extracción de tierra, la cual se subdivide en:

-Prospección visual: es la exploración superficial con reconocimiento del terreno.

-Prospección geofísica: es el estudio del subsuelo mediante la aplicación de las ciencias físicas.

b) Prospección con extracción de tierra, que a su vez se subdivide en:

-Prospección con catas: es la extracción de tierra en un espacio delimitado con el fin de comprobar la existencia de un yacimiento arqueológico en el lugar...se dará por finalizada cuando aparezcan las primeras evidencias arqueológicas.

-Prospección mecánica: es la extracción de testigo mediante sondeo mecánico. Se dará igualmente por finalizada cuando aparezcan las primeras evidencias arqueológicas”.

Hay diversas observaciones que hacer en relación con este modo concreto de definir. En primer lugar nos parece exagerado calificar como actividad arqueológica, especialmente si, como veremos, ello va a conllevar su sujeción a un régimen jurídico autorizador, la prospección visual sin extracción de tierra. Desconocemos cual es la metodología arqueológica que se emplea en la misma y cual en su caso es la manera de diferenciar el ojo arqueológico del común y normal que poseemos todos y cada uno.

En segundo lugar no son las ciencias físicas las que se aplican al estudio del subsuelo sino diversas técnicas e instrumentos adecuados para ello. Definir la prospección geofísica de este modo supone además considerar como tal cualquiera que tenga finalidad diferente de la arqueológica.

Es evidente que a los efectos de la Ley, debería introducirse algún matiz que nos permitiese denominar prospección geofísica y como tal someterla a un régimen jurídico,

solo a aquella que utiliza la metodología arqueológica o tiene este propósito. Con independencia de que todas y cada una de las actividades invasivas del subsuelo que pudiesen tener incidencia sobre un yacimiento se sometan al mismo régimen jurídico o a otro diverso.

Finalmente consideramos inapropiado introducir en sede de definición consideraciones relativas al régimen de desarrollo de las actividades, tales como la referencia cuando deben finalizar. Su ámbito es otro. No tiene sentido establecer su final si nada se dice de su comienzo o condiciones de desarrollo, que tienen su correspondiente espacio en otros preceptos.

También parece que establecer con carácter general que la prospección con catas o mediante sondeo mecánico deba cesar en cuanto aparezcan las primeras evidencias arqueológicas, (sin entrar en qué entendemos por tales), puede no ser lo más adecuado y constituirse en un corsé excesivamente rígido, cuando, por poner solo un ejemplo, se pretenda a través de la multiplicidad de las mismas delimitar el posible ámbito de un yacimiento o espacio sobre el que aplicar otras técnicas de investigación.

Sondeo arqueológico es, según el mismo precepto, *“la excavación de reducidas dimensiones en relación y proporción al todo, con objeto de reconocer la secuencia cultural de un yacimiento arqueológico”*.

En este caso, el aspecto que genera incertidumbre es el relativo a esa definición en referencia a un todo de difícil identificación. ¿ Se trata del yacimiento arqueológico cuya existencia y extensión es precisamente lo que se intenta conocer a través del mismo y respecto del que lo amplio o reducido de las proporciones es imposible de conocer a priori ? ¿ Se trata del área en la que en base a indicios de mayor o menor fiabilidad se cree posible la existencia de restos arqueológicos, y en tal caso es el proyecto de intervención el que nos sirve de referencia para delimitar dicho área y calificar la actuación ?

Cuestión de tamaño al margen, la referencia al objeto del sondeo en términos de reconocimiento de la secuencia cultural de un yacimiento peca de limitada. Más frecuentemente el objeto del sondeo será no tanto determinar la *“secuencia cultural del yacimiento”*, para lo que puede requerirse una excavación, cuanto determinar la existencia del yacimiento y delimitar su extensión presunta.

Para la L.P.C.V. excavación arqueológica *“es la actividad de investigar, documentar y desenterrar o extraer restos arqueológicos y paleontológicos atendiendo a la estratigrafía de los sedimentos”*.

El reparo que cabe oponer en este caso a la caracterización legal es el de que, literalmente, una excavación que no desenterrase o extrajese restos arqueológicos o

paleontológicos, eventualmente por no haberlos, no gozaría de la condición de tal, lo mismo que una excavación en la que los que la realizasen, en una actuación patentemente negligente, no documentasen los resultados. En tales casos desconocemos como habría que denominar a la intervención, esa en la que se ha excavado pero que no puede llamarse excavación.

El control arqueológico es otra de las intervenciones que prevé la Ley, y que define como *“la intervención en un proceso de obras que afectan o pueden afectar a un espacio de posible interés arqueológico, consistente con (sic) en la supervisión de aquéllas, estableciendo las medidas oportunas que permitan la conservación o documentación, en su caso de las evidencias o elementos de interés arqueológico que aparezcan en el transcurso de las mismas”*.

Como vemos, la definición en este supuesto, más que propiamente en el contenido de la actividad, se centra en el motivo que determina su necesidad, la posible lesión al patrimonio derivada de la realización de obras que no tienen objeto arqueológico, de manera que entre las *“medidas oportunas”* que cabe establecer en ejercicio de este control, pueden encontrarse algunas de las intervenciones anteriormente descritas.

El *“estudio de arte rupestre”* es la última de las actividades a que se refiere la L.P.C.V. que considera que abarca *“el conjunto de tareas de campo orientadas al estudio, documentación gráfica y reproducción de manifestaciones rupestres susceptibles de ser estudiadas por el método arqueológico y de su contexto”*.

Siguiendo la línea del caso anterior, el legislador define la actividad en virtud de su propósito siendo así que éste puede aglutinar diferentes tareas, y no configura el *“estudio”* como tarea única o específicamente definible en si misma. Es objetable aquí la propia terminología utilizada.

Calificar el estudio como actividad arqueológica, y con ello someterlo a un régimen jurídico que, como ya analizaremos, implica la necesidad de obtener una autorización previa, supone, por más que afortunadamente al aludir a *“tareas de campo”* se haya evitado el absurdo que supondría entender que comprendía estudios en, por ejemplo, archivos, bibliotecas o museos, que actividades de investigación sin repercusión alguna ni potencial lesividad como puede ser la reproducción manual de las figuras, el dibujo para entendernos, en lugares de libre acceso en que haya arte rupestre deban contar con esa autorización para poder llevarse a cabo.

Ya nos hemos referido con anterioridad al método arqueológico y a la susceptibilidad de su utilización por lo que no haremos aquí mayores consideraciones, pero si que es preciso aludir a un último aspecto de esta definición de oscura intelección.

El precepto finaliza considerando estudio de arte rupestre el conjunto de tareas orientadas al estudio, documentación y reproducción de manifestaciones de arte, “y de su contexto”. ¿ Cual es el contexto de una manifestación de arte rupestre ? ¿ Hasta donde se extiende ?

Partiendo de la premisa de que se trata de tareas de campo, ¿ hay que entender por contexto las que tengan por ámbito, zonas o lugares próximos territorialmente ? ¿ Si es así, podemos identificar el contexto, aún siendo conceptos sustancialmente diferentes, con el “entorno” a que se alude en otros preceptos de la Ley, como el artículo 29 ? Y si el contexto se considera en perspectiva no territorial, ¿ que debemos entender por contexto?

8.1.2.1. Las actividades arqueológicas en la legislación de las restantes Comunidades Autónomas.

La ley catalana no define, por su parte, las intervenciones arqueológicas. Se limita, (art.47.2), a señalar que se consideran tales “*los estudios directos de arte rupestre y las prospecciones, los sondeos, las excavaciones, los controles y cualquier otra intervención, con remoción de terrenos o sin ella, que tenga por finalidad descubrir, documentar o investigar restos arqueológicos o paleontológicos*”.

Con respecto a la norma vasca, introduce adecuadamente la referencia a la finalidad arqueológica como elemento que impida considerar intervención arqueológica la que afecte a bienes de esta naturaleza pero que no persiga objeto científico, de manera que una construcción de edificio residencial no pueda considerarse como tal y la cláusula de cierre que permite considerar las intervenciones citadas como un mero numerus apertus ejemplificador.

No es el caso de la norma gallega que proporciona definiciones de las intervenciones más precisas que las de la L.P.C.V.

Así concibe la prospección arqueológica, (art.57.a), como “*la exploración superficial y sistemática sin remoción, tanto terrestre como subacuática, dirigida al estudio e investigación para la detección de restos históricos y paleontológicos, así como de los componentes geológicos y ambientales relacionados con los mismos*” añadiendo que “*engloba la observación y el reconocimiento sistemático de superficie y también la aplicación de las técnicas que la arqueología reconoce como válidas*”.

El sondeo se define como “*aquella remoción de tierras complementaria de la prospección, encaminada a comprobar la existencia de un yacimiento arqueológico o reconocer su estratigrafía*” con la explicación adicional de que “*cualquier toma de muestras en yacimientos arqueológicos se considerará dentro de este apartado*”.

La excavación es para el legislador gallego “*la remoción en el subsuelo o en medios subacuáticos, que se realice a fin de descubrir e investigar toda clase de restos históricos o paleontológicos relacionados con los mismos*”, y el estudio de arte rupestre “*el conjunto de tareas de campo orientadas a la investigación, a la documentación gráfica por medio de calco y a cualquier manipulación o contacto con el soporte de los motivos representados*”.

Finalmente se consideran también actividades arqueológicas “*las labores de protección, consolidación y restauración arqueológica, entendidas como las intervenciones en yacimientos arqueológicos encaminadas a favorecer su conservación y que, en consecuencia, permitan su disfrute y faciliten su acrecentamiento*” y la “*manipulación con técnicas agresivas de materiales arqueológicos*”.

Desde un punto de vista sistemático no parece muy acertado referirse a las labores de protección y restauración sin relacionarlas con las anteriores, prospección, sondeo y excavación, que tienen ese mismo objeto y que constituirán el núcleo fundamental de intervenciones tuitivas, aunque si pueda ser interesante la referencia a la manipulación de restos.

En todo caso junto a la mayor precisión de definiciones con respecto a la norma vasca y la fundamental alusión al ámbito subacuático, muy lógica en una comunidad como la gallega, hay que reprochar a su legislador que no siguiese el ejemplo catalán, en lo que hace a la mención a otras posibles intervenciones, aparte de las expresamente citadas, que tengan finalidad arqueológica.

La causa fundamental es que el legislador sitúa las definiciones en el marco del régimen jurídico, (autorización previa), a que las somete, siendo así que este reclama relación completa de las intervenciones que se ven afectadas.

Andalucía sigue el ejemplo catalán en cuanto a no definir en la ley las actividades arqueológicas, lo mismo que Canarias, lo que por el contrario si hace la Comunidad Valenciana, que acertadamente considera prospecciones las exploraciones “*dirigidas al descubrimiento, estudio e investigación de toda clase de restos históricos*”, (debería entenderse también prehistóricos), vincula la excavación también a idénticos fines e introduce en los estudios de arte rupestre la referencia a la “*musivaria o la epigrafía*”. (Art.59).

Madrid relaciona por su parte todas estas actuaciones, considerando también intervenciones arqueológicas o paleontológicas cualesquiera otras que tengan por finalidad descubrir, documentar o investigar restos arqueológicos o paleontológicos, (art.41), lo mismo que también realiza Castilla y León, (art.51), que, sin embargo, procede también a definir las específicamente.

Es digna de mención a este respecto la caracterización del control arqueológico como *“las supervisiones de las remociones de terrenos que se realicen, en lugares en los que se presume la existencia de bienes del patrimonio arqueológico pero no esté suficientemente comprobada, con el fin de evaluar y establecer las medidas oportunas de documentación y protección de las evidencias arqueológicas que en su caso se hallen”*.

El matiz diferencial con la norma vasca estriba en la referencia a las remociones de terreno en lugar de a las obras, (pueden existir obras que afecten a bienes arqueológicos que no impliquen remociones de terrenos estrictamente hablando, pero cabe entender entonces que el bien estará protegido desde otras perspectivas patrimoniales), y la alusión a la presunción no comprobada de la presencia de bienes, que precisa la confusa e indeterminada de *“espacios de posible interés arqueológico”* de la L.P.C.V.

Asturias, finalmente, además de relacionar las intervenciones reseñadas, (que no define), extiende la consideración como actividades arqueológicas, en la línea que veníamos reclamando, a *“cualesquiera otras que, con remoción de terreno o sin ella, tengan por finalidad descubrir, documentar, investigar o proteger bienes integrantes del Patrimonio Arqueológico e impliquen su manejo directo o la intervención sobre ellos o en su entorno...”*.

Asimismo tienen esta específica consideración *“el empleo de detectores de metales o instrumentos similares de detección de restos culturales en zonas en que se presume la existencia de restos arqueológicos”*. (Art. 63).

Junto a la interesante, (aunque indeterminada), mención de un concepto ya clásico en patrimonio cultural cual es el de entorno, la referencia al *“manejo directo”* no contribuye sino a introducir confusión cuando viene seguida de la de por si suficiente a las *“intervenciones sobre ellos”*.

El empleo de detectores, por otra parte, se considera actividad arqueológica solo, en una interpretación literal, en zonas de presunción.

En este caso la ley se aparta, (equivocadamente a nuestro juicio), del criterio seguido en la norma precedente, de ligar el carácter de intervención arqueológica a la finalidad de *“descubrir, documentar, investigar o proteger”*.

Consideramos por nuestra parte que el empleo de sistemas de detección debería considerarse actividad arqueológica en cualquier lugar, (y no solo en zonas de pública presunción, que pueden no coincidir con las de presunción privada de quienes utilizan estos métodos), si su finalidad es la descubrir bienes arqueológicos, con independencia de que en determinadas zonas, debido a la presunción o a la presencia comprobada de

restos, pueda también calificarse del mismo modo aunque la finalidad sea la detección de agua, petróleo, de otras materias primas u otras diversas.

8.1.3. El régimen jurídico de las actividades arqueológicas en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco

El artículo 45.1 de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco dispone literalmente que *“la realización de actividades arqueológicas y paleontológicas terrestres o subacuáticas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, precisará autorización previa de la Diputación Foral correspondiente, salvo la prospección arqueológica sin extracción de tierra, que simplemente deberá ser notificada”*.

Una primera observación nos permite contemplar una sustancial diferencia con el régimen jurídico a que se somete a las intervenciones carentes de carácter arqueológico que afectan a los bienes culturales. Mientras que en éstas solo se exige la autorización foral previa respecto de las que se realizan sobre bienes culturales calificados, no exigiéndose en relación con las que afectan a los inventariados, todas las intervenciones arqueológicas y paleontológicas, con independencia de los bienes sobre los que recaigan, deben obtenerla para poder llevarse a cabo.

Esto no significa, ni muchísimo menos, que los bienes arqueológicos gocen de la condición de bienes calificados y no puedan ser incluidos en el Inventario, porque para nada se altera en sede arqueológica la clasificación de los bienes integrantes del patrimonio cultural, y por ello, puede suceder que existan intervenciones sobre bienes inventariados que deban contar con la autorización foral previa, por su naturaleza arqueológica, en tanto en cuanto intervenciones sobre los mismos bienes que pudieran resultar potencialmente más lesivas, pero que no fuesen arqueológicas, (es decir que no consistiesen en una prospección extractiva, sondeo, excavación, control o estudio de arte rupestre), se verían eximidas de la misma y deberían simplemente ser comunicadas. Es ésta la consecuencia más llamativa de la principal diferencia que existe entre ambos regímenes jurídicos.

Una segunda diferencia deriva del hecho de que en tanto no se prevé matización alguna en razón de la intervención específica de que se trate en el caso de las intervenciones no arqueológicas, (con independencia de que, como ya señalábamos en el capítulo correspondiente deba hacerse una interpretación matizada del término *“intervenciones”*, que lo restringe tan solo a aquellas con resultado potencial lesivo), se excluye expresamente una de las intervenciones arqueológicas del régimen autorizador, de manera que no es precisa la autorización si tan solo va a procederse a una prospección arqueológica sin extracción de tierra.

Es ésta una disposición absolutamente lógica y muy necesaria desde el momento en que se caracteriza como intervención arqueológica hasta la *“prospección visual”*, dado

que resultaría absurdo someter a autorización la mera realización de un reconocimiento visual del que no deriva ningún efecto negativo para los bienes o restos arqueológicos. Absurdo por inviable, (dada la imposibilidad de impedir las prospecciones visuales que no contasen con autorización), y por injustificado obstáculo para su materialización efectiva. De todas formas el precepto obliga a la notificación, a no sabemos qué Administración, de la prospección sin extracción de tierra.

Hay que suponer, en primer lugar, que si es la Diputación Foral la responsable de emitir, en su caso, la autorización de la intervención es a ella, pese a la imprecisión de la redacción del precepto, a quien debe efectuarse la notificación. Pero, en segundo lugar, teniendo en cuenta que esta prospección sin extracción de tierra comprende, ex lege, tanto la visual como la geofísica, hay que criticar seriamente la exigencia de tal notificación.

En los términos del art.45, carecemos de criterio suficiente en torno al grado de perjuicio que para los bienes arqueológicos puede derivarse de la prospección geofísica y su correlativa “*aplicación de las ciencias físicas*”, (que no sabemos en qué consiste), al estudio del subsuelo. Si el perjuicio pudiera ser relevante, carecería de sentido que se eximiese tal actividad de la necesidad de autorización previa y bastase la simple notificación como requisito para llevarla a cabo. La exigencia de notificación de la prospección visual es sin embargo desproporcionada, en vista de su inocuidad si no conlleva extracción de tierra.

Otro aspecto digno de mención en el artículo 45.1 es la alusión a las actividades arqueológicas subacuáticas como sujetas a autorización foral.

En primer lugar hay que señalar que se trata, como bien indica el precepto, de las actividades que se realicen “*en el ámbito de la C.A.P.V.*”, con lo que se limita notablemente la extensión de las aguas a que afecta la exigencia de autorización.

Pero lo que interesa resaltar primordialmente es que las intervenciones están definidas siempre en referencia al “*terreno*”, (prospección es “*exploración del terreno*” con o sin remoción de tierra, sondeo es “*excavación de reducidas dimensiones*”, siendo así que excavar, según un diccionario al uso⁷⁷³ es “*hacer hoyo o cavidad*” o “*quitar la tierra*”, excavación arqueológica es la actividad de “*desenterrar*”...) de manera que no se encuentran adecuadamente definidas las actividades arqueológicas en el ámbito subacuático.

La exploración de un pecio submarino a la búsqueda de bienes muebles del tipo que fuere, ¿ es una prospección ? ¿ Es una excavación ? ¿ Es acaso un sondeo ? Tal y como se definen en la ley no encaja en ninguna de estas actividades. Si tan solo lo son las que recoge el artículo 45.2, tal y como las define, deberíamos acogernos a la cláusula de cierre de las “*cualesquiera otras que afecten a bienes o zonas arqueológicas o*

⁷⁷³ *Diccionario Básico Anaya de la Lengua*. Ed. Anaya. Madrid. 1991.

paleontológicas” para legitimar la exigencia de autorización de actividades de esta índole en el ámbito subacuático.

Pero el artículo 44 de la L.P.C.V. considera zona arqueológica, “*todo lugar donde existan bienes muebles o inmuebles cuyo estudio requiere la aplicación de la metodología arqueológica*”, es decir que se refiere a bienes de existencia comprobada y necesidad acreditada de aplicación de método arqueológico para su estudio, y conectando este precepto con el 45.1, ¿ qué debemos pensar en relación con las actividades de indagación acerca de tal existencia en el ámbito subacuático. Si no se encuentran definidas en el art.45 o no encajan perfectamente en sus términos, y si no se ha acreditado aún la existencia de bienes afectados ¿ están o no sujetas a autorización foral previa ?

Podríamos concluir de forma similar a lo que señalábamos anteriormente que no parece razonable someter a autorización la mera inmersión submarina, (aún y cuando tenga manifiesta finalidad arqueológica), que no conlleve potencial lesivo para bienes arqueológicos, aunque si la equiparásemos a la prospección sin extracción de tierra debería, *lege data*, ser notificada.

El artículo 45.4 señala que “*la concesión de la preceptiva autorización, así como las obligaciones derivadas de su otorgamiento, serán reguladas por las respectivas Diputaciones Forales por vía reglamentaria*”. Y asimismo que “*en todo caso el titular de la autorización enviará al Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco copia de los informes y memorias preceptivos, así como de los inventarios de los materiales obtenidos, con identificación de la estratigrafía de la que proceden*” .

Nos referiremos inicialmente a este segundo apartado. Habiendo dejado en manos de las Diputaciones Forales la regulación reglamentaria de todo lo relacionado con la autorización, se presupone aquí que la misma se concederá, en su caso, previa aportación por el solicitante de una serie de informes y memorias de ignorado contenido, copia de las cuales debe enviarse al Gobierno Vasco y que deberá existir además un inventario de materiales del que asimismo deberá darse traslado y que deberá incluir la identificación de la estratigrafía de procedencia.

Son varias las críticas que merece esta disposición.

Una inicial viene derivada de que el titular de la autorización deba facilitar al Gobierno Vasco copia de una documentación que ya ha facilitado previamente a otra administración pública, siendo así que el deber de colaboración entre éstas que establece el art.4.3 de la Ley, debería conllevar que si tal documentación revistiese algún interés para la administración autonómica, le fuese facilitada directamente por la foral sin exigir que lo haga nuevamente el interesado.

Se trata pues de una exigencia innecesaria y exorbitante, y por tanto que no debería recogerse en el texto legal, más aún si la consideramos incardinable en el ámbito y objeto propio de una norma reglamentaria, aunque el legislador pretenda garantizar de este modo que el Gobierno Vasco posea la información exigida.

También es reprochable que remitiendo a norma posterior y ajena el desarrollo reglamentario, se condicione el mismo a partir de la presuposición de que debe aportarse cierta documentación con carácter preceptivo. El legislador no se refiere además a la naturaleza y contenido de los informes y memorias, aunque si establece que el Inventario deberá contener como mínimo, junto a la relación de materiales que lo define por esencia, la identificación estratigráfica.

Esto puede plantear problemas si el desarrollo reglamentario foral exige la aportación de documentación no encuadrable estrictamente en el ámbito, (por otra parte muy general), de los “*informes y memorias*” o con respecto a la que pueda establecer sin carácter preceptivo.

La redacción del precepto, aparte de dar pie a que la administración foral pueda escudarse en la obligación impuesta al titular para no facilitar por si misma la documentación al Gobierno Vasco, puede inducir a ella misma o al interesado a no proporcionar aquella documentación que no encaje plenamente entre la descrita en el 45.4.

La primera parte del artículo es por su parte plenamente congruente con lo establecido en el 7.5.b. de la L.T.H. que, como vimos, atribuye a los Territorios Históricos, el “*desarrollo y ejecución de las normas emanadas de las Instituciones Comunes*”, (en el presente caso la L.P.C.V.), en lo que hace a la “*conservación mejora, restauración, o, en su caso, excavación, del Patrimonio Histórico Artístico Monumental y Arqueológico*”. Es sin embargo una alusión prácticamente singular, por cuanto la Ley de Patrimonio Cultural Vasco no se refiere en otros apartados al hipotético desarrollo de sus normas que correspondería según la L.T.H. a los órganos forales.

De todas maneras el legislador mantiene una postura un tanto errática en lo que respecta al respeto de lo dispuesto en la L.T.H. y a la coherencia con esta remisión a la regulación foral reglamentaria de lo relativo a las condiciones de concesión de la autorización, por cuanto el art.45.6, dispone, en lo que no deja de ser una obviedad, que “*las autorizaciones para realizar actividades arqueológicas y paleontológicas deberán ser denegadas por las Diputaciones Forales en los casos en que no concurra la capacitación profesional adecuada o el proyecto arqueológico presentado resulte inadecuado para la intervención pretendida*”. Volveremos sobre la cuestión al analizar el desarrollo foral de este particular capítulo.

El artículo 45.5 establece que *“en los casos en que la actuación arqueológica se haga necesaria como consecuencia de cualquier tipo de obras que afecten a zonas o bienes arqueológicos calificados y a los inventariados, el promotor deberá presentar el correspondiente proyecto arqueológico ante la Diputación Foral correspondiente para su aprobación previa a la ejecución de aquellas”*.

También fija que *“su financiación correrá a cargo del titular de las actuaciones afectantes en el caso de que se trate de entidades de derecho público”* pero que *“en caso contrario, la Diputación Foral correspondiente participará en la asunción de los gastos mediante la concesión de ayudas en los términos que se fijen reglamentariamente, a no ser que ejecute directamente el proyecto que estime necesario”*.

En todo caso, *“la Diputación Foral estará obligada a satisfacer el 50 por 100 del monto total que suponga la actuación arqueológica”*.

Es importante resaltar que en sede de patrimonio arqueológico se produce una importante modificación del régimen general de protección de la L.P.C.V. que ya hemos analizado. No solo con respecto a los bienes calificados sino también con respecto a los inventariados es preciso obtener la autorización administrativa previa, (aprobación del proyecto), de la Diputación Foral para realizar *“cualquier tipo de obras”*, mientras que con carácter general respecto de los bienes inventariados se exigía tan solo la comunicación previa concediendo facultad suspensiva temporal a la administración.

Esta disposición es absolutamente coherente con el hecho de que se exija autorización para realizar cualquier intervención arqueológica. No sería lógico que se precisase autorización para desarrollar una intervención arqueológica sobre un bien por profesionales especializados y pudiese desarrollarse cualquier obra que lo afectase irremediablemente sin necesitar la misma.

Sin embargo, el precepto establece por un lado que la Diputación Foral participará en la asunción de gastos en los términos *“que se fijen reglamentariamente”* y por otro que estará obligada *“a satisfacer el 50% del monto total que suponga la actuación arqueológica”*, ¿ es esto coherente ? A nuestro juicio, no.

La remisión reglamentaria que, recordaremos una vez más, no implicaría sino el respeto y cumplimiento de lo dispuesto en la L.T.H., se ve extraordinariamente limitada por la predeterminación legal de uno de sus aspectos más relevantes, el de la cuantía de la subvención a conceder.

Es perfectamente legal, dada la identidad de rango entre ambas leyes, pero imponer un porcentaje fijo es incoherente e inadecuado, aún y cuando solo fuese porque los

costes del proyecto en relación con la intervención arqueológica a desarrollar pueden ser muy diferentes y con ello la necesidad de colaboración administrativa.

Pensemos en una pequeña explotación agrícola, (baserri), que precise ampliación o reforma, frente a una promoción inmobiliaria urbana que proyecte la construcción de decenas de pisos, el importe de la actuación arqueológica en relación con los costes totales será bien distinto.

Como no podía ser de otra forma, la L.P.C.V. también hace referencia a las intervenciones infractoras de lo dispuesto en la misma. Con independencia de lo que se dispone en el capítulo relativo a sanciones, al que en su momento nos referiremos, el artículo 46 proclama que *“serán ilícitas las actuaciones arqueológicas y paleontológicas realizadas sin la preceptiva autorización, incluso en aquellos casos en que, no teniendo por fin el estudio del interés arqueológico y paleontológica, sino cualquier otro ajeno a estas ciencias, quede afectado el patrimonio arqueológico y se demuestre el conocimiento de la existencia de éste por quien actuó”* y *“las realizadas contraviniendo los términos en que ha sido concedida la autorización”*.

Nada diremos respecto del segundo apartado, pero si que no podemos dejar pasar la oportunidad de realizar algunas consideraciones en torno al primero. El legislador se equivoca, a nuestro juicio, cuando menciona como condición para la ilicitud, tras la ausencia de autorización un supuesto que exige la acreditación del conocimiento de la existencia del patrimonio arqueológico.

Vaya por delante, en primer lugar, que la referencia debería ser a la posibilidad de conocimiento, toda vez que en caso contrario se ampararían negligencias o incluso voluntades de no conocer, sabiendo que la ignorancia excusa. Pero es que estaremos en todo caso ante circunstancias atenuantes o eximentes de la responsabilidad, que deben tratarse en otro ámbito.

Si es ilícita la actuación que carece de autorización, toda la explicación adicional del art.46.a es superflua e induce peligrosamente a confusión y a desvirtuar la indudable conclusión que debe obtenerse de la taxatividad de la afirmación inicial.

Si lo que pretende evitarse es que no se entienda que *“actuación arqueológica”* no incluye las que se realicen sobre el patrimonio arqueológico derivadas de obras o sin interés investigador, puede evitarse refiriéndose a ellas como hace el artículo 45, supuesto que hiciese falta y no fuese una conclusión que se deriva ya de la exigencia autorizatoria de ese artículo.

La regulación del patrimonio arqueológico finaliza en la L.P.C.V. con un artículo, el 50, que en su primer apartado faculta a las Diputaciones Forales para *“ejecutar directamente cualquier intervención arqueológica en cualquier lugar en que se conozca*

o presuma la existencia de restos de interés arqueológico o paleontológico, actuando a tal efecto de conformidad con el principio de celeridad y procurando causar el menor daño posible”.

Es ésta una de las disposiciones clave en la protección del patrimonio arqueológico. Se fundamenta en el interés general existente en conocer la envergadura y dimensión real de los bienes o restos arqueológicos, que no olvidemos se caracterizan como dominio público, para a partir de ahí adoptar las medidas de tutela que correspondan e incardinarlos, en su caso, en alguno de los regímenes jurídicos establecidos en la ley, por lo que tiene una enorme potencialidad tuitiva.

Podría considerarse una traducción al ámbito arqueológico de la facultad de ordenar intervenciones, y ejecutarlas subsidiamente que recoge el art.20.3, si bien, en la línea general de la ley de incrementar las facultades administrativas en la protección de los bienes culturales de procedencia arqueológica con respecto a los restantes, sin sujetarla a que se hayan causado previamente daños ilícitos.

Otra particularidad que distingue la protección en sede arqueológica de la ordinaria, (aún y cuando haya que recordar lo que sosteníamos en relación con las posibilidades de actuación administrativa en bienes no calificados ni inventariados), es la de que el ámbito en el que puede la administración ejecutar intervenciones de motu proprio se extiende a los lugares de presunción, no ya solo a aquellos en que la certeza del interés de los bienes haya conducido a su inclusión en alguno de los regímenes jurídicos de protección.

La referencia al principio de celeridad y a la causación del menor daño posible enlazan directamente con la previsión que les sigue de que *“la indemnización de estas actuaciones, en el caso de que supongan daños económicamente evaluables, se realizará conforme a lo previsto en la Ley de Expropiación Forzosa para las ocupaciones temporales”.*

Ni qué decir tiene que no era estrictamente necesario mencionar ambos principios, por cuanto rigen siempre la actuación administrativa en espacios de titularidad privada, aún y cuando el recordatorio legal sea pueda ser útil para debida información y conocimiento de los interesados.

El 2º apartado del artículo 50 también faculta a las Diputaciones para *“ordenar la ejecución de las intervenciones arqueológicas necesarias, previa presentación y aprobación del proyecto arqueológico correspondiente, respecto de zonas arqueológicas calificadas o inventariadas cuya conservación o documentación peligre por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 45.5”.*

En estos casos, *“la financiación del proyecto arqueológico correrá en su totalidad a cargo del infractor”*. Entre tanto, *“podrán ser suspendidas cautelarmente las actuaciones que hacen peligrar el patrimonio arqueológico”* y *“estos efectos serán independientes de la sanción que, en su caso, pueda recaer”*.

Es éste un apartado que puede generar notable confusión si se procede a su lectura en relación con algunos otros de los ubicados en el mismo capítulo. En principio cabría dudar de su necesidad. Si se ha autorizado la ejecución directa de cualquier intervención en el apartado anterior, hay que considerar incluidas las que se señalan en éste, con el agravante de que la alusión al incumplimiento del art.45.5 puede hacer dudar de que sea factible en el resto de casos, contradiciendo lo que señala la norma inmediatamente precedente.

Lo mismo cabe dudar en referencia a la suspensión, si tenemos en cuenta lo dispuesto en los artículos 20.2 y 46, aunque en este caso la reiteración no genera contradicción alguna y es por tanto perfectamente admisible.

Tan solo hay una aportación, que entendemos es la que justifica el precepto pero que podía haberse incluido de forma más sencilla y sin generar tal dosis de confusión, la relativa a la diferente financiación de los costes. En efecto, en el supuesto del artículo 50.2 la financiación corre íntegramente a cargo del infractor, mientras que aún y cuando expresamente no se señale, hay que entender que en el del 50.1 es la administración foral la que debe hacerse cargo del coste íntegro.

8.1.4. Los espacios arqueológicos.

La L.P.C.V. no solo regula las actividades arqueológicas sino que define determinados espacios, caracterizados por una presencia en ellos de bienes arqueológicos que les confiere una determinada singularidad.

El artículo 44 afirma que *“se entiende por zona arqueológica todo lugar donde existan bienes muebles o inmuebles cuyo estudio requiere la aplicación de la metodología arqueológica”*, añadiendo que *“los conjuntos de ruinas y restos arqueológicos sometidos a visita pública tendrán la consideración de parque arqueológico”*. Son dos pues los espacios, zona y parque, que la Ley toma en consideración a efectos de proteger los bienes que en ellos se encuentran.

Tal y como se encuentra definido en este artículo 44 el concepto de zona arqueológica equivale prácticamente al de bien de interés arqueológico. La definición como *“todo lugar en el que existan bienes”*, no presupone necesariamente una determinada extensión ni una determinada concentración, de modo y manera que podría

calificarse como zona arqueológica un solo yacimiento o bien sin malinterpretar el sentido legal del concepto.

Esto último, además de una retorsión del significado usual del término "zona" que comprende simultáneamente cierta extensión territorial, delimitación espacial y presencia reiterada de elementos, convertiría el concepto en inútil, pues nada aporta la protección zonal cuando se dispone ya de la individual que abarca todo el perímetro de la zona.

Si parque por otra parte es "*el conjunto de restos sometidos a visita pública*" y los bienes sometidos a la misma son los bienes calificados, (art.24.3), hubiese sido mucho más sencillo definir parque como conjunto de bienes arqueológicos calificados, a menos que lo que se pretenda sea que cualquier conjunto arqueológico visitable, en razón de su calificación o tan solo de sus condiciones de conservación o titularidad, se considere como tal con independencia del interés real de lo que en él se encuentre.

Como señala acertadamente Orejas Saco del Valle⁷⁷⁴ "*la denominación "parque arqueológico se ha ido generalizando, pero su uso no está exento de problemas, debido, básicamente, a la ausencia de un acuerdo sobre su contenido"*.

Se trata de un concepto que surge porque la la concepción objetual del patrimonio arqueológico ligada al museo, "*esta concepción de raíces decimonónicas*", se "*adaptaba mal a las nuevas metodologías arqueológicas*" y arrastra problemas de indefinición "*al oscilar entre la tradicional concepción museística del patrimonio y el modelo tomado de los espacios naturales*".

El Plan Nacional de Parques Arqueológicos de 1986, elaborado por el Ministerio de Cultura, considera definido el parque por 6 aspectos, tratarse de "*un bien inmueble declarado BIC y que incluye su entorno*", "*ofrecer interés científico, histórico y educativo*", contar con un estado de conservación correcto, "*de manera que sea posible mostrarlo al público y hacerlo comprensible*", tener "*la infraestructura de acceso necesaria para que sea posible la visita*", concebirse "*integrando la relación yacimiento/entorno y parque arqueológico/entorno*" y tener por objetivo, "*que marque la planificación e intervenciones*", la "*obtención de la máxima rentabilidad social*".

Sin embargo, a juicio de esta autora, (que compartimos), las leyes de las C.C.A.A. se caracterizan en este terreno porque "*en ninguna de ellas se ha propuesto una formalización jurídica, ni se ha definido, caracterizado ni regulado el funcionamiento del parque arqueológico*".

⁷⁷⁴ OREJAS SACO DEL VALLE A. "*Los Parques Arqueológicos y el paisaje como patrimonio*". ArqueoWeb. nº 3. Abril 2001.

La virtualidad del concepto viene derivada de constituir *“potencialmente una alternativa radicalmente distinta a la musealización de elementos aislados”*, que se presenta *“como un sistema eficaz y abierto para integrar alternativas diversas (itinerarios, centros de información, aulas arqueológicas, señalizaciones sobre el terreno, visitas virtuales...) en un sistema coherente que haga posible una presentación de la rica realidad histórica que sintetiza un paisaje”* y que *“puede convertirse en un instrumento capaz de coordinar e integrar las orientaciones e intereses de los investigadores, de las administraciones responsables del patrimonio y de públicos distintos”*, aunque *“remite directamente al mundo del ocio y del entretenimiento”*.

Sin embargo la regulación de la L.P.C.V. es mucho menos ambiciosa. El régimen jurídico de estos espacios se establece básicamente en el apartado 2º de este artículo 44, que dispone literalmente que *“además de la protección otorgada por el artículo 28 a las zonas arqueológicas calificadas, deberán ser protegidas por los planes de ordenación territorial y urbana las zonas arqueológicas inscritas en el Inventario General de Bienes Culturales en las condiciones que en cada caso establezca el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco, cuyo informe favorable respecto a la protección otorgada por los mencionados planes será preceptivo en las condiciones que reglamentariamente se determinen.*

También se refiere el precepto a una cuestión distinta, cual es la de que *“todo proyecto sometido a evaluación de impacto ambiental según la legislación vigente irá acompañado del informe arqueológico emitido por la Diputación Foral correspondiente, con el fin de incluir en la declaración las consideraciones o condiciones resultantes de dicho informe”* que además *“se entenderá favorable si en el plazo de 15 días no hubiera sido emitido expresamente”*.

Debemos ser sumamente críticos con el contenido de este artículo 44.2. Su tenor literal nos señala que las zonas arqueológicas inventariadas deberán ser protegidas por los planes de ordenación territorial y urbana *“en las condiciones que en cada caso establezca el Departamento de Cultura y Turismo”*.

Recordemos en primer lugar que cualquier actividad arqueológica precisa autorización, (art.45.1), que cualquier tipo de obra que afecte a zonas o bienes arqueológicos inventariados requiere presentar un proyecto arqueológico para su aprobación previa, (art.45.5), que la Diputación puede suspender cautelarmente cualquier intervención que haga peligrar bienes inventariados, (art.32), y que los poderes públicos, (todos ellos), deben velar por la integridad del patrimonio cultural vasco fomentando su protección y enriquecimiento y difusión. (Art.3).

Siendo esto así, la única aportación real del precepto es precisar que la normativa de ordenación territorial y urbana deberá proteger las zonas inventariadas, (obligación que ya tenían), según las condiciones que, sin mayor precisión, fije el Gobierno Vasco, sin saber tampoco a través de que trámite ni instrumento, reclamándose a su vez que el

Gobierno emita informe favorable preceptivo *“en las condiciones que reglamentariamente se determinen”*.

Se omite aquí además, en relación con las condiciones a que debe sujetarse la protección, la exigencia expresa de los trámites procedimentales reclamados para fijar el régimen de protección en los bienes calificados y para proceder al inventario. Se trata pues de un precepto que en si mismo constituye un monumento a la imprecisión y la falta de claridad.

El artículo 49 se refiere a uno de los conceptos más controvertidos de la regulación de la protección del patrimonio arqueológico, cual es el de las “zonas de presunción”.

Establece literalmente el precepto que *“en las zonas, solares, o edificaciones en que se presume la existencia de restos arqueológicos, el propietario o promotor de las obras que se pretendan realizar deberá aportar un estudio referente al valor arqueológico del solar o edificación y la incidencia que pueda tener en el proyecto de obras”*.

El apartado 2º añade que *“una vez realizado el estudio, la Diputación Foral determinará la necesidad del proyecto arqueológico, y a la vista de todo ello otorgará la autorización previa a la licencia de obras”* y además que *“en cuanto a la redacción y ejecución del proyecto arqueológico, se estará a lo dispuesto en el régimen subvencional previsto en el artículo 45.5”*.

Lógicamente cuando hablamos de presunciones, la incertidumbre se sitúa en torno a quien debe presumir y sobre todo en base a que debe presumirse o cuales son los indicios suficientes para entender que se tiene base para ello.

El uso del reflexivo *“se”* parece querer llevarnos a la conclusión de que la presunción, no debe provenir de agente concreto y determinado; que por un lado no debe ser la singular del opinador minoritario a contrapelo de la mayoría, aunque tampoco sea preciso, (se trata de presumir, es decir de que la posibilidad de hallazgo sea razonable), que exista seguridad o certeza de que el mismo va a producirse.

Si nuestra tesis es correcta, no sería estrictamente necesario que la administración hubiese procedido a declarar la presumibilidad, aún y cuando fuese útil a efectos del público conocimiento o de la inexcusabilidad del argumento de ignorancia, sino que bastaría que hubiese noticias suficientes sobre la misma que la diligencia de quien pretende realizar una obra debiese conocer.

En todo caso la administración municipal a la hora de conceder la pertinente licencia podría evaluar la concurrencia de la presunción y con ella la de la necesidad de aportación del estudio.

El precepto hace alusión a que la Diputación “*otorgará la autorización previa a la licencia de obras*”. Es una disposición confusa, tal y como la configura la redacción literal, por cuanto no se ha establecido previamente que tal autorización sea necesaria. (Dejando además a un lado lo técnicamente incorrecto de establecer el mandato de “*otorgar*”, sin matizar, de algún modo, que solamente cuando proceda).

El artículo 45.5 menciona la aprobación de un proyecto arqueológico en el caso de obras que afecten a bienes calificados o inventariados, lo que contrario sensu excluiría la necesidad de la misma en los espacios no incluidos en esos regímenes. Si resulta cierto que se precisa autorización para ejecutar cualquier intervención arqueológica, (art.45.1), solo procedería en las zonas de presunción en caso de que tuviese que desarrollarse una de ellas, y en los términos del art.45.5 no sería tanto una “*autorización previa*” a la licencia de obras, cuanto una aprobación del proyecto que debe acompañarse para obtenerla, en el caso de que el estudio conduzca a la Diputación a determinar su necesidad.

Las consecuencias jurídicas pueden ser diferentes, de ahí que hubiese sido deseable evitar una posible interpretación, que contraria a lo previsto en el art.45.5, por ejemplo, condujese a pensar que las obras en zonas de presunción precisan autorización foral previa para su desarrollo.

8.1.5. Los hallazgos casuales.

El artículo 48 define claramente qué debemos entender por hallazgos casuales cuando dispone que tendrán tal consideración, “*los descubrimientos de objetos y restos materiales poseedores de los valores que son propios del patrimonio cultural vasco que se hayan producido por azar o como consecuencia de cualquier tipo de remociones de tierra, demoliciones y obras de cualquier índole en lugares en que se desconocía la existencia de los mismos*”.

La incógnita que suscita esta definición está íntimamente relacionada con la cuestión que ya apuntábamos en torno a la definición de patrimonio cultural vasco, ¿ cuales son los objetos y restos materiales que “*poseen los valores que son propios*” del mismo ? ¿ Cuales son por tanto los hallazgos casuales que hacen surgir para el descubridor las obligaciones a que hacemos mención seguidamente ?

No podemos, como es obvio, dar respuesta distinta de la que ya dábamos respecto de la caracterización general del patrimonio, por lo que habrá que remitirse a ella, con la dosis de inseguridad jurídica que reconocíamos entonces.

Se exige asimismo para la consideración de hallazgo casual, el desconocimiento anterior de la existencia de los objetos o restos. Una interesante disquisición que puede plantearse a este respecto es la que si ese desconocimiento es únicamente el que pueda padecer el descubridor o se trata de un desconocimiento general y si además debemos reputar de tal el que se extiende también no ya a la seguridad de la existencia del objeto, sino incluso a la mera posibilidad de la misma.

La cuestión no es baladí, porque, además de que del hallazgo derivan determinadas obligaciones específicas para el descubridor, como veremos inmediatamente, determinadas interpretaciones de lo dispuesto en este artículo 48 en relación con lo dispuesto en el art.47.2 pueden conducir a provocar que determinadas conductas y resultados queden fuera del ámbito de uno y otro artículo, en un limbo jurídico de régimen confuso o ignorado.

Hay que resaltar que acreditar el desconocimiento por parte del descubridor constituye una “probatio diabólica”, una prueba imposible, amén de que el uso del reflexivo “se”, parece excluirlo como interpretación lógica del precepto.

Constatar un desconocimiento total y absoluto, que no exista persona alguna que no lo padezca, especialmente si lo referimos no ya a la existencia cierta sino a la mera posibilidad, puede resultar asimismo dificultoso, aunque es desde luego posible.

Parece pues que el desconocimiento jurídicamente útil debiera ser aquel que tiene carácter generalizado, aquel que padecen por ejemplo las instituciones públicas encargadas de velar por la protección del patrimonio, como consecuencia de que nadie haya prestado testimonio público anterior sobre esa existencia real o posible.

El artículo 47.2 establece que *“los descubridores deberán notificar a la Diputación Foral correspondiente los hallazgos y resultados obtenidos en el plazo que reglamentariamente se prevea cuando se trate de actividades arqueológicas y paleontológicas autorizadas”*.

Si se tratase de actividades carentes de autorización, y no pudiésemos considerarlas como hallazgos casuales en razón de la existencia de ese conocimiento previo, desconoceríamos cual es el régimen aplicable. De ahí que lo más congruente con el espíritu de la Ley sea el considerar que se refiere al desconocimiento general y que por tanto, en la medida en que todas las intervenciones arqueológicas precisan de autorización y que la L.P.C.V. va a establecer junto a los bienes calificados e inventariados unas *“zonas de presunción”*, esas actividades no incluidas en el art.47.2 por no contar con autorización, producirían siempre hallazgos casuales, aplicándose con ello el art.48.

El descubrimiento “casual” *“deberá ser notificado inmediatamente a la Diputación Foral o al Ayuntamiento correspondiente”*. En todo caso, *“el Ayuntamiento deberá ponerlo en conocimiento de la Diputación Foral en un plazo de 48 horas”*.

Es claro pues que existe diferente régimen de obligaciones en los hallazgos casuales respecto de los producidos en las intervenciones autorizadas, toda vez que en éstas el plazo de comunicación, solo prevista además a la Diputación Foral, se remite a lo que disponga el desarrollo reglamentario, por cierto aún no producido sobre este particular, mientras que en hallazgos casuales la notificación debe ser inmediata y es factible al Ayuntamiento, que a su vez y aunque no se indique expresamente el momento de inicio del cómputo del plazo, debe comunicarla a Diputación en 48 horas desde que tuvo conocimiento de ella.

Cabe además en el supuesto de hallazgo fruto de *“remoción de tierras u obras de cualquier índole”* que *“la Diputación Foral o, en caso de urgencia, los Alcaldes de los municipios respectivos notificando a dicha Diputación en el plazo de 48 horas (supuestamente desde la adopción de la decisión) podrán ordenar la interrupción inmediata de los trabajos, por plazo máximo de quince días”*, paralización que *“no comportará derecho a indemnización alguna”*.

La Diputación si podrá mantener la suspensión *“para realizar la actuación arqueológica correspondiente”*, en cuyo caso *“se estará a lo dispuesto en la legislación general sobre la responsabilidad de las administraciones públicas”*.

Una cuestión que puede plantearse a la vista de lo que literalmente se dispone es si el mantenimiento de la suspensión cabe exclusivamente en tanto se realice la actuación arqueológica o no está tan estrictamente vinculado a ella.

En principio una suspensión indefinida, no sujeta a plazo temporal tal y como la que se establece, repugna a la seguridad jurídica. Parece que su objeto es exclusivamente realizar la intervención, por lo que ésta debería llevarse a cabo con carácter inmediato y la suspensión mantenerse exclusivamente mientras se desarrolla.

No hay que olvidar que la administración dispone de otras vías, en función de la relevancia e interés de lo hallado para proteger los bienes arqueológicos que puede calificar o inventariar y en su virtud incluir en un régimen jurídico diferente. El hecho de que el perjuicio de la suspensión sea indemnizable no es óbice para manifestar que no es jurídicamente deseable, justificándose únicamente en virtud de su necesidad para la tutela de otro bien jurídico prevalente.

El precepto también señala que *“las Diputaciones Forales asumirán los costes de redacción y ejecución del proyecto arqueológico salvo que el Gobierno Vasco incoe*

expediente para calificar o inventariar el bien afectado, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 45.5”.

En este caso, lo que no alcanzamos a entender es porqué las Diputaciones deben asumir el importe total de la intervención arqueológica, mientras que en el supuesto de obras que afecten a zonas inventariadas o calificadas, solo debe hacerlo en la medida en que se establezca reglamentariamente o en el 50%. El objeto de ambas intervenciones es el mismo, conocer la real dimensión del valor arqueológico del yacimiento, en un caso ante la evidencia de estudios anteriores que han originado la calificación o inventario, y en otro ante la evidencia de un hallazgo que puede originarlas.

Podría oponerse que existe la diferencia entre la afectación derivada de un acto administrativo firme, que si conlleva limitaciones respecto del ejercicio de las facultades dominicales también proporciona, (o debería hacerlo ex-lege), contraprestaciones con propósito compensatorio, y una situación de hecho no conocida ni prevista por el particular y cuyo coste no debería soportar; pero amén de que la misma circunstancia concurre en el caso del titular anterior a la calificación o inventario, queda en manos del Gobierno Vasco a través de la mera incoación de expediente “ad casum”, el definir cual es el coste de que debe hacerse cargo la Diputación afectada lo que no parece ni jurídicamente ni desde el punto de vista de la colaboración interinstitucional lo más adecuado, dejando a las administraciones forales subordinadas y sometidas, finalmente, a las horcas caudinas de la voluntad gubernativa. Tan solo un posible incentivo al descubridor para evitar la ocultación de hallazgos, explicaría razonablemente esta diferenciación que no obstante debería articularse de otro modo.

El apartado 3º de este artículo 48 señala que *“los objetos y restos materiales de interés arqueológico o paleontológico descubiertos casualmente deberán ser mantenidos en el lugar en que han sido hallados hasta que la Diputación Foral dictamine al respecto”*. Solo *“excepcionalmente, en el caso de que corran grave peligro de desaparición o deterioro deberán ser entregados, si la naturaleza del bien lo permite”* en el museo territorial a que alude el art.47.3.

Nada habría que oponer a esta norma si no fuese porque la fragilidad del patrimonio cultural de procedencia arqueológica hará que la excepción se convierta en regla y que en la mayoría de las ocasiones los objetos y restos descubiertos casualmente corran grave peligro de desaparición o deterioro.

En cualquier caso, además, *“si la naturaleza del bien lo permite”*, debe, en nuestra opinión, ser interpretado exclusivamente en orden a su movilidad y no en el sentido de que producida una vez ésta se oponga a la entrega al museo los riesgos de una segunda, desde donde se encuentre en ese momento.

La L.P.C.V. ha optado por premiar de algún modo al descubridor, por más que nos estemos refiriendo a resultados producto del azar, y no tanto de intervenciones para las que hubiese debido de contarse con autorización y que se someten a distinto régimen.

Así el apartado 4º atribuye al *“descubridor y el propietario del lugar en que hubiese sido encontrado de forma casual el objeto”* el *“derecho a percibir del Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco, en concepto de premio en metálico, una cantidad igual a la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya, que se distribuirá entre ellos por partes iguales”*, exceptuándose eso si, el hallazgo de partes integrantes de las estructura de un inmueble calificado o inventariado.

Dejando a un lado el problema, (no menor), de la tasación “legal” de bienes tan singulares, no se justifica, a nuestro juicio, la inclusión del propietario de forma diferenciada del descubridor, ni la distribución a partes iguales del importe del premio. Amén de que puede resultar, en el caso de objetos muebles, difícil de acreditar el verdadero lugar del hallazgo en caso de discrepancia entre ambos, lo lógico sería dejar que sea el propietario quien permita o no que en su propiedad se introduzcan terceros y asuma con ello el riesgo de que descubran casualmente bienes arqueológicos, previo acuerdo o no entre las partes sobre el destino de un hipotético premio.

Como es lógico, (art.48.5), *“el incumplimiento de las obligaciones previstas en este artículo privará al descubridor y, en su caso, al propietario, del derecho al premio indicado, y los objetos quedarán depositados en los centros mencionados en el apartado 2 (en realidad es en el 3º) con independencia de las sanciones que en su caso procedan”*.

El art.47.3 dispone que *“los bienes hallados como consecuencia de actividades autorizadas deberán ser depositados en los museos territoriales correspondientes o centros que a tal fin se designe por el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco y solamente podrán ser trasladados a otros centros con su autorización.*

El régimen que afecta a estos bienes es pues diverso del de los descubiertos casualmente. Mientras aquellos deben ser mantenidos en el lugar de hallazgo hasta que la Diputación dictamine, salvo grave peligro, éstos deben ser depositados en los museos o centros designados. El fundamento de la distinción debe encontrarse sin duda en que tratándose de una actividad autorizada debe existir un responsable cualificado y un proyecto arqueológico que garanticen la tutela y conservación debidas en tanto se procede al depósito, que, por otra parte, no tiene necesariamente en tales casos carácter inmediato, responsable y proyecto que evaluarán, desde la perspectiva científica, si procede el mantenimiento o el traslado al centro correspondiente.

En una ley tan reglamentista en tantos de sus apartados en los que descende a la especificación de plazos, trámites y porcentajes, llama la atención, sin embargo, que no se fije aquí plazo alguno para depositar los bienes en los museos. Tan solo se establece

que *“transcurrido el plazo de dos años para la presentación de la memoria provisional correspondiente a cada actuación, éstos quedarán a disposición del público en general con el fin de facilitar otros estudios e investigaciones”*, disposición tendente de forma manifiesta a proteger derechos de propiedad intelectual y esfuerzos investigadores.

Resulta harto curiosa además la referencia a una memoria provisional de contenido ignoto y necesidad no establecida en precepto legal alguno y a un plazo de efectos no menos desconocidos cuanto la L.P.C.V. carece de mención anterior o posterior al mismo.

Tampoco se dice ante quien debe presentarse la tal memoria, aunque de lo dispuesto en el art. 45.4 pueda deducirse que es ante la Diputación Foral correspondiente.

8.1.6. El depósito de bienes arqueológicos y paleontológicos.

El Decreto 341/1999, de 5 de Octubre, del Gobierno Vasco, se refiere a las *“condiciones de traslado, entrega y depósito de los bienes de interés arqueológico y paleontológico descubiertos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco”*.

Es por tanto el ineludible elemento de referencia a la hora de analizar el régimen a que están sujetos este tipo de bienes desde que se advierte su existencia. Se fundamenta, como no podía ser de otro modo, en la obligación de depósito que establece el artículo 47.3 de la L.P.C.V. para el caso de actividades autorizadas y el 48 para el de los hallazgos casuales.

Volvemos a encontrarnos aquí con la delicada cuestión competencial repetidamente aludida, toda vez que no existe atribución expresa al Gobierno Vasco de la facultad de desarrollo reglamentario en ninguno de los preceptos reseñados, y si en cambio, un precepto de igual rango legal, el art.7.b.5 de la L.T.H., que atribuye el *“desarrollo y la ejecución de las normas emanadas de las Instituciones Comunes”*, a los órganos forales.

En todo caso, el objeto del Decreto, según se define en el art.1 es *“regular las condiciones de traslado, entrega y depósito en los museos territoriales correspondientes o centros designados por el Departamento de Cultura del Gobierno Vasco de los bienes de interés arqueológico y paleontológico hallados de forma casual o como consecuencia de actividades autorizadas en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco”*.

La obligación de entrega de los bienes, (art.2), corresponde al Director de la intervención autorizada o a la Diputación Foral correspondiente “*en caso de actividades arqueológicas realizadas directamente por la misma*”.

No alcanzamos a comprender la razón de la distinción, toda vez que las actividades desarrolladas por la Diputación también requieren de la presencia de un Director y que la atribución de responsabilidades a órganos pluripersonales contribuye al retraso en el cumplimiento y a la dilución de esa misma responsabilidad.

En el caso de hallazgos casuales, “*el descubridor tiene la obligación de notificar el descubrimiento a la Diputación Foral o al Ayuntamiento*”, siendo la responsabilidad del depósito de la propia Diputación, salvo que “*se señale la procedencia de autorizar una intervención arqueológica o paleontológica*”, en cuyo caso corresponderá al Director de ésta.

Con todo, el supuesto más normal de hallazgo casual que origine un depósito, puesto que supone la presencia de un bien extraíble de su contexto territorial sin la utilización de medios agresivos, es el que se plantea en el art.2.3 que dispone que cuando los restos u objetos “*corran grave peligro de desaparición o deterioro*”, (que será siempre el caso si son extraíbles de forma sencilla y el acceso al lugar no se encuentra restringido), “*el descubridor deberá entregarlos, si su naturaleza lo permite, en el lugar designado por el Departamento de Cultura del Gobierno Vasco*”.

Llama la atención, a este respecto, la referencia al “lugar”, frente al “museo territorial” o “centro” a que alude la L.P.C.V, mención en cualquier caso desprovista de significado a la luz de lo que posteriormente se señala y la incongruencia de establecer en este supuesto que debe procederse a la entrega, mientras que el art.4 solo se refiere a la notificación inmediata del descubrimiento a la Diputación, para que lo ponga en conocimiento del Gobierno Vasco en 48 horas.

Cabría entender referida la obligación de notificación, (obviamente subsumida en la de entrega), solo para el caso de que la entrega no fuese posible, por no permitirlo la naturaleza a que alude el art.2.3., salvándose así la incongruencia, pero nada de eso se indica en el art.4.

De forma novedosa, el art.3 establece que el Centro de Patrimonio Cultural Vasco elaborará una relación de descubrimientos, ordenada cronológicamente, que incluirá la identidad del descubridor o del Director de la intervención, el tipo de hallazgo, la localización, la fecha de aparición, el “*museo territorial o centro designado para el depósito*”, diferente referencia a la del artículo anterior, y unas ignotas “*autorizaciones para constitución de depósitos temporales*”, no sabemos si referidas al lugar de depósito, o a eventuales transferencias de lo depositado a otros centros.

En lo que se refiere a hallazgos en intervenciones autorizadas, el Director deberá notificar el descubrimiento, *“en un plazo máximo de quince días desde la finalización de la intervención arqueológica autorizada”*.

Puede plantearse aquí una importante controversia en torno a cuando se produce el final de la intervención autorizada, si cuando finaliza propiamente el trabajo de campo, o cuando finaliza el análisis o la investigación de los bienes o materiales hallados. Si la autorización está sujeta a plazo, no cabe duda de que con el final del mismo comenzará a contar el previsto en este precepto, pero esto no suele ser habitual.

Aunque implícitamente de la naturaleza y procedimiento autorizatorio podría deducirse la vigencia anual de la autorización y su necesidad de renovación a partir del 31 de Diciembre de cada año, (y así cabe entenderlo de lo que proclama el art.7.1 “in fine” en torno a que *“cada campaña o cada año supone una autorización diferente”*), la práctica administrativa es otra distinta y en ningún caso se impide la realización de actividades arqueológicas autorizadas por el hecho de que haya finalizado el ejercicio en el que se concedió la autorización correspondiente.

El cómputo del plazo a partir de la finalización de investigaciones o análisis deja el mismo a expensas de la voluntad de los Directores y puede contradecir el espíritu tuitivo inmediato del precepto. Y sin embargo, en caso contrario, pueden dificultarse sobremanera los análisis e investigaciones y desincentivarse la realización de intervenciones.

Creemos que el Decreto pretende el cómputo a partir del momento en que finalice el trabajo de campo, por cuanto el artículo 7 dispone la obligatoriedad de la entrega de los bienes *“en el plazo máximo de un año desde la finalización de los trabajos de campo de cada intervención arqueológica autorizada, acompañados del correspondiente inventario provisional o definitivo”*.

No somos capaces de entender el sentido de la referencia a un inventario *“provisional o definitivo”*. Parece evidente que la obligación de entrega alcanza a todos los bienes hallados, y que en lo que se refiere a ellos debe existir un único inventario *“definitivo”* y que debe corresponderse con el conjunto de elementos entregados, lo que corresponde verificar a quien recibe el depósito.

No cabe excluir bienes del depósito, (y por tanto del inventario), y solo deben producirse modificaciones en él derivadas de que en el momento de la entrega no exista la correspondencia total mencionada.

Estas eventuales modificaciones, que no tienen por qué producirse, no justifican la caracterización del inventario como *“provisional”* ni la previsión de la existencia de uno hipotético posterior. Cuestión distinta es que, con posterioridad a esa entrega, se

produzcan nuevos hallazgos, (en el marco, por ejemplo y como será lo más lógico, de una nueva intervención autorizada), pero se tratará entonces de un inventario distinto que corresponderá a una intervención asimismo distinta.

Cabe entender que se esté pensando en la dificultad de realizar un inventario exhaustivo, y de que se admita uno “provisional” en la que los bienes se encuentren descritos por conjuntos o categorías y no de forma individualizada, y que de ahí se derive la necesidad de un segundo inventario.

Creemos a este respecto que el plazo de un año, y más todavía tratándose de intervenciones autorizadas en las que cabe presumir, (y exigir), una cualificación profesional suficiente como para realizar un inventario adecuado, es más que sobrado para poder realizar un inventario definitivo, siquiera esté, como cualquier otro de idénticas pretensiones, a expensas de los efectos del transcurso del tiempo y la evolución de los conocimientos.

Si los bienes estuviesen pendientes de análisis, (por ejemplo de carbono 14), que no puedan realizarse en tal plazo, no será ello óbice para su descripción individualizada, aunque pueda modificarse la misma, como en cualquier otro inventario por el efecto de estos factores señalados.

El Decreto no solventa además las incógnitas que deja la L.P.C.V. en orden a la definición de qué debemos entender por “*descubrimiento*”, y a las que ya nos hemos referido.

El artículo 5 establece que hasta que los objetos sean entregados en el museo territorial correspondiente o centro designado al efecto, al descubridor y/o director “*les será de aplicación la normativa del depósito legal*”. Se echa a faltar en este precepto una mayor definición del sentido en que tal normativa les es aplicable.

El artículo 6 establece la obligación de mantener inmovilizados los bienes en el lugar del hallazgo casual, a disposición de lo que, en un plazo de 10 días, determine la Diputación Foral.

Sin perjuicio, desde luego, de lo dispuesto en el art.2.3, y reiterado en el art.7.3 en el sentido de que en caso de grave peligro de desaparición o deterioro debe procederse a la extracción y depósito. Tan solo, como bien señala el art.6.2, se mantiene la obligación de inmovilización, en caso de riesgo de desaparición o deterioro, si a su vez la naturaleza o estado de conservación del bien no permiten su traslado.

La designación de los museos o centros en que se depositarán los bienes, (que debe publicarse en el Boletín Oficial del País Vasco, art.8.4), “*se efectuará teniendo en*

cuenta los criterios de idoneidad y de la existencia de mayores garantías para la debida protección de los bienes, valorándose especialmente la trayectoria de la entidad responsable del museo o centro en la protección, conservación y difusión del patrimonio arqueológico, la cualificación de los medios materiales y personales que el museo o centro destine a la entrega y conservación de los materiales depositados; así como la idoneidad de los locales destinados al depósito de los materiales”. (Art.8.3).

Cabe destacar, en primer lugar, que no se exige la condición de museo o centro público, dependiente de alguna Administración Pública. (Es más el hecho de que expresamente se valore “*la trayectoria de la entidad responsable*”, hace pensar en que se admite “*ab initio*” la idoneidad de depositarios privados.) Mantenemos por nuestra parte un criterio opuesto al de esta disposición.

No hay que olvidar que se trata de bienes de dominio público sobre los que la Administración adquiere una responsabilidad especial, (que está en la base de la imperativa exigencia de depósito que se impone al descubridor o director), que no debe dejarse, salvo en situaciones muy excepcionales, en manos de responsables ajenos a ella misma, por prestigiosos que sean. Corresponde a la Administración garantizar la existencia de un museo o centro público donde pueda procederse al depósito y conservación en las condiciones reclamadas por la ley.

En cuanto a los criterios del precepto, tropezamos una vez con la absoluta indeterminación derivada de la subjetividad de valorar trayectorias, idoneidades, cualificaciones etc, sin expresión de parámetro objetivo alguno que permita el contraste, y en su caso, la crítica.

Tampoco debe librarse de reproches el contenido del artículo 9 del Decreto, “*la Diputación Foral correspondiente, el descubridor de hallazgos casuales o, en caso de investigaciones autorizadas, el Director de las mismas, están obligados a efectuar el traslado al lugar designado por el Departamento de Cultura del Gobierno Vasco, previa adopción de las medidas de seguridad necesarias para evitar el deterioro o perjuicio del hallazgo, de conformidad con las normas del depósito legal*”. Vayamos por partes.

En primer lugar cuando se establecen diversos obligados debe determinarse con claridad la naturaleza de la obligación, si tiene carácter solidario o mancomunado o si alguno de los sujetos responde de forma subsidiaria con respecto a algún o algunos otros.

El precepto no es un dechado de transparencia pero hay que deducir de su literalidad, como por otra parte es obvio, que la responsabilidad del Director se ciñe al supuesto de hallazgos derivados de la intervención autorizada que dirige y la del descubridor al supuesto de descubrimiento por su parte de bienes de carácter arqueológico o paleontológico.

La incertidumbre subyace con respecto al caso de la Diputación Foral, ¿ se restringe su deber de traslado exclusivamente al caso de intervenciones que promueva ? ¿ Es en tal caso su obligación solidario o tan solo subsidiaria con respecto a la del Director de la intervención ? Y ¿ carece de obligación alguna de proceder al traslado la Diputación Foral en los restantes supuestos ?

Nada garantiza el precepto en relación con la compensación, (se omite cualquier referencia al premio al que alude la L.P.C.V. y a si las obligaciones que se imponen al descubridor por poner un ejemplo, deben asumirse con cargo al mismo), a los obligados por los costes que les van a suponer las responsabilidades atribuidas. Puede entenderse la omisión en el caso de la Diputación Foral, dado su carácter de Administración Pública y la existencia de mecanismos de esta índole en sede de distribución de los recursos públicos, pero no así en lo que hace a los restantes sujetos.

Se impone un deber de trasladar, previa adopción de las medidas de seguridad necesarias, en un mundo en el que los riesgos para todo son tan elevados como nuestra ilimitada capacidad destructora. Esto conlleva un coste económico acerca del que nada se dice. ¿ Deben asumirlo descubridor o Director con independencia de posibles premios posteriores, de cuantía por determinar y cobro en fecha desconocida ? ¿ Qué sucede si es preciso recurrir al crédito y con él, (dada la frecuente dilación en el tiempo de los cobros a las Administraciones), el importe de los costes acaba superando el valor de aquellos ? ¿ Se minorra en todo caso el premio al que alude el art.48.4 de la L.P.C.V. por el importe de las obligaciones de traslado, de forma ilegal por cuanto la Ley lo establece sin ulteriores alusiones ?

Teniendo en cuenta que la obligación de trasladar surge a partir de una subjetiva consideración sobre el “*grave peligro de desaparición o deterioro*”, ¿ no se está de este modo incentivando exageradamente la no apreciación del peligro ? ¿ No se está además desincentivando la notificación a la Administración de los descubrimientos, de manera que pueden convertirse en una carga que no interese asumir ?

El artículo 10 se refiere al inventario provisional de los materiales que debe elaborar el Director y que debe incluir los datos referentes al yacimiento, (denominación, municipio de localización, siglas, y año de la intervención de la que proceden las piezas), los datos que permitan la identificación de la pieza en el conjunto, (siglas, contexto y nivel de localización, número de registro...), los datos referentes a naturaleza, técnica de elaboración, tipología y cronología de la pieza, “*con indicación de las peculiaridades de la misma*”, y los relativos al estado de conservación, “*así como la prioridad en la necesidad de consolidación y/o restauración*”.

El Acta de Depósito, (art.11), deberá reseñar los datos identificativos del Director o descubridor, los de la persona a cuya disposición queda el depósito, (responsable del Museo o Centro designado), los que se refieren al lugar de procedencia de los

materiales depositados, la *“naturaleza del hallazgo”*, (especificando si es casual o fruto de actividades autorizadas), una *“somera descripción del bien depositado”*, y la fecha de inicio y fin de campaña y fecha de depósito, que debe realizarse *“de forma adecuada”*, (art.12), entendida como que los bienes hayan *“sido sometidos al tratamiento más conveniente para los mismos, de acuerdo con la naturaleza de éstos”*. (Desde luego que hay que entender que solo al que sea posible en el plazo concedido para proceder a él).

En el caso de primeras intervenciones autorizadas deberá solicitarse la sigla al Centro de Patrimonio Cultural. Los directores deben además, efectuado el depósito, presentar una memoria de la actuación, en el plazo máximo de 2 años. (No se indica a quien, aunque implícitamente, dado que se establece que se envíe copia de la misma al Centro de Patrimonio y que éste la remita al centro de depósito, parece entenderse que será a las Diputaciones Forales).

El art.15 dispone que *“en tanto no se establezca un marco básico de regulación, el contenido de la memoria se someterá a lo que dispongan al efecto las Diputaciones Forales”*. A nuestro juicio tal marco básico, de establecerse por el Gobierno Vasco, constituiría una vulneración flagrante de lo dispuesto en la L.T.H.

Los materiales depositados son puestos a disposición del público, (art.17), transcurrido ese plazo de 2 años antes citado, durante el que *“únicamente tendrá acceso a los materiales arqueológicos y paleontológicos descubiertos, el Director de la intervención autorizada o la persona que dicho Director autorice expresamente”*.

Excepcionalmente puede autorizarse *“el traslado de materiales arqueológicos o paleontológicos para labores de investigación, difusión y restauración”*, (art.18), previa solicitud justificada, que deberá *“indicar el lugar a que se pretende trasladar los materiales y el plazo que se necesita para la realización de los trabajos de investigación, difusión o restauración”*, y proporcionar un informe *“sobre las labores que se pretende realizar, con justificación de los motivos que impiden el estudio del material solicitado en el museo territorial o Centro designado...”*.

La autorización de traslado, que corresponde a la Dirección de Patrimonio Cultural del Gobierno Vasco, (art.20), *“señalará el plazo en que deben (los materiales) ser devueltos al lugar de procedencia, que no podrá exceder en ningún caso, de dos años”*.

Finalmente, la autorización estará siempre condicionada, (art.20.3), a que el investigador o persona autorizada se haga cargo *“de los gastos ordinarios derivados de la conservación y exhibición del bien trasladado”*, y en todo caso *“se prohíbe el sometimiento de los materiales a toda prueba científica o tratamiento que suponga la alteración total o parcial de la integridad del bien”*, sin previa autorización expresa.

8.1.7. La normativa foral de autorización de intervenciones arqueológicas: el Decreto Foral 62/1998 de 12 de mayo de la Diputación Foral de Bizkaia

Cumpliendo el mandato del artículo 45.4, las Diputaciones Forales promulgaron, desde fecha ya lejana en algunos casos, diversas normas que tenían por objeto la regulación de las intervenciones arqueológicas en su territorio y la concesión de autorizaciones para que las desarrollasen terceros interesados.

Paradigmático es el caso de Bizkaia, en el que sucesivos Decretos anuales han ido estableciendo dicha regulación, acompañada de un programa de subvenciones de forma conjunta y simultánea, hasta el año 1998, a partir del cual rige el Decreto Foral 62/1998 de 12 de Mayo en el relativo a las autorizaciones, sin perjuicio de que anualmente otro Decreto Foral regule lo relativo a las subvenciones a conceder en tal período.

Vamos por ello a analizar detalladamente el régimen jurídico del territorio bizkaino en esta materia como ejemplo de política foral de protección del patrimonio arqueológico en desarrollo de las previsiones de la L.P.C.V.

El Decreto Foral 62/1998 determina cuales son las consideradas como intervenciones arqueológicas y se refiere en primer lugar a *“la ejecución de proyectos de obras que sin tener una finalidad arqueológica se realicen en áreas inventariadas, calificadas o de presunción arqueológica”*. Es ésta sin duda una concreción muy procedente del *“cualquiera otras que afecten a bienes o zonas arqueológicas o paleontológicas”* a que se refiere el artículo 45 de la L.P.C.V.

También incluye *“la ejecución de proyectos de investigación que incidan sobre el patrimonio arqueológico mueble o inmueble y sobre el arte rupestre, que pueden estar motivados por la realización de estudios históricos, la ejecución de obras en áreas de interés arqueológico, las necesidades urbanísticas y de planificación de los usos del suelo, (y) los estudios de evaluación de impacto ambiental”*.

Se trata aquí de actividades propiamente de investigación, no ya de obras, pero motivadas por alguna de las necesidades aludidas y que debe entenderse que pueden desarrollarse a través de cualquiera de las intervenciones a que se refiere la ley y que aquí no se definen (prospección, sondeo, excavación, control....)

Un tercer elenco de intervenciones arqueológicas recogidas en el Decreto es el de *“la ejecución de actividades dirigidas a la evaluación y documentación de los hallazgos casuales... que tendrán carácter de urgencia”* .

Finalmente se consideran también intervenciones en el patrimonio arqueológico, “*la ejecución de proyectos dirigidos a la protección, consolidación, restauración, conservación y exposición del Patrimonio Arqueológico Mueble o Inmueble*” y “*cualesquiera otros que incidan de manera directa o indirecta sobre el patrimonio arqueológico de Bizkaia, (publicaciones, consultas al archivo arqueológico, etc...)*”.

Hay varios aspectos a analizar en relación con estos últimos apartados. En primer lugar conviene destacar que lo relevante para la norma es la finalidad de las intervenciones (protección, consolidación, restauración, conservación....) y no tanto la técnica o método a través del que se realicen.

En si mismo esto no es doctrinalmente objetable, todo lo contrario, pero a partir del momento en que todas las intervenciones arqueológicas precisan autorización previa, (salvo la prospección sin extracción de tierra, art.45 L.P.C.V.), puede conducir, si no hay matizaciones ulteriores que no es el caso, a exigir autorización para desarrollar intervenciones que son de por si inocuas para el patrimonio y que por tanto deberían verse eximidas de dicha autorización.

Este es particularmente el caso de las señaladas a modo de ejemplo en el apartado de cierre, que en el caso de las publicaciones tropieza además con otros problemas de legalidad.

En efecto, considerar las publicaciones como intervención arqueológica sujeta a autorización es manifiestamente desproporcionado y excesivo.

En si misma la publicación de datos, opiniones o informaciones en relación con los bienes arqueológicos solo puede causarles un daño indirecto, el de revelar su ubicación y fragilidad, en cuyo caso corresponde a la propia administración pública la adopción de las pertinentes medidas tuitivas, o el de proporcionar información errónea, siempre corregible a través, en su caso, de la de los verdaderos hechos u hipótesis más verosímiles.

Siendo tan indirecta y tan subsanable la lesividad potencial de la publicación inadecuada no se justifica desde el punto de vista patrimonial la sujeción a autorización previa. Pero es que además, es a nuestro juicio claramente inconstitucional, por vulnerar el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica del art.20.1.b de la Constitución y el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción del 20.1.a.

Cabe pensar que lo pretendido en la norma bizkaína no sea tanto constituirse en censor, cuanto garantizar la no publicación hasta tanto se hayan adoptado las pertinentes medidas de tutela efectiva o incluso cabría pensar, (en razón, por ejemplo, de lo que se

señala en el artículo 29 del Decreto), en que el fin de la exigencia de autorización pudiera estar relacionado con la eventual tutela de derechos de propiedad intelectual o de imagen, pero ni la exigencia de autorización administrativa previa es la mejor opción tuitiva en algunos de estos casos, ni la genérica e indeterminada redacción del precepto nos permite objetivamente restringir su aplicabilidad a los supuestos en que pudiera resultar menos desproporcionada.

El Decreto define con mayor precisión cuales son las intervenciones de urgencia en el artículo 12. Dispone éste que *“tendrán consideración de urgencia las intervenciones que se realicen en espacios cuyo interés arqueológico venga determinado por hallazgos casuales (descubrimientos de objetos y restos materiales no previstos en los inventarios al uso) producidos por azar o como consecuencia de cualquier tipo de remoción de tierra, demoliciones u obras de cualquier índole”* y que *“excepcionalmente serán consideradas de urgencia aquellas que tengan por objeto frenar el riesgo de destrucción imprevisto e inmediato de un yacimiento o Bien Cultural”*.

Dos observaciones vienen a cuento de la redacción específica de este artículo. Parece, por un lado, razonable considerar urgente la intervención dirigida a evaluar con precisión el elenco de bienes arqueológicos que puedan existir en torno al hallado casualmente y evitar con ello que del desconocimiento de su existencia o valor deriven perjuicios irreparables para su supervivencia y nuestro conocimiento de los mismos, aunque cupiese preguntarse si la urgencia no debería venir derivada de que pudiesen correr algún peligro, lo que no sucedería si no fuese a alterarse, de forma inmediata, el estado del terreno en que el hallazgo se ha producido.

En todo caso y aunque estén comprendido entre los descubrimientos debidos al azar, hubiera podido quizá hacerse referencia a los que se producen por causas naturales, corrimientos de tierras o desprendimientos, sequías prolongadas en cauces fluviales o marismas, etc...

Por otro lado hay que señalar el equívoco sentido del *“excepcionalmente”* con que comienza el apartado segundo. Habría que objetar desde luego, que todas las intervenciones que *“tengan por objeto frenar el riesgo de destrucción imprevisto e inmediato de un yacimiento o Bien Cultural”* deberían ser consideradas de urgencia, y que esto no debería suceder *“excepcionalmente”* sino en todos los casos.

Sin embargo parece más bien que el legislador foral presupone que los supuestos en que será necesario intervenir como consecuencia de peligros de esta índole, serán excepcionales en relación con las intervenciones debidas a hallazgos casuales e interpretado de este modo no habría nada que reprochar a la utilización de ese adverbio, si bien no compartimos tal presuposición.

Finalmente, la utilización del concepto de Bien Cultural escrito de este modo, con mayúsculas, puede conducir al equívoco de pensar que se restringe a los Bienes Culturales Calificados. Si tal fuese, sería un error, por cuanto el riesgo de destrucción de bienes simplemente inventariados debería conllevar asimismo la consideración de urgencia de las intervenciones dirigidas a paliarlo.

En lo que hace a los estudios de patrimonio mueble, el artículo 14 los define como *“las acciones que se realicen sobre materiales arqueológicos no procedentes de proyectos de intervención en curso sino de antiguas excavaciones (una vez transcurridos los dos años desde su finalización establecidos en el artículo 47.3 de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco), hallazgos fortuitos o cualquier otra acción que no implique excavación y que suponga manipulación o intervención en los mismos”*.

Y precisa acto seguido que pueden ser de dos tipos, *“las que solo supongan el acceso a los materiales y su estudio”* y *“las que supongan intervención directa, manipulación, tratamiento específico o análisis destructivos”*.

Definidos los estudios de patrimonio mueble de este modo, consideramos que no todos ellos tienen el grado de lesividad potencial suficiente como para justificar la exigencia de autorización previa. El acceso a los materiales en el seno de una institución pública, en las condiciones habituales y usuales ofrece, (o debería ofrecer, y caso de no hacerlo no será la autorización la que aporte algo a este respecto), suficientes garantías de inocuidad como para legitimar la exención de tal requisito.

El Decreto Foral establece diferentes requisitos en orden a la identidad subjetiva de las personas que pueden ser autorizadas a realizar intervenciones arqueológicas. Es éste uno de los aspectos en que más claramente se desarrolla en el ámbito foral la normativa autonómica, toda vez que ésta no se refiere en modo alguno a los requisitos subjetivos que deban poseerse para poder desarrollarlas.

Así, el artículo 2 del Decreto, respecto de la ejecución de proyectos de obras que afecten a áreas arqueológicas calificadas, inventariadas o de presunción, señala que *“podrán solicitar las autorizaciones aludidas en el capítulo de referencia, cualquier persona física o jurídica (particulares, empresas, instituciones)”*.

El artículo 7 del Decreto se refiere a las personas que pueden *“solicitar y beneficiarse de las autorizaciones”* para la ejecución de proyectos de investigación sobre el patrimonio arqueológico inmueble.

Son éstas, en primer lugar, *“los licenciados en Historia que acrediten conocimientos y experiencia en arqueología de campo suficientes para afrontar con éxito la problemática histórica y arqueológica que presente el yacimiento”*, (apartado “a”), y *“los licenciados en Historia u otros titulados superiores que, sin experiencia*

arqueológica, necesiten recurrir al método arqueológico para resolver cuestiones planteadas con otras técnicas de investigación”, en cuyo caso “deberán contar, a efectos de la dirección arqueológica del proyecto, con la colaboración de un arqueólogo que acredite su experiencia”. (Apartado “b”).

En lo que se refiere a los estudios de patrimonio mueble, el artículo 15 remite a lo dispuesto en este art.7, con el matiz de que *“podrán acceder también a los materiales los estudiantes universitarios del 2º ciclo, para realizar prácticas en arqueología, antropología o paleontología, siempre y cuando el estudio esté avalado por el director correspondiente, quien será el responsable último ante la administración”*.

Un aspecto directamente relacionado con la responsabilidad que se atribuye al director del estudio es el de la necesidad de su presencia durante el acceso a los materiales por sus dirigidos. Si de la responsabilidad derivase la exigencia de presencia sería más lógico conceder la autorización al Director en lugar de a los estudiantes a quienes parece que se concede según la redacción del precepto.

En el caso de los *“proyectos de protección, restauración, consolidación y exposición del patrimonio arqueológico, mueble o inmueble”*, el artículo 21 dispone que *“podrán solicitar las citadas autorizaciones tanto las personas físicas como jurídicas interesadas en la restauración, consolidación y exposición del Patrimonio Arqueológico -ya sea mueble o inmueble-“*.

Las solicitudes, de todas formas, *“deben ir acompañadas del correspondiente proyecto global de intervención, firmado por un técnico que acredite experiencia y conocimientos de restauración suficientes para afrontar con éxito la intervención sobre el yacimiento, estructuras o materiales”*. El Decreto presupone que el conocimiento requiere *“ser licenciado en Historia (Arqueología), en Arquitectura o en Bellas Artes”*.

Finalmente, en las intervenciones de urgencia tan solo hay referencia expresa a las *“tendientes a evaluar el interés de restos arqueológicos no previstos”, (art.13),* respecto de las que no existe como tal la autorización, por cuanto son ordenadas por el Director de Cultura de la Diputación Foral, *“previo informe y proyecto del Servicio de Patrimonio”*.

Es obvio que la Diputación debería encomendar la intervención a profesional suficientemente capacitado; no obstante el art.13 señala, cautelarmente, que *“la cualificación profesional del responsable de la intervención, así como las obligaciones derivadas serán las expresadas en los artículos 7 y 11 del presente Decreto Foral”*.

Son varias las observaciones que pueden realizarse en relación con los requisitos subjetivos exigidos para poder desarrollar intervenciones arqueológicas autorizadas.

En relación con la ejecución de obras que afecten a bienes arqueológicos hay que señalar que serán normalmente promovidas por personas que no cuentan con experiencia o cualificación arqueológica ni interés investigador, por lo que es lógico que se establezca que cualquier persona física o jurídica puede solicitar la autorización, ante la imposibilidad de prever los requisitos subjetivos que puedan adornar a estos solicitantes.

Pero el contenido de este artículo 2 es sumamente engañoso. El artículo 5 señala literalmente que *“solo serán autorizados los proyectos de obras cuya incidencia en el patrimonio arqueológico sea escasa o nula, bien por no implicar la realización de excavaciones o movimientos de tierra o la modificación de estructuras esenciales”* y que, por el contrario, *“serán autorizados los proyectos de obras, una vez documentada arqueológicamente la zona calificada, inventariada o de presunción, tras la ejecución del correspondiente proyecto arqueológico, regulado en el capítulo II de este Decreto Foral”*.

Dicho de otro modo, lo que se establece aquí es que el contenido del artículo 2 y la posibilidad de que cualquiera obtenga la autorización se limita a los supuestos de incidencia escasa o nula en el patrimonio, mientras que cuando potencialmente exista riesgo de incidencia mayor se nos remite al anteriormente citado artículo 7 que fija requisitos subjetivos diferentes y más restrictivos para la obtención de autorizaciones.

Es pues este artículo 7 el que va a adquirir mayor relevancia y requerir análisis más detallado. Su primer apartado limita las autorizaciones a licenciados en Historia con conocimientos y experiencia suficiente en arqueología de campo.

La normativa ha variado sustancialmente a este respecto en relación con los primeros decretos forales que regularon la materia. En ellos se preveía la posibilidad de que personas que no contasen con la licenciatura en Historia, pero que acreditasen experiencia suficiente en actividades de la misma índole de la que fuesen a desarrollar, pudiesen ser autorizadas. Esa posibilidad se ha excluido en este Decreto 62/1998.

También se introducían en esos iniciales decretos, criterios objetivos, fundamentalmente de naturaleza cuantitativa, para acreditar que debe entenderse por conocimientos y experiencia suficiente, lo que ha desaparecido en este último, dejando un excesivo margen de discrecionalidad a quienes deben evaluar la procedencia de la autorización.

Suficiente es un término tan ambiguo e indeterminado que deja en absoluta incertidumbre a cualquier solicitante en relación con la viabilidad de su pretensión. Tampoco parece muy feliz la referencia a la *“arqueología de campo”*. No porque sea un concepto de difícil intelección, aunque no está definido ni en la Ley ni en el Decreto,

sino porque la experiencia debería referirse no ya a la arqueología de campo en general, sino a intervenciones similares a la que pretende llevarse a cabo.

Con respecto al segundo apartado del artículo 7 viene a suceder algo similar a lo que apuntábamos en relación con el artículo 2. Se permite autorizar intervenciones arqueológicas a meros licenciados en Historia sin experiencia arqueológica u otros titulados superiores, pero contando con la colaboración de un arqueólogo que la reúna con lo que se nos remite en definitiva al apartado anterior.

La única diferencia apreciable es la condición de promotor de la investigación que en el segundo caso no reúne el arqueólogo responsable. Como consecuencia de lo que ya hemos señalado, lo manifestado aquí es también aplicable al caso de las intervenciones de urgencia.

Conviene en todo caso subrayar que ni en el Preámbulo del Decreto ni en ninguno de sus apartados se justifica la razón por la que se estima a los licenciados en Historia como los únicos potencialmente cualificados para desarrollar intervenciones arqueológicas, siendo así que hay otras licenciaturas y titulaciones específicas, o puede haberlas, en las que se proporcione la suficiente formación de base, que acompañada de la experiencia permita el desarrollo adecuado de las correspondientes intervenciones.

La tramitación de las solicitudes sigue un procedimiento que se encuentra detalladamente descrito en el Decreto. En el caso de los proyectos de obras *“las solicitudes se presentarán con la descripción del proyecto de la obra”* (art.3), *“expresando detalladamente:*

- a) *las excavaciones que se prevén realizar, representadas además, de forma gráfica en plano acotado, indicando el área afectada, la profundidad y el alcance de los movimientos de tierra”*
- b) *la modificación o demolición de las estructuras existentes, señaladas gráficamente*
- c) *la modificación o demolición de elementos sustentados o secundarios*
- d) *planos de plantas y secciones del estado actual de la zona o edificación objeto de la obra, siempre a una escala adecuada y suficientemente expresiva, de acuerdo con las directrices de la Sección de Arqueología del Servicio de Patrimonio Histórico, así como fotografías*
- e) *cualquier documentación, estudio e informe que se estime conveniente relativo al interés arqueológico del área.*

Las solicitudes son resueltas, (art.5), *“por el Director General de Cultura, previo informe del Servicio de Patrimonio Histórico, en el plazo máximo de 1 mes a partir de su presentación”*, existiendo silencio administrativo negativo para el caso de ausencia de resolución expresa en dicho plazo.

Si *“previo al momento de la resolución de la petición efectuada, el Servicio de Patrimonio Histórico estimara la necesidad de presentar un proyecto arqueológico ajustado a las determinaciones del capítulo II,(el relativo a los proyectos de investigación) el peticionario deberá presentarlo en el plazo de 1 mes desde su requerimiento bajo apercibimiento de que en caso contrario deberá entender desestimada su solicitud”*.

Excepcionalmente, según señala expresamente el Decreto, (art.5.4), la Diputación Foral puede *“condicionar la autorización de la ejecución de la obra a la elaboración de un proyecto arqueológico más amplio en el caso de que la investigación así lo sugiera”* o al *“mantenimiento de las estructuras y restos exhumados, en función de su valor histórico, monumental o didáctico, y en consecuencia, a la redacción de un nuevo proyecto de obra”*.

En las zonas de presunción arqueológica, además, *“el informe del Servicio de Patrimonio Histórico, fundamento de la Resolución, tendrá el carácter del estudio preliminar exigido en el artículo 49.1 de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco”*.

En relación con este procedimiento, tenemos que señalar primeramente que los apartados d y e del art.3, relativos a la documentación a presentar, presentan diversos flancos de crítica.

En lo que se refiere al primero de ellos, no parece que remitir a las directrices de la Sección de Arqueología la *“escala adecuada y suficientemente expresiva”* de los planos sea lo más adecuado.

Reconociendo la posible dificultad de objetivizar la cuestión, no hay que olvidar que nos encontramos ante el supuesto de presentación inicial del proyecto, en un estadio en el que el interesado no tiene porque haber tenido contacto anterior con la Administración, y colocándolo en una situación de incertidumbre que puede conducirle a presentar los planos en escala que no corresponda con lo que demanda ésta, y al indudable gasto posterior de reelaboración de la planimetría, que hubiese podido ser evitado.

Implícitamente parece que la norma garantiza un servicio de orientación previa por parte de la Sección de Arqueología, pero no se recoge expresamente el mandato, ni existiría mejor orientación, que la que lejos de posibles discrecionalidades excesivas, constase claramente en la norma.

Por lo que hace al apartado e, la obligación de presentar cualquier documentación “*que se estime conveniente*”, genera una duda de partida, en torno a quien es el que estima la conveniencia, si la administración o el interesado.

Parece lógico presuponer que la redacción impersonal no pretende ocultar que se trata de la documentación que la administración estime conveniente. En tal caso la excesiva apertura y genericidad de la disposición dejan al interesado a merced del criterio de ésta, que puede reclamarle, (y hacerle sufragar), cualquier tipo de informe, sin que incluso deba someterse a un criterio uniforme, de manera que puede exigirse a determinada intervención en razón de las circunstancias de hecho, documentación diferente que a otra similar.

Tal y como se configura, y prescindiendo del uso razonable o irracional que la administración pueda hacer de la prerrogativa, parece tratarse de una obligación desproporcionada. Con este apartado e, sobrarían en realidad cualquiera de los anteriores, cuya prolija enumeración queda hasta cierto punto sin sentido.

Refiriéndonos ya a la resolución, el apartado que reviste mayor interés es el de la determinación de la necesidad de un proyecto arqueológico, porque se sitúa además como circunstancia legitimadora de la desestimación si no se presenta en el plazo adicional señalado. La norma solo indica que será preciso si el Servicio de Patrimonio Histórico “*estimara la necesidad*”, sin que se determina expresamente razón o motivo alguno, siquiera sea de forma indiciaria.

Una vez más el interesado queda a merced de la administración, que puede exigirle, sin que el Decreto reclame especial justificación, un proyecto que supone la necesidad de recurrir a un técnico especializado y sufragar el correspondiente coste. La norma debería, a nuestro juicio, hacer referencia más precisa a las circunstancias que legitiman la exigencia.

Tampoco alcanzamos a comprender la diferencia entre condicionar la autorización a la redacción de un nuevo proyecto de obra, (art.6.4.b), y desestimar la autorización para ejecutar el presentado. Creemos que en realidad en tal condicionamiento, lo que se está haciendo en realidad es negar la autorización a menos que se modifique el proyecto de manera que se convierta en otro.

En el caso de los proyectos de investigación los interesados deben aportar diversa documentación relativa a ellos mismos y al proyecto que pretenden desarrollar. Respecto a los interesados debe aportarse “*indicación del director científico del proyecto, que responderá ante la Diputación Foral de Bizkaia del correcto desarrollo y ejecución de la intervención, y, en su caso, del subdirector*”, asimismo, “*relación nominal de los técnicos, expresando su cualificación profesional en función de las*

tareas a realizar”, referencia del promotor de la obra “en los supuestos del artículo 45.5 y 48.2 de la Ley..” (sic), “currículum vitae del director o directores científico y/o arqueológico, así como de los miembros del equipo, con la aceptación expresa de la participación de estos últimos en la investigación”.

También se exige presentar *“documentación acreditativa de la posesión por parte del director o directores del proyecto, de la licenciatura en Historia y de su experiencia en arqueología, mediante la aportación de certificados acreditativos de la participación y dirección de excavaciones arqueológicas, así como de las publicaciones y comunicaciones leídas en congresos, jornadas etc”, “autorización por escrito del titular del terreno sobre el que se pretende desarrollar el proyecto o excepcionalmente declaración escrita del solicitante de que se posee” y, finalmente, “cualquier informe de institución oficial que el solicitante estime oportuno para avalar el interés científico del proyecto de investigación o la capacidad técnica del director y equipo”.*

Hay que reprochar a la norma un cierto carácter reiterativo. Varios de los apartados se refieren a datos similares. Si que merece la pena de todos modos hacer hincapié en la exigencia de autorización del titular de los terrenos como garantía de no perjuicio indebido de derechos de terceros en intervenciones autorizadas, aún y cuando, con carácter excepcional, se prevea una vía de escape con una declaración del interesado de que se posee dicha autorización, que es en el fondo una asunción de responsabilidad, ante los no infrecuentes supuestos en que los titulares conceden autorizaciones verbales que se niegan a reflejar por escrito.

Asimismo es destacable la exigencia de aceptación expresa, (hay que entender que escrita aunque no se indique), de los participantes en la investigación, como garantía de que no se utilice la identidad de ninguno de ellos únicamente a efectos de acreditar la solvencia científica, prescindiéndose luego de su colaboración o incluso sin su consentimiento.

Con respecto al proyecto en si mismo la documentación debe contener, en el supuesto de primeras intervenciones una *“descripción detallada...señalando el estado de la cuestión del tema...la problemática histórica que impulsa el recurso al método arqueológico y las hipótesis de trabajo de que se parte”, el “calendario del proyecto global (fases de desarrollo) y de la campaña para la que se solicita autorización”, (para el caso de desarrollo de un proyecto en fases sucesivas), y la “situación del yacimiento o yacimientos sobre los que se pretende intervenir, con expresión de las coordenadas geográficas, municipio y accesos de que se dispone”.*

Del mismo modo los *“objetivos de la campaña y resultados científicos que se espera obtener”, el “área y superficie a excavar o prospectar, señalando los metros cuadrados sobre los que se va a intervenir”, las “técnicas de excavación y registro, adjuntando fichas modelos o sistemas de recogida de la información, tanto en lo referente a estratigrafía como a materiales”, la “posible incidencia de la técnica de trabajo en la conservación de las pinturas y grabados o en el yacimiento”, “cuantos*

datos permitan valorar los posibles problemas de conservación de las manifestaciones artísticas, de sus soportes o del ámbito en el que se localizan”, (supuesto reiterativo con el anterior), “medidas de conservación y protección tras concluir la campaña”, los “medios materiales disponibles”.

También el *“presupuesto detallado de la intervención y relación de las fuentes de financiación, certificando las ayudas existentes o solicitadas, públicas o privadas y la cuantía de las mismas, mediante aval bancario o documentación emanada de las instituciones que la subvencionan”, la “solicitud de la sigla” y la “cartografía” con el “plano de localización a escala 1/5000 señalando los accesos al yacimiento y plano topográfico...señalando su probable extensión y la localización precisa del área donde se va a intervenir”.*

Nos parece digno de reconocimiento y elogio el hecho de que se exija la acreditación del estado de la cuestión, del conocimiento que proporcionan otras fuentes de investigación como requisito previo para la realización de intervenciones arqueológicas.

No deja el método de constituir una técnica sino agresiva, si cuando menos potencialmente arriesgada para la conservación del patrimonio cultural, por lo que es necesario recurrir a ella cuando pueda proporcionar un conocimiento distinto y mejor del que proporcionan las restantes fuentes, o cuando el riesgo sea escasamente relevante en relación al valor añadido de la información que se puede obtener.

Es especialmente acertada la previsión de las medidas de conservación tras la finalización de la intervención de manera que no queden desprotegidos los bienes arqueológicos y expuestos a la intemperie o a la impune agresión de vándalos o ignorantes.

No hay que olvidar que las propias intervenciones se han constituido en un supuesto de evidente riesgo para el patrimonio, cuando han desvelado la existencia de un yacimiento y no previsto la forma de impedir que cualquier pueda acceder al mismo y causar los daños que desee.

A este objeto contribuye también la exigencia de avales económicos que garanticen que las intervenciones no quedan sin concluir, obligando a la administración a gastos excepcionales para su culminación y para evitar los riesgos mencionados.

En el caso de segundas o ulteriores intervenciones, *“en lugar del capítulo referido al estado de los estudios desarrollados en el yacimiento, se deberá incluir la valoración de los resultados obtenidos en campañas anteriores, y a la luz de los mismos, la revisión o modificación, en su caso, del proyecto inicial”.*

En esta línea en las obras debe incluirse además la *“descripción de la obra civil principal que ha motivado la intervención arqueológica y grado que en que puede afectar al patrimonio”*, y si se trata de un control arqueológico *“se deberá explicar detalladamente como se realizará y se ajustará al proyecto de obra”*.

Los criterios de resolución de las autorizaciones se señalan en el artículo 9. Literalmente se afirma que *“solo serán autorizados aquellos proyectos cuyos responsables científicos y técnicos acrediten experiencia y conocimientos en arqueología suficientes para afrontar con éxito la problemática histórica y arqueológica que presenta el yacimiento”*.

La excesiva generalidad del precepto intenta atenuarse señalando que *“en este sentido será preciso acreditar la participación y dirección de excavaciones arqueológicas de yacimientos del mismo período y tipología que los del yacimiento objeto de la intervención, así como la línea de investigación desarrollada por los responsables, lo que se evaluará en función de las publicaciones y comunicaciones presentadas en reuniones científicas o en el ámbito universitario”*.

Para el caso de yacimientos con distintas fases de ocupación *“se evaluará también que la responsabilidad sea compartida entre los especialistas de los distintos períodos representados en el yacimiento”*.

Si interpretamos que las publicaciones y comunicaciones se refieren a la línea de investigación y no tanto a la participación y dirección de excavaciones, como parece deducirse de la redacción, carecemos de criterio acerca de cómo se acredita la participación o dirección de excavaciones, (no existe organismo certificador alguno, por lo que hay que suponer que habrá que remitirse a declaraciones o documentos privados), y acerca del número de participaciones o direcciones que constituyen *“experiencia y conocimientos suficientes”*.

Hay que destacar además que esto no ha sido siempre así. El Decreto Foral 44/1994 de 29 de Marzo, por ejemplo, exigía la acreditación de un número concreto de intervenciones, *“al menos tres direcciones arqueológicas o nueve colaboraciones en excavaciones de yacimientos del mismo período histórico que el del yacimiento en que se pretende actuar”*, (art.2.1), y no meramente como criterio de resolución, sino como requisito expreso para que la solicitud pudiese ser estimada.

Si por el contrario pudiésemos considerar publicaciones y comunicaciones como acreditación de participación, (como parece razonable), nos enfrentaríamos únicamente a la incógnita relativa al número.

Un segundo criterio se expresa en el apartado 2 del siguiente modo “*se favorecerán las excavaciones o proyectos ya iniciados, siempre que su interés haya quedado acreditado a través de los correspondientes informes y memorias presentados ante el Servicio de Patrimonio Histórico*”.

La utilización del término “*favorecer*”, manifiestamente impropio en sede de autorizaciones que como tales no tienen porqué ser excluyentes ni limitadas, y el mismo tenor del precepto, parecen indicar que el criterio expresado está más referido, o debería ubicarse mejor, en el capítulo relativo a las intervenciones a subvencionar, a las que deberían contar en razón de ese interés con la colaboración económica de la administración.

La consideración conjunta de ambos apartados, 1º y 2º del artículo 9, no puede llevarnos a la conclusión de que cumplidos los requisitos de experiencia y conocimiento y presentada la documentación exigida, pueda negarse la autorización por tratarse de una excavación o proyecto novedoso o que carezca de especial interés a juicio del Servicio de Patrimonio Histórico.

El tercer criterio de resolución de solicitudes de autorización se refiere a los supuestos de obras en zonas calificadas, inventariadas o de presunción. Se dispone en este caso que solo se autorizarán las intervenciones cuando “*el proyecto arqueológico presentado y la cualificación profesional del director o directores se adapte a las necesidades del yacimiento*”, según lo establecido en el apartado 1º.

Mayor interés reviste el siguiente criterio relativo, (art.9.4), a que “*solo se concederán autorizaciones en los casos en los que las fuentes de financiación estén garantizadas, mediante aval bancario o certificado de la institución o empresa que subvenciona*”.

Es un evidente acierto, como ya hemos señalado, el condicionamiento de la autorización a que se garantice la ejecución completa del proyecto presentado, de manera que no sea la administración la que se vea obligada a aportar fondos extraordinarios para culminar el mismo o paliar el riesgo en que quede el yacimiento como consecuencia de esa ejecución parcial.

La forma en que debe hacerse es a través, alternativamente a tenor de la redacción, de aval bancario o certificado de la entidad colaboradora. Quizá quepa reprochar al artículo esta alternatividad, en la medida en que ambos instrumentos no proporcionan un nivel de garantía similar, (mucho mayor en el caso del aval), ni se expresa si el certificado debe provenir necesariamente de representante legal de la empresa e implica algún tipo de responsabilidad.

Otro criterio recogido en este artículo 9 que comentamos, es el de que la concesión de autorizaciones, además de al cumplimiento de las obligaciones que se señalan más adelante, se condiciona a que “*se hayan finalizado otras intervenciones autorizadas con anterioridad*”, que “*se darán por concluidas en el momento de la entrega de la Memoria o Informe -en el caso de sondeos- señaladas en el artículo 11*”. Dicho de otro modo, se limita a una sola las intervenciones sin finalizar que puede estar desarrollando una persona con autorización foral.

Es cierto que en este apartado se eliminan las tajantes expresiones con que comienzan los anteriores, (“*únicamente*”, “*solo*”...), pero su tenor es suficientemente expresivo. Más aún si consideramos que el siguiente apartado, (9.6), establece que “*excepcionalmente podrá concederse una segunda autorización de intervención en el campo, aún sin haber presentado la Memoria o Informe exhaustivo de una intervención previa, en el caso de que la actuación propuesta derive de un proceso de obras o esté impuesta por una urgencia*”.

El motivo por el que el Decreto establece esta limitación parece bastante claro. Se trata de evitar que la concesión de diversas autorizaciones, redunde en que el esfuerzo investigador a realizar en torno a cada una de ellas disminuya en calidad e intensidad, especialmente teniendo en cuenta los derechos de propiedad intelectual y/o preferencia investigadora que la normativa va a reconocer a los directores de cada proyecto.

Sin embargo no consideramos acertado establecer la limitación con carácter general. Es perfectamente posible que un arqueólogo pueda desarrollar simultáneamente dos o más investigaciones de campo con total eficacia.

La administración dispone de un muy adecuado instrumento de medida cual es el cumplimiento de las exigentes obligaciones que recoge el artículo 11, por lo que cabría negar segundas o ulteriores autorizaciones a quienes, por haber incumplido lo dispuesto en ese precepto incurriesen en sospecha de negligencia o ineficacia, hubiese dado o no lugar ésta a la revocación de la autorización inicial.

No alcanza muy bien a comprenderse la razón por la que puede compatibilizarse, aunque sea excepcionalmente, una segunda intervención en el caso de urgencia u obras y no en el caso de una investigación ordinaria, a menos que se interprete que la actuación en la obra o urgencia solo puede desarrollarla un determinado arqueólogo en función de su carácter, lo que no nos parece sostenible en un ámbito como el de Bizkaia, en el que siempre habrá varios profesionales capacitados.

El plazo en el que debe emitirse la resolución es de *2 meses a partir de su presentación*”, (art.10), correspondiendo la resolución al Director General de Cultura, y “*debiendo entenderse desestimadas las solicitudes no resueltas en tal plazo, sin perjuicio de su resolución expresa con posterioridad*”, es decir existiendo silencio administrativo negativo, lo que nos parece absolutamente lógica a la vista de que se

trata de actuaciones potencialmente lesivas para el patrimonio cultural. En el supuesto de obras o intervenciones de urgencia dicho plazo se reduce, debiendo emitirse la resolución, *“en el plazo máximo del mes siguiente a su presentación”*.

El artículo 11 se refiere a las obligaciones que asume cualquier persona a la que se haya autorizado una intervención arqueológica. La primera de ellas es la de *“comunicar al Servicio de Patrimonio Histórico por escrito tanto el comienzo como la finalización de las tareas de campo”*.

Es evidentemente lógico y necesario, tanto a efectos de inspección de la forma de desarrollo de la intervención, como de adopción de las medidas que fuesen precisas para facilitarla o paliar sus efectos, que la administración conozca el inicio y final de una actuación potencialmente lesiva para el patrimonio, pero es que además las fechas de inicio y finalización se van a constituir en imprescindibles referencias para verificar el cumplimiento de otras obligaciones que se mencionan acto seguido.

Una segunda impone *“asistir directamente a dichas tareas”* al responsable científico de los trabajos. En el supuesto de que deba ausentarse excepcionalmente *“la dirección será asumida por el subdirector”*, y en el caso del arqueólogo colaborador de otro titulado superior que esté investigando, (art.7.b), es *“el responsable arqueológico quien deberá estar presente en los trabajos de campo”*.

Observamos, a este respecto, que la presencia exigida no es la del solicitante de la autorización sino la del responsable científico. Es esto lógico pues es la éste último la que garantiza, presuntamente, el desarrollo adecuado de la intervención. En cualquier caso se hace referencia a una figura, la del subdirector, cuya imperatividad no se había establecido, (el art.8.1 dice que deberá indicarse *“en su caso”*), y que por lo tanto puede no existir, con lo que nos encontraríamos ante un problema en caso de ausencia del director.

También se exige al autorizado *“presentar un informe exhaustivo al Servicio de Patrimonio Histórico en el plazo de seis meses desde la finalización de los trabajos de campo”*, que deberá contener, al menos, *“un resumen del proyecto solicitado, explicando principalmente la problemática histórica que motivó la intervención y los objetivos”*, una *“descripción detallada de los criterios y técnicas utilizadas para efectuar la intervención”*, y de *“la estratigrafía del área excavada, acompañada de toda la documentación gráfica y fotográfica generada”*, el *“inventario de materiales, señalando la estratigrafía de la que proceden y explicando el sistema de sigla utilizado para su identificación”*, la *“interpretación provisional de la secuencia estratigráfica o fases de ocupación del yacimiento”*, las *“perspectivas de estudio”*, entendidas como *“análisis que se prevé realizar y valoración de los resultados en función de los objetivos que motivaron la excavación”*.

Asimismo deberá incluir la “*cartografía de la zona investigada y de las catas, sondeos o áreas excavadas*” y se dispone también que “*tan pronto como se obtengan los resultados de los análisis realizados se deberá remitir una copia al Servicio de Patrimonio Histórico*”.

En el supuesto, además, de proyectos de prospección con catas, “*será preciso rellenar la documentación complementaria que será puesta a disposición de los interesados en el Servicio de Patrimonio Histórico...para identificar materiales o estructuras*”.

Respecto de este informe tan solo cabe reprochar que se exija documentación reiterativa en el primero de los apartados dado que obra ya en manos de la administración el proyecto científico y no procedería por tanto exigir resúmenes del mismo que podrían considerarse superfluos, especialmente si se va a imponer después la presentación de una Memoria científica más completa en la que debe inexcusablemente hacerse referencia a la conexión entre las hipótesis previas y el resultado verificado.

Otra obligación adicional es la de “*depositar los materiales obtenidos, en el plazo de seis meses en el Museo Arqueológico, Etnográfico e Histórico Vasco de Bilbao, facilitando a su director una copia del inventario de los mismos*”. No obstante, “*excepcionalmente, por causas justificadas, se podrá solicitar una prórroga del plazo establecido para efectuar el depósito*”.

La obligación de depósito de los materiales obtenidos va intrínsecamente ligada a la consideración de los mismos como bienes de dominio público, (art.47 de la L.P.C.V.). El Museo señalado, obviamente de titularidad pública, y único en el territorio bizkaino con este objeto, adquiere así la condición de centro de referencia para el depósito de todos los bienes de interés arqueológico o paleontológico.

Se plantean dos incógnitas sin embargo a las que no es fácil dar respuesta. Una primera tiene que ver con las “*causas justificadas*” que permiten la prórroga del plazo. Nada sabemos sobre ellas, por lo que hay que entender que quedan al albur de la libre apreciación de los responsables de la administración.

La segunda se refiere a la forma de cómputo del plazo de seis meses para el depósito. ¿ Se trata de seis meses a contar desde la fecha de obtención de los materiales, o a contar a partir de la finalización de los trabajos de campo?

A favor de la segunda de las hipótesis juega la coincidencia temporal con los seis meses para realizar el informe establecido en el apartado anterior, que además debe contener, como hemos visto, el inventario de materiales a que aquí también se hace referencia.

En pro de la primera, la presunción de que el propósito de la norma es que los materiales se depositen en el Museo a la mayor brevedad, por ser el lugar que mejor garantiza su preservación en las condiciones idóneas.

Existe una obligación específica para el caso de que se produzcan “*excavaciones en áreas*”, cual es la de “*presentar en el Servicio de Patrimonio Histórico una memoria científica, en el plazo de dos años a partir de la fecha de finalización de los trabajos o desde que se haya concluido la excavación de un determinado período del yacimiento*”.

En cualquier caso, además, “*cada cuatro años de campaña tendrá que presentar en el mismo Servicio la memoria exhaustiva de los trabajos realizados que deberá incluir la siguiente información:*

- Historia de las investigaciones.*
- Secuencia estratigráfica del yacimiento.*
- Clasificación y estudio de materiales.*
- Resultado e interpretación de los análisis de laboratorio.*
- Estudios complementarios (palinología, paleontología, antropología...) e interpretación.*
- Fases de ocupación del yacimiento, secuencia cultural e interpretación histórica del lugar.*
- Aportación de la intervención al debate histórico.*
- Documentación gráfica exhaustiva del yacimiento.*
- Documentación fotográfica original o aportando copias de calidad, no fotocopias.*

En este supuesto puede prorrogarse también el plazo de depósito de la Memoria por causas justificadas.

No obstante, prevé el precepto, “*durante el período en el que la prórroga esté en vigor, el interesado no podrá solicitar la continuación de la intervención, ni autorización para realizar nuevas excavaciones*”, de forma absolutamente razonable, habida cuenta de la posible incidencia de nuevas intervenciones en la información contenida en la Memoria y de la necesidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de una autorización como garantía del debido desempeño exigido para la siguiente.

Esta disposición sin embargo deja abiertas algunas incógnitas. La alusión a las “*excavaciones en áreas*” y dado que por definición todas las excavaciones se realizan en alguna si la entendemos meramente como extensión de terreno, parece referirse a las áreas calificadas, inventariadas o de presunción. En tal caso el precepto es perfectamente inteligible, pero deja fuera de él las excavaciones que no se realicen en tales áreas, respecto de las que la Memoria es, como mínimo, necesaria en igual medida, si no mayor.

Si debiésemos entender que por el hecho de realizarse una excavación, que ha debido ir precedida de la investigación en otras fuentes y de técnicas de intervención menor que han acreditado su pertinencia, ya nos encontramos ante una zona de presunción, en ese caso sobraría la mención a las áreas por superflua y fuente tan solo de confusión.

Otra incertidumbre se centra en la determinación del plazo de dos años a partir de que “*se haya concluido la excavación de un determinado período del yacimiento*”.

La definición de lo que constituye un período científico en el yacimiento es muy posible que no pueda realizarse sino a partir de la finalización del estudio sobre el mismo, lo que deja la fecha demasiado en el alero como para constituirse en referencia legal del cumplimiento de obligaciones. Si por período quisiésemos aludir a una campaña de intervención, a una intervención determinada de objetivo limitado pero descrito en el proyecto autorizado, sería más propio utilizar este otro concepto.

En el supuesto de obras y de intervenciones de urgencia, también se recoge la obligación adicional de “*remitir al Servicio de Patrimonio Histórico en el plazo máximo de quince días después de concluir la intervención, un informe preliminar con el objeto de que ese Servicio, dictamine, si fuera preciso, las medidas de conservación del patrimonio arqueológico exhumado o conceda la autorización definitiva para ejecutar el proyecto de obra que ha motivado la intervención*”.

Se trata ésta de una disposición plenamente razonable en la medida en que es preciso en el caso, disponer de un pronunciamiento administrativo rápido, por la propia naturaleza de la urgencia o la necesidad de reducir al máximo posible el período en que no puede ejecutarse la obra y con ello el perjuicio a su promotor.

Cuando se produce una intervención de urgencia no surgen obligaciones especiales para solicitante de autorización alguno, en la medida en que el art.13 dispone que “*la ejecución de intervenciones tendentes a evaluar el interés de restos arqueológicos no previstos, será ordenada por el Director de Cultura de la Diputación Foral, previo informe y proyecto del Servicio de Patrimonio*”.

Se acoge pues el Decreto a la habilitación existente en los artículos 20.3 y, sobre todo, 48.2 de la L.P.C.V. para facultar a la Diputación a dictar órdenes de ejecución de las intervenciones necesarias para la conservación del patrimonio, arqueológico en el presente caso.

Los estudios de patrimonio mueble cuentan con un régimen procedimental específico.

La documentación a aportar comprende aquí la indicación de la *“institución, colección o lugar donde en la actualidad se encuentran los materiales arqueológicos objeto de estudio”*, la *“situación del yacimiento o yacimientos de los que proceden...indicando sus coordenadas geográficas, el término municipal en el que se ubica y sus accesos”*, la *“justificación y objetivos del estudio”*, las *“técnicas de trabajo a emplear y tratamiento de los materiales, señalando los traslados que pudieran realizarse de las piezas, la extracción de muestras, los análisis técnicos, de laboratorio...etc*, la *“posible incidencia... en la conservación de las pinturas, grabados o materiales arqueológicos”*, el *“calendario de los trabajos”*, *“cuantos datos permitan valorar los posibles problemas de conservación de las manifestaciones artísticas y de los materiales”*, y en el caso de que los materiales estén depositados en colecciones privadas, la *“autorización del titular”*, requiriéndose además *“permiso del Departamento de Cultura del Gobierno Vasco”*, para *“el traslado de materiales desde la institución donde estén depositados a otro lugar”*.

Varias consideraciones se nos ofrecen tras la lectura atenta del precepto.

Por un lado la situación del yacimiento de procedencia puede resultar desconocida en algún caso, habida cuenta de la separación física producida entre el objeto y su lugar de origen, especialmente si la misma no es reciente. No resultaría lógico en tal caso exigir una investigación adicional sobre la procedencia a quien puede necesitar analizar el material para una investigación en la que tal aspecto sea irrelevante.

Por otro, no se alcanza a entender, sabiendo que es una exigencia de la L.P.C.V. a la que el Decreto no tiene más remedio que someterse, porqué el traslado de materiales debe verse sometido a régimen diferente al de cualquier otra intervención sobre los mismos y particularmente porque debe ser el Gobierno Vasco quien deba conceder el permiso cuando el resto de intervenciones requieren autorización foral.

Si esto pudiera tener tal vez algún sentido en el supuesto de traslados entre diferentes Territorios Históricos, (y si las Diputaciones exigiesen las garantías suficientes, lo perdería en buena medida), no parece tenerlo cuando los movimientos se producen dentro del mismo.

Finalmente, la exigencia de documentación tiene un cierto carácter reiterativo, lo que ya hemos reprochado en relación con las intervenciones anteriores, por cuanto el apartado g, el relativo a los datos que permitan valorar posibles problemas de conservación, puede englobar varios de los anteriores.

El Decreto distingue entre dos tipos de estudios sobre el patrimonio mueble. (Pese a lo que hemos señalado en su momento sobre el concepto, quizá estaría mejor denominado aquí como patrimonio arqueológico mueble, para distinguirlo de otros elementos, cuadros, libros... a los que manifiestamente no se refiere). Las actuaciones “*que solo supongan el acceso a los materiales, deberán ser comunicadas por escrito al Servicio de Patrimonio Histórico en el plazo de 5 días antes del inicio del estudio*”, mientras que las que “*supongan la intervención directa en los materiales deberán ser autorizadas por el Director General de Cultura*”.

No especifica el Decreto qué es lo que debemos entender por acceso y qué por intervención directa. En ausencia de mayores precisiones podemos especular con que por acceso se entienda el que implique la mera observación del objeto sin que se desarrolle ninguna intervención sobre él diferente de la necesaria para que ésta sea posible, siendo intervención directa la que implique cualquier actuación adicional. En todo caso habida cuenta de la exención de la autorización que se establece para el primero de los casos, en el que es suficiente la simple comunicación, debería precisarse la distinción en mayor medida.

En lo que hace a los criterios de resolución, (art.18), se dispone aquí que “*se valorará la cualificación profesional del promotor o director de la investigación en los términos del artículo 7, el estado de conservación de los materiales y la incidencia del estudio en los mismos*”.

Ya nos hemos referido con anterioridad a las cuestiones que suscita la exigencia de cualificación del artículo 7, los restantes criterios son absolutamente razonables. La novedad se produce en relación con la previsión expresa del apartado 2º de que “*...la Diputación Foral podrá solicitar cuantos informes estime oportuno sobre la conveniencia de los estudios propuestos al Museo Arqueológico, Etnográfico e Histórico Vasco de Bilbao o a cualquier otra institución*”.

Las solicitudes se resuelven por el Director General de Cultura, (art.19), “*en el plazo de 1 mes a partir de la presentación de solicitudes*”, existiendo silencio administrativo negativo para el caso de ausencia de resolución en dicho plazo.

En el caso de las intervenciones que deben ser meramente notificadas, “*se deberá remitir al Servicio de Patrimonio Histórico la correspondiente notificación en los 5 días anteriores al inicio de los trabajos, junto a la documentación del artículo 16*”. (Exigencia ésta última de aportar la misma documentación, absolutamente

desproporcionada si por tratarse únicamente de acceso no se van a derivar consecuencias tan lesivas para el patrimonio).

No obstante, “...*el Director General de Cultura podrá suspender aquellas actuaciones que solo precisan ser notificadas si se estimara –previo informe técnico justificado del Servicio de Patrimonio Histórico- que las mismas puedan afectar negativamente al patrimonio arqueológico mueble (aquí si que se utiliza esta denominación) o carecen de la documentación necesaria*”.

Es en este último aspecto en el que discrepamos abiertamente del contenido de la norma. Si consideramos reiterativa y hasta exagerada la documentación exigida a las intervenciones que precisan de la autorización previa, mucho más aún hemos de hacerlo en el caso de actuaciones que no precisan de la misma por su escaso potencial lesivo. Que para el mero acceso a los materiales sea preciso presentar toda la documentación del artículo 16, cuando ese acceso se va a realizar frecuentemente en sede de instituciones públicas, (particularmente museos que garantizan el adecuado trato de las piezas), es manifiestamente desproporcionado.

Cuando se trata de proyectos de protección, restauración, consolidación, conservación, y exposición del patrimonio arqueológico, mueble o inmueble, la documentación exigida a los solicitantes es similar a la de los apartados anteriores.

Se añade en el caso de restauración de materiales la “*referencia al Inventario general del Museo o de la Colección a la que estos últimos pertenecen*”, (dato que podría del mismo modo exigirse en los estudios de patrimonio mueble), “*en el supuesto de que la restauración o exposición no se efectúe en el mismo yacimiento o en el lugar donde estén depositados los materiales*” se dispone también que “*será preciso expresar el lugar donde se ejecutará la intervención, los medios de transporte que se utilicen, los correspondientes certificados del seguro de las piezas etc*”, y se demanda indicar el “*mantenimiento y perspectivas de futuro*”.

Es éste el único aspecto objetable. El precepto es enormemente indeterminado, de manera que obliga a elucubrar sobre unas perspectivas futuras de alcance desconocido.

Los criterios de resolución en este supuesto son parcialmente diversos. No solo se añade “*el contexto paisajístico que envuelve*” el yacimiento y los materiales como criterio, sino “*el conocimiento histórico que existe del yacimiento, el nivel de estudios que sobre él se ha realizado y el carácter reversible del proyecto de restauración*”.

Hay que suponer, de cualquier manera, que en este último supuesto la irreversibilidad no sería óbice para obtener la autorización, siempre que el proyecto contase con la justificación histórica suficiente.

Como obligación adicional se introduce aquí la de que *“se deberá presentar una memoria detallada de los trabajos realizados en el plazo de tres meses a partir de la fecha en que concluyan los mismos”*, memoria que deberá contener, (supuestamente además de los contenidos descritos en apartados anteriores), *“planos y fotografías del estado en que se encontraba el yacimiento y del que presenta una vez restaurado”*. (Art.26).

El Decreto Foral faculta a la Diputación Foral para *“realizar las inspecciones que considere pertinentes y solicitar en cualquier momento cuanta información o documentación considere oportuna”*.

Es obvio que habilitación tan amplia debe modularse a través de la correspondiente motivación de la oportunidad y necesidad, especialmente cuando de la misma se deriven costes que deba asumir el interesado. En todo caso el régimen de inspección, se ve sujeto, como no podía ser de otro modo a las limitaciones que establece el ordenamiento con respecto al acceso a domicilios privados cuando se trate de tales.

Desarrollando de forma muy notable lo establecido en la Ley, el Decreto recoge también un capítulo, el VII referido a la *“difusión”* del patrimonio arqueológico.

Comienza con un artículo, el 28, que se refiere al *“archivo arqueológico”* estableciendo que *“la información procedente de actividades arqueológicas será, con carácter general, de consulta pública en el Archivo Foral”*.

Es éste un principio absolutamente coherente con el derecho humano al disfrute del patrimonio cultural y con la caracterización de los bienes de interés arqueológico como bienes de dominio público que realiza el artículo 47 de la L.P.C.V.

No obstante, el precepto establece determinadas restricciones. Algunas, las derivadas del respeto a los derechos de propiedad intelectual respecto del producto de las investigaciones son absolutamente lógicas y razonables. Otras, como la de que la consulta pública se limite al Archivo Foral son menos justificables en los supuestos en que no sea exigencia estricta relacionada con la conservación de los materiales.

En el caso de *“intervenciones motivadas por un proceso de obras o encargadas por las administraciones públicas”*, el apartado 2º dispone que *“las memorias, informes e inventarios serán públicos desde el mismo momento en que se depositen en el Servicio de Patrimonio Histórico, aún en el supuesto de que se haya excavado una parte del yacimiento o un sector de un área arqueológica”*.

Lo mismo ocurre con los informes *“procedentes de hallazgos casuales, prospección de superficie, prospección con catas, delimitación de yacimientos o cualquier otro tipo”*, mientras que *“en los casos de proyectos de investigación programados, el director podrá reservarse el derecho de estudio hasta concluir la excavación total del yacimiento o de una fase histórica determinada, según lo expuesto en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco”*.

La diferencia entre unas y otras actuaciones que conlleva la reserva de estudio en el último caso estriba en la naturaleza programada del proyecto de investigación al servicio de una hipótesis o línea de estudio en la que existe una aportación creativa original.

De todos modos la materialización concreta de la reserva genera notables dosis de incertidumbre en la medida de que en lugar de establecerse un plazo determinado, la reserva se extiende hasta la finalización de la excavación del yacimiento o de una de sus fases históricas, siendo así que tal finalización queda, en principio, a expensas del libre albedrío del interesado.

Podría esto constituir un incentivo a no finalizar la excavación en tanto en cuanto no se haya terminado el estudio total o parcial que la motivaba, garantizada la exclusiva explotación de la información, vedando indefinidamente a otros investigadores y al público en general el acceso a información potencialmente muy valiosa.

El debido respeto de esta reserva de estudio exige que no se permita a otro arqueólogo el desarrollo de proyectos de investigación sobre el mismo yacimiento, en tanto en cuanto no haya finalizado la intervención del anterior. Esta puede también constituir una necesidad desde el punto de vista de la debida conservación del mismo. Así parece entenderlo el artículo cuando utiliza el concepto de reserva de derecho de estudio, no referida expresamente a los informes o memorias, sino propiamente al yacimiento, al que se alude expresamente acto seguido.

Hay pues una especie de reconocimiento implícito de exclusividad de investigación, de extensión indeterminada y que tratándose de dominio público no debería dejarse a expensas de la celeridad de los solicitantes, sino que debería en todo caso ser resultado de un proceso que garantizase el respeto de los principios de publicidad, mérito y concurrencia.

Esa exclusividad debería estar regulada con mayor detalle en el precepto, previéndose como posible remedio al alargamiento negligente o doloso de la intervención, la posibilidad de que en determinadas condiciones o a partir de determinado momento la administración autorice otras intervenciones retirando esa exclusividad implícita o permita el acceso público a las memorias o informes.

En lo que respecta al patrimonio arqueológico mueble, *“la consulta de las memorias o informes resultantes de los estudios...deberá contar con la autorización explícita del investigador que firma el estudio de referencia”*. Se alude aquí expresamente a la consulta de las memorias o informes como objeto de la reserva. No se reserva entonces, contrario sensu, el estudio de los objetos muebles propiamente dicho.

No por eso deja la disposición de ser enormemente criticable. En primer lugar por su indefinición temporal. Parece que dicha autorización deberá ser necesaria siempre, sin caducidad en el tiempo lo que es desde luego contrario al interés público. Y finalmente no se prevé en modo alguno la posibilidad de cesión por el investigador a terceros de sus derechos de propiedad intelectual y lo que sucede en tal caso con la consulta de las memorias e informes. (Que en un caso extremo pueden incluso haber sido publicadas y dejar sin sentido la consulta y la autorización).

Este artículo 28 contiene, por último, un mandato a *“los investigadores o el público en general que, previa justificación, soliciten consultar los fondos arqueológicos del Archivo Foral”* que *“deberán citar en sus trabajos la procedencia de esta información, así como el nombre del autor o de los autores de los informes y memorias consultados”*.

Nada hay que oponer, a nuestro juicio, a esta disposición salvo en lo que afecta a la manifiesta contradicción que existe entre proclamar la consulta pública, con carácter general, (art.28.1), y exigir una *“justificación previa”* para la consulta.

Consideramos por nuestra parte que no procede demandar esta *“justificación”*, que no sabemos en qué debe consistir ni como se evalúa, y que la consulta debe en efecto ser pública, con las restricciones señaladas para el debido respeto de la propiedad intelectual y aquellas que ineludiblemente se deriven del estado de los materiales y las exigencias de su conservación adecuada.

Intimamente relacionada con esta cuestión está también la que ocupa al artículo 29 referida a las publicaciones de la administración. El apartado 1º señala a este respecto que *“El Servicio de Patrimonio Histórico (o lo que es lo mismo, la Diputación Foral toda vez que aquel carece de personalidad jurídica propia y diferenciada) podrá publicar en su totalidad o resumidos los informes anuales derivados de las intervenciones en el patrimonio arqueológico mueble o inmueble, expresando con claridad el nombre del autor o autores de los trabajos”*.

Sobre las memorias se dice también que *“una vez entregada la memoria de cualquier intervención, ya sea en el patrimonio mueble como en el inmueble, la Diputación Foral de Bizkaia tendrá derecho frente a terceros para proceder a su publicación”*.

No obstante, “*si el director de la actuación por sus propios medios quisiera publicar la memoria, deberá comunicarlo, al menos un mes antes de la entrada del trabajo en imprenta, a la Diputación Foral para su autorización si así lo estimara conveniente*”.

Este precepto también merece una consideración más detallada.

La posibilidad de publicación total o resumida de los informes anuales, con la mera referencia del autor supone en la práctica la consideración de que no existe valor intelectual añadido o creación a proteger y por la que el autor deba verse recompensado.

Cabe pensar que cuando la intervención haya sido subvencionada por la administración ésta pueda reservarse esta facultad publicatoria como contrapartida, pero el precepto la establece con carácter general, conectada a la mera autorización sin que presuponga ningún tipo de colaboración económica de la administración.

En el caso de que no exista tal colaboración, la publicación supone un menoscabo de los derechos de propiedad intelectual a menos que se parta de la premisa de que no hay creación y de que la publicación no perjudica la explotación futura de los derechos relativos a la memoria o resultado final de la investigación en su conjunto.

Lo mismo cabe decir del derecho preferente de publicación frente a terceros que la Diputación se autoconcede respecto de las memorias. Solo puede ser el resultado de una colaboración económica previa, de lo contrario constituye un abuso, al menos si no va acompañado del correspondiente acuerdo con el interesado sobre los términos de explotación del trabajo y de una compensación monetaria razonable en términos de mercado. Si además la Diputación comerciase de algún modo con el derecho, constituiría un caso manifiesto de competencia desleal en perjuicio de los terceros interesados en la edición.

Es improcedente de todo punto que la administración deba autorizar la publicación de un trabajo científico. Al menos no con carácter general.

Si, en algún caso, aunque nos resulte difícil imaginar los supuestos, exigencias relativas a la conservación de los bienes arqueológicos o a su seguridad, o consideraciones atinentes al derecho a la intimidad de las personas, por ejemplo, pudiesen aconsejar la no publicación de una memoria, en un lapso de tiempo mayor o menor, debería darse respuesta singular al caso a través de algún otro de los mecanismos que la Ley prevé, no a través de establecer una autorización general que además ofrece como único criterio el de que “*así lo estimara conveniente*”.

Es obvio que puede ocasionarse un perjuicio a la administración si en trance de publicación de una obra, es publicada ésta por el propio autor o por un tercero.

De ahí la exigencia de que se comunique tal circunstancia “ *al menos un mes antes de la entrada del trabajo en imprenta*”, fecha que no sabemos, por otra parte, como será conocida por el interesado.

Sin embargo la solución es muy sencilla. Requiere tan solo respetar lo dispuesto en la normativa de protección de los derechos de propiedad intelectual y suscribir el pertinente contrato de edición con el interesado, contrato en el que se especificarían todos estos pormenores.

Esa es la vía, y no la de la explotación del imperium de la administración, que debe seguirse para conciliar el interés público del conocimiento del resultado de las investigaciones con el privado del respeto a la creación intelectual y a su explotación económica.

El Decreto finaliza con sendos artículos referidos a la suspensión de intervenciones y revocación de autorizaciones y al régimen sancionador.

En lo que hace a este último se produce simplemente, (art.31), una remisión a lo dispuesto en la L.P.C.V., que trataremos en el correspondiente capítulo, con referencia también a dos normas posteriores a la misma que deben tenerse en cuenta, la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, y el Real Decreto 1398/1993 de 4 de Agosto.

En relación con las suspensiones y revocaciones, el artículo 30 dispone en su primer apartado que “*serán suspendidas las intervenciones de cualquier tipo que se realicen en yacimientos o zonas calificadas, inventariadas o de presunción arqueológica sin la autorización de la Diputación Foral, siendo el responsable ante la administración el promotor de las mismas*”, y en el segundo que “*serán causas de suspensión y, en su caso, revocación de las autorizaciones concedidas, cualquier infracción del régimen de obligaciones establecido en el presente Decreto Foral, o en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, o cuando como consecuencia de las labores de inspección efectuadas las circunstancias lo aconsejaren, por no ajustarse la intervención al proyecto aprobado, por no realizarse con garantías científicas o por estar siendo deficientemente registrada y documentada*”.

Lo único que nos parece que cabe reprochar a este precepto es el uso de términos como “*garantías científicas*” o “*deficiente registro y documentación*”, que en ausencia de determinación de las condiciones que los integran, (en cuyo caso podría aludirse específicamente a ellas y no al término en general), ofrecen demasiado margen para la actuación discrecional de la administración con independencia de la motivación de que debe siempre venir acompañada.

8.1.8. El régimen jurídico de las actividades arqueológicas en la legislación de otras C.C.A.A.

Cataluña también somete la realización de intervenciones arqueológicas a autorización previa; en este caso del Departamento de Cultura del gobierno autonómico, no de instituciones de ámbito territorial más limitado como en el caso de la L.P.C.V. (Art. 47).

Como novedad, sin embargo, establece un silencio administrativo negativo expreso, no el implícito de la norma vasca, y no exceptúa de la autorización la prospección arqueológica sin extracción de tierra.

Del mismo modo, según el artículo 49, *“se consideran espacios de protección arqueológica los lugares que no han sido declarados de interés nacional (catalán por supuesto) donde, por evidencias materiales, por antecedentes históricos o por otros indicios se presume la existencia de restos arqueológicos o paleontológicos”*, respecto de los que podemos plantearnos incógnitas parecidas a las que afectan a las zonas de presunción de la ley vasca.

Asimismo la Generalitat puede ejecutar directamente las intervenciones que considere oportunas, con el relevante añadido novedoso respecto a la C.A.P.V., de que *“también las corporaciones locales pueden ejecutarlas en el marco de sus competencias, con las garantías científicas y técnicas adecuadas, con la autorización previa del Departamento de Cultura”*.

En lo que hace a los descubrimientos casuales, la innovación viene dada porque se establezca expresamente que *“en ningún caso se puede dar conocimiento público de ellos antes de haber informado a dichas administraciones”*. (Departamento o Ayuntamientos, art.51)

La obligación de mantener el bien hallado en su lugar se restringe únicamente a los descubrimientos subacuáticos, (acertadamente, por aquello que ya señalábamos en torno al peligro que correrán en la mayoría de los casos), o cuando se precise remoción de tierras para extraerlo, y lo descubierto se debe entregar a la administración en 48 horas.

Cuando los descubrimientos se producen con motivo de obras, la administración debe llevar a cabo la comprobación del valor arqueológico en el plazo de veinte días. (Art.52).

Finalmente merece la pena reseñar que los bienes que tengan la consideración de dominio público “*de acuerdo con el artículo 44 de la Ley del Estado 16/1985*”, descubiertos en Cataluña, “*se integran en el Patrimonio de la Generalidad*”, excepto si “*los derechos económicos a los que hace referencia el artículo 51.4 (los que corresponden al descubridor) son satisfechos por otra administración pública*”, en cuyo caso se integran en el patrimonio de esa administración.

Galicia también, sujeta, como las restantes C.C.A.A., a autorización previa las intervenciones arqueológicas, incluyendo entre ellas “*la manipulación con técnicas agresivas de materiales arqueológicos*”. (Art.57).

Es interesante destacar que limita la capacidad de ejecución directa de intervenciones por la administración, (art.58), a los supuestos de urgencia, entendida como “*riesgo de destrucción inmediata*” y agotamiento de “*todas las posibilidades para evitar su desaparición o afectación*”.

En lo referente al premio al descubridor, reproduce lo dispuesto en la L.P.C.V. con la aportación de disponer que la tasación la realiza la “*Comisión Superior de Valoración de Bienes Culturales de Interés para Galicia*”, organismo inexistente en la legislación vasca.

La ley gallega prevé expresamente, (art.61), lo que no hacen las anteriores, las intervenciones desarrolladas por extranjeros, respecto de las que exige que “*habrán de estar avaladas por una institución científica en materia de arqueología radicada en su País*”.

Sobre este particular cabe reprochar que se exijan avales de instituciones de competencia ignorada, que pueden además desconocer completamente la realidad sobre la que se pretende intervenir, y con ello la procedencia de esa intervención.

Mucho más lógico sería, a partir de la misma o equivalente titulación de la exigida a los locales exigir el aval de instituciones gallegas, y de no darse por problemas de rivalidades o celos científicos, ser la propia administración la que determinase si el proyecto ofrece garantías.

Interesa destacar también, finalmente que las solicitudes deberán acompañarse de la autorización del propietario del terreno, (art.61.2), y que también los concesionarios, y no solo las administraciones deben asumir íntegramente los costes de las intervenciones arqueológicas necesarias con motivo de obras. (Art.63).

Andalucía siguiendo la línea de las leyes anteriores identifica junto a las zonas arqueológicas inscritas, las Zonas de Servidumbre Arqueológica, que son aquellas en

que “se presume fundadamente la existencia de restos arqueológicos y se considere necesario adoptar medidas precautorias”. (Art.48).

En estas zonas, descritas en cuanto a los trámites de declaración de forma más detallada que en la L.P.C.V., por ejemplo, “la realización de obras de edificación o cualesquiera otras actuaciones que lleven aparejada la remoción de terrenos”, se “notificará a la Consejería de Cultura y Medio Ambiente con un mínimo de quince días de anticipación”, en los cuales ésta podrá ordenar catas o prospecciones. (Art.49).

De forma harto interesante y original, por más que la referencia legal haya quedado lógicamente desfasada, la ley andaluza prevé, (art.51), que “las actuaciones tendentes a evitar el deterioro o destrucción del Patrimonio Arqueológico Andaluz que deban efectuarse sin dilación, tendrán la consideración de obras de emergencia a los efectos de lo previsto en el artículo 27 de la Ley de Contratos del Estado” y que “se considera de utilidad pública la ocupación de los inmuebles necesarios para la realización de actuaciones arqueológicas”.

Las intervenciones arqueológicas se sujetan a autorización previa, como no podía ser de otra manera, (art.52), incluyendo aquí, el “cerramiento, vallado, cubrición y documentación gráfica”, salvo las desarrolladas por la propia Consejería de Cultura y Medio Ambiente en que la autorización se sustituye por el visado previo del proyecto, lo que consideramos un error, en términos de responsabilidades, si el visado no conlleva idénticos trámites.

El artículo 53, en claro contraste con las restantes normas analizadas, establece el elenco de posibles solicitantes de autorización, “personas físicas o equipos de investigación” con la “titulación o acreditación profesional que reglamentariamente se determine”, “departamentos de universidades españolas competentes (¿ cómo se determina la competencia ?) en materia arqueológica”, “museos provinciales”, los Institutos de Prehistoria y Arqueología del C.S.I.C.”, y “las administraciones públicas que pretendan realizar tales actividades directamente y cuenten con el personal debidamente titulado o acreditado para ello”.

Otra novedad interesante en lo que respecta a determinaciones expresas, es la previsión de la figura de los arqueólogos inspectores “nombrados por la Consejería de Cultura y Medio Ambiente”, los cuales “podrán permanecer en el yacimiento, controlar la correcta ejecución del proyecto autorizado, los descubrimientos realizados, el inventario correspondiente y el modo científico de practicar los trabajos”. (Art.56).

En todo caso, la única consecuencia que deriva ex-lege de su actividad inspectora es el deber de elevar “el correspondiente informe” a la Consejería.

De forma innovadora se establece también la obligación de los arqueólogos directores de *“llevar un libro diario en el que anotarán las incidencias que se produzcan”*, junto a obligaciones que ya figuran en la norma vasca en relación con el depósito de materiales, o la realización de informes y memorias.

La ley valenciana sigue en líneas generales el mismo esquema que las anteriores, sometimiento de las intervenciones a autorización previa expresa, posibilidad de ejecución de intervenciones directas por la administración etc. No obstante, prevé como importante novedad, que *“los ayuntamientos podrán delimitar las áreas existentes en su término municipal, con posibilidad de contener restos arqueológicos”*. (Art.58.4).

Estas delimitaciones que *“se harán por técnicos competentes en arqueología o paleontología”*, se elevarán a la Conselleria de Cultura, Educación y Ciencia para su aprobación, y de obtenerla *“pasarán a ser consideradas como Areas de Protección Arqueológica o Paleontológica”*.

Las zonas de presunción de la L.P.C.V. no solo pueden determinarse administrativamente por tanto, sino que puede hacerlo la administración local. Correlativamente, la ley prevé la existencia de Servicios Municipales de Arqueología o Paleontología, lo que no dejará de ser una utópica expresión de buenos deseos en la inmensa mayoría de los casos.

Esta ley también recoge, al modo andaluz, la figura del arqueólogo supervisor designado por la administración, (art.62), aunque tan solo de forma expresa para el supuesto de obras que afecten a espacios en los que se presume la existencia de bienes arqueológicos. En el caso de la titularidad, reproduce la disposición de la ley catalana, aunque previendo siempre la integración en el patrimonio de la Generalitat, sin la excepción catalana en función de quien abonaba el premio al descubridor.

En lo que afecta a los hallazgos casuales es digna de mención la alusión original a que *“el descubridor no tendrá en ningún caso derecho de retención sobre los bienes hallados”*, (art.65.6), lo que se relaciona directamente con la condición de dominio público de los mismos.

Dos disposiciones son, finalmente, merecedoras de consideración en este apartado, la relativa a que la Conselleria *“podrá establecer en los yacimientos declarados Zonas Arqueológicas, areas de reserva”*, entendidas como *“aquellas partes de los yacimientos en que se considere conveniente, de acuerdo a criterios científicos, prohibir las intervenciones actuales a fin de reservar su estudio para épocas futuras”*, (art. 66), facultad que no por reclamar una especial motivación, deja de tener indudable relevancia como instrumento de política cultural, y la de que *“será necesaria la autorización de la Conselleria... para la consulta de los datos contenidos en el Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano relativos a la situación de los yacimientos arqueológicos o paleontológicos que no estén abiertos a la visita pública”*.

Una de las aportaciones más destacadas de la norma canaria es la determinación de que *“los yacimientos arqueológicos de Canarias deberán ser identificados, localizados e inventariados mediante cartas arqueológicas de ámbito municipal”*, (art.64), previéndose también, de forma confusa, que *“en coordinación con la administración competente se formulará la Carta Arqueológica Submarina de Canarias, donde se localicen y documenten los pecios depositados en las aguas del archipiélago canario”*. Estas Cartas, *“constituyen documentos internos de la administración para planificar la gestión, administración y tutela del patrimonio arqueológico y paleontológico”*.

La referencia a la paleontología en este artículo es un tanto sorprendente, si tenemos en cuenta que, de forma contraria a las restantes leyes autonómicas analizadas hasta ahora, la ley canaria agrupa en un mismo capítulo la protección específica del patrimonio paleontológico y la del etnográfico, separándolo del que dedica al arqueológico.

Destacaremos en la norma canaria también la expresa alusión a que la autorización de intervenciones *“se otorgará caso por caso, prohibiéndose las autorizaciones genéricas a individuos o entidades concretas”*, (art.66.4), algo absolutamente lógico y razonable y la prescripción, (art.67.3), de que *“los resultados de las intervenciones financiadas total o parcialmente con fondos públicos deberán ser publicados (aunque no se establezca por quien) en la forma que se fije al otorgarse la autorización, sin perjuicio de la propiedad intelectual de sus autores”*.

También se prevé, al modo de la L.P.C.V. el mantenimiento de los hallazgos en el lugar en que se hallen si bien *“sin perjuicio de que se tomen las medidas oportunas para asegurar su protección en caso de riesgo o peligro de expolio”*, (art.70.2), intentando salvar así el problema que detectábamos en la redacción de la ley vasca y el derecho de los que entreguen objetos o colecciones arqueológicas en los museos a que *“se haga constar tal circunstancia en los rótulos de exposición de dichos bienes”*.

Como ya hemos señalado, Canarias agrupa en un mismo capítulo el patrimonio paleontológico y el etnográfico, de forma separada del arqueológico. La protección de aquel no tiene sin embargo ninguna nota específica por lo que recogeremos tan solo la definición que proporciona, *“el patrimonio paleontológico....está formado por los bienes muebles e inmuebles que contienen elementos representativos de la evolución de los seres vivos, así como con (sic) los componentes geológicos y paleoambientales de la cultura”*. (Art. 72.1).

Madrid establece por su parte, (art.40 de su ley), que la calificación o inventario de zonas o bienes arqueológicos deberá jerarquizar su protección en diferentes categorías, *“ámbito de máxima protección”*, reservado a los bienes declarados en que expresamente se haga constar, *“ámbito de especial protección”*, reservado a los restantes declarados y a los inventariados expresamente incluidos,

“ámbito de protección específica” que acoge los restantes inventariados y *“ámbito de protección general”*, los no incluidos en categorías anteriores y que reúnan *“condiciones que hagan muy probable la existencia de restos arqueológicos”*.

En los bienes inmuebles del ámbito de máxima protección no se permite ningún tipo de edificación *“en tanto no se realice un estudio de la incidencia de las obras”*. En este ámbito la ejecución de las obras se sujeta a autorización previa.

Sin perjuicio de que el Plan Especial a que llama la ley disponga lo contrario, la novedad de la norma madrileña frente a las ya analizadas radica en que tan solo en los inmuebles de ese ámbito se prohíbe la edificación sin estudio previo y se exige la autorización para las obras, distinguiéndolas así del supuesto de las intervenciones arqueológicas que como en las restantes C.C.A.A. están sujetas a autorización en todo caso. (Art.41.1).

Madrid también admite la ejecución directa de intervenciones por las Corporaciones Locales, eso si, con la autorización previa de la Dirección General de Patrimonio Cultural y se decanta, en la línea que defendemos, por el depósito inmediato del bien hallado, (48 horas), en el Ayuntamiento, Dirección General o Museo, salvo necesidad de remoción de tierras o hallazgo subacuático. (Art.43.4).

Finalmente destacar como disposición original de su norma la prohibición expresa del *“uso de detectores de metales y otros instrumentos similares en el ámbito de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico de la Comunidad...salvo autorización de la Consejería de Educación y Cultura, exclusivamente con fines de investigación y seguridad”*. (Art. 44).

En el caso de Castilla y León conviene resaltar la previsión expresa también de zonas de reserva a estudios futuros, (art 55.4), y la prohibición de extracción de los hallazgos casuales *“a menos que fuera indispensable para evitar su pérdida o destrucción”*, (art.60.5), siendo sin embargo una norma que no contiene innovaciones dignas de mención con respecto a las anteriores, cuya línea general, (sometimiento a autorización previa de las intervenciones, exigencia de proyecto arqueológico en el caso de obras con incidencia en este patrimonio, consideración de los hallazgos como dominio público, premio económico al descubridor de la mitad del valor de tasación legal a repartir en partes iguales entre el hallador y el propietario de los terrenos....) comparte plenamente.

El Principado de Asturias, finalmente, establece en su ley, (art.63), que para concederse la autorización debe acompañarse además del proyecto, *“una justificación de la conveniencia de la actividad desde el punto de vista de la gestión del suelo o de su interés científico* (aspecto éste último que debe suponerse contenido necesario del proyecto) *y de la idoneidad técnica y científica de los directores”*, (que se delimitará reglamentariamente).

Precepto innovador es el relativo a que “no se autorizará la dirección de actividades arqueológicas” en Asturias, a quienes “en un plazo anterior de diez años hayan sido declarados responsables de la realización de actividades arqueológicas no autorizadas, de la destrucción de bienes integrantes del patrimonio cultural asturiano o de incumplimiento de las obligaciones de presencia directa en los trabajos arqueológicos que hayan dirigido o en la obligación de depósito de materiales en el Museo Arqueológico”, (art.63.5), disposición que, en su específica redacción, dada su naturaleza el amplio plazo de duración y la diferente gravedad de las conductas que recoge, puede resultar muy controvertida tanto desde perspectivas de legitimidad como de oportunidad.

La norma asturiana incluye en lo que denomina “espacios arqueológicos”, tanto las zonas expresamente calificadas o inventariadas como “los que, con carácter preventivo y a la espera de un estudio más completo, declare como tales la Consejería de Educación y Cultura”, (art.65.2), con lo que la norma asturiana, en contraposición a la vasca, parece decantarse por la exigencia de declaración administrativa de las zonas de presunción.

También al modo canario, prevé legalmente la existencia de la Carta Arqueológica de Asturias que recogerá las zonas protegidas, su extensión, usos, normas de protección y “cautelas que afecten a las mismas”. (Art.66).

Y por último, también es interesante la previsión de “entrega temporal a sus descubridores de los materiales...cuando su estudio así lo requiera, por un período máximo de tres años”, (art.67.5), lo que puede incentivar el depósito y evitar que se intenten ocultar determinados hallazgos hasta la presentación obligada de las memorias o informes preceptivos, por temor a que se dificulte u obstaculice la investigación.

8.1.9. Las normas internacionales de protección del patrimonio arqueológico.

8.1.9.1. La Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001.

A iniciativa de las organizaciones internacionales del sistema de Naciones Unidas, particularmente la UNESCO, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, o de otras como el Consejo de Europa, son diversas las normas, acuerdos o pactos internacionales sobre la protección del patrimonio cultural que han sido promulgadas y que vinculan a los estados que han procedido a la correspondiente ratificación. Con independencia de ésta, es importante analizar su

contenido a efectos de comprobar si la protección del patrimonio vasco es congruente con la que se establece en el instrumento internacional de que se trate.

En sede de patrimonio arqueológico es especialmente relevante la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, aprobada en la Conferencia General de la Unesco el 2 de Noviembre de 2001. La razón es bastante clara, el patrimonio cultural subacuático es por definición uno de los que deben estudiarse utilizando el método arqueológico.

Sin embargo, opinión tan autorizada como la del Director del Centre d'Arqueologia Subaquática de Catalunya, Xavier Nieto,⁷⁷⁵ señala que en los mapas internacionales de yacimientos submarinos, en Francia e Italia *“una tupida nube de puntos indican la ubicación de otros tantos yacimientos, mientras que para España el vacío es prácticamente total”*, diagnóstico reproducible desde luego en lo que respecta al ámbito vasco, porque *“la arqueología subacuática española lleva un retraso de prácticamente treinta años con respecto a otros países europeos”*.

Mientras que por lo menos *“en estos momentos toda la costa del Levante y Sur español, desde Girona a Huelva, cuentan con uno o más técnicos específica y profesionalmente desdichados a la protección, estudio y difusión del patrimonio cultural subacuático y lo más importante es que estos técnicos están integrados en el seno de organismos administrativos que aseguran la continuidad de los proyectos más allá de las situaciones estrictamente personales, en la cornisa cantábrica y Galicia, si bien no existen centros oficiales específicamente dedicados a la arqueología subacuática, los grupos de trabajo existentes en Santander y San Sebastián pueden ser el embrión de nuevas realidades”*.

Pese a la evolución positiva en los últimos años, *“la situación actual todavía dista demasiado de ser satisfactoria: por ejemplo, solo existe en las costas de la península un barco dedicado específicamente a arqueología subacuática y aún con dotación insuficiente”*.

Nieto considera que *“sería conveniente por una parte la existencia de un código deontológico, y por otra, la promulgación de una legislación específica que contemple las peculiaridades de la arqueología subacuática”*.

A su juicio, *“la situación y las peculiaridades del patrimonio subacuático no son las mismas que las del patrimonio terrestre”*. De entrada, *“no es el mismo el cuerpo legal de las leyes del mar que el conjunto de las leyes del suelo, no son las mismas las administraciones competentes (el autor olvida aquí que el patrimonio arqueológico subacuático no es únicamente el que se encuentra bajo el mar de competencia estatal), no son los mismos los problemas de conservación y restauración de los objetos, es*

⁷⁷⁵ NIETO X. *“Hacia la normalización de la arqueología subacuática en España”*. [www.junta de andalucia.es/cultura/iaph/publicaciones/dossier](http://www.junta.deandalucia.es/cultura/iaph/publicaciones/dossier).

totalmente diferente la problemática técnica de la excavación arqueológica y es también diferente la problemática de vigilancia y protección de ambos tipos de yacimientos”.

Junto a ello cree que habrá que realizar un esfuerzo prioritario *“en la conservación y restauración de los objetos que después de haber pasado siglos en un medio tan particular como el acuático, pasan al medio aéreo en el que las condiciones físico químicas son totalmente diferentes, lo cual origina un proceso de deterioro que puede acabar con la destrucción del objeto”.*

Además, *“las labores de inspección o de programación...son realizadas por arqueólogos terrestres que no conocen los pormenores de la situación del patrimonio cultural subacuático o lo que es peor que consideran que estos matices no existen”,* reto al que también debe darse respuesta desde las diferentes administraciones.

Por lo que se refiere ya al único instrumento jurídico específicamente dirigido a este patrimonio, el artículo 1 de la Convención considera que por patrimonio cultural subacuático *“se entiende todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años, tales como los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural, los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural y los objetos de carácter prehistórico”.*

Hemos observado que la L.P.C.V. no menciona el patrimonio arqueológico subacuático más que a la hora de sujetar las intervenciones en este ámbito a autorización previa. Sin embargo la definición del patrimonio arqueológico de la L.P.C.V. es perfectamente compatible con la de la Convención, en la medida en que la de ésta última constituiría simplemente un desarrollo más preciso de la del art.43 de la Ley.

Tampoco en lo que respecta al objeto, (*“garantizar y fortalecer la protección del patrimonio cultural subacuático”*, art.2 de la Convención), existe incompatibilidad alguna, sino plena sintonía, como no podía ser de otro modo.

El instrumento internacional establece una serie de criterios inspiradores de la protección en ese art.2.

El primero, que *“la preservación in situ del patrimonio cultural subacuático deberá considerarse la opción prioritaria antes de autorizar o emprender actividades dirigidas a ese patrimonio”*, y ya nos hemos referido, aunque sea en tono algo crítico, a que el art.48.3 de la ley vasca obliga a mantener los hallazgos casuales en el lugar de descubrimiento, que una vez recuperado *“se depositará, guardará y gestionará de tal*

modo que se asegure su preservación a largo plazo” y caben medidas a priori más eficaces para ello que el depósito de los hallazgos en museos territoriales que se supone que lo pueden garantizar, (arts.47.3 y 48.3), o la imposición a la Diputación Foral del deber de adoptar las medidas tuitivas necesarias y que *“el patrimonio...no será objeto de explotación comercial”*, lo que si bien no prohíbe expresamente la L.P.C.V., tampoco promueve, quedando en manos de las administraciones gestoras.

Consideramos de todos modos que esta última prohibición de la Convención es demasiado tajante, pueden existir formas de explotación comercial no lesivas para el patrimonio y que sin embargo contribuyan a difundirlo o a hacer menos onerosa la financiación pública de su protección, en la línea en que el art.2.10 impone *“alentar un acceso responsable y no perjudicial del público al patrimonio cultural subacuático”*.

El artículo 5 obliga a los Estados Partes a *“evitar o atenuar cualquier posible repercusión negativa de actividades bajo su jurisdicción que afecten de manera fortuita al patrimonio cultural subacuático”*, a través de los medios más viables de que disponga.

Para esto precisamente es para lo que se someten a autorización todas las intervenciones arqueológicas, en todas las leyes de las C.C.A.A, quedando la incógnita de si al referirse la ley vasca, (y las restantes en general), a las obras como supuesto de hecho que por su incidencia queda sometido a la necesidad de presentación de proyecto arqueológico para poder ser autorizado, excluye el resto de actividades bajo el agua, (pesca profesional o deportiva, buceo, explotación de recursos minerales, instalaciones de redes submarinas de comunicación o suministro...), que puedan afectar, siquiera fortuitamente, a bienes patrimoniales.

Creemos que la alusión del art.45.5 de la L.P.C.V. a *“cualquier tipo de obras”*, no comprende, sin dudas más que razonables, todas estas actividades que no son tampoco propiamente arqueológicas con lo que en este particular aspecto la norma vasca no garantizaría, en su ámbito de jurisdicción, el cumplimiento de lo demandado en ese artículo 5.

La Convención promueve la celebración de acuerdos *“bilaterales, regionales u otros acuerdos multilaterales”* con objeto de preservar el patrimonio.

Dejando a un lado que creemos que con el término *“regionales”* no se está refiriendo a ámbitos subestatales sino al que abarca estados contiguos, la L.P.C.V. no prohíbe en absoluto la celebración por las instituciones de la C.A.P.V. de acuerdos de esta naturaleza, aún y cuando su única alusión al asunto sea la del art.8 cuando señala que *“el Gobierno promoverá convenios y relaciones con la Comunidad Foral de Navarra para contribuir a la defensa, protección y fomento del patrimonio cultural vasco”* y asimismo, que *“la C.A.P.V. podrá solicitar del Gobierno del Estado que celebre y en su caso presente a las Cortes Generales para su autorización los tratados*

o convenios que permitan el establecimiento de relaciones culturales con los Estados en cuyo territorio se encuentren bienes integrantes del patrimonio cultural vasco”.

La referencia a los estados y a la solicitud al Gobierno creemos que no es óbice, para permitir la suscripción de acuerdos de las instituciones de nuestra Comunidad con otros entes subestatales, con el límite de lo señalado en el artículo 149.1.3 de la Constitución.

En el ámbito de la relación interestatal, el art.9.5 establece que *“todo Estado Parte podrá declarar al Estado Parte en cuya zona económica exclusiva o en cuya plataforma continental esté situado el patrimonio cultural subacuático, su interés en ser consultado sobre cómo asegurar la protección efectiva de ese patrimonio”.*

Esa declaración, *“deberá fundarse en un vínculo verificable, en especial de índole cultural, histórica o arqueológica, con el patrimonio cultural subacuático de que se trate”.*

La exigencia de vínculo verificable, sin adjetivar su intensidad o grado, permite, en especial con respecto a los hallazgos de mayor antigüedad, un uso potencial de esta facultad bastante amplio.

La cuestión que debemos plantearnos es la de la incidencia de la misma sobre el ámbito de actuación de las instituciones autonómicas. En todo caso, con independencia de cual sea su ámbito de intervención, particularmente en lo que respecta a la plataforma continental, estarán obligadas a notificar al Gobierno estatal cualquier intervención sobre el patrimonio sobre el que se haya *“interesado”* otro estado, aunque nada obsta, constitucionalmente hablando, para que esa notificación se produzca directamente sin la intermediación de aquel.

El artículo 10 recoge una aplicación específica de esa posibilidad al caso del descubrimiento de nuevos elementos integrantes del patrimonio cultural subacuático. Existe, en tal supuesto, la obligación de consultar con los interesados y de poner en marcha las medidas de protección acordadas por los participantes en la consulta, sin perjuicio, (art.12.3), de que *“de ser necesario”* y *“antes de efectuar consultas”* , puedan *“adoptar todas las medidas viables conforme a la presente Convención”*, con *“el fin de impedir todo peligro inmediato para el patrimonio cultural subacuático, ya sea ocasionado por la actividad humana o por cualquier otra causa, incluido el saqueo”*. ¿ Acaso no es éste último, una actividad humana ?

La Convención impone acto seguido la obligación, (art.11), de que el *“nacional de un Estado Parte o buque que enarbole su pabellón (que) descubra patrimonio cultural...o tenga la intención de efectuar una actividad dirigida a ese patrimonio...le informe de ese descubrimiento o esa actividad”*.

Se trata ésta de una obligación plenamente congruente con la del art.47.2 L.P.C.V. de notificar los descubrimientos y la del 45.1 que somete a autorización todas las intervenciones arqueológicas subacuáticas. Lo que no se encuentra desde luego previsto en la ley vasca, es la notificación de tales descubrimientos o actividades al Director General y Secretario General de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, obligación que el art.11.2 impone a los Estados Partes.

No obstante, la obligación notificadora no alcanza, (art.13), a los *“buques de guerra y otros buques gubernamentales o aeronaves militares que gocen de inmunidad soberana y sean utilizados con fines no comerciales, en el curso normal de sus operaciones y que no participen en actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático”*, aunque los Estados Partes deban velar porque *“tales buques procedan, en cuanto sea razonable y posible, de manera compatible con lo dispuesto en los artículos 9, 10, 11, y 12 de la presente Convención”*.

Claramente dentro del ámbito de competencia estatal se encuentra el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14, *“los Estados Partes tomarán medidas para impedir la entrada en su territorio, el comercio y la posesión de patrimonio cultural subacuático exportado ilícitamente y/o recuperado, cuando tal recuperación sea contraria a la presente Convención”*.

Sin embargo si que la C.A.P.V. tiene algo que decir en relación con lo previsto en el precepto siguiente, el 15, en torno a que los sujetos del Acuerdo, *“adoptarán medidas para prohibir la utilización de su territorio, incluidos sus puertos marítimos (todos los cuales, salvo los de interés general de Bilbao y Pasaia, dependen del Gobierno Vasco) y sus islas artificiales, instalaciones y estructuras bajo su jurisdicción o control exclusivos, en apoyo de cualquier actividad dirigida al patrimonio cultural subacuático que no esté de conformidad con la presente Convención”*.

A este respecto, si bien la L.P.C.V. no contiene disposición análoga, si que es obvio que se encuentra dentro de la encomienda a todos los poderes públicos de la Comunidad de proteger el patrimonio y evitar su pérdida, destrucción o deterioro.

La Convención impone a los Estados Partes adoptar *“todas las medidas viables para asegurar que sus nacionales y los buques que enarbolan su pabellón no procedan a ninguna actividad”* contraria a la misma. (Art.16).

El mandato de este precepto se halla recogido entre los prohibitivos y sancionadores de la L.P.C.V. por lo que, aunque sea discutible si son *“todas las medidas viables”*, (concepto de difícil determinación), las que la ley recoge, no parece que puedan efectuársele reproches de esta índole con carácter general. (Sin perjuicio de lo que diremos en el capítulo dedicado al análisis de las sanciones).

En esta línea el artículo 17, dispone que *“las sanciones....deberán ser suficientemente severas para hacer efectivo el cumplimiento de la presente Convención y desalentar la comisión de infracciones cualquiera que sea el lugar, y deberán privar a los infractores de los beneficios derivados de sus actividades ilícitas”*.

No cabe duda de que éste es el propósito con el que el legislador las establece, con independencia de que el contraste con los mil y un factores que conducen al infractor a realizar la conducta prohibida, pueda desembocar en que no la desincentiven de manera suficiente.

Directamente relacionada con el apartado anterior, aunque en el caso de las legislaciones del estado español sea una consecuencia además de la consideración de los bienes arqueológicos como de dominio público, es la prescripción de la *“incautación de (los) elementos de patrimonio cultural subacuático”*, que *“haya (sic) sido recuperado de una manera no conforme con la presente Convención”*, y su disposición posterior *“acorde con el bien general”*. (Art.18). Por los motivos señalados no cabe descalificar a priori desde esta perspectiva la protección de la norma vasca.

La norma internacional prescribe también el registro, (aspecto sobre el que como hemos señalado no hay controversia destacable), y la adopción de medidas razonables para *“la estabilización del patrimonio cultural subacuático incautado”*. Es éste un precepto de difícil interpretación.

Si se refiriese, como pudiera parecer verosímil, a la estabilización de los elementos descubiertos en el lugar de hallazgo, entendido como adopción de las medidas que garanticen su preservación sin alterar su contexto territorial, hasta que se efectúe la pertinente investigación, nos remitiría a la polémica ya analizada en torno al mantenimiento de los hallazgos in situ o su depósito inmediato en museos o lugares de custodia. En tal caso parecería que la Convención sigue la línea de la L.P.C.V. y otras leyes autonómicas, a la que hemos opuesto algunos matices.

Sin embargo la presencia del termino *“incautado”* y su conexión directa en el precepto anterior con recuperación no conforme a la norma, parece situarnos en un plano diferente, dado que en tal caso los bienes patrimoniales no se encontrarían ya en el propio yacimiento.

Si así fuese, carece de sentido la prescripción de la estabilización, siendo mucho más razonable la ubicación en un museo o lugar en que pueda procederse a su estudio y disfrute por los ciudadanos, a menos que la descontextualización en si misma constituya una grave lesión para la integridad del bien cultural de que se trate.

El artículo 19 establece, como aspecto más digno de comentario, el del mantenimiento de la información “*con carácter confidencial*”, en tanto “*la divulgación de esa información pueda poner en peligro o amenazar de alguna manera la preservación*”.

Aún sin mención expresa, no cabe duda de que se encuentra ésta entre las medidas que la L.P.C.V. permite adoptar a la administración, y entre los factores que pueden conducir a conceder o no la autorización para el desarrollo de una intervención arqueológica. Por contra, la Convención dispone la máxima difusión en su ámbito, de la información relativa al patrimonio extraído o recuperado sin cumplir sus determinaciones o violando “*otras disposiciones del derecho internacional*”, reclamando para ello “*la utilización de bases de datos internacionales apropiadas*”.

También reclama, (art.20), la adopción de medidas de sensibilización del público sobre el valor y relevancia del patrimonio cultural subacuático, (quizá uno de los aspectos más descuidados en la L.P.C.V.), o la cooperación interestatal para “*impartir una formación en arqueología subacuática, en técnicas de preservación y en transferencia de tecnologías relacionadas*”, aspectos absolutamente ignorados en la ley vasca y en la gestión de nuestras administraciones públicas.

No sucede lo mismo, afortunadamente, con la demanda de un inventario, (art.22), que, como hemos observado, es un instrumento de gestión adoptado por la totalidad de normas autonómicas promulgadas, siquiera con variaciones en cuanto a los elementos que comprende y al régimen jurídico a que se somete a los mismos.

La Convención establece que cualquier controversia entre estados en lo que afecta a su contenido, “*deberá ser objeto de negociaciones de buena fe o de otros medios de solución pacífica*”. En este sentido remite a falta de mediación o de que ésta resuelva el conflicto a “*las disposiciones relativas a la solución de controversias enunciadas en la Parte XV de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*”, que se aplicarán “*mutatis mutandis*” a ésta. (Art. 25).

Dos cuestiones finales nos parece oportuno destacar, la primera es que permita la adhesión, (art.26.2.b), de “*los territorios que gocen de plena autonomía interna reconocida como tal por las Naciones Unidas, pero que no hayan alcanzado la plena independencia de conformidad con la Resolución 1514 de la Asamblea General y que tengan competencia sobre las materias regidas por esta Convención, incluida la de celebrar tratados en relación con ellas*”, y la de que “*todo estado o territorio podrá declarar que las Normas se aplicarán a sus aguas continentales que no sean de carácter marítimo*”, lo que no es demasiado congruente con la prescripción del art.7.2 de que los Estados exigirán la aplicación de las Normas en el ámbito de las aguas interiores, archipelágicas y mar territorial.

Tan interesante o más que el propio texto articulado de la Convención, es el Anexo de la misma titulado “*normas relativas a las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático*”, que contiene 36 reglas de protección, 8 relativas a principios generales, 13 relativas al proyecto y las restantes atinentes a la conservación, documentación y difusión.

El primer Principio General, (Norma 1), proclama que “*la conservación in situ será considerada la opción prioritaria para proteger el patrimonio cultural subacuático*”. Nada que oponer si se tienen en cuenta los matices que hemos repetidamente señalado.

La Norma 2 considera que “*la explotación comercial...que tenga por fin la realización de transacciones, la especulación o su dispersión irremediable es absolutamente incompatible con una protección y gestión correctas de ese patrimonio*” y que “*no deberá ser objeto de transacciones ni de operaciones de venta, compra o trueque como bien comercial*”.

En el Estado, esto último queda impedido por la generalizada consideración como dominio público, pero con respecto a lo primero, sin discrepar en absoluto, habrá que recordar que no es la descrita la única explotación comercial posible, y que no existe justificación para prohibir la que no cause daños al propio patrimonio.

La Norma 3 dispone que “*las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático no deberán perjudicarlo más de lo que sea necesario para los objetivos del proyecto*”, criterio tan razonable como asumido por todas las legislaciones analizadas.

La número 4 establece que estas actividades “*deberán servirse de técnicas y métodos de exploración no destructivos, que deberán preferirse a la recuperación de objetos*”. Si fuesen necesarias las operaciones de extracción o recuperación “*las técnicas y métodos deberán ser lo menos dañinos posible y contribuir a la preservación de los vestigios*”.

No hay nada que objetar desde la perspectiva de protección del patrimonio respecto de esta última disposición, no así sin embargo en lo que respecta a la primera. En primer lugar parece considerar la recuperación de objetos como técnica destructiva.

No lo creemos así. No hay que olvidar que el patrimonio subacuático se encuentra por definición en una situación de riesgo, expuesto a la implacable agresión de factores naturales como el propio medio marino y a la de las diferentes especies animales desconocedoras de los criterios de protección establecidos por la Convención.

En segundo lugar, la ubicación subacuática del patrimonio impide su disfrute generalizado por los ciudadanos y obstaculiza gravemente la investigación sobre él y la difusión de sus valores.

Y finalmente consagra un destino para los bienes que lo integran diferente y contrario a aquel para el que fueron creados, que no fue precisamente el de verse condenados a reposar en el fondo marino.

Es evidente que no puede destruirse un yacimiento arqueológico, ni terrestre ni marino por el afán de recuperar alguno de los objetos que en él se encuentran, pero la procedencia de exigir el mantenimiento intacto de todo el conjunto, tendrá que ser el resultado del análisis ad hoc del interés cultural del conjunto, del de cada uno de sus elementos, y de la manera en que puede protegerse todo y además garantizarse en cada caso el disfrute y la difusión, no un Principio General de rigurosa observancia.

La Norma 5 se refiere a que las tan citadas actividades *“evitarán perturbar innecesariamente los restos humanos o los sitios venerados”*, y la presencia del adverbio *“innecesariamente”*, hace que no quepa reprochar nada desde este punto de vista a las normas autonómicas que hemos visto, ni en lo que conocemos, a la gestión que se realiza por las administraciones forales de su competencia autorizadora.

El antepenúltimo de los Principios Generales, (Norma 6), reclama que las actividades *“se reglamentarán estrictamente para que se registre debidamente la información cultural, histórica y arqueológica”*.

En lo que hace al registro, creemos que en el ámbito de la C.A.P.V. existen suficientes garantías de que vaya a conservarse la información obtenida. Más dudoso es que, y esto depende de la interpretación que hagamos de la exigencia de *“reglamentación estricta”*, en todos y cada uno de los territorios pueda decirse que se ha desarrollado la L.P.C.V. hasta ese punto.

La Norma 7 proclama que *“se fomentará el acceso del público al patrimonio cultural subacuático in situ, salvo en los casos en que éste sea incompatible con la protección y gestión del sitio”*.

Esto no pasa de ser un brindis al sol, demagógico y utópico en grado sumo. Los costes y dificultades técnicas lo hacen absolutamente inviable hoy en día, salvo en supuestos muy excepcionales.

Finalmente la última Norma de Principios Generales, la 8, dispone que *“se alentará la cooperación internacional...con el objeto de propiciar intercambios eficaces”*

de arqueólogos y demás especialistas competentes y de emplear mejor sus capacidades”, verdadera cláusula de estilo en toda norma internacional que se precie.

Acto seguido, las Normas 9 a 12 se refieren al “*Plan del Proyecto*”, determinando su contenido necesario, la sujeción de las actividades al mismo y la exigencia de su modificación en caso de “*descubrimientos imprevistos*” o si “*cambiasen las circunstancias*”.

No hay en ello especiales novedades respecto de lo visto en la L.P.C.V. y el Decreto Foral de Bizkaia, tan solo quizá merezca mención la exigencia de que el Plan incluya “*acuerdos de colaboración con museos y otras instituciones, en particular de carácter científico*”, en orden, hay que suponer, a garantizar tanto la conservación de lo obtenido, (asegurado en el ámbito vasco si se cumple la obligación de depósito), como la difusión posterior de la información.

Un absoluto acierto de las Normas, que se exige también en el ámbito bizkaino al menos como criterio de autorización de intervenciones, es el que establece la Norma 17, que salvo en los casos de urgencia, (en los que en el ámbito vasco la financiación la debe proporcionar la administración pública, junto al interesado en su caso), dispone que “*antes de iniciar cualquier actividad...se deberá contar con la financiación suficiente para cumplir todas las fases previstas en el plan del proyecto, incluidas la conservación, la documentación y la preservación del material recuperado, así como la preparación y la difusión de los informes*”.

A estos efectos pueden solicitarse garantías. (Norma 18). No menos lo es la exigencia de que el plan incluya uno de emergencia, que “*garantice la conservación del patrimonio cultural subacuático y la documentación de apoyo en caso de interrupción o conclusión del proyecto*”. (Norma 21).

Los siguientes capítulos de las Normas se refieren a la competencia y cualificación de los arqueólogos intervinientes, que se demanda sin ofrecer baremos de medida, a la conservación y gestión del sitio, que debe abarcar la información pública, medidas de estabilización y control y protección de las intrusiones, a la documentación exhaustiva, sin novedades dignas de mención respecto al standard de las normas vascas, a la seguridad, respecto de la que se reclama “*un plan de seguridad adecuada para velar por la seguridad y la salud de los integrantes del equipo y de terceros, que esté en conformidad con las normativas legales y profesionales en vigor*”, (Norma 28), lo que tiene aquí especial sentido, en vista del riesgo que implica la inmersión submarina, y al medio ambiente en relación con el cual se impone preparar una política adecuada, “*para velar por que no se perturben indebidamente los fondos marinos o la vida marina*”. (Norma 29).

Una consideración final merece la Norma 33 que prescribe la conservación “*en la medida de lo posible, juntos e intactos en forma de colección, de tal manera que los*

especialistas y el público en general puedan tener acceso a ellos y que pueda procederse a la preservación de los archivos” de los elementos de patrimonio y “una copia de toda la documentación de apoyo”.

Es un interesante criterio de gestión, que no recogen las normas que hemos analizado, aunque ello no quiera decir necesariamente que no se siga por las distintas administraciones encargadas de la gestión.

En conjunto se puede sostener que la protección jurídica del patrimonio arqueológico subacuático que deriva de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco y el Decreto Foral de regulación de las actividades arqueológicas de Bizkaia, en el ámbito de jurisdicción de estas normas, es congruente, con los matices que hemos señalado, con la exigida en la Convención, cuyas determinaciones respetan en la mayor parte de su contenido.

8.1.9.2. El Convenio Europeo de Protección del Patrimonio Arqueológico de 1969.

Parecida conclusión a la expuesta en relación con la anterior Convención, podemos extraer en relación con el Convenio Europeo de Protección del Patrimonio Arqueológico, promovido en el ámbito del Consejo de Europa, suscrito en 1969, y que a tenor de lo dispuesto en su artículo 13.1 *“permanecerá en vigor ilimitadamente”*, salvo ejercicio del derecho de denuncia.

Comienza este Convenio en su artículo 1 señalando que pueden ser considerados como objetos arqueológicos, a los efectos o para los propósitos del Convenio, *“todos los vestigios y los objetos y cualesquiera otras trazas de manifestaciones humanas, que constituyan un testimonio de épocas y de civilizaciones cuya principal o una de las principales fuentes de información científica está asegurada por excavaciones o descubrimientos”*, definición perfectamente compatible con las de los artículos 2.1 y 43 de la L.P.C.V.

En sede de compromisos institucionales, tampoco el primero de los del artículo 2 supone contradicción alguna, *“con el fin de asegurar la protección de los yacimientos y conjuntos que oculten bienes arqueológicos, cada Parte Contratante se compromete a tomar, en lo posible, las medidas necesarias para delimitar y proteger los lugares y conjuntos de interés arqueológico”*, especialmente a partir de que se diluya el mismo a la medida de lo posible, medida de difícil valoración y que dificulta su exigibilidad.

Si que, sin embargo, es desconocido en la normativa vasca el de *“constituir zonas de reserva para la conservación de testimonios materiales que excavarían futuras generaciones de arqueólogos”*. (Art.2.b.)

Lo que sucede es que, a nuestro juicio, es más razonable la opción escogida por el legislador vasco. El mandato del artículo 2.b de este Convenio supone la renuncia a la investigación, y subsiguiente conocimiento, de la información que sobre nuestro pasado puede proporcionarnos el yacimiento o conjunto de yacimientos enclavados en las zonas de reserva.

Supone, adicionalmente, en la medida en que nos referimos a zonas como extensiones de territorio, y no a yacimientos concretos en los que se diesen tales o cuales circunstancias, privarnos del conocimiento sobre los bienes patrimoniales que pueden encontrarse en las mismas, privar a los que en ellas residen de parte del derecho que no se les reduce a los residentes en otras.

Y ello, exclusivamente, para garantizar, con criterios de hoy en día, que los arqueólogos del futuro puedan excavar yacimientos que quizá ya no les interesen, porque haya cambiado la perspectiva y el interés desde el que los mismos se consideran.

Las Partes Conveniantes parecen creer que las oportunidades de investigación se agotan con la excavación y nunca es así. Si los bienes se conservan en las condiciones adecuadas, siempre existirá la oportunidad de utilizar nuevas técnicas de investigación, (que los arqueólogos del futuro conocerán y que los actuales quizá ni se imaginen), o de verificar nuevamente los resultados de la investigación previa.

Tan solo en el caso de que se produzca con la investigación actual la desaparición de elementos de relevancia científica, podríamos plantearnos si el conocimiento actual a obtener justifica la obstaculización irreversible del potencialmente posible en el futuro.

Pero nada de esto tiene porqué suceder necesariamente, si se documenta de forma correcta la situación en que se encuentra, habida cuenta además de que el efecto destructor pudiera no evitarse tampoco si, aún declarando la reserva, no se evita la acción de los agentes naturales sobre el yacimiento de que se trate.

Y en todo caso, no constituye esto justificación legítima suficiente para establecer zonas de reserva, o lo que es lo mismo prohibiciones generales a la investigación, que no justifiquen en motivos de esta naturaleza la decisión adoptada en el caso concreto.

Los compromisos que los firmantes asumen en el artículo 3 nos sitúan más en el plano de la actuación administrativa que en el de la propia legislación.

Se extienden a *“prohibir y reprimir las excavaciones clandestinas”, “adoptar cuantas medidas sean útiles con el fin de que la ejecución de las excavaciones arqueológicas se confíe únicamente a personas cualificadas y con autorización especial” y “asegurar el control y conservación de los resultados obtenidos”*.

En lo que corresponde a las normas, la L.P.C.V. y su normativa de desarrollo, donde existe, exigen la autorización para la realización de excavaciones, que se sujeta a cualificación suficiente de quien la dirige, entre otros extremos, y determinan como contenido necesario del proyecto el de las medidas de control y la conservación, para la que se establece además el depósito obligatorio en centro oficial.

Sin embargo, la correcta evaluación de la gestión conforme de lo preceptuado exigiría además un juicio sobre la aplicación práctica y el grado de cumplimiento de lo legislado.

Y a este respecto, si bien en la C.A.P.V. no parecen darse excavaciones clandestinas, (no se tiene noticia de ninguna de ellas), si tampoco existe denuncia alguna sobre falta de cualificación o negligencia grave de quienes dirigen excavaciones, (u otro tipo de intervenciones), autorizadas, no puede decirse lo mismo sobre la represión de los daños ocasionados a yacimientos, (las sanciones en este terreno son prácticamente desconocidos y los daños, ya sean ocasionales, se producen), ni existen garantías, por control insuficiente, de que los arqueólogos depositen y documenten todos los materiales hallados en el tiempo y forma en que lo exige la normativa.

Menos dudas caben en relación con la obligación que establece el artículo 4 de *“adoptar cuantas medidas prácticas sean posibles para la publicación científica de los resultados de las investigaciones y de los descubrimientos, la cual deberá ser rápida e íntegra”*.

Ninguna de las administraciones públicas vascas hace frente, en la forma exigida, a esta obligación del Convenio. Hay que señalar sin embargo, que las memorias de las investigaciones son de pública consulta en las dependencias oficiales, pero no se procede a su publicación, sino en contados casos y ésta no suele ser rápida, (recordemos los plazos de estudio preferente), ni siempre íntegra.

En cualquier caso consideramos exorbitante esta exigencia del Convenio. Un sistema como el derivado de la legislación vasca, permite en buena medida garantizar *“el estudio y la difusión del conocimiento de los descubrimientos de bienes arqueológicos”*, finalidad expresa del artículo, sin exigir desproporcionados medios económicos en la difusión que irían, dada la inevitable limitación de los recursos públicos, en detrimento de los empleados en otras áreas, dado el gran número de investigaciones que se desarrollan anualmente.

La L.P.C.V. si que da adecuado cumplimiento a las dos imposiciones adicionales del artículo 4, la de *“hacer un censo de los bienes arqueológicos nacionales públicos y si fuese posible de los privados”*, y la de *“establecer un catálogo científico”* de unos y otros, sin perjuicio de que la consideración de los bienes arqueológicos como dominio público, (art.47), deje sin sentido la referencia a los privados.

El artículo 5 regula lo relativo a las relaciones interinstitucionales entre los Estados-Parte. Cada uno de ellos se obliga con los restantes a *“facilitar la circulación de los bienes arqueológicos para fines científicos, culturales y educativos”*, *“favorecer los intercambios de información entre instituciones científicas, museos y servicios nacionales competentes sobre los bienes arqueológicos”* y *“las excavaciones lícitas e ilícitas”*, *“hacer todo lo posible para poner en conocimiento de las autoridades competentes del Estado de origen, Parte Contratante del Convenio, cualquier oferta que se sospeche procede de excavaciones clandestinas o de sustracción fraudulenta de excavaciones oficiales y todas las precisiones necesarias al respecto”*, y *“llevar a cabo un programa educativo con el fin de suscitar y desarrollar en la opinión pública un conocimiento del valor de los bienes arqueológicos para el conocimiento del pasado de las civilizaciones y del peligro que las excavaciones incontroladas (es sorprendente que no se mencionen las muchos más frecuentes y dañinas, al menos en el ámbito vasco, intervenciones lesivas de finalidad no arqueológica), representan para ese patrimonio”*.

Creemos no pecar de exagerados si en el ámbito vasco, calificamos a lo exigido en este precepto como política-ficción. Nada de ello se desarrolla en la práctica, al menos de forma permanente y sistematizada, sin perjuicio de que pudiera darse alguna iniciativa aislada en supuestos excepcionales.

Dada la distribución competencial entre el Estado y la C.A.P.V. a la que ya hemos hecho referencia en otro capítulo, parte de lo dispuesto en lo artículo 6 es de competencia específica de la Administración Central del Estado.

Así, este artículo reclama la adopción *“de las medidas oportunas de colaboración, con el fin de que la circulación internacional de bienes arqueológicos no perjudique en modo alguno la protección de los elementos culturales y científicos vinculados a esos bienes”*.

Sin embargo, más específicamente, las Partes Contratantes se obligan a *“en lo que respecta a los museos y demás instituciones similares, cuya política de adquisiciones esté sometida al control del Estado, a adoptar las medidas necesarias con el fin de que éstos no adquieran bienes arqueológicos que se sospecha por una razón determinada, proceden de excavaciones clandestinas o de sustracción fraudulenta de excavaciones oficiales”*.

En el ámbito de la C.A.P.V., los museos públicos se nutren casi exclusivamente de materiales procedentes del depósito de las investigaciones autorizadas, con lo que, aún y cuando nada se establezca expresamente al respecto en las normas ya promulgadas, no existe riesgo de incumplimiento de este compromiso.

En el caso de los museos y similares “*situados en el territorio de una Parte Contratante pero cuya política de adquisiciones no esté sometida al control del Estado*”, se adquiere en este art.6 el compromiso de “*transmitirles el texto del presente Convenio*”, de “*no escatimar ningún esfuerzo para obtener la adhesión*” a tales principios, y de restringir también en ellos a través de la educación, la vigilancia y la cooperación la circulación de bienes de procedencia ilícita. La inexistencia de este tipo de instituciones en la C.A.P.V. permite a la administración no preocuparse en absoluto por el cumplimiento de este mandato.

El siguiente artículo, el 7, compromete a los Estados-Parte a “*cooperar activamente dentro de los límites de su legislación nacional*”, en la resolución de los problemas de identificación y autentificación que se les susciten a los restantes, siempre, finalmente con la cautela general establecida en el art.8 de que “*las medidas previstas por el presente Convenio no podrán constituir una limitación al comercio y a la propiedad lícita de objetos arqueológicos, ni afectar al régimen jurídico relativo a la transmisión de dichos objetos*”.

En suma, en lo que se refiere al cumplimiento de las determinaciones del Convenio, y salvo en aspectos muy concretos en los que incluso puede haber razones de política cultural que lo justifiquen plenamente, la normativa de la C.A.P.V. es sustancialmente conforme con las mismas, proporcionando un status legal de protección homologable al que exige en los Estados-Parte.

8.2. LA PROTECCION DEL PATRIMONIO ETNOGRAFICO

8.2.1. Una reflexion sobre la etnografía.

Cuestionado en gran medida, como hemos señalado, el concepto de patrimonio arqueológico, en razón de tratarse la arqueología de un método de investigación más que de una característica que adorne determinados bienes o elementos culturales, resulta preciso analizar si ocurre lo mismo en relación con el patrimonio etnográfico, si pueden distinguirse los elementos que integran éste en virtud de sus rasgos peculiares, o son tan solo elementos idénticos o similares a los que forman parte de los restantes patrimonios culturales, aunque se obtenga su conocimiento a través de un método específico y singular.

Este análisis obliga inexcusablemente a preguntarnos qué es o cómo se define la etnografía, cuestión que deja muy mucho de resultar pacífica en el ámbito de la teoría científica y que sobre la que además “en los últimos años, entre los investigadores de varios campos ha crecido el interés; tanto teórico como práctico”.⁷⁷⁶

Como señalan Hamme y Atkinson, “*existe desacuerdo sobre si la característica distintiva de la etnografía es el registro del conocimiento cultural (Spradley, 1980), la investigación detallada de padrones de interacción social (Gumperz, 1981) o el análisis holístico de sociedades (Lutz, 1981)*”. Algunas veces, “*la etnografía se define como esencialmente descriptiva, otras veces como una forma de registrar narrativas orales (Walker, 1981), como contraste, solo ocasionalmente se pone el énfasis en el desarrollo y verificación de teorías (Glaser y Strauss, 1967; Denzin, 1978), mientras que “para nosotros, la etnografía (o su término cognado, observación participante), simplemente es un método de investigación social, aunque sea de un tipo poco común, puesto que trabaja con una amplia gama de fuentes de información*”.⁷⁷⁷

En caso de asumir la concepción de estos autores de la etnografía como método de investigación, serían reproducibles las observaciones realizadas en relación con el concepto de patrimonio arqueológico, y cuestionable la consideración del mismo como patrimonio distinto entre los que constituyen el patrimonio cultural vasco.(A este respecto también puede decirse lo mismo de las restantes C.C.A.A.).

Cuestión distinta de la consideración de la existencia o inexistencia de un patrimonio etnográfico propiamente dicho, es la de la hipotética necesidad de un tratamiento tuitivo singular de los bienes objeto de este método de investigación, necesidad que no es negada ni afirmada cualquiera que sea la respuesta dada.

La etnografía “*ha sido a veces descalificada como impropia para las ciencias sociales porque los datos e información que ella produce son subjetivos, meras impresiones idiosincrásicas que no pueden proporcionar un fundamento sólido para el análisis científico riguroso*”, pero otros argumentan en respuesta que “*solo a través de la etnografía puede entenderse el sentido que da forma y contenido a los procesos sociales*”.

Hamme y Atkinson consideran en relación con estas tesis, que “*ni el positivismo ni el naturalismo son completamente satisfactorios*”. En su opinión, “*ambos comparten una misma suposición fundamental que está equivocada: ambos mantienen una separación radical entre la ciencia social y su objeto*”.⁷⁷⁸

⁷⁷⁶ HAMME M. y ATKINSON P. Etnografía: métodos de investigación. Ed. Paidós. Barcelona. 1994, pág. 1

⁷⁷⁷ Ibidem, pag. 1

⁷⁷⁸ Ibidem, pags. 1-2.

El positivismo ha definido la investigación científica a través de una serie de dogmas o características que estos autores sintetizan de la manera siguiente: la ciencia natural, concebida en términos de la lógica del experimento, es el modelo de la investigación social, debe tener leyes universales, y utilizar el lenguaje de la observación neutral, y si esto no implica que todos los métodos de las ciencias sean iguales, si al menos que comparten una lógica común.

Se otorga así *“prioridad epistemológica y/u ontológica a los fenómenos que son directamente observables; cualquier apelo a intangibles corre el riesgo de ser descalificado como un sinsentido metafísico”*, sin embargo, *“la observación en las ciencias sociales no es una actividad tan transparente como leer un termómetro, lo que ha llevado a que la preocupación por adoptar un lenguaje teóricamente neutro, haya puesto todo el énfasis en la estandarización de los procedimientos de observación”* intentándose con ello, *“elaborar criterios sólidos que sean estables para todos los observadores”*.⁷⁷⁹

En respuesta a esta concepción otra corriente científica se ha decantado por la que se ha denominado *“naturalismo”*, caracterizado por proponer que *“tanto cuanto sea posible, el mundo social debería ser estudiado en su estado natural, sin ser contaminado por el investigador”* y considerar que deberían ser *“procedimientos naturales, no artificiales como experimentos o entrevistas formales”*, la *“fuente primaria de datos”*.⁷⁸⁰

El naturalismo considera que los fenómenos sociales presentan características muy diferentes de los fenómenos naturales y que *“el mundo social no puede ser entendido en términos de relaciones causales o mediante el encasillamiento de los eventos sociales bajo leyes universales...porque las acciones humanas están basadas e incorporadas por significados sociales: intenciones, motivos, actitudes y creencias”*. La gente *“interpreta estímulos y esas interpretaciones sujetas a una continua revisión conforme al acontecer de los eventos, moldean sus acciones”* por lo que *“el uso de métodos estandarizados no asegura de ninguna manera la conmesurabilidad de la información producida. De hecho, ocurre más bien lo contrario”*.

La etnografía, se entiende entonces *“como el método preeminente, si no exclusivo, de investigación social...porque cualquier predicado sobre el comportamiento humano requiere que entendamos los significados sociales que nos informan sobre aquel...la centralidad del significado tiene como consecuencia que el comportamiento de las personas solo pueda ser entendido dentro de un contexto”*.⁷⁸¹

Hamme y Atkinson consideran que esta corriente tiene razón *“al señalar los peligros que residen en extraer referencias de lo que la gente hace cotidianamente a partir de lo que los informantes dicen y hacen en situaciones de investigación”*, pero

⁷⁷⁹ Ibidem, pag. 3.

⁷⁸⁰ Ibidem, pág. 4.

⁷⁸¹ Ibidem, pag. 5-6.

también “*debido a la influencia que el observador participante puede tener en el lugar estudiado y/o los efectos de los ciclos temporales dentro de un lugar (Ball, 1983), las conclusiones que él o ella extraen de los datos no son necesariamente válidas para el mismo lugar en situaciones diferentes*” y, en el fondo, “*cualquier investigación exploratoria, sin duda, envuelve selección e interpretación*”⁷⁸². Siempre hace falta un método.

Sin embargo creen que los esfuerzos por eliminar el efecto del investigador sobre los datos son inútiles, “*es inútil perseguir este tipo de cosas en la investigación empírica, puesto que que todo tipo de datos presupone un trasfondo teórico*”.

Por ello, “*el primer y más importante paso que hay que dar para resolver los problemas planteados por el positivismo y el naturalismo es reconocer el carácter reflexivo de la investigación social, o sea, reconocer que somos parte del mundo social que estudiamos...no hay ninguna forma que nos permita escapar del mundo social para después estudiarlo ni, afortunadamente, ello es siquiera necesario...debemos trabajar con el conocimiento que tenemos, reconociendo que puede ser erróneo y someterlo a un examen sistemático cuando la duda parezca estar justificada*”.⁷⁸³

Sostienen acertadamente estos autores que “*cualquier investigación social toma la forma de observación participante: implica participar en el mundo social, cualquiera que sea su papel y reflexionar sobre los efectos de esa participación*” e “*indistintamente del método utilizado, en esencia no es diferente a otras formas de actividad práctica cotidiana*”.

La reflexividad supone que “*la búsqueda de verdades certeras, cristalinas e indudables, completamente inalcanzables por la posibilidad de la invalidación, representa una de las búsquedas más quijotescas de la filosofía moderna*”, que “*el investigador o investigadora son el instrumento de investigación par excellence*” y que “*las teorías que desarrollamos para explicar el comportamiento de los grupos que estudiamos también deberían, donde proceda, ser aplicadas a nuestras propias actividades como investigadores y deberían ayudar al desarrollo de estrategias de investigación*”.

En cualquier caso, “*las comprobaciones rigurosas y sistemáticas de la teoría desarrollada son sin embargo importantes, a pesar de que no puedan ser nunca absolutamente conclusivas*”.⁷⁸⁴

Cuando reconocemos la complejidad del proceso investigador, sus diferentes funciones y los fallos del modelo de estudio único, “*estamos mejor preparados para apreciar la contribución que la etnografía puede hacer a la ciencia social*. Estos

⁷⁸² Ibidem, pags. 8-9.

⁷⁸³ Ibidem, pags. 10-11

⁷⁸⁴ Ibidem, pags. 12-16.

autores no entienden la etnografía “*como un paradigma alternativo a la investigación experimental, de encuestas o documental*”.

Mas bien se trata “*simplemente de un método con unas ventajas y desventajas específicas a pesar de que, debido a la influencia del positivismo, sus virtudes hayan sido en gran medida subestimadas por muchos científicos sociales*”.⁷⁸⁵

Se trata además de un método, caracterizado por su flexibilidad. Dado que “*no requiere un diseño extensivo previo al trabajo de campo, como las encuestas sociales y los experimentos, la estrategia e incluso la orientación de la investigación pueden cambiarse con relativa facilidad, de acuerdo con las necesidades cambiantes requeridas por el proceso de elaboración teórica*” y consecuentemente, “*las ideas pueden ser rápidamente comprobadas y si son prometedoras se pueden llevar a la práctica*”.⁷⁸⁶

La contribución de la etnografía “*no se limita a la fase de desarrollo teórico*”, puede ser también utilizada “*para la verificación teórica*”. Por ejemplo, *casos que son cruciales para la teoría, aquellos donde parece que ésta está fallando, pueden ser examinados a través de la etnografía*”, aunque “*no siempre es posible para la teoría macro social donde la escala del objeto investigado a menudo requiere investigación con encuestas*”.

Adicionalmente, “*el uso que la etnografía hace de múltiples fuentes de información es también una gran ventaja...evita el riesgo que resulta de confiar apenas en un solo tipo de información y la posibilidad de que las conclusiones sean dependientes del método*”.⁷⁸⁷

La óptica desde la que enfocamos por nuestra parte el análisis de la tutela del “*patrimonio etnográfico*” es deudora en muy amplio grado de estas consideraciones. No así la del legislador, a nuestro juicio, “*el patrimonio etnográfico que es preciso proteger no se adecua correctamente a las figuras jurídicas actuales*”⁷⁸⁸, pero conviene tenerlo en cuenta a la hora de enfrentarse a los apartados que siguen.

⁷⁸⁵ Ibidem, pag. 17.

⁷⁸⁶ Ibidem, pag. 17.

⁷⁸⁷ Ibidem, pags. 17-18.

⁷⁸⁸ ZULAIKA R. “*Intentando realizar una etnografía contemporánea: algunas propuestas para gestionar el patrimonio etnográfico de la Comunidad Autónoma Vasca*”, en I Conferencia Internacional sobre Políticas Culturales. Ed. Gob. Vasco. Vitoria-Gasteiz. 2007, pag. 310.

8.2.2. Concepto y régimen jurídico del patrimonio etnográfico en la C.A.P.V.

El artículo 51 de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco señala literalmente que *“se considera patrimonio etnográfico el conjunto de bienes materiales e inmateriales en que se manifiesta la cultura tradicional del País Vasco”*.

A tenor de lo dispuesto en el artículo siguiente, el 52, *“los bienes materiales de carácter etnográfico se regirán por el régimen general dispuesto en la presente ley”*, mientras que *“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 ello su investigación y la recogida exhaustiva de los mismos en soportes materiales que garanticen su transmisión a las generaciones futuras”*. (Art.53).

La L.P.C.V. tan solo dedica un precepto adicional a este patrimonio, el 54 que dispone que *“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”*.

A cualquier lector medianamente avisado se le suscitarán tras la lectura de estas disposiciones numerosas interrogantes que conviene intentar esclarecer a través de un análisis más detenido.

Una primera cuestión tiene que ver con una crítica que ya hemos efectuado anteriormente en relación con otras definiciones de la L.P.C.V., la de la escasa caracterización del objeto definido, cuyos perfiles quedan dibujados de una forma excesivamente vaga y ambigua.

Como única concreción de lo que es la etnografía, y por definición el patrimonio etnográfico, tenemos la referencia a la *“cultura tradicional”*, cuyas manifestaciones, reflejadas en cualquier clase de bienes, tanto materiales como inmateriales, lo constituirían.

No incidiré de nuevo en la dificultad de concretar el significado del término *“cultura”*, por cuanto ya lo he hecho con anterioridad de forma detallada, pero podríamos encontrarnos ante un problema menor si el adjetivo *“tradicional”* que la acompaña nos ofreciese un grado de concreción significativo, y sin embargo, no es el caso.

Basta acudir a un diccionario cualquiera, para ver tradición entendida como “conjunto de usos, ideas y valores culturales y morales transmitidos de generación en generación”,⁷⁸⁹ lo que no nos permite reducir, al menos significativamente, el inabarcable campo al que nos remitía la “cultura”.

Las dificultades se incrementan adicionalmente, al referirnos como bienes patrimoniales a los “inmateriales” en que se produzcan manifestaciones de cultura tradicional, con la consiguiente necesidad de definir cuales son estos bienes o cómo se definen. La L.P.C.V., como hemos visto, se refiere entre ellos a los usos, costumbres, creaciones, comportamientos... (la lista no es cerrada), que “*transcenden de los restos materiales en que puedan manifestarse*”.

Desconocemos realmente que es lo que el legislador pretende utilizando el verbo “*transcender*”; la trascendencia cultural es también inherente al patrimonio reflejado en bienes materiales, toda vez que es su significado cultural el relevante, y muchas veces irrelevante el soporte en que se materializa.

Lo característico de los bienes culturales inmateriales será, a nuestro juicio, su no materialización en objetos, con lo que la referencia a los restos materiales pierde buena parte de su sentido, lo mismo que la trascendencia respecto a ellos. En realidad lo propio y procedente hubiera sido definir simplemente los bienes inmateriales como las manifestaciones de cultura tradicional, si no se podía encontrar definición más precisa, que no se expresan a través de objetos o bienes materiales.

La L.P.C.V. establece un doble régimen de protección según la naturaleza de los bienes. Por un lado, los bienes materiales “*se regirán por el régimen general establecido en la presente Ley*”, (art.52), lo que supone la renuncia a introducir ningún tipo de regulación específica y que los bienes etnográficos podrán ser calificados o inventariados y en función de su introducción en uno u otro régimen, les serán aplicables sus normas particulares. Llama poderosamente la atención, a este respecto, tan parca regulación, cuando el capítulo anterior ha dedicado una prolija regulación al patrimonio arqueológico.

Los bienes inmateriales, por su parte, “*serán salvaguardados por la administración competente*”, promoviendo su investigación y la recogida en soportes que garanticen su transmisión a las generaciones futuras. Estos bienes, contrario sensu, no se rigen, al parecer, por el régimen general de la Ley, tan solo se establece sobre ellos un mandato a la administración en si mismo contradictorio.

En efecto, se establece su salvaguardia promoviendo su investigación y recogida y sin embargo no se garantiza su no desaparición. La investigación y documentación no es desde luego incompatible con el abandono de esos usos, costumbres, creaciones y/o comportamientos por quienes los practicaban, con lo que en realidad la redacción literal

⁷⁸⁹ Diccionario Básico Anaya de la Lengua. Edición de 1991.

del precepto incurre en el error de considerar salvaguardados tales bienes inmateriales por el hecho de ser conocidos.

Con independencia de en donde se sitúe el valor cultural real de estos bienes, y la imposibilidad de detener el desarrollo dinámico de la sociedad ni petrificar el comportamiento y la libertad humana, la visión que aquí manifiesta el legislador es alicorta y poco ambiciosa, la salvaguarda real no se extiende tan solo al conocimiento científico y capacidad de reproducción del patrimonio etnográfico inmaterial en contextos distintos, sino al fomento a través de las correspondientes ayudas administrativas de su conservación y mantenimiento y puede llegar a la desaparición, o al menos atenuación de los efectos, de los obstáculos impuestos artificialmente, y en la mayor parte de las ocasiones por la propia administración a su desarrollo.

Por poner tan solo algún ejemplo, y sin entrar a juzgar la procedencia o improcedencia de las disposiciones correspondientes, bienes inmateriales claramente integrantes del patrimonio etnográfico como las manifestaciones de las txarribodas, las luchas de animales, o incluso ¿ por qué no ? las corridas de toros, encierros, sokamuturras y determinadas actividades de herri-kirolak, nos sitúan en un terreno resbaladizo en grado sumo.

La interrogante sería la siguiente, supuesto que el carácter patrimonial de estas manifestaciones justificase una aplicación singular, (y el grado de singularidad es obviamente discutible ad casum), de las normas generales que les son aplicables en razón de su objeto, ¿ se está produciendo ésta ? Es tan evidente que si en algunos casos, (léase corridas de toros), que cuentan con normativa específica, como que no en la mayoría de los restantes.

De todos modos queda una importante cuestión por dilucidar. El hecho de que se haya predicado la aplicabilidad del régimen general de la Ley con respecto tan solo a los bienes materiales, ¿excluye la posibilidad de que los bienes inmateriales sean incluidos en alguno de los regímenes jurídicos derivados del mismo ?

En ausencia de prohibición expresa consideramos procedente negarlo.

El legislador parece ser consciente de la inadecuación general de los regímenes jurídicos que ha establecido para la protección de bienes inmateriales, bienes que carecen de un soporte material sobre el que establecer los derechos y obligaciones a que se refieren, pero no impide que cuando por sus específicas circunstancias pudiera darse tal incardinación, tal adecuación de los regímenes de protección a las medidas de salvaguarda que reclama el bien, se proceda a adoptarlas. Entender lo contrario sería difícilmente congruente con los principios generales de la ley y su plasmación del artículo 3.

Así lo han entendido algunas de las administraciones implicadas cuando a iniciativa de la Diputación Foral de Bizkaia, se procedió a incoar expediente de inclusión en el Inventario General de Patrimonio Cultural de Santo Tomás de Olabarrieta en Zeanuri.

Hemos afirmado que la L.P.C.V. no define qué tipo de elementos forman parte del patrimonio etnográfico, sino en referencia a término tan poco explícito como el de manifestaciones de la cultura tradicional y que en sede de bienes inmateriales si que precisa algo más al referirse a usos, costumbres, creaciones y comportamientos. ¿ Cabe sin embargo realizar mayores precisiones al respecto? ¿ Se reproduce en esta parquedad el modelo de la legislación estatal y en el de las restantes C.C.A.A. ?

8.2.3. El concepto de patrimonio etnográfico en la legislación estatal y en la de otras C.C.A.A.

De cara a observar si el régimen jurídico de la normativa vasca es el único posible, es útil enfocar la mirada sobre lo que al respecto se establece en la normativa estatal y la de otras Comunidades Autónomas.

Acudiremos en primer lugar a lo que disponen los artículos 46 y 47 de la Ley 16/1985 de 25 de Junio, de Patrimonio Histórico Español, para encontrar definido el patrimonio etnográfico como el formado por *“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”*. (Art.46).

Bienes inmuebles son estos efectos, *“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 arquitectónicos utilizados tradicionalmente por las comunidades o grupos humanos”*, bienes muebles, *“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”* y, finalmente, *“se considera que tienen valor etnográfico y gozarán de protección administrativa, aquellos conocimientos o actividades que procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizados por una determinada comunidad”*. (Art.47).

Pese a la mayor ampulosidad de las definiciones no encontramos en la norma estatal mayor claridad y concreción que en la norma vasca, lo cual es sumamente lógico dado el carácter posterior de ésta. Ni siquiera su normativa de desarrollo nos ilumina en mayor medida, toda vez que el Real Decreto 111/1986, de en su artículo 26, tras hacer prolija relación de bienes cuya existencia debe ser comunicada a la administración, la

extiende en este ámbito a los “*objetos etnográficos*” de valor superior a 400.000 pesetas.

La ley catalana pese a contener una referencia a las zonas de interés etnológico como bien inmueble integrante del patrimonio cultural catalán declarable de interés nacional, (art.7.2.e), y otra al “*patrimonio etnológico mueble*” como bien patrimonial aún no habiendo sido objeto de declaración o catalogación, (art.18.2.f), carece de capítulo específico dedicado al patrimonio etnográfico, (o etnológico), en lo que es seguida por otras normas como la valenciana y la madrileña que engloba la protección del patrimonio etnológico en la del arqueológico.

No es el caso de Galicia. El artículo 64 de su Ley integra en el patrimonio etnográfico “*los lugares y los bienes muebles e inmuebles así como las actividades y conocimientos que constituyan formas relevantes o expresiones de la cultura y modos de vida tradicionales y propios del pueblo gallego en sus aspectos materiales e inmateriales*”, añadiendo el 65 que tienen valor etnográfico y gozarán de protección “*aquellos conocimientos, actividades, prácticas, saberes y cualesquiera otras expresiones que procedan de modelos técnicos, funciones y creencias propias de la vida tradicional gallega*” y que cuando “*estén en peligro de desaparición pérdida o deterioro*”, la Consellería de Cultura “*promoverá y adoptará las medidas oportunas conducentes a su estudio, documentación científica y a su recogida por cualquier medio que garantice su transmisión y puesta en valor*”.

Hemos de reiterar aquí la crítica, ya realizada a la norma vasca, a que se equipare protección del patrimonio etnográfico con su mero estudio y documentación. Cabe la posibilidad de mantener vivos los usos y costumbres, en la medida en que la población los considere compatibles con su actual modo de vida, a través de la remoción de los obstáculos que impidan su realización material, (particularmente si tienen origen en la propia administración), y la promoción de su desarrollo a través de la aportación de los correspondientes medios económicos.

Además la indicación de la protección es notoriamente incompleta sin su incardinación en los regímenes jurídicos a que se refiere la propia Ley, o eventualmente sin indicación de otros instrumentos con los que debiera realizarse.

Si en sede definitiva la ley andaluza es particularmente parca, vistas éstas anteriores, aunque no por ello menos expresiva, “*lugares, bienes y actividades que alberguen o constituyan formas relevantes de expresión de la cultura y modos de vida propios del ser andaluz*”, (art.61), si que hace frente con cierta solvencia a algunos de esos reproches.

Así, en su artículo 62, establece que los bienes muebles de interés etnológico “*quedarán sometidos al régimen general de protección establecido en esta Ley para los bienes de naturaleza mueble*” y en el 64 que la inscripción en el Catálogo General del

Patrimonio Histórico 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 (relevante añadido) de los mismos”*.

Si no hay novedades en relación con la investigación y recogida en soportes que faciliten la transmisión generacional, (art.63, 2º párrafo), si que es interesante la referencia en el primero a 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.*

Es ésta específica alusión a la concesión de ayudas y subvenciones la que revela una conciencia de que la protección del patrimonio etnográfico, por su propia naturaleza, requiere de la promoción económica por parte de la administración.

La norma canaria hace una prolija descripción, (art.73), de los elementos que integran el patrimonio etnográfico, a la que ya nos hemos referido en otro capítulo y que tiene notable interés pedagógico. También contiene una incardinación expresa de los bienes muebles e inmuebles en los respectivos regímenes generales de protección de la ley.

Pero además prescribe que los bienes inmuebles etnográficos *“se documentarán e inventariarán mediante cartas etnográficas municipales”*, instrumento original, no previsto en las leyes autonómicas anteriores, (art.74.2), y establece la figura de los parques etnográficos, a los que se aplica el régimen de los parques arqueológicos, y que son, (art.75), *“los espacios que, debido a la existencia de elementos significativos del patrimonio etnográfico inmueble, previamente declarados de interés cultural con la categoría de Conjunto Histórico o de Monumento, permiten su utilización para la visita pública con fines didácticos y culturales, en armonía con su conservación e integración en el entorno”*. Interesa destacar aquí que la visita pública se configura como requisito esencial para la existencia del parque.

Castilla y León define el patrimonio etnológico, (según los expertos la etnografía hace referencia a la descripción de una cultura en tanto que la etnología al análisis comparado entre algunas de ellas), integrado por *“los lugares y los bienes muebles e inmuebles, así como las actividades, conocimientos, prácticas, trabajos y manifestaciones culturales transmitidos oral o consuetudinariamente que sean expresiones simbólicas o significativas de costumbres tradicionales o formas de vida en las que se reconozca un colectivo, o que constituyan un elemento de vinculación o relación social originarios o tradicionalmente desarrollados en el territorio de la Comunidad...”*, (art.62.1), con el añadido original e interesante de los bienes *“relacionados con la economía y los procesos productivos e industriales del pasado que se consideren de interés”*. (Art.62.2).

Aragón no aporta ninguna innovación digna de comentario, aún siendo su norma, la Ley 3/1999 de 10 de Marzo, una de las más recientes. Quizá la novedad venga constituida por el tratamiento conjunto del patrimonio etnográfico y el industrial, al que más adelante nos referiremos. Tras definir este patrimonio, se limita a proclamar la aplicabilidad del régimen general de protección, (art.74), y el deber de salvaguardia en términos similares a los de la L.P.C.V.

El desarrollo de esta definición se limita sin embargo a insertar, adecuadamente eso si, la protección de este patrimonio en los regímenes jurídicos generales de la ley. (Art.63).

Asturias, al estilo canario, cuenta, (art.69), con una detallada relación de elementos integrantes del patrimonio etnográfico (denominación que nosotros preferimos al hilo de la distinción anteriormente efectuada). También conecta la protección con la inclusión expresa en los regímenes generales de la ley, pero además de forma novedosa recoge una serie de principios que deben guiar la política de protección. (Art.71).

El primer principio señala que *“la protección del patrimonio etnográfico formará parte de una acción global dirigida a la protección del medio natural y el paisaje, así como de las actividades económicas tradicionales de las áreas rurales”*, disponiéndose además que *“este aspecto será tenido en cuenta en la normativa que afecte a espacios naturales protegidos, así como, en general, en la normativa urbanística y de ordenación del territorio que afecte a las áreas rurales y en las políticas de desarrollo del medio rural”*.

Ya hemos hecho referencia anterior a que la protección de este patrimonio puede exigir la aplicación singular de otras normas que remueva los obstáculos que pueden establecer para el desarrollo de algunas actividades.

El segundo alude a que *“la administración del Principado de Asturias y, en general, los poderes públicos apoyarán la transmisión a las nuevas generaciones de los conocimientos y técnicas artesanales que pueden tener un lugar en la actividad económica de Asturias”*, principio al que hay que reprochar su estrechez de miras, a menos que se haga una interpretación amplia y extensiva del término artesanales.

Un tercero prescribe que *“se favorecerá la dignificación de las manifestaciones de la cultura popular tradicional, mediante su tratamiento respetuoso y la introducción de su estudio y conocimiento en el sistema educativo”*, lo que no cabe menos que elogiar desde la perspectiva de que se protege mejor aquello cuyo valor e interés general se conoce debidamente. En todo caso queda por desarrollo el modo en que se va a promover ese tratamiento respetuoso y en qué ámbitos.

El penúltimo principio ordena que *“de forma general se tomarán en cuenta las variedades específicas de las distintas comarcas y se protegerá la riqueza de las manifestaciones locales de la cultura popular”*, objetivo que con carácter tan genérico nos parece excesivamente ambicioso.

Y finalmente, *“en aplicación de los principios contenidos en esta Ley, se apoyará la investigación y conocimiento de la lengua asturiana”*, lo mismo que *“se aplicará al gallego-asturiano de las comarcas situadas en las cuencas de los ríos Eo y Navia”*, aspecto éste del patrimonio lingüístico al que también se refiere la Ley de Castilla y León y que sin embargo excluimos del ámbito de este trabajo por la exigencia de tratamiento específico que reclama.

La ley asturiana introduce en lo referente a la recogida y documentación de los elementos etnográficos un nuevo e interesante matiz, *“a dicho efecto, se apoyará la labor de las asociaciones, instituciones y personas que trabajan en su mantenimiento y revitalización”*, mandato específico que obliga a la administración a dotar de recursos a la labor desarrollada en este terreno por terceros.

No es únicamente ésta la previsión legal en torno a particulares medidas de fomento del conocimiento del patrimonio etnográfico, pues el artículo 73 obliga a la administración a apoyar *“la creación de museos y centros de investigación que desarrollen su labor con el adecuado soporte científico (evidentemente la ley no se atreve a informarnos de cual debe considerarse así) como medio de proceder a la recogida de colecciones y puesta al servicio público de los testimonios de la cultura popular tradicional”*.

La norma también prevé que *“cuando se produzca estado de ruina, o manifiesto abandono por un período superior a 10 años de elementos de interés etnográfico que hayan sido objeto de protección, el Ayuntamiento correspondiente tendrá la facultad de proceder a su expropiación”*. (Art.74).

Este precepto viene a nuestro juicio a introducir notable confusión si tenemos en cuenta el tenor del art.39 de la Ley que ya faculta a los ayuntamientos y a la Consejería de Educación y Cultura para proceder a la expropiación en supuestos que no implican necesariamente la ruina, (teniendo en cuenta que el supuesto de hecho es el de elementos objeto ya de protección), ni exigen manifiesto abandono ni por período tan extenso. (A modo de ejemplo los supuestos de los apartados 2, 3.a, 3.b, 3.c o incluso 3.d del artículo 39).

Creemos que es injustificada la limitación del artículo 74, cuando el interés público puede evidentemente aconsejar la expropiación en los supuestos que determina el otro precepto.

Finalmente, la norma recoge, también de forma singular, un precepto, (el artículo 75), dedicado específicamente a la protección de hórreos, paneras y cabazos como elementos de especial relevancia etnográfica en la Comunidad. Se establece en él la prohibición de construcción de elementos de esta naturaleza “*desvinculados de la vivienda*”, disposición cuya conexión con la protección del patrimonio etnográfico no se nos alcanza y que limita injustificadamente, a nuestro entender, la libertad de los ciudadanos asturianos.

También que los de nueva factura “*deberán adecuarse a los materiales y características constructivas y morfológicas tradicionales de estas edificaciones en la zona correspondiente*”, extremo que será objeto de reglamentación por la administración contemplando la “*diversidad tradicional de tipos*”, lo que asimismo consideramos desproporcionado y restrictivo de la innovación y el avance, salvo en los supuestos de sustitución de elemento anterior por uno de nueva factura, o en aquellos en que se haya delimitado la zona como conjunto monumental o entorno de protección por sus especiales características, no con carácter general.

Es sin embargo acertado en nuestra opinión el apartado 3º que establece que “*solo serán autorizables los usos de hórreos, paneras y cabazos que no menoscaben su valor cultural*” y la disposición general, en la línea que hemos demandado reiteradamente en otras normas y con respecto a otros elementos, de que “*aún cuando no hayan sido declarados Bien de Interés Cultural ni incluidos en el Inventario del Patrimonio Cultural de Asturias, los hórreos (¿ no hay paneras o cabazos en esta situación ?) construidos con anterioridad al año 1900 que conserven sus características constructivas estarán sujetos a las siguientes limitaciones*”, la de no poder ser demolidos total o parcialmente, desmontados o trasladados sin autorización gubernativa, la de no poderse autorizar la construcción de cierres perimetrales totales o parciales a partir de sus soportes, ni la de edificaciones adosadas, y la de, salvo autorización por fuerza mayor, no poderse realizar más intervenciones que las de conservación y restauración con los materiales tradicionales que correspondan a su tipología.

La más reciente de las leyes autonómicas de patrimonio cultural, la Ley 7/2004 de 18 de Octubre, de Patrimonio, Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja, sigue el ejemplo canario en lo que respecta a la relación detallada de elementos que integran el patrimonio, (art.63), con algunos interesantes reconocimientos expresos, muy lógicos dada la idiosincrasia del territorio, como el de “*los pueblos deshabitados que en el pasado formaron parte del mapa poblacional*”, o las “*bodegas, construcciones semiexcavadas o cualesquiera otras destinadas a labores vinícolas y agropecuarias*” y la “*toponimia tradicional (no poca de ella de origen euskérico) “y las peculiaridades lingüísticas del castellano de La Rioja*”.

Lo singularmente acertado e innovador de esta norma viene sin embargo recogido en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley, que dispone respecto de un elenco de bienes que comprende “*edificaciones, construcciones, y general, los inmuebles con más de 200 años de antigüedad*”, “*iglesias, ermitas y cementerios, construidos con más de*

150 años de antigüedad”, “teatros, mercados, plazas de toros, fuentes y lavaderos representativos de los usos para los que fueron destinados con más de 100 años...”, “construcciones tradicionales rurales, conjuntos de abrigos de pastores y ganado con cubierta de piedra, puentes, molinos, ingenios hidráulicos de carácter tradicional, y obras singulares de infraestructura, ingeniería y arquitectura con más de 200 años”, “bodegas de vino con más de 100”, y “muebles de carácter etnológico, artístico, musical o representativos de la forma de vida o de producción singular....que cuenten con más de 200 años de antigüedad”, que “durante un período de 10 años, contados a partir de la entrada en vigor de esta Ley, y para asegurar una protección preventiva,.... quedan sometidos al régimen de los Bienes Culturales de Interés Regional, salvo que expresamente la Consejería competente en materia de Cultura deseché su inclusión, por los motivos que considere oportunos o proceda a iniciar el procedimiento para declararlos como Bienes de Interés Cultural.

Transcurrido el plazo de 10 años, *“los bienes afectados por esta medida que no hayan sido excluidos del régimen cautelar de protección, se considerarán automáticamente como Bienes Culturales de Interés Regional, debiendo procederse a su declaración individualizada mediante Orden del Consejero competente y a su inscripción definitiva en el correspondiente Inventario del Registro General del Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja.*

Es éste el tipo de disposición que reclamábamos para la protección del patrimonio cultural vasco, y que por su indudable eficacia potencial debemos envidiar a la Comunidad vecina.

La Rioja también establece la posibilidad de expropiación cuando se produzca el estado de ruina o el abandono manifiesto de elementos de interés etnográfico por un período superior a 10 años. No cabe sino reiterar aquí la crítica realizada a la similar norma asturiana.

No es el caso sin embargo de la disposición que prohíbe *“la retirada de materiales y la realización de obras sin autorización”* en los pueblos deshabitados, (art.64.7), ni, aunque en cierta medida sea superflua con una buena organización del Inventario en el que debe integrarse, el de la previsión de la realización de un Atlas Etnográfico. (Art.64.6).

Finalmente, siguiendo el ejemplo asturiano, es también interesante la prescripción de que *“los poderes públicos apoyarán la labor de las asociaciones, fundaciones, universidades, instituciones y personas que trabajen en el mantenimiento, revitalización y difusión de los bienes del patrimonio etnográfico riojano”*. (Art.64.5).

A tal efecto, *“se promoverán actuaciones de colaboración entre las Administraciones Públicas y el sector privado para crear centros de investigación y museos etnográficos, que desarrollen su labor con el adecuado soporte científico, como*

medio de proceder a la recogida en colecciones y puesta al servicio público de los testimonios de la cultura tradicional riojana”.

8.2.4. La Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial.

Tal y como sucede con otros patrimonios culturales, también el patrimonio etnográfico cuenta con instrumentos jurídicos supranacionales de protección a los que es obligado referirse. Se trata en este caso de la Convención de París de 2003 para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, promovida por la UNESCO.

Antes de referirnos a ella, sin embargo, creemos oportuno realizar algunas consideraciones que compartimos con André Romero.

Una inicial versa en torno a que el patrimonio cultural inmaterial *“es, y como tal debe ser reconocido, fundamentalmente de sus propios titulares”*. Así, *“determinadas iniciativas surgidas en esencia de buenas intenciones y sin duda alguna necesarias (como la propia Convención de la que vamos a ocuparnos) pueden incurrir en ocasiones en un exceso de mimo o paternalismo, centrándose en la preservación de aspectos que quizás resulten irrelevantes para sus titulares, quedando al mismo tiempo descuidados, en el mejor de los casos, si no sometidos a expoliaciones indiscriminadas, cuestiones mucho más importantes para la sociedad de referencia”*.⁷⁹⁰

La profesora catalana está aludiendo aquí, en otras palabras, al peligro de predominio de la perspectiva ETIC frente a la EMIC que quedaría en un segundo plano, si en la delimitación de la protección tienen únicamente voz y voto, los ajenos al entorno inmediato en el que el patrimonio ha surgido o se ha conservado.

Directamente relacionada con la anterior hay una conclusión suya que tampoco podemos olvidar; *“lo intangible, y por tanto la identidad en toda su amplitud, es algo global e integral”*. Dado que *“ni los individuos ni las sociedades vivimos nuestra identidad de forma parcelada o fraccionada”*, el elemento intangible de la identidad *“trasciende lo que normalmente entendemos y visualizamos bajo dicho concepto”*.⁷⁹¹

El operador jurídico está obligado a tener en cuenta estas consideraciones a la hora de utilizar las herramientas de que dispone. Desde ellas hemos de valorar el resultado, la

⁷⁹⁰ ANDRE ROMERO M. E. *“La medición del impacto del turismo sobre el patrimonio intangible de los pueblos”* en Diálogo sobre turismo, diversidad cultural y desarrollo sostenible. Forum de las Culturas. Barcelona. 2004, pag. 113.

⁷⁹¹ Ibidem, pag. 113.

norma jurídica, sus virtudes y aquellos aspectos en los que puede ser susceptible de mejora.

La Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial tiene por objetivos, según proclama su artículo 1º *“la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial”, “el respeto del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos de que se trate”, “la sensibilización en el plano local, nacional e internacional a la importancia del patrimonio cultural inmaterial y de su reconocimiento recíproco”* y la *“cooperación y asistencia internacionales”*, fines todos ellos altamente loables, como no podía ser de otra manera.

Patrimonio cultural inmaterial son a los efectos de la Convención, (art.2), *“los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”*.

Es importante destacar en esta definición la desestatalización explícita que se produce, más aún cuando se trata de una Convención a suscribir por Estados con reconocimiento internacional. Expresamente se hace constar que va a ser objeto de protección el patrimonio cultural inmaterial que grupos, (e incluso individuos), reconozcan como suyo.

Cuestión distinta será la materialización de este propósito cuando dicho reconocimiento no sea compartido por el estado en cuyo territorio se manifiesta, (dada la inmaterialidad no parece muy propio decir que se *“encuentra”*), pero es importante destacar lo que se asume en esa definición.

Ese patrimonio cultural inmaterial, continúa el artículo, *“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 sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana”*.

Es interesante también en este caso la alabanza de la identidad cultural en el marco del respeto a la diversidad y creatividad humanas. Queda mucho por avanzar incluso en los estados occidentales más respetuosos, (que no son desde luego aquellos en que se manifiesta la identidad vasca, y no hay más que hacer específica referencia al caso de Navarra o la situación de la enseñanza de la lengua vasca en Francia), para que se produzca una asunción real de lo que aquí se proclama.

En todo caso, *“a los efectos de la presente Convención se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos*

de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.” Varias y muy diversas son las críticas que debemos hacer a este último apartado.

En primer lugar, el concepto “*tener en cuenta*” es excesivamente ambiguo e inapropiado. Una cuestión es que no proceda promover o proteger expresiones patrimoniales que atenten contra los derechos humanos, y otra que no puedan documentarse y “*tenerse en cuenta*”, aunque solo como testimonio de lo que no puede ser amparado por cobijarse bajo el manto de la tradición o de una cultura peculiar.

En segundo lugar la referencia a los “*instrumentos internacionales de derechos humanos existentes*” es, a mi juicio, insuficiente. En materia de derechos humanos deberíamos acogernos al instrumento más avanzado posible, y particularmente en el ámbito de individuos, comunidades y grupos a aquel más amplio de entre los que tienen vigencia jurídica sobre ellos.

Quiere esto decir, que si en el ámbito estatal, del sistema de protección de derechos humanos, explícitamente de éste y no de otro tipo de normas, deriva la inasumibilidad de una expresión cultural inmaterial, no debería ésta de poder gozar de la protección que le pueda ofrecer la Convención, so pena de situar al Estado en cuestión ante el dilema de ponderar cual de las obligaciones y bienes jurídicos debe primar en tal caso.

Finalmente la exigencia de compatibilidad del patrimonio cultural con el “*desarrollo sostenible*” nos sitúa en un terreno excesivamente resbaladizo, habida cuenta de la inaprehensibilidad de este último concepto y su escasa determinación aún por la doctrina internacional.

Situar el desarrollo sostenible como límite de la “*tenida en cuenta*” del patrimonio cultural equivale además a enfrentarlos de partida cuando no existe necesariamente conflicto entre ellos, a menos que se intente imponer un concepto de desarrollo y de sostenibilidad que pueden formar parte de una única cultura, por más que sea la internacionalmente dominante.

El patrimonio se manifiesta en particular según el apartado 2º en las “*tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial*”, las “*artes del espectáculo*”, los “*usos sociales, rituales y actos festivos*”, los “*conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo*” y las “*técnicas artesanales tradicionales*”.

Salvaguardia son por su parte, “*las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización,*

transmisión –básicamente a través de la enseñanza formal y no formal- y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos”.

Es evidente que este concepto de protección, (salvaguardia), es mucho más preciso y adecuado que el que establecen las diversas normas autonómicas, particularmente la vasca que es la que constituye principal objeto de análisis en este trabajo, amén de hacer referencia a aspectos como el de la transmisión educativa casi siempre omitidos en aquellas, al menos de forma expresa.

El régimen jurídico de protección que se establece comienza con una mención en el artículo 3 a que ninguna disposición de la Convención podrá ser interpretada de tal manera que *“modifique el estatuto o reduzca el nivel de protección de los bienes declarados patrimonio mundial en el marco de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972 (a la que ya nos hemos referido) a los que esté directamente asociado un elemento del patrimonio cultural inmaterial”* , disposición, aunque oportuna, un tanto retórica habida cuenta de los escasos elementos que hoy por hoy pueden verse afectados por tal circunstancia.

Asimismo tampoco puede interpretarse la Convención en sentido que *“afecte los derechos y obligaciones que tengan los Estados Partes en virtud de otros instrumentos internacionales relativos a los derechos de propiedad intelectual o a la utilización de los recursos biológicos y ecológicos de los que sean partes”*, disposición que equivale, a mi juicio injustificadamente con carácter general y sin muchos matices, a situar estos últimos como bienes jurídicos preferentes en derecho internacional con respecto a la protección del patrimonio cultural inmaterial.

A los efectos de este trabajo, analizar la protección jurídico-administrativa del patrimonio cultural vasco interesa particularmente el capítulo III de la norma que lleva por rúbrica *“salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial en el plano nacional”*. (Arts.11 a 15).

Comienza este capítulo, (que no se denomina expresamente como tal), atribuyendo a cada Estado la responsabilidad de *“adoptar las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio”*, (art.11), *“con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes”* a la hora de *“identificar y definir los distintos elementos del patrimonio”*.

Hay que decir a este respecto que el compromiso de salvaguarda figura expresamente en la L.P.C.V., (art.53), si bien con las salvedades que ya hemos apuntado, pero que si es cierto que la Ley de Patrimonio Cultural Vasco ofrece cauces de participación en la tramitación administrativa de los expedientes de inclusión en regímenes de protección, a cualquiera que pudiera estar interesado y que se demanda expresamente el parecer de Ayuntamientos y Diputaciones Forales como representantes

de esas “*comunidades y grupos*” a que se refiere la Convención, no sucede así con el de las O.N.G. pertinentes, que si el art.11 no nos informa de cuales son, debemos suponer que se trata de aquellas que tienen la protección del patrimonio cultural en general o la del etnográfico más en particular, como objeto de actividad.

El art.12 prevé la necesidad de que los Estados elaboren “*uno o varios inventarios del patrimonio cultural inmaterial*”, lo que si no se incumple por la L.P.C.V., que admite y reclama en el Inventario General y en el Registro la inclusión de estos elementos, si se ha incumplido en la práctica por el Gobierno Vasco, la administración gestora de estos regímenes, dado que apenas contamos con algún elemento de esta naturaleza con expediente incoado y aún no resuelto para su inventario.

También se reclama que cada Estado Parte, en este caso Comunidad Autónoma, haga todo lo posible por “*adoptar una política general encaminada a realzar la función del patrimonio cultural inmaterial en la sociedad y a integrar su salvaguardia en programas de planificación*”.

Naturalmente que “*todo lo posible*” es un concepto de difícil evaluación, pero no creemos ser injustos ni faltar a la verdad si señalamos que en lo que respecta específicamente al patrimonio cultural inmaterial y a lo reclamado en este precepto, (y excluyendo en este caso lo relativo al euskera), a la administración vasca no se le conoce ni se le espera a corto plazo, de no cambiar mucho las cosas.

Como atenuantes habría que contemplar lo brevísimo del plazo transcurrido desde que se aprobó la Convención, aunque eso no quita para que se pudiese estar trabajando en tal sentido desde antes, y lo ambicioso de aquella que pretende avances muy importantes con respecto a la situación de partida de la mayoría de Estados potencialmente Partes.

Algo similar puede decirse respecto de otras prescripciones del artículo 13 como “*designar o crear uno o varios organismos competentes para la salvaguardia*”, o “*adoptar las medidas de orden jurídico, técnico, administrativo y financiero adecuadas para favorecer la creación o el fortalecimiento de instituciones de formación en gestión del patrimonio cultural inmaterial*, (inexistentes en nuestro País), *así como la transmisión de este patrimonio en los foros y espacios destinados a su manifestación y expresión*” o la de “*garantizar el acceso al patrimonio cultural inmaterial, respetando al mismo tiempo los usos consuetudinarios por los que se rige el acceso a determinados aspectos de dicho patrimonio*”, o, finalmente, la de “*crear instituciones de documentación sobre el patrimonio cultural inmaterial y facilitar el acceso a ellas*”, aunque en este terreno la administración haya apoyado loables iniciativas privadas. (el centro Xenpelar por ejemplo).

Alguna otra exigencia requiere juicio más matizado. Nos referimos concretamente a la de “*fomentar estudios científicos, técnicos y artísticos, así como metodologías de*

investigación, para la salvaguardia eficaz del patrimonio”, particularmente, del que “se encuentre en peligro”.

En este terreno si que se han llevado adelante diversas iniciativas, aunque limitadas especialmente destacadas y fructíferas en algunas áreas como la del “bertsolarismo”, la tutela de la literatural oral euskérica en verso.

El artículo 14 tiene por objeto el ámbito de la educación, sensibilización y fortalecimiento de capacidades en el que los Estados Partes deben asegurar el reconocimiento, respeto y valorización, a través de *“programas educativos, de sensibilización y de difusión de información dirigidos al público, y en especial a los jóvenes”, “programas educativos y de formación específicos en las comunidades y grupos interesados”, “actividades de fortalecimiento de capacidades en materia de salvaguardia del patrimonio... y especialmente de gestión y de investigación científica”* y de *“medios no formales de transmisión del saber”*.

Deben también *“mantener al público informado de las amenazas que pesan sobre ese patrimonio y de las actividades realizadas en cumplimiento de la presente Convención”* y *“promover la educación sobre la protección de espacios naturales y lugares importantes para la memoria colectiva, cuya existencia es indispensable para que el patrimonio cultural inmaterial pueda expresarse”*.

En este ámbito, el incumplimiento por parte de las administraciones vascas de estos deberes y compromisos es total y absoluto. No existen programas educativos, sino todo lo más aisladas iniciativas locales no siempre apoyadas, no existen programas específicos de fomento de la investigación, y no existe información al público sobre las amenazas, que en ocasiones tienen origen en las propias instituciones públicas.

Tan solo podemos llegar a conclusión distinta en lo que hace a la protección de espacios naturales y a la sensibilización en torno a la misma, y no quizá por su ligazón al patrimonio cultural inmaterial. No sirve de consuelo el que, en las Comunidades próximas al menos, y confesando un conocimiento limitado de sus políticas, la situación no parezca ser, ni muchísimo menos, mejor.

Asimismo hay enormes posibilidades de mejora respecto del mandato del artículo 15 de que *“cada Estado Parte tratará de lograr una participación lo más amplia posible de las comunidades, los grupos y, si procede, los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio y de asociarlos activamente a la gestión del mismo”*, si trasplantamos ese mandato a las administraciones públicas de la C.A.P.V.

A esto último se refiere el artículo 35 de la Convención cuando, consciente de la existencia de múltiples entidades subestatales con competencias en la materia, establece las reglas de aplicación de la Convención en *“regímenes constituciones federales o no*

unitarios”, identidad de obligaciones del gobierno federal o central con respecto a los de Estados-Parte unitarios, y deber de comunicar “estas disposiciones, con su dictamen favorable, a las autoridades competentes de los Estados, países, provincias o cantones, para que éstas las aprueben”.

En el ámbito internacional, la protección de este patrimonio se realiza a través de una “lista” del que requiere medidas urgentes de salvaguardia, seleccionada por un Comité conforme a los criterios aprobados por la Asamblea General, la cooperación interestatal y la asistencia internacional a los proyectos de protección, que proporcionará el “Fondo para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial” de la UNESCO.

Existe una convicción bastante extendida en torno a la insuficiencia de los instrumentos de protección del patrimonio inmaterial, que ha llevado a la formulación de diversas propuestas para la tutela de algunos de sus elementos más desprotegidos. En algún estado latinoamericano, (Argentina, concretamente), se ha llegado incluso a proponer, desde el ámbito académico, un “Anteproyecto de Ley de Registro de Conocimientos Tradicionales Aborígenes”.⁷⁹²

Se considera en él conocimiento tradicional aborigen registrable, los “símbolos, emblemas, alegorías, signos o diseños gráficos, las formas arquitectónicas, los procesos y métodos para producir expresiones tangibles del folklore...el alfabeto propio, los procesos ceremoniales y los juegos, las medicinas, las prácticas médicas, la asistencia sanitaria y los métodos de curación tradicionales, las recetas y los procesos culinarios, los proverbios, los mitos y las gestas épicas, prácticas culturales y tecnológicas tradicionales y los productos logrados por su aplicación, y todo otro saber del origen señalado con actual o posible aplicación comercial o industrial”. (Art.1).

No serían sin embargo conocimientos tradicionales, (art.2), los “nombres, palabras y signos que constituyan la designación necesaria o habitual del producto o servicio a distinguir, o que sean meramente descriptivos de su naturaleza, función, cualidades u otras características” o “los nombres, palabras signos y frases que hayan surgido del uso generalizado por la convivencia con otros Pueblos o Naciones o Comunidades antes de su solicitud de registro”, y no serían registrables “los conocimientos o tecnologías anteriormente registrados por otro Pueblo o Nación aborigen...”, “las denominaciones de origen nacionales o extranjeras” o “las letras, palabras, nombres, distintivos, símbolos que usen o deban usar la Nación, las provincias, (o) las municipalidades”. Tenemos aquí una muestra de hasta donde se considera en algunos ámbitos que se extiende el conocimiento tradicional aborigen y su patrimonio cultural.

La inscripción registral, por parte del Pueblo o Nación aborigen, no caducaría, (art.5), y daría lugar a la titularidad de un derecho de explotación, cuya infracción se castiga con diversas penas. (Art.17). Se trata, por tanto, más de un intento de salvaguarda de la propiedad intelectual o industrial sobre los elementos tutelados, que

⁷⁹² Anteproyecto de Ley de Registro de Conocimientos Tradicionales Aborígenes. Proyecto de Investigación UBAC y T. D012. www.biotech.bioética.org

de un instrumento que persiga propiamente garantizar su supervivencia y proporcione medios adecuados para proveerla.

Sin embargo nos ilustra sobre el amplio abanico de elementos que pueden constituir el patrimonio inmaterial de una cultura determinada y sobre algunos instrumentos utilizables para proteger, sino su presencia, si la rentabilidad de su explotación cuando tenga ésta sentido comercial.

8.3. LA PROTECCION DEL PATRIMONIO DOCUMENTAL

8.3.1. Consideraciones específicas sobre la situación de este patrimonio.

Hay quienes consideran que el patrimonio documental es uno de los grandes olvidados de la cultura. Concepción Contel sostiene que es *“acaso el gran desconocido y el menos comprendido del amplio abanico que forma nuestro Patrimonio Histórico por el conjunto de la sociedad”*, que *“existe una falta absoluta de conocimiento y sensibilidad social hacia los bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico”* y que ese desconocimiento e incomprensión *“es, posiblemente, el origen del mayor número de vulneraciones a la ley en lo tocante al deber ineludible que todos tenemos de conservarlo y protegerlo”*, de este patrimonio *“no nos acordamos hasta que no creemos que está en verdadero peligro nuestro derecho de señorearlo y poseerlo”*.⁷⁹³

La Asamblea General de la Confederación de Asociaciones de Archiveros, Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas de Aragón (ANABAD) expone como conclusiones de su sesión de 25 de Enero de 2005 que *“la situación de nuestros archivos –públicos y privados, grandes y pequeños, estatales, autonómicos y locales- no es la mejor de las deseables, por la falta de medios materiales, humanos y económicos”*.

Las plantillas de los archiveros *“son raquíticas y solo con el esfuerzo personal de los profesionales puede prestarse un servicio mínimamente digno a los ciudadanos”*. Los archivos *“continúan siendo los hermanos pobres de la cultura, después de los museos, las exposiciones y las bibliotecas, y son sin embargo los únicos centros de los que en ningún caso se puede prescindir, pues conservan no solo nuestra historia, sino también las pruebas de los actos administrativos, de los contratos entre las personas, de las ventas, los testamentos, los derechos y las obligaciones de los ciudadanos”*.

Dejando aparte el autobombo, (entre los archiveros que este autor conoce hay de todo, hasta ejemplos de quienes parecen considerar que el archivo es suyo, suponiendo

⁷⁹³ CONTEL C. *“El Patrimonio Documental”* en Jornadas sobre la Protección del Patrimonio Cultural. Diputación Foral de Bizkaia. 1999. Ponencia inédita, págs. 3-4.

éste el mayor obstáculo para su adecuada gestión), no cabe duda de que se trata de un diagnóstico certero.

Si ANABAD-Aragón se pregunta cómo es posible que “*no exista un inventario exhaustivo de los papeles de Salamanca*”, o denuncia que el Archivo General de Aragón “*solo existe en la esfera de lo virtual, porque en 2005 todavía no tiene edificio, personal, fondos ni medios*” ni “*centros de restauración, de reproducción de documentos ni de asistencia informática*”, en la C.A.P.V. debemos preguntarnos cuantos archivos disponen de un reglamento de gestión, adaptado a las disposiciones de la L.P.C.V., y en los que se precisen cuestiones tan básicas como formas de acceso, expurgos, condiciones de reproducción o posibilidades y requisitos para la cesión o salida de fondos.

Se ha escrito también⁷⁹⁴ que “*nuestro territorio presenta un notable déficit formativo en sus recursos humanos*” y que “*la implantación de la licenciatura universitaria en Documentación permitirá solventar la creciente demanda de personal cualificado*”.

Reclamar un plan de adquisiciones, entendido como la identificación de los fondos que deberían obrar en el archivo y de los medios a emplear para lograr este propósito, o la catalogación completa y en los soportes más avanzados, ya ni siquiera lo planteamos.

No cabe menos, entonces, que concordar con los aragoneses en que “*muchos de nuestros archivos, aunque han mejorado notablemente en algunos aspectos, -¡cómo estaban hace veinte años!- siguen necesitando más personal y más medios*”.

Pero desde la perspectiva del jurista vasco, no es esa la única carencia. Hay otras. Y nuestra aportación no puede ser otra que la de intentar sacarlas a la luz a partir del análisis de nuestras normas legales, ése a que se dedica todo este trabajo.

Como señala Ted Steemers “*esto no significa que estos problemas tengan origen reciente...la mayoría de los problemas son herencia del pasado*”⁷⁹⁵ y hay diferentes formas de enfrentarse a ellos.

Contel recuerda, acertadamente, que “*el acceso a la información de los documentos de los archivos ha sido un privilegio de unos pocos a lo largo de la historia*”, estaba reservado a “*las personas autorizadas por el propio gobernante*”, de modo que “*hasta las puertas del siglo XX la consulta de los documentos de los archivos sigue siendo una gracia concedida a los cronistas oficiales y a los eruditos*”, es a partir de la II Guerra

⁷⁹⁴ URIARTE GONZALO-BILBAO E. “*Sistemas de Bibliotecas*” en I Conferencia Internacional sobre Políticas Culturales. Ed. Gob. Vasco. Vitoria-Gasteiz. 2007, pag. 306.

⁷⁹⁵ STEEMERS T. “*Política de preservación en archivos*”. www.rau.edu.uy.

Mundial cuando se va a producir *“la liberalización de la entrada de estos centros de investigación (los archivos) para todo el público”*.⁷⁹⁶

La documentación durante muchos siglos, *“estuvo encerrada en los archivos sin peligro de ser destruida por el hombre, aunque no estaba a salvo de otras catástrofes, pero no cumplía la principal finalidad de su conservación que es la difusión de la información”*⁷⁹⁷.

El informe elaborado por el Archivo General de Andalucía para la Comisión de Evaluación del C.I.A.(Consejo Internacional de Archivos),⁷⁹⁸ parte de la consideración de que *“difícilmente puede conservarse todo lo que se produce, pero no solo por el hecho del volumen, que podía ser solo una razón a tener en cuenta, sino porque se produce más de lo debido y se produce mal”*.

Discrepamos parcialmente de esta afirmación. Afirmar que se produce más de lo debido, supone partir de una consideración acerca de un nivel de producción óptimo que nadie ha fijado legítimamente, y reputar como innecesario alguno de los niveles de producción sobre los que puede haber perspectivas y opiniones más fundadas que la del archivero. No se trataría tanto de un problema de producción, cuanto de la determinación del nivel de la misma que es preciso conservar, durante cuanto tiempo y de qué manera.

Las causas de la imposibilidad de conservación, *“van desde las naturales, lógicas y necesarias a las improcedentes y arbitrarias: aumento natural de la población, aumento de la burocracia, dimensionamiento lógico de la gestión administrativa con atención a ámbitos de actuación múltiples y cada día más diversos, incorporación necesaria de los archivos administrativos al área de responsabilidad y de actuación directa de los archiveros, ceñidas hasta hace poco más de 30 años a los archivos históricos, uso descontrolado y arbitrario de los diferentes sistemas de reproducción que eleva la multiplicación documental a factor de peligro...”*.

Sin olvidar tampoco la *“incorrecta aplicación de los procedimientos administrativos, que aboca en una falta de normalización de la producción documental”*, la *“obsesión de control en las macroadministraciones que ha dimensionado la producción de series documentales, cuyo valor no va más allá de la inmediatez de ese control”*, el *“escaso aprecio de las administraciones por los archivos y los archiveros”* y la *“insuficiencia de recursos humanos (archiveros) de órganos específicos y de normativa”*.

Consecuencia de todo esto es que *“la eliminación que en principio tendría que entenderse como el enemigo número uno de la conservación, es, sin lugar a dudas, su*

⁷⁹⁶ CONTEL C. op. cit. pags. 8-10.

⁷⁹⁷ Ibidem, pag. 11.

⁷⁹⁸ www.juntadeandalucia.es.

primer aliado”, sentencia que, lógicamente, hay que entender en este contexto. La conservación “*ha dejado de ser la función que ha caracterizado a una profesión, cediendo sitio a la eliminación*”.

Como reconoce el mismo informe, en realidad es mejor hablar de selección más que de eliminación propiamente dicha. La clave pasa por distinguir entre los diversos valores, (administrativo, fiscal, jurídico, informativo, histórico...), que justifican la conservación y reconocer debidamente la vigencia temporal de cada uno, de modo que tan solo en los históricos, los “*substanciales e indispensables para reconstruir la historia de una institución*”, tendría sentido la conservación indefinida.

A este respecto Steemers considera prioritarios “*los documentos más usados y aquellos que están sujetos a programas públicos*” y los “*materiales vulnerables que se encuentran sufriendo alguna degradación*”.⁷⁹⁹

Como muy bien señala este autor, y hemos sostenido por nuestra parte incluso en relación con otras áreas del patrimonio cultural, “*uno de los problemas de la conservación es lidiar con la vieja idea del tratamiento de piezas individuales*”.

No es ello necesario además “*ya que se han desarrollado las posibilidades de tratamientos documentales a gran escala y aún masivos*”.

Debe priorizarse el tratamiento másivo frente al tratamiento singular, dado que existen además “*numerosas técnicas desarrolladas para conservar documentos a un nivel industrial*”, más allá incluso de la técnica muestral que propone.

Este Conservador de los Archivos Nacionales de Holanda ofrece una interesante descripción del perfil de deterioro documental en cinco categorías principales, Código B, Deterioro del encuadernado, Código C, Deterioro Químico, Código M, Deterioro mecánico, Código V, Deterioro causado por la humedad y Código I, Deterioro causado por insectos y roedores, a su vez divisibles en subcategorías.

En cada uno de ellos, a la hora de calificar el deterioro, podrían establecerse tres niveles, escaso, en el que “*el uso normal no causara más deterioro en el item*”, moderado, en el que el uso moderado no causará mayor deterioro pero el descuido lo dañará, y grande, en el que “*el uso del item causará más deterioro y es seguro que éste resultará en pérdida de información*”.

Los objetivos que según Steemers deben fundamentar una política de preservación son los siguientes: “*dar acceso mediante microfilm o en forma digital a aquellos documentos frecuentemente solicitados*”, “*evaluación, y si es necesario investigación,*

⁷⁹⁹ STEEMERS T. op. cit.

de metodologías para el tratamiento masivo de aquellos materiales vulnerables y de rápido envejecimiento”, “selección, conservación y duplicación de los documentos de valor histórico”, “mantenimiento de los documentos históricos en contenedores seguros y adecuados”, y “desarrollo e implementación de proyectos planificados”.

Las condiciones que harían posible conseguir estos objetivos serían la *“implementación de políticas relativas a la limitación del acceso a los originales”, la “toma de conciencia, capacitación e instrucción a los funcionarios y usuarios sobre las causas del deterioro de los documentos y su prevención”, la “normalización en el manejo y almacenamiento de los materiales originales”, la “optimización de las instalaciones para la lectura de microfilm y documentos digitales”, la existencia de “instrumentos de descripción apropiados para el acceso a los microfilms, la “conservación de los originales que han sido microfilmados” y la “normalización de las condiciones físicas de los documentos en soporte papel, fotografías y películas, materiales acidificables y documentos digitales en el momento en que los archivos pasan a ser administrados por Ministerios por ejemplo”*⁸⁰⁰.

Se trata de una posición que conjuga de manera difícilmente mejorable conocimiento especializado, sensibilidad y sentido común y que no podemos menos, por tanto, que situar como eje de las consideraciones que ofrecemos acto seguido.

8.3.2. El concepto de patrimonio documental en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

La Ley de Patrimonio Cultural Vasco regula la protección del patrimonio documental en el Capítulo VI del Título III, artículos 55 a 65. El primero de los preceptos, el art.55 proclama que *“el patrimonio documental del pueblo vasco está compuesto por la documentación de interés producida o recibida por cualquier administración, entidad o individuo que a lo largo de la historia haya desarrollado sus atribuciones, funciones o actividades en el País Vasco, independientemente de la titularidad y ubicación actual o futura de la misma”.*

Ni que decir tiene que es necesario realizar diversas consideraciones en relación con el contenido que se proporciona aquí al patrimonio documental. Una primera reflexión tiene, lógicamente, que referirse al criterio de adscripción, a la característica que distingue a los documentos que forman parte del patrimonio de los que no lo integran.

El criterio establecido en este art.55 es el del interés, plenamente congruente, por tanto, con el que expresa el artículo 2.1 para predicar la patrimonialidad con carácter general. Sin embargo no se precisa aquí, en contraposición a lo que se hace en ese último precepto, el tipo de interés al que nos estamos refiriendo, parece pues, en defecto

⁸⁰⁰ Ibidem.

de mayores precisiones, que de cualquier interés, sin precisar naturaleza ni grado puede derivar la consideración de un documento como integrante de nuestro patrimonio.

Cabe reprochar una excesiva generalidad a esta definición. Si ya elevábamos este reproche a la del artículo 2.1. no puede menos que reiterarse aquí, aún con mayor énfasis, con el agravante de lo que se señala a continuación el mismo artículo. En efecto no se trata solo de documentos “*de interés*” sino de los producidos o recibidos por cualquiera que a lo largo de la historia haya desarrollado, atribuciones, funciones o actividades en el País Vasco.

No indicándose si dicho desarrollo de actividades ha debido de ser duradero u ocasional, hay que entender que cualquier documento producido o recibido por alguien que alguna vez realizó alguna actividad en el País Vasco, es susceptible de integrar nuestro patrimonio; incluso a falta de precisiones, aunque el documento en cuestión nada tenga que ver con el País o sus habitantes, a menos que en tal caso se considerase, sin garantía ninguna, por quien hubiese de decidir, carente de interés.

El ámbito que se confiere al patrimonio documental es manifiestamente excesivo. No debe confundirse el interés directo o indirecto de la información que, siquiera sea por contraste, pueda proporcionarnos un documento, con la patrimonialidad, el deber jurídico de garantizar la tutela del documento y el libre acceso y disfrute del mismo por los ciudadanos de la C.A.P.V.

Más aún si, además, la patrimonialidad se atribuye, “*independientemente de la titularidad y ubicación actual o futura de la misma*”. El legislador atribuye así a la administración de la C.A.P.V. una responsabilidad, (en los términos en que la configura el art.3, recordemos velar por la integridad, garantizando la posibilidad de conocimiento, comprensión y disfrute), que supera manifiestamente el alcance de los instrumentos de que le dota para hacer frente a la misma.

Cabe predicar la pertenencia al patrimonio cultural vasco de documentos de titularidad y ubicación ajena al territorio de la C.A.P.V., pero no desconocer que sus competencias hoy por hoy son fundamentalmente territoriales, al menos con ejercicio de imperium, y que fuera de ese ámbito no podrá desarrollar sino una política de fomento y no imponer a los titulares los deberes derivados de lo dispuesto en esta ley.

La norma va a desconocer que existe una diferencia básica y fundamental entre el patrimonio documental ubicado en la C.A.P.V. y el que actualmente, (o en el futuro dado el carácter mueble de los documentos), se encuentra fuera de ella, diferencia que si puede que no excluya la pertenencia común al patrimonio, en presencia de los requisitos exigidos, si que aconseja un tratamiento distinto, en la medida en que se debe ser consciente de que buena parte de las disposiciones de la ley no van a poder ser aplicadas al patrimonio “*extrañado*”, como de hecho sucede en la práctica cotidiana.

La L.P.C.V. nos proporciona también definiciones de documento, fondo de archivo y colección de documentos, términos todos ellos a los que atribuye determinados efectos jurídicos. Así, “*se entiende (art.56) por documento de archivo, a los efectos de la presente ley, toda información registrada, independientemente de su forma y características físicas, recibida, creada o conservada por una institución, entidad o individuo en el desempeño de sus funciones*”, “*por fondo de archivo (art.57) ...todo conjunto orgánico de documentos, conservado de manera organizada, de forma que se garantice la difusión conveniente de su información*” y “*por colección de documentos (art.58) ...todo conjunto de documentos que no reúnen las características recogidas en el artículo anterior*”. Estas definiciones merecen algún que otro comentario.

Hay que objetar en primer lugar la consideración como documento de archivo de cualquier información registrada independientemente de forma y características. Se incluiría en esta categoría entonces una lápida, o cualquier objeto en el que estuviese grabada una información al mismo tiempo que la registrada en soportes de los que habitualmente se han entendido como caracterizadores de un documento, papel, pergamino... en un supuesto extremo, hasta los cuadros podrían ser considerados como documentos de archivo en virtud de contener información, aunque solo fuese la escrita, sobre época o autor.

Así la UNESCO considera⁸⁰¹ “*que un documento consta de dos componentes: el contenido informativo y el soporte en que se consigna*” y que “*ambos pueden presentar una gran variedad y ser igualmente importantes como parte de la memoria*”. (Y cita expresamente piezas textuales, manuscritos, libros, pperiódicos, carteles, en papel, plástico, papiro, pergamino, hojas de palmera, corteza, tela, piedra... y piezas no textuales como dibujos, grabados, mapas o partituras, además de piezas audiovisuales y documentos virtuales).

Es, a nuestro juicio, una caracterización excesivamente amplia. Una cosa es que no debas ceñirte para considerar un elemento como documento a los soportes específicos utilizados en épocas muy concretas, y otra que cualquier cosa que contenga información registrada constituya un documento; o que deba constituirlo por lo menos a los efectos de esta ley y para que le sea aplicable el concreto régimen jurídico de derechos y obligaciones que en ella se determina.

Sin duda que habrá quien oponga que los documentalistas son harto conocedores de lo que es un documento, y que el acervo de su disciplina no da pie a confusiones, pero la ley no se dirige solo, (quizás ni principalmente), a ellos y debe evitar la posibilidad de interpretaciones distintas a lo que constituía la “*voluntas legislatoris*”.

También caben objeciones en relación con la definición de fondo de archivo. Conformar requisito en su definición el que “*garantice la difusión conveniente de su información*” y ese es en nuestra opinión, un desideratum, un objetivo que persigue y

⁸⁰¹ *Memoria del mundo. Directrices*. Edición 2002. París. Unesco. 2002, pag. 7.

debe perseguir el régimen legal que se establezca, pero no debe ser un requisito para considerar que estamos ante un fondo de archivo.

Estamos ante un fondo de archivo aunque las específicas circunstancias en que se encuentre dificultan o impidan la difusión conveniente de su información, si constituye un conjunto unitario de documentos que se encuentran organizados de alguna manera o mantienen un hilo conductor y la difusión de la información y más aún la conveniente es lo que la administración debe garantizar y no lo que lo define como fondo.

La diferencia entre fondo y colección no debe situarse en lo difusión conveniente de la información, exigible en uno y otro caso pero que no afecta a su naturaleza, sino en la organización o hilación interna de la documentación, su común referencia a unos mismos hechos, personas o entidades o su heterogeneidad, su naturaleza aglutinante de informaciones diferenciadas.

En este caso la definición vasca se aparta un tanto de la de la UNESCO para la que la colección es meramente *“una serie de documentos seleccionados individualmente”* y fondo *“una colección o serie de colecciones que obran en poder de una institución o persona, o un fondo o conjunto de documentos o una serie de documentos que obra en poder de un archivo”*.⁸⁰²

8.3.3. El concepto de patrimonio documental en la Ley de Patrimonio Histórico Español y la legislación de otras C.C.A.A.

La Ley 16/1985 de 25 de Junio, del Patrimonio Histórico Español, regula el patrimonio documental, junto al bibliográfico, en el capítulo 1º del Título VII, artículos 48 a 58. Como en otros muchos apartados, su rango y naturaleza van a convertirla, también en sede de patrimonio documental, en modelo e inspiración de las normativas de las C.C.A.A. que en ejercicio de sus competencias van a referirse a su protección. Por ello es especialmente necesario analizar los términos en que la L.P.H.E. intenta proteger los documentos y fondos de interés cultural.

Es el artículo 49 el que nos proporciona un concepto de documento, *“toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos”*, con la matización de que *“se excluyen los ejemplares no originales de ediciones”*.

Es también, a nuestro juicio, un concepto excesivamente amplio. Literalmente interpretado incluiría elementos que pertenecerían más adecuadamente a otros sectores

⁸⁰² Ibidem, pag. 7.

del patrimonio y un elenco de bienes demasiado heterogéneos en lo que respecta a formas, soportes, y necesidades de protección.

Las normas más modernas se refieren al patrimonio audiovisual o informático de forma autónoma al documental, realizando una distinción necesaria al menos en sede conceptual, y los criterios de actuación más sensatos a nuestro juicio precisan que no es documento cualquier expresión gráfica, por ejemplo, que tenga carácter accesorio en un bien de naturaleza sustantiva distinta.

Definido documento en esos términos serían necesarias más excepciones de la que propiamente recoge el artículo 49, algunas de las cuales vamos a ver en la normativa de las diferentes C.C.A.A.

Pertenecen al patrimonio documental según esta ley, *“los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios”, “los documentos con una antigüedad superior a los cuarenta años generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus actividades por las entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso y por las entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado” y “los documentos con una antigüedad superior a los cien años generados, conservados o reunidos por cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas”.*

En opinión de Contel *“en ninguno de estos seis elementos formadores del patrimonio documental se incluyen referencias a documentos especialmente valiosos por su antigüedad o por su interés artístico o económico...es decir que el patrimonio documental no está exclusivamente, ni muchísimo menos, constituido por los códices, manuscritos e incunables escritos en pergamino y en letras de difíciles grafías”*⁸⁰³. La óptica es, obviamente, la de considerar el documento valioso no tanto por el soporte o la belleza de su diseño o redacción (que también pueden conferírsele) sino por la información que proporciona.

La administración del Estado podrá además *“declarar constitutivos del Patrimonio Documental aquellos documentos que, sin alcanzar la antigüedad indicada en los apartados anteriores merezcan dicha consideración”.*

Esta delimitación del patrimonio va a ser seguida, como veremos, por buena parte de las C.C.A.A. aunque algunas de ellas introducirán ligeras modificaciones, especialmente en lo que respecta a la antigüedad exigida para determinado tipo de documentos.

⁸⁰³ CONTEL C. op. cit. pag. 6.

No todas las C.C.A.A. incluyen referencias expresas al patrimonio documental en sus leyes de patrimonio cultural. Incluso la mayoría de ellas han considerado que, más allá de la protección que pueda derivarse de los instrumentos generales, la materia es susceptible de legislación específica. Es, por ejemplo, el caso de Andalucía, Canarias, Madrid, Castilla-León, Aragón, Murcia y La Rioja, aunque algunas de estas C.C.A.A. (caso de Andalucía, por ejemplo,) se refieran también, de forma somera o genérica, a la materia en sus normas de patrimonio.

La ley catalana señala en su artículo 19 que *“se entiende por documento toda expresión en lenguaje oral, escrito, de imágenes o de sonidos, natural o codificado, recogida en cualquier tipo de soporte material, y cualquier otra expresión gráfica que constituya un testimonio de las funciones y actividades sociales del hombre y de los grupos humanos, con exclusión de las obras de investigación o de creación”*.

Integran el patrimonio documental, asimismo, *“los documentos producidos o recibidos, en el ejercicio de sus funciones y como consecuencia de su actividad política y administrativa, por la Generalidad, por los entes locales y por las entidades autónomas, las empresas públicas y las demás entidades que dependen de ellos”, “los documentos de más de cuarenta años de antigüedad producidos o recibidos, en el ejercicio de sus funciones, por personas jurídicas de carácter privado que desarrollan su actividad en Cataluña”, “los documentos de más de cien años de antigüedad producidos o recibidos por cualquier persona física y los documentos de menor antigüedad que hayan sido producidos en soportes de caducidad inferior a los cien años, como en el caso de los audiovisuales en soporte fotoquímico o magnético, de acuerdo con lo que se establezca por reglamento, “los documentos comprendidos en fondos conservados en archivos de titularidad pública de Cataluña”, y “los documentos expresamente incluidos de acuerdo con el procedimiento regulado por el artículo 14 de la Ley 6/1985, de 26 de Abril, de Archivos”*

Con respecto a la noción de documento, debemos reiterar la crítica a recoger aquí imágenes, o sonidos en el marco del mismo régimen que se establece en relación con los soportes tradicionales. También la referencia a cualquier tipo de soporte material configura un concepto de documento excesivamente amplio en función de la regulación a que se le va a someter y del carácter patrimonial que la justifica.

Finalmente no alcanzamos a comprender plenamente el sentido de la *“exclusión de las obras de investigación o de creación”*.

¿ Es acaso que se considera éstas integrantes del patrimonio bibliográfico ? Si es así ¿ Cual es el criterio distintivo, el que las obras fusen de investigación o creación en el momento en que vieron la luz, o que coincidan con lo que, potencialmente desde criterios muy distintos, consideramos creación o investigación ahora ? ¿ Se limita el reconocimiento de la condición de documento a los que meramente recojan datos *“objetivos”*?

¿ Es descartable en éstos la presencia de un ánimo o afán investigador o creativo, aunque solo se manifieste en la selección de la información recogida con omisión de cualquier otra potencialmente de igual o mayor interés desde nuestra actual perspectiva ? ¿ Quizá entendemos por “*obras*” aquellas que cuentan con una extensión mayor que que puede predicarse de un documento ? Si fuese así ¿ Cual es el límite a partir del que se deja de ser documento para pasar a ser obra ? Son todas éstas, incógnitas que suscita la redacción del artículo 19, que no ofrece a nuestro juicio una respuesta precisa.

Los documentos que forman parte del patrimonio cultural catalán son, como en la mayoría de las restantes normas, los públicos sea cual fuere su fecha, principio que ya hemos criticado ampliamente con anterioridad, mientras que en los privados recurre al criterio de la antigüedad y se añaden los que, sean cual fuere su naturaleza, se conserven en archivos de titularidad pública.

Discrepamos abiertamente de atribuir la patrimonialidad al documento en función del archivo en que se encuentre. Son características del propio documento y no de su lugar de ubicación, las que deberían determinar el establecimiento de un régimen jurídico sobre el mismo. Una mención como la del art.19.2.d, tan escasamente matizada, puede además dificultar la gestión razonable de un archivo, particularmente en lo que se refiere a los expurgos.

También Galicia establece en su ley de patrimonio cultural el elenco de bienes que constituyen el patrimonio documental. El artículo 76 de la ley señala que “*constituyen el patrimonio documental de Galicia todos los documentos, fondos y colecciones de cualquier época, reunidos o no en archivos existentes en Galicia y fuera de ella, procedentes de las personas o instituciones de carácter público y privado, que se consideren integrantes del mismo en el presente título*”.

Esta integrado ese patrimonio (art.77) por “*los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo de carácter público existente en Galicia, así como por personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos*”, *los documentos con una antigüedad superior a los 40 años generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus actividades por las entidades e instituciones de carácter público, sindical o religioso y por las entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado*” y “*los documentos con una antigüedad superior a los 100 años generados, conservados o reunidos por cualquier otra entidad o persona física*”. Como vemos, el legislador gallego delimita el contenido del patrimonio documental de forma distinta a como lo hace la ley vasca. Veamos con algo más de detalle las diferencias.

No forma parte del patrimonio documental de Galicia cualquier documento “*de interés*” de cualquiera que haya desarrollado su actividad allí a lo largo de la historia,

sino que este criterio, de forma mucho más restringida y razonable, solo se extiende a la generada por los organismos públicos o gestores de servicios públicos.

Con respecto a las asociaciones, fundaciones, iglesias, sindicatos, partidos y semejantes se fija un plazo de 40 años a partir del que la documentación se considera patrimonial, lo que no hace la L.P.C.V. y con respecto a las personas físicas el plazo se sitúa en 100 años.

Es evidente que de esta manera se acota muchísimo la noción de patrimonio, de forma más acorde a su verdadera naturaleza y se delimita el mismo en términos gestionables con los medios con que puede contar en estos momentos una administración pública.

La opción escogida por el legislador vasco va a ser la de establecer un patrimonio documental exageradamente amplio y reducir luego, como veremos, la introducción en regímenes jurídicos a una parte realmente reducida del mismo.

Es mucho más coherente y conforme a la seguridad jurídica la definición de criterios objetivos de la ley gallega, sin perjuicio de que se incluya una cláusula de cierre que permite la consideración patrimonial de documentos que no cumplan el criterio objetivo del plazo si su interés cultural deriva de otras características que lo adornen.

También es distinta la noción de documento en la norma gallega, *“todo testimonio de funciones y actividades humanas, recogido en un soporte perdurable y expresado en lenguaje oral o escrito, natural o codificado.”* (Art.76.2). Se excluyen expresamente además, *los ejemplares no originales de obras editadas o publicadas*, exclusión importante que no contiene, al menos expresamente la norma vasca. Las novedades principales son por adición, la exigencia del soporte perdurable y la expresión en lenguaje oral o escrito, natural o codificado, y por omisión, la de la referencia de la L.P.C.V. a cualquiera que sea su forma y características físicas.

La noción de fondo de archivo, que se identifica con la de archivo, en una de sus dos acepciones, es más detallada en la norma gallega, *“conjunto orgánico de documentos producidos o acumulados por las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, en el ejercicio de sus funciones y actividades y conservados como testimonio y garantía de los derechos y deberes de la Administración y de los ciudadanos y como fuente de información general para la gestión administrativa y para todo tipo de investigación”*. (Art. 76.3).

La otra acepción de archivo que se recoge, y que no figura en la ley vasca sustituida en alguna medida por la de servicio de archivo, es la de *“institución que reúne, custodia, comunica y difunde los fondos de archivo y las colecciones documentales por medio de los métodos y técnicas que le son propios”*.

Finalmente, colección documental es, a los efectos de la ley gallega, “*el conjunto no orgánico (en la línea que demandábamos anteriormente) de documentos reunido artificialmente en función de criterios subjetivos o de conservación*”.

Andalucía cuenta con una ley específica de archivos. Por ello, el art.65 de la Ley 1/1991, dispone que el patrimonio documental y bibliográfico se regirá por lo dispuesto en ambas leyes, y que en su defecto “*se aplicarán las normas generales establecidas en la presente Ley para los bienes muebles*”, lo que no deja de constituir una interesante y clarificadora referencia.

La Ley 3/1984 de 9 de Enero, la Ley de Archivos, señala (art.1) que el patrimonio documental andaluz “*está constituido por todos los documentos, reunidos o no en archivos, procedentes de las instituciones o personas que se declaran en los artículos 2, 3, 4 y 5 de la presente ley o fueren incluidos en el mismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6*”. Es manifiesto pues que hay que referirse también a todos esos artículos a que se remite este primero.

El art.2 establece que “*se entiende por documento, en los términos de la presente ley, toda expresión en lenguaje oral o escrito, natiral o codificado, recogida en cualquier tipo de soporte material, así como cualquier otra expresión gráfica, que constituya testimonio de funciones y actividades sociales del hombre y de los grupos humanos, con exclusión, de las obras de creación y de investigación editadas, y de las que,por su índole, formen parte del patrimonio bibliográfico, así como de las expresiones aisladas de naturaleza arqueológica, artística o etnográfica*”.

Creemos que estas últimas excepciones que recoge la norma son testimonio de que el legislador es consciente de que ha definido documento con una excesiva amplitud, (reproduciríamos aquí la crítica anterior en relación con la inclusión de cualquier tipo de soporte) y de que invadiría así el ámbito tradicionalmente reconocido a otros ámbitos patrimoniales.

La solución escogida no es la más razonable en la medida en que obliga para conocer cual es el patrimonio documental a conocer cual es el bibliográfico, el artístico, el etnográfico o el arqueológico, que no se regulan además en la misma norma, siendo así que es la propia norma la que debe definir con la mayor precisión posible el objeto a que se refiere.

Archivo sería para esta ley (art.1.3) “*el conjunto orgánico de documentos, o la agrupación de varios de ellos, conservados total o parcialmente por personas públicas o privadas con fines de gestión, defensa de derechos, información, investigación y cultura*”.

La amplitud en los fines contribuye, sin embargo, aquí a matizar la crítica que hacíamos en torno a la exigencia de determinadas intenciones para considerar que estamos ante un archivo cuando lo verdaderamente relevante es la existencia del conjunto organizado de documentos. En otro sentido, también constituirían archivos *“las instituciones donde se conservan, ordenan o difunden conjuntos orgánicos de documentos”*.

Los artículos 2 a 6 de la ley, que motivaron un recurso de inconstitucionalidad desestimado por el Tribunal Constitucional en sentencia de 8 de Junio de 1988, determinan en primer lugar (art.2) la pertenencia al patrimonio de la documentación producida por determinados órganos, personas físicas o jurídicas en el ejercicio de su función. Es interesante observar que se trata aquí de la documentación *“producida”* y no de la documentación *“procedente”*, que recoge el art.1, lo que consideramos mucho más acertado, en la medida en que la mera procedencia, quien sabe si casual o azarosa, no debe constituir por si misma indicativo de patrimonialidad.

Lo mismo afecta a la producción de los órganos de la administración central en Andalucía *“a salvo de la legislación del Estado que les afecte”* (art.3), a los documentos de antigüedad superior a 50 años, producidos o recibidos por *“entidades eclesiásticas, asociaciones políticas y sindicales, fundaciones, asociaciones culturales y educativas y cualquier otro tipo de asociaciones y sociedades”* (art.4) y a los de antigüedad superior a 100 años producidos o recibidos por *“cualesquiera otras entidades particulares (¿cuales si todas las asociaciones y sociedades ya han sido incluidas en el apartado anterior?) o personas físicas”*.

Es nuevamente más preciso y seguro, pese a estos pequeños matices, el modo de definir el patrimonio de la ley andaluza en relación con el utilizado en la L.P.C.V. El artículo 6, finalmente, permite según procedimiento que debe determinar el Consejo de Gobierno, la inclusión *“de aquellos documentos o colecciones documentales que, sin alcanzar la antigüedad indicada en los artículos 4 y 5, merezcan dicha inclusión”*.

La ley valenciana engloba el patrimonio documental en un título común (arts.75 a 86) junto al bibliográfico, audiovisual e informático. El patrimonio documental valenciano se define en similares términos al andaluz o gallego, aunque lo integran, los documentos *“producidos, conservados o reunidos”* en el ejercicio de su función por entidades o personas gestoras de servicios públicos, los de antigüedad superior a 40 años (y no 50) de asociaciones, fundaciones etc y los de más de 100 años de las restantes entidades o personas físicas, (art.76) recogándose también la cláusula que permite la inclusión de documentos que no cumplan los requisitos. (Art.76.1.d).

Canarias dispone también de una Ley de Patrimonio Documental y Archivos, la Ley 3/1990 de 22 de Febrero. Después de recoger el concepto amplio de documento que lo refiere a toda expresión en lenguaje oral y escrito en cualquier tipo de soporte, utiliza

únicamente el concepto de archivo en el doble significado de conjunto orgánico de documentos y centro que los tutela y organiza. (Art.1).

La peculiaridad de Canarias con respecto a otras normas en lo que hace a los elementos que integran el patrimonio documental estriba tan solo en que cifra en 45 años la antigüedad exigida para la pertenencia de los documentos de entidades eclesiásticas, asociaciones políticas, empresariales y sindicales, fundaciones y demás asociaciones y sociedades.

Por lo que respecta al caso de Madrid, la Ley 4/1993 de 21 de Abril, de Archivos y Patrimonio Documental contiene un concepto de documento (art.1) muy similar en su amplitud al de la ley vasca, con expresa mención a “*cualquier lenguaje*” y “*cualquier tipo de soporte material*” como elementos de hecho que pueden caracterizarlo.

Su rasgo más innovador en sede conceptual es la distinción entre fondo y centro de archivo, evitando el uso polisémico del término “*archivo*”, siendo fondo el “*conjunto orgánico de documentos*” en la línea ya apuntada, y centro de archivo, “*el lugar donde se custodian, organizan y sirven los documentos de los diferentes Fondos de Archivo*” (art.2), concepto también relacionado con el de “*servicio de archivo*” de la L.P.C.V.

Junto a estos conceptos, la norma madrileña recoge también el de “*colección de documentos de archivo*” para referirse a los que han perdido el carácter orgánico, y que aún así se encuentran agrupados, concepto cuya necesidad legal no vemos clara.

En cuanto a la pertenencia al patrimonio documental, la norma madrileña sigue el ejemplo de la andaluza y valenciana en lo que se refiere a declarar la de la documentación de cualquier época, generada, producida, reunida o conservada por las instituciones públicas o por otros en el desempeño de funciones públicas, la de la administración estatal, sin perjuicio de la legislación del Estado, la de los documentos de antigüedad superior a 40 años (como en Valencia y apartándose del criterio de los 45 años de Canarias) de las entidades eclesiásticas, asociaciones, fundaciones, sindicatos, asociaciones empresariales, partidos de ámbito madrileño o establecidos en la Comunidad, empresas privadas y otras asociaciones y sociedades y la de los documentos de más de 100 años de antigüedad de otras entidades, si existen, o personas físicas.

La norma de Castilla-León (Ley 6/1991 de 19 de Abril) también utiliza (art.2) un concepto de documento excesivamente amplio (incluye las expresiones de carácter gráfico, sonoro o audiovisual, incluso en soporte informático) que luego se ve obligada a reducir excepcionando no solo, como las restantes leyes, “*los ejemplares múltiples de las obras editadas o publicadas*”, sino también “*los bienes muebles de naturaleza esencialmente artística, arqueológica o etnográfica*” que encuentran mejor acomodo en la protección que se destina a tales patrimonios. Más allá de este concepto solo utiliza el

de archivo, en su habitual sentido polisémico, desconociendo los de fondo, colección, o centro que utilizan otras normas.

El régimen de pertenencia al patrimonio documental es similar al de las leyes anteriormente reseñadas (aunque hay que hacer notar que la norma castellana es una de las pioneras, por razón de fecha) con el matiz de que con respecto a los documentos procedentes de órganos o entidades de la administración estatal, sin perjuicio de su pertenencia al patrimonio documental castellano-leonés se proclama el carácter histórico de los de antigüedad superior a 40 años, de forma confusa por cuanto carecemos de criterio sobre el motivo de su patrimonialidad de los que no poseen el mismo, a la luz de esta consideración.

Murcia dispone de la Ley 6/1990 de 11 de Abril, de Archivos y Patrimonio Documental como instrumento normativo de la materia. También se ciñe únicamente a los conceptos de documento, definido en términos amplios, y archivo y regula en la misma línea que la mayoría de las restantes normas autonómicas la integración en el patrimonio, con la única matización de que distingue dos supuestos de declaración de pertenencia por parte de la Consejería de Cultura, Educación y Turismo (art.3.2 c y d) en el caso de documentos de antigüedad menor a la exigida, los producidos o recibidos por *“personas físicas o jurídicas de derecho privado que hayan destacado en cualquier esfera de actividad y puedan resultar útiles para el esfuerzo (sic) de su personalidad o el campo de su actuación”,* y *“aquellos sobre los que recaiga igual declaración en relación a la relevancia y al interés regional de los mismos”*.

La ley asturiana de Patrimonio Cultural (la 1/2001 de 6 de Marzo) utiliza únicamente el concepto de *“documento”* (art.79), en términos similares a los de las normas analizadas, (incluyendo cualquier tipo de soporte no solo actual sino futuro y refiriéndose también a los magnéticos) aunque solo excluye expresamente del mismo *“los bienes que tengan la consideración de bienes bibliográficos”*. Hay que entender, en cualquier caso, que tampoco gozarán de la condición de patrimonio documental los que se excepcionan de la misma en leyes similares de otras C.C.A.A. por cuanto se deriva de la propia naturaleza de los mismos.

La atribución de la patrimonialidad (art.80) es similar también a la de la norma valenciana y castellano-leonesa con dos aportaciones relevantes; una primera la de mencionar como integrantes del patrimonio documental los documentos de cualquier época que procedan de *“cualquier organismo o institución de carácter público radicado en Asturias y ya desaparecido, aún cuando se encuentren en manos de particulares”,* y otra potencialmente más conflictiva (art.84) a que *“a efectos de promover su retorno a la región o de adoptar medidas para su conservación y puesta al servicio de los investigadores, y sin perjuicio de las competencias que pudieran corresponder a otras administraciones, tendrán similar consideración a la de los bienes integrantes del patrimonio documental de Asturias, los documentos producidos en la región o relacionados con ella que se encuentren fuera de Asturias, incluyendo muy especialmente los producidos por las comunidades y emigrantes asturianos”*

añadiéndose que *“en los casos en que ello sea aconsejable el Principado de Asturias procederá a su reproducción para el cumplimiento de los mencionados fines”*.

Como es obvio, esa similar consideración contrasta con las limitaciones a la aplicabilidad del régimen jurídico de la ley a bienes y titulares de derechos ubicados fuera del territorio de la Comunidad, que convierten el precepto en un auténtico “brindis al sol”.

La norma aragonesa es la más antigua de las que analizamos en este apartado, la Ley 6/1986 de Regulación de los Archivos de Aragón, pero marca, en sede conceptual, el camino que han seguido la mayoría de las que la han seguido, como ella sigue a su vez el marcado por la Ley de Patrimonio Histórico Español.

Su peculiaridad en cuanto a la determinación de la patrimonialidad es que no se refiere expresamente a los documentos emanados de instituciones públicas de la Comunidad Autónoma como integrantes del patrimonio documental, aunque establezca el deber de conservación de los documentos de los archivos públicos, (art.3.2) sino que cita tan solo de forma expresa, (art.7.2), los documentos a que se refiere la L.P.H.E., los de más de 40 años de asociaciones, fundaciones y similares y de más de 100 años de antigüedad de otras *“entidades particulares o personas físicas”*.

8.3.4. El régimen jurídico del patrimonio documental en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

Un primer aspecto del régimen jurídico que establece la L.P.C.V. en relación con el patrimonio documental es el derivado de las contradicciones que contiene el artículo 55 a la hora de delimitarlo.

Ya hemos visto que, según el artículo 55.1, cualquier documentación producida o recibida por cualquier administración, entidad o individuo que a lo largo de la historia haya desarrollado funciones o actividades en el País Vasco forma parte del patrimonio documental, que es por tanto inabarcable por extenso.

El apartado 2º del art.55 dispone literalmente, por su parte, que *“todos los documentos, fondos de archivo y colecciones de documentos de cualquier titularidad con una antigüedad de 50 años se consideran históricos, y quedan como tales incorporados al Inventario del Patrimonio Documental Vasco de la manera prevista en el artículo 16 y 59.2”* y el 3º que *“el Gobierno Vasco, previo informe de los órganos consultivos que correspondan, podrá declarar constitutivos del patrimonio documental vasco aquellos documentos que sin alcanzar la antigüedad indicada en el apartado anterior merezcan dicha consideración”*.

Es evidente que la mera lectura conjunta de este artículo provoca en el lector una sensación de perplejidad por las patentes contradicciones e incoherencias que contiene. Veamos a continuación con más detalle los reproches que merece su desafortunada redacción.

En primer lugar detectamos una importante incoherencia entre lo señalado por los apartados 1º y 3º. Si patrimonio documental es cualquier documento de interés de cualquier época, (en la medida en que como condición de pertenencia no se exige antigüedad alguna), no tiene ningún sentido que el Gobierno Vasco pueda declarar constitutivo del patrimonio documento alguno que no alcance la antigüedad señalada en el apartado 2º, toda vez además que ésta se configura como mero criterio de inclusión en un régimen jurídico específico, (que no es además el único de la ley como ya sabemos).

Si el documento tiene interés, forma parte ya del patrimonio documental, lo declare o no el Gobierno Vasco, y lo único que realmente tendría sentido no es tal declaración, sino la inclusión del mismo en alguno de los regímenes jurídicos de la propia ley con la consiguiente determinación de los derechos y obligaciones sobre él de titulares y terceros. Consecuencia de la definición del art.55.1 es privar de sentido, a menos que la declaración gubernativa se extienda a otros extremos adicionales a los estrictamente indicados en él, al 55.3.

La referencia a la antigüedad del 55.2 como factor habilitante de la declaración, caso de no poseerse parece indicarnos que el legislador piensa en este párrafo 3º que la patrimonialidad es consecuencia de esa antigüedad, lo que es contradictorio con la definición del apartado 1, en la que de ninguna manera se identifica interés con una específica antigüedad; y con el sistema general de la Ley, que como ya hemos analizado, se basa en la diferenciación entre patrimonialidad e inclusión facultativa en uno u otro de los regímenes legales de protección. (Art.2.2).

El apartado 2 tiene una redacción, cuando menos, manifiestamente mejorable.

En primer lugar la consideración de los documentos como “*históricos*” no aporta nada por cuanto no se deriva de ella ningún efecto jurídico. Debe sobreentenderse que en el caso de los documentos y colecciones de los mismos, es siempre, aunque pueda haber también otros, el valor “*histórico*”, el que determina su interés y patrimonialidad.

Es muy expresivo en este sentido que se utilice el criterio de la antigüedad como factor diferenciador entre documentos, (y no solo en la L.P.C.V., sino en la L.P.H.E. y las restantes leyes autonómicas, como hemos visto), aunque sea con diferentes consecuencias jurídicas. Mucho más oportuno hubiese sido, si esa era la voluntad del legislador, identificar el difuso e inconcreto interés del art.55.1 con esa antigüedad requerida, solventando así las incertidumbres que genera el mismo.

En segundo lugar es técnicamente incorrecto referirse a los “*documentos con una antigüedad de 50 años*”, (¿ y los de 51 o 77 ?), cuando debería haberse señalado los de 50 años o más, de modo y manera que se evitase la absurda conclusión literal de que los documentos de mayor antigüedad no están incluidos automáticamente en el Inventario o de que dejan de estarlo al cumplir los 51.

En tercer lugar, necesitaría de alguna explicación adicional la opción por incluir tales documentos en el Inventario del Patrimonio Documental Vasco y no en el Registro de Bienes Culturales Calificados.

Hemos criticado en este trabajo la protección que se deriva del Inventario por incompleta e ineficaz. No podemos por ello estar de acuerdo con que los documentos de mayor antigüedad, a los que se supone mayor interés y valor cultural, se incluyan en el régimen jurídico de menor protección en lugar de hacerlo en el que la proporciona más efectiva.

Pero es que además la ausencia de mención alguna al Registro de Bienes Culturales Calificados en sede de patrimonio documental nos provoca serias incertidumbres, ¿ pretende acaso el legislador diseñar un único régimen de protección del patrimonio documental ?

En ningún precepto lo afirma expresamente y los artículos 10 y 37 son suficientemente expresivos en orden a facultar la calificación de documentos y colecciones de los mismos, pero aunque podamos pensar que se trata de un residuo o transposición del sistema de la ley estatal en la que el Inventario tiene diferente función, la omisión es extraordinariamente llamativa.

En todo caso, y aunque entendamos que los documentos de más de 50 años de antigüedad, (o incluso de antigüedades menores, siguiendo el ejemplo de otras normas autonómicas), debieran incluirse automáticamente en el Registro, no hay que echar en saco roto el ejemplo de este art.55.2 a la hora de regular en el sentido que repetidamente hemos reclamado, de calificar, (preferentemente), o inventariar conjuntamente todos los bienes que reúnan determinados requisitos, con independencia de que puedan ser excluidos posteriormente del régimen jurídico aquellos que individualmente no revistan en interés cultural suficiente.

En este sentido es oportuna la reflexión de Contel sobre que “*la protección eficaz de ese patrimonio exigiría un control exhaustivo pieza a pieza para, en caso de extravío, intencionado o no, poderlo identificar*”, pero que “*ello es absolutamente imposible para el patrimonio documental, no así para el patrimonio bibliográfico*”, toda vez que solo con los documentos producidos por las diferentes administraciones públicas desde el siglo XVI, “*podemos perfectamente tener varios cientos de kilómetros de estantería solo en los cinco grandes archivos de titularidad y gestión estatal*”; por eso “*son muy*

*escasos los catálogos que podemos encontrar en estos archivos, siendo mucho más frecuente el inventario, más o menos somero, de unidades de archivos, es decir, de legajos, carpetas o libros”.*⁸⁰⁴

El artículo 59.1 dispone que *“tendrán el carácter de públicos los documentos, fondos de archivo y colecciones de documentos de:*

- a) las instituciones autonómicas, forales y municipales*
- b) las entidades, organizaciones e instituciones bajo control directo o indirecto de las instituciones señaladas en el párrafo anterior*
- c) cualquier otra procedencia e integrados en un servicio de archivo público.*

Adicionalmente el artículo 60 establece que *“los fondos de archivo público serán de acceso libre”* y que *“solo se limitará en los siguientes casos:*

- a) de manera general, en las series documentales que contengan informaciones que hayan sido declaradas materias clasificadas en virtud de la legislación vigente sobre secretos oficiales, siempre que esta declaración no haya sido cancelada, o informaciones referentes a la vida privada e intimidad de las personas y los secretos comerciales, industriales y científicos protegidos por la ley*
- b) de forma transitoria, en documentos, colecciones de documentos y fondos de archivo que tengan documentación deteriorada o en malas condiciones de conservación.*

En relación con estas dos disposiciones hay que hacer una pequeña observación; el carácter público no es identificable “per se” con la patrimonialidad. Los fondos a los que se concede carácter de públicos podrían comprender teóricamente documentos o colecciones de ellos que formasen parte del patrimonio documental vasco y elementos que no se integraran en él, toda vez que el criterio de patrimonialidad es el “*interés*” y nada nos dice el art.59 en torno a que se presuma en todos ellos.

Cabría una interpretación en el sentido de que el carácter público y subsiguiente acceso libre, derivan de la condición de titulares de los documentos que ostentan los ciudadanos, de su condición de propietarios que delegan la mera administración o de otros motivos distintos al de considerar que todos esos documentos poseen el interés a que alude el art.55.

La defectuosa técnica legislativa empleada por el legislador en la L.P.C.V. en comparación con otras leyes autonómicas posteriores y con la norma estatal, deja un margen de incertidumbre en torno a si hay que considerar integrados en el patrimonio cultural vasco todos los documentos públicos, con su subsiguiente sujeción al régimen jurídico que esta ley establece sobre ellos y la cuestión no es baladí, habida cuenta de que pueden existir otras normas que regulen la actuación sobre tales documentos que

⁸⁰⁴ CONTEL C.op. cit. pag. 20.

pudieran establecer un régimen total o parcialmente distinto y colisionar o no con lo dispuesto en la L.P.C.V. en función de que consideremos que tales documentos pertenecen o no al patrimonio cultural.

A este respecto, ya hemos manifestado nuestra convicción de que el criterio legal en torno a los documentos que integran el patrimonio cultural es excesivamente amplio.

Adicionalmente a las razones ya señaladas hay que objetar que, desde la perspectiva cultural, no deberían someterse al mismo régimen documentos recientes y que pueden todavía producir efectos jurídicos en las relaciones entre la administración y los ciudadanos u otros terceros, y documentos cuya relevancia reside en proporcionarnos testimonios históricos valiosos.

La no adscripción al patrimonio cultural no tendría necesariamente que derivar en la no conservación de los documentos, toda vez que motivos distintos, (como sucede con los plazos en que pueden ejercitarse acciones en el ámbito fiscal, por poner un único ejemplo), podrían aconsejarla o exigirla, pasando al cesar la misma a formar parte del patrimonio cultural los documentos que realmente poseyesen un interés, en los términos del artículo 55.

Con independencia de la difícil precisión del concepto, que debería corresponder a la administración, es evidente que algún significado hay que atribuirle y que si el legislador vasco hubiese pretendido la patrimonialidad de todos los documentos de la administración no lo hubiese incluido.

Pese al avance de las modernas tecnologías de almacenamiento de la información, es difícilmente viable la conservación íntegra y subsiguiente gestión de todos los documentos producidos o recibidos por cualquier administración, amén de que, desde la perspectiva cultural, se suscite el debate en torno a la patrimonialidad de la información o del ella en el soporte en que originalmente se emitió.

Hay que efectuar alguna consideración también en lo que hace al acceso libre.

El art.60.1.b establece la posibilidad de restricciones transitorias, en documentos, colecciones y fondos con documentación deteriorada o en malas condiciones de conservación. Del carácter transitorio y excepcional de esta restricción debe derivarse que la documentación recupere el libre acceso en cuanto se hayan solventado las circunstancias que justificaban su limitación. Pero además, debe facilitarse el acceso libre a todos los documentos que no se encuentren en mal estado o en riesgo de deterioro, aún y cuando formen parte de fondos o colecciones en las que pueda haber otros en tales circunstancias, salvo que eso perjudique u obstaculice de forma relevante la catalogación o tratamiento conjunto de la colección.

Dicho de otro modo, no es legítimo, ley en mano, utilizar la existencia de documentos deteriorados o en riesgo como excusa para impedir el acceso a todos los documentos que integran un fondo o colección, sino que deben adoptarse las soluciones técnicas precisas para que la limitación se extienda tan solo a lo imprescindible, a aquellos documentos respecto de los que ocasionaría un daño o provocaría un riesgo cierto e indudable.

El artículo 61 se refiere a los documentos de carácter no público señalando que *“quedan sujetos a la inspección de la administración pública competente en cada caso”*.

Hay que entender que el precepto, aunque una vez más no lo indique, se refiere a los documentos que por estar dotados del interés, forman parte del patrimonio cultural vasco y no a otros, y con independencia además de su inclusión o no en el Inventario por tener la antigüedad exigida en el art.55.2, dado que no se conecta el sometimiento a inspección a la inclusión en el Inventario.

Esta disposición tiene, por otra parte, pleno sentido, interpretada de ese modo, en la medida en que puede constituir requisito imprescindible para que la administración pueda verificar la antigüedad de la documentación y si está dotada o no de interés, y con ello adoptar las medidas jurídicas de tutela que procedan.

El artículo 62 dispone que *“los titulares de los documentos, fondos de archivos y colecciones de documentos no públicos están obligados a la correcta conservación material y a la no destrucción, división ni merma de los mismos”*.

Señala asimismo que *“el incumplimiento de estas obligaciones podrá ser causa de expropiación”*, y en el apartado 2º que *“la administración colaborará con cuantos medios sean precisos al correcto cumplimiento de la disposición precedente y podrá arbitrar las ayudas económicas y técnicas necesarias a las que tendrán acceso los titulares privados que acrediten interés por una conservación adecuada, en función de la mejora de sus instalaciones y redacción del correspondiente inventario”*.

El tenor del precepto nos sugiere una consideración inicial que constata que no encuentra disposición equivalente en lo que se refiere a los documentos públicos. Se establece expresamente la obligación de conservar y no destruir los documentos privados y sin embargo no se establece del mismo modo tal obligación en el caso de los públicos.

Es cierto que ya se establece en el artículo 3 de la ley el deber de los poderes públicos de velar por la integridad del patrimonio cultural vasco, pero sorprende un tanto, (y creemos que es un error, por cuanto deja en una seria incógnita la posibilidad

de sanción y la tipificación de la misma, en caso de incumplimiento de la obligación de conservación y no destrucción de documentos), que se distinga entre los documentos según su titularidad a la hora de establecer el deber de conservación y no destrucción, cuando no se hace así, por ejemplo, en el artículo 20.1 de la ley que establece, con carácter general, y en teoría incluyendo también los bienes integrantes del patrimonio documental, el deber de conservación y tutela.

Es obvio que implícitamente el legislador da por supuesta tal obligación, pero también que la literalidad del precepto dificulta aplicar a la incorrecta conservación o a la destrucción de documentos públicos, lo previsto en los artículos 108.1.b y 108.5 relativos a las sanciones por infringir lo dispuesto en el 62.1, generando notable incertidumbre sobre la naturaleza de la sanción a imponer en tal supuesto. Sería sumamente incongruente que resultase penada en mayor medida la incorrecta conservación o destrucción de documentos privados que la de los públicos.

Un segundo motivo de reproche tiene que ver con la definición del elenco de documentos sobre los que se establece el deber.

Literalmente interpretado, el artículo 62.1 obliga a conservar y no dividir, destruir ni mermar ningún documento no público de que disponga un particular. Recordemos que la ley define documento en términos, (art.56), de “*toda información registrada, independientemente de su forma y características físicas*”, con lo que la obligación que se impone con carácter general a cualquier titular es manifiestamente exorbitante. Debe conservarse todo, so pena de incurrir en infracción administrativa, con una sanción prevista de multa de hasta 25 millones de pesetas. (Art.108.3.b).

Si la patrimonialidad no se predica de todos los documentos, sino solo de aquellos dotados de un “*interés*”, y si se considera necesario como medida preventiva de tutela incluir únicamente unos documentos determinados, (los que tienen 50 años de antigüedad, o más según lo que hemos señalado), en un régimen jurídico de protección, parece que lo razonable sería establecer la obligación de tutela sancionable en caso de incumplimiento, únicamente en relación con estos documentos.

Esta interpretación es la que, pese a lo que literalmente señala el precepto, debería primar, ya que en caso contrario se están imponiendo obligaciones de cumplimiento imposible, de fiscalización no menos utópica y de persecución inevitablemente discriminatoria e injusta.

La referencia a que el incumplimiento puede derivar en causa expropriandi es coherente con la utilidad social del patrimonio y con lo dispuesto en otros apartados de la ley, y avala asimismo esta interpretación que estamos realizando; la expropiación solo tiene sentido con respecto a aquellos documentos de patrimonialidad evidente, en los que el coste de indemnización del justiprecio se ve compensado por la utilidad e interés de los mismos.

No menos cabe decir de la obligación de la administración de colaborar al correcto cumplimiento del deber de conservación *“con cuantos medios sean precisos”*.

También sería una obligación de cumplimiento imposible hasta para la institución mejor dispuesta, si hubiera de extenderse a cualquier documento no público, y sin embargo razonable y adecuada si se ciñe a los documentos de interés real.

En todo caso hay que llamar la atención sobre los diferentes términos en que se trata la asistencia económica. Ya no se indica taxativamente la colaboración con cuantos medios sean precisos sino que queda en un difuso *“podrá arbitrar las ayudas económicas y técnicas necesarias”*, incoherente con lo dicho inmediatamente antes.

La combinación de una exigencia desmesurada de conservación y un compromiso mínimo de ayuda, de convertirse en la opción escogida por las administraciones competentes, devendría en un completo fracaso tuitivo del patrimonio en manos privadas, que dada su movilidad, huiría de tan desfavorable régimen.

El artículo 63 dispone que *“los documentos, fondos de archivos y colecciones de documentos no públicos podrán transferirse a los servicios de archivo en las condiciones que sus propietarios estimen adecuadas, pudiéndose optar por cualquiera de las fórmulas contractuales que prevea la legislación vigente”*. Este precepto poco aporta, en realidad, a la protección del patrimonio.

Aunque la ley no se refiriese a ello, bien podrían las administraciones llegar con los titulares privados a los acuerdos que estimasen oportunos, utilizando para ello cualquiera de los instrumentos que proporciona el Derecho, de no mediar prohibición expresa y el verbo *“transferir”* no es desde luego el más adecuado, existiendo otros como *“depositar”*, o *“ubicar”*, por cuanto posee connotaciones relativas a la titularidad que el artículo deja luego claro que no tiene porque verse afectada por el depósito físico de la documentación o su incardinación en el servicio de archivo.

Sin embargo, y de forma absolutamente lógica, solo es libre *“la reproducción y edición de documentos públicos”*, (art.64), que queda limitada *“únicamente en aquellos casos en que tal reproducción entrañe riesgo de deterioro de los originales además de lo dispuesto en el artículo 60”*.

El último precepto que la L.P.C.V. dedica a la protección del patrimonio documental es el artículo 65, que establece que *“la administración apoyará y fomentará la utilización de cuantos medios sean precisos para:*

- a) *la reproducción sistemática, en microfilm o cualquier otro soporte analógico o digital, de los documentos constitutivos del patrimonio documental del pueblo vasco para asegurar su almacenaje y difusión con las máximas garantías.*
- b) *La restauración de los documentos deteriorados y la adecuada conservación material del patrimonio documental del pueblo vasco.*

Tres son los aspectos dignos de comentario en relación con este artículo.

El primero está íntimamente relacionado con la definición de documento a que antes hemos hecho referencia. Es obvio y manifiesto que los documentos a que se refiere este artículo 65 no pueden ser los que resultan de la interpretación literal del artículo 56. No todo puede ni debe reproducirse digital o analógicamente, o restaurarse en caso de deterioro. Es inevitable pensar que este artículo considera integrantes del patrimonio documental a los que tienen un interés suficiente como para merecer esa reproducción que garantice su perdurabilidad.

El segundo tiene que ver con la aparente contradicción de los términos de este artículo 65 con los del 62.2, que imponía taxativamente a la administración colaborar con “*cuantos medios sean precisos*” a la conservación, medios precisos que aquí no se proporcionan ya, sino que tan solo se apoyarán o fomentarán.

Parece como si hubiese querido dejarse una vía de escape a la administración, temiendo que resultase excesivo el compromiso impuesto, pero ello no debe hacerse a costa de generar incertidumbres, indefiniciones o contradicciones en el propio texto legal.

Finalmente hay que resaltar que el precepto se refiere tanto a los documentos públicos como privados, pero que no establece la obligatoriedad de los titulares de permitir la reproducción o la restauración, medida que hay que suponer que se establecerá específicamente respecto de los documentos que sean individualmente incluidos en alguno de los regímenes de protección, al amparo de la posibilidad de dictar órdenes de ejecución de medidas tuitivas que permite el artículo 20.

Por último, la Ley de Patrimonio Cultural Vasco hace una referencia, (art.59.2), al patrimonio documental vasco de titularidad de la administración estatal en términos diferentes a la que hemos visto que realizan otras normas autonómicas, “*las instituciones vascas establecerán los adecuados instrumentos de colaboración con el Estado para la aplicación de esta ley en relación con el patrimonio documental vasco de titularidad del mismo*”.

No es que el precepto sea reprochable en si mismo, aunque el empleo de conceptos jurídicos indeterminados como “*adecuados*” pueda fácilmente dejarlo sin efecto, sino

que lo que hay que resaltar que en ausencia de voluntad decidida de colaboración por parte de la administración estatal, tropieza con la jurisprudencia constitucional a la que hemos hecho referencia en el capítulo correspondiente que lo configura en la práctica como ámbito exento, tanto en lo que se refiere a la aplicación como a la fiscalización.

En su conjunto, este régimen jurídico de protección del patrimonio documental se caracteriza a nuestro juicio por su indefinición e inconcreción y por una deficiente incardinación en el sistema general de la ley, al que no alude más que en relación con el inventario automático de los documentos del art.55.2.

Es sorprendente, en esta línea, que no exista una sola mención en sede de patrimonio documental, al Registro de Bienes Culturales Calificados, como si se considerase inapropiado que figurasen en el mismo elementos pertenecientes al patrimonio documental cuando es, como ya hemos afirmado, el único instrumento de protección realmente eficaz que diseña la L.P.C.V. y se considerase suficiente tutela la que proporciona el Inventario, lo que, evidentemente, no compartimos.

8.3.5. El Decreto 232/2000 de 21 de noviembre, Reglamento de Servicios de Archivo y Normas Reguladoras del Patrimonio Documental del País Vasco.

Este Decreto tiene por objeto, desarrollar reglamentariamente lo dispuesto en la L.P.C.V. en torno al patrimonio documental, pormenorizando sus determinaciones, como señala el Preámbulo, y articulando un sistema normativo común a los Servicios de Archivo que integran el Sistema Nacional. Es por ello un instrumento de análisis obligado a la hora de establecer consideraciones sobre la tutela del patrimonio documental en la C.A.P.V.

Como enfáticamente señala en el art.1.3, *“el patrimonio documental del pueblo vasco se regirá por lo dispuesto en el presente Decreto (lo que solo es cierto en parte, pues hay archivos, los forales y estatales, que recogen elementos que integran dicho patrimonio y a los que el Decreto no puede referirse) y, complementariamente al mismo, por el régimen de protección que, en su caso recaiga sobre los Fondos de Archivo, Colecciones de Documentos o Documentos integrantes del mismo que sean calificados o inventariados con arreglo a lo previsto en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco”*.

Es relevante, (y acertada), esta referencia a los regímenes de protección individual de los fondos, por más que sea obviada en otras normas, (por ejemplo las Ordenes de 19 de Diciembre de 2005 que más adelante analizaremos), y en la práctica administrativa, que ha conducido a la inexistencia de documentos individualmente protegidos más allá de la inventarización automática del art.55 de la L.P.C.V.

El art.2 reproduce la definición de fondo de archivo del art.57 de la Ley añadiéndole a conjunto orgánico de documentos, *“reunido por cualquier administración, entidad o individuo en el ejercicio de sus funciones y actividades”*, sin referencia temporal alguna.

Ya hemos señalado anteriormente que es desproporcionado, abusivo e inviable definir el patrimonio documental en estos términos, si de aquí va a derivarse el sometimiento a un régimen jurídico peculiar y la adopción consiguiente de medidas específicas de tutela.

En todo caso el artículo clave a estos efectos es el 3 que literalmente establece que *“forman parte del Patrimonio Documental del Pueblo Vasco, los documentos de interés de cualquier época producidos, reunidos y conservados en el ejercicio de sus funciones o actividades por:*

- a) la Administración General y la Administración Institucional de la Comunidad Autónoma del País Vasco*
- b) el Parlamento Vasco y las Juntas Generales de Alava, Bizkaia y Gipuzkoa*
- c) las Administraciones Generales y las Administraciones Institucionales de los Territorios Históricos de Alava, Bizkaia y Gipuzkoa*
- d) las Entidades Locales comprendiendo tanto a los Municipios, como a las entidades de ámbito territorial inferior al municipal y las entidades supramunicipales de carácter local (entre las que se incluyen las Cuadrillas de Alava) y cualquier otra entidad administrativa de nivel comarcal que pueda crearse.*

También forman parte del patrimonio documental *“los documentos de interés de cualquier época producidos, reunidos y conservados en el ejercicio de sus funciones y actividades por:*

- a) La Administración del Estado y entidades u organismos dependientes de la misma, que hayan actuado o actúen en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, todo ello sin perjuicio de la legislación del Estado que le resulte aplicable.*
- b) Los órganos de la Unión Europea radicados en la C.A.P.V., sin perjuicio de la normativa comunitaria que les sea aplicable.*
- c) Las Universidades y centros educativos y formativos radicados en la C.A.P.V.*
- d) Los órganos de la Administración de Justicia con sede en la Comunidad Autónoma del País Vasco.*
- e) Las Notarías y Registros Públicos de la C.A.P.V.*
- f) Las corporaciones de derecho público con domicilio en la C.A.P.V.*

Asimismo, forman parte del Patrimonio Documental del Pueblo Vasco, “los documentos de interés de una antigüedad de cincuenta o más años, producidos, reunidos, y conservados en el ejercicio de sus funciones o actividades por:

- a) *Las entidades eclesiásticas y las asociaciones y órganos de las diferentes confesiones religiosas radicadas en la C.A.P.V.*
- b) *Las organizaciones políticas, sindicales y empresariales con domicilio en la C.A.P.V.*
- c) *Las entidades, las fundaciones y las asociaciones culturales y educativas de la C.A.P.V.*
- d) *Familias y personalidades relevantes del País Vasco a lo largo de la Historia.*
- e) *Cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas.*

Del mismo modo puede predicarse la integración, de los documentos de interés de cualquier época de “instituciones, administraciones y entidades públicas, no radicadas en la C.A.P.V. pero cuyo ámbito de actuación o jurisdicción haya incluido en el pasado o incluya en el presente alguna parte o la totalidad del territorio de la C.A.P.V.”, (art.3.4), e igualmente, “los documentos de interés de una antigüedad de cincuenta o más años, que hayan sido producidos, reunidos y conservados en el desarrollo de sus actividades por cualquier persona o entidad privada, formando el correspondiente Fondo de Archivo no público o colección de documentos”.

Es obvio y manifiesto que hay muchas consideraciones que realizar en torno a esta relación de documentos y fondos patrimoniales. Sin perjuicio de remitirnos a lo ya señalado en torno al concepto de patrimonio documental, recordaremos lo incierto de vincular la pertenencia al “interés” sin mayores determinaciones, y la no menos incierta situación de los documentos que integran el patrimonio cultural, pero no están incluidos en ningún régimen jurídico por tener antigüedad inferior a 50 años.

Además la L.P.C.V. excluye de su ámbito de aplicación, (y por tanto del de este Decreto), los servicios de archivo de titularidad del Estado y los de los Territorios Históricos, (art.74), por lo que las referencias a órganos de estas Administraciones quedan limitadas a declaraciones de pertenencia sin excesiva virtualidad posterior. Lo mismo puede sostenerse con respecto a los documentos de los órganos de la Unión Europea, con respecto a los que es hartamente dudoso que puedan adoptarse medidas por parte de las autoridades y órganos de la C.A.P.V.

Creemos por otra parte excesivo, e inabordable si se quiere que la proclamada patrimonialidad conlleve algo más que una declaración que después no se traduzca en medida alguna de tutela, considerar como patrimonio documental del pueblo vasco, los documentos de cualquier época producidos, reunidos o conservados por meros centros educativos de cualquier nivel.

En tanto en cuanto no se determine cuales de estos documentos son “*de interés*”, consideramos que se imponen deberes excesivos a los titulares y que se carece de medios por parte de la Administración para garantizar la efectividad de la declaración.

El art.3.3 tiene un manifiesto carácter superfluo. Literalmente prescribe que forman parte del patrimonio documental los documentos de interés de cincuenta o más años de antigüedad, producidos, reunidos o conservados por una serie de personas o instituciones. Sin embargo el art. 55.2 de la L.P.C.V. considera no solo automáticamente dotados de interés y pertenecientes al patrimonio documental los documentos de 50 años de antigüedad, (naturalmente también de mayor), de cualquier titularidad, sino incluidos expresamente en el Inventario.

Es pues patente que sobra la alusión al interés y cualquier mención a titulares específicos en el 3.3 del Decreto, (de la que pudiera además deducirse la no pertenencia de los fondos de titulares no nombrados), más aún si se hace utilizando conceptos tan jurídicamente impropios como “*familias y personalidades relevantes*”, (¿ quienes y en virtud de qué criterios ?), y finalizando con una cláusula, (“*cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas*”), que hace innecesarias todas las anteriores.

Idéntica conclusión puede obtenerse en relación con el apartado 5 de este mismo art.3. No es que puedan ser considerados como integrantes del patrimonio estos documentos de titularidad privada de 50 o más años de antigüedad sino que lo son ya por aplicación del art.55.2, (y de lo dispuesto en el apartado 3.3 anterior con respecto al que no guarda plena congruencia).

Queda por mencionar lo señalado en el apartado 4. La cuestión subyacente en este caso, “*a efectos de la aplicación del presente Decreto*”, como reza la disposición, es que se refiere a instituciones públicas no radicadas en la actualidad en la C.A.P.V. con lo que difícilmente se van a ver sujetas a obligación alguna derivada del Decreto, salvo en el supuesto de que, no tratándose de la Administración del Estado, se califiquen o inventarién documentos y fondos, (que se encuentren en territorio de la Comunidad Autónoma), y se establezca sobre éstos, por ejemplo, la obligatoriedad de mantenerlos en sedes determinadas.

Es importante destacar que el artículo 5 atribuye la condición de bienes de dominio público a los documentos integrantes del patrimonio “*que sean de titularidad de un ente público*”, dotándolos de inenajenabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, lo que el artículo 27 de la L.P.C.V. limitaba estrictamente a los bienes calificados.

El art.6 establece el deber de conservación de los titulares de documentos y fondos en los siguientes términos “*están obligados a atender su conservación y custodia, a permitir su consulta en los términos previstos en la legislación aplicable, y a facilitar, en su caso, las tareas de inspección por parte de la Administración Pública competente*”, estableciendo que a este fin “*serán destinatarios de las ayudas y*

subvenciones públicas, (inexistentes o escasas y a las que nos referimos en otro capítulo) que, en su caso, se convoquen para tal finalidad.

La utilización del “*en su caso*” es una de las técnicas más reprochables de la norma. Se establecen obligaciones ciertas conectadas a ayudas inciertas, camino seguro hacia la ineffectividad de no mediar una capacidad represiva de la Administración que en este terreno, como en tantos otros, exige medios muy superiores a los que dispone en la actualidad para ser realmente eficaz.

El artículo 12 distingue entre archivos de oficina, archivos intermedios, archivos centrales y el archivo histórico.

El responsable de cada Servicio debe “*coordinar y, en su caso, llevar a efecto el proceso de análisis y valoración de la documentación*”, “*elaborar, con arreglo a las normas y criterios generales que emanen de la Comisión de Valoración y Selección de Documentación (C.O.V.A.S.E.D.) ... los calendarios de conservación de la documentación, en los que se concretarán los plazos de transferencia, conservación y eliminación o expurgo*” y “*verificar el control de la eliminación de la documentación según los criterios y normas desarrollados en el calendario de conservación correspondiente*”. (Art.14).

Los documentos pueden salir, (dejando a un lado, obviamente, las transferencias a que se hecho referencia anteriormente), del Servicio de Archivo, “*bajo la fórmula de préstamo*”, (art.16), interno si es a unidades administrativas de la propia organización o externo si destinado a personas o instituciones ajenas a la entidad y que exige aval o garantía, para ser sometidos a labores de restauración o reprografía o a petición de los organismos remitentes o de los Tribunales de Justicia, siempre previa autorización escrita de los titulares si se trata de documentos en depósito.

Excepcionalmente y de forma controlada en todo momento, puede autorizarse la salida para la reproducción de la documentación. (Se sobreentiende que cuando ésta, por su propia naturaleza o características, no es posible en las propias instalaciones del Archivo).

El responsable del Servicio de Archivo puede establecer restricciones a la reproducción “*en atención a criterios tales como la antigüedad, calidad y estado del soporte original, número de reproducciones, formato o manipulación peligrosa, o en el caso de solicitarse la reproducción masiva de documentos*”. (Art.17).

Obviamente, aunque no se señale expresamente, estas limitaciones son añadidas a las que se establecen seguidamente en relación con el derecho de acceso, que si es “*libre, universal y no discriminatorio*”, como criterio general, (art.18), se ve sujeto a determinadas condiciones. (Art.19).

Una primera tiene que ver con los documentos que afecten a *“la seguridad, honor, intimidad, propia imagen o a cualesquiera otros datos de carácter personal cuya reserva tutelan las leyes”*, que no pueden ser consultados, *“salvo que medie consentimiento expreso de los afectados”*.

En todo caso pueden consultarse transcurridos veinticinco años desde el fallecimiento, si es de fecha conocida, o 50 años desde la fecha de los documentos. (Habrá también que suponer que en caso de que conste).

La redacción del precepto deja excesivo margen de incertidumbre. La referencia a los datos cuya tutela reservan las leyes facilita mucho una interpretación congruente con el sentido que debe perseguir la norma, a interpretar estrictamente como norma que excepciona una regla general preestablecida, pero hacer alusión a conceptos como la propia imagen como restrictivos del derecho de acceso puede favorecer que se intente impedir el acceso a documentos respecto de los que no se justifique suficientemente.

No se podrán consultar, finalmente, *“ni los documentos ni los expedientes regulados por normas que impiden su consulta por tratarse de:*

- 1) *Materias protegidas por el secreto comercial o industrial.*
- 2) *Materias referentes a política monetaria, (hoy con escaso sentido esta mención dado su ámbito europeo y el autonómico de la norma) la Defensa y Seguridad del Estado y la investigación de delitos.*
- 3) *Materias referentes al ejercicio por el Gobierno (Vasco habrá que entender) de competencias constitucionales no administrativas (viejo residuo de la periclitada concepción de los actos políticos no fiscalizables)*
- 4) *“Y cualesquiera otras, que se regirán con arreglo a las disposiciones que las regulan”.*

El Sistema Nacional de Archivos de Euskadi (S.N.A.E.) está integrado por, (art.22), *“el Centro al que se encomendará su gestión conforme prevé el artículo 80 de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, el Sistema de Archivo de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma del País Vasco, los servicios de archivo de la Administración Municipal y Local de Euskadi”*, otros servicios de archivo de titularidad pública que se integren vía convenio, *“los titulares de colecciones de documentos o fondos de archivo de titularidad no pública”*, que se integren del mismo modo y además *“el Consejo Asesor de Patrimonio Documental y Archivos”* y *“la Comisión de Valoración y Selección de Documentación de Euskadi”*.

Los integrantes son pues de naturaleza distinta, órganos administrativos por un lado y titulares de documentos y fondos por otro. Consideramos que no existe

justificación suficiente para no considerar integrantes del Sistema a los fondos privados conveniados y si a sus titulares.

Cuestión distinta es que los titulares tengan unos derechos y hayan conveniado con la Administración determinadas condiciones de integración. Podría llegarse al absurdo de guiarse por la estricta literalidad de los términos y considerar integrantes del Sistema a los dueños y no a su propiedad, cuando es obviamente ésta la que importa.

Los convenios de integración deben contener como mínimo, según dispone el artículo 23, *“la descripción sucinta del Fondo de Archivo y acreditación de su propiedad”*, (o teóricamente debería haberse previsto meramente la de la facultad de conveniar respecto de él lo que se acuerda, aún y cuando no se sea el propietario), *“la descripción del inmueble o instalaciones donde se encuentre”*, (llama la atención que ésta no deba necesariamente de ser sucinta y si se exija ello de la del Fondo, cuando propiamente debería ser, en todo caso, a la inversa), *“los servicios a prestar a los usuarios”* y *“las fórmulas de financiación de los compromisos derivados de la integración”*.

La integración proporciona determinados beneficios a los Servicios y Fondos integrados, (art.24), *“asesoramiento técnico y científico gratuito, acceso a los programas de cooperación, subvenciones y demás que al efecto se promuevan, integración en la red de comunicación establecida por el S.N.A.E., participación en programas de formación continua, facilidades para el depósito y custodia de los fondos de archivo, colecciones o documentos (y) financiación preferente de programas de conservación, descripción y difusión”*.

Este régimen se caracteriza por su generalidad e inconcreción.

No se definen los programas de subvenciones ni sus cuantías, no se describe en que se traducirá la *“financiación preferente”*, el término *“facilidades”* es extremadamente huido en si mismo y tratándose del depósito no beneficia tanto al titular como al hipotético receptor del depósito, la participación en programas de formación continua hay que suponerla destinada a los técnicos de archivo o personal de servicio al público y no propiamente a los titulares de los fondos en la medida en que no lo sean, el asesoramiento técnico y científico gratuito no se precisa... en definitiva no resulta excesivamente atrayente y ofrece escasa seguridad, aunque sea el convenio, como es obvio en el caso de los titulares previos, el instrumento a través del que deberán precisarse todos estos extremos.

El Centro al que se aludía como integrante del Sistema Nacional de Archivos tiene carácter de órgano gestor del mismo. En calidad de tal le corresponde, (art.25), *“impulsar la homologación de los Servicios de Archivo que lo integran”*, tanto en lo que se refiere a criterios descriptivos como a normas de tratamiento documental y de difusión, (y hay que suponer que se incluye aquí la política de precios públicos por los

servicios que se presten), *“asesorar en materia de planificación, creación y organización a los Servicios de Archivo”*, tanto de la propia administración autonómica como los establecidos *“en colaboración con otras Administraciones o particulares”* y *“coordinar los criterios técnicos de gestión”*, *“gestionar la organización y funcionamiento del Inventario del Patrimonio Documental Vasco así como de la sección de Patrimonio Documental del Registro de Bienes Culturales Calificados”*.

(Funciones éstas que el artículo 5.2 de la L.P.C.V. atribuye al Centro de Patrimonio Cultural Vasco, de cuya relación con este otro “*Centro*” carecemos de noticias normativas, más allá de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda, de dudosa legalidad si nos atenemos a la redacción de la Ley, que indica claramente que se trata de entes distintos, por cuanto se predica esa diferencia respecto de la sección del Centro de Patrimonio Cultural que constituye IRARGI, el Centro de Patrimonio Documental).

También *“impulsar las labores de investigación y difusión del patrimonio documental y apoyar la realización de exposiciones y publicaciones”*, *“gestionar los archivos de titularidad estatal en el marco de los convenios que se suscriban con la Administración del Estado”*, e *“impulsar la formación de técnicos y especialistas que atiendan a los fines del centro”*.

El Decreto crea el Consejo Asesor de Patrimonio Documental y Archivos de Euskadi, como órgano consultivo, (art.26), haciendo uso de la habilitación que a tal efecto le confiere el artículo 6 de la L.P.C.V., pero una vez más sin precisar la relación de este órgano con el Centro de Patrimonio Cultural Vasco al que la Ley atribuye funciones parcialmente coincidentes.

La Comisión de Valoración y Selección de Documentación (C.O.V.A.S.E.D.), por su parte, tiene como objeto, (art.31), *“la determinación de los criterios básicos y generales de valoración y selección documental”*, *“el informe o aprobación, según proceda en cada caso, de los cuadros de valoración y selección documental”* y *“el asesoramiento de los Servicios de Archivo en relación con los calendarios de conservación y la aplicación de los criterios de valoración y selección documental”*.

Finalmente, este Decreto establece que el Departamento de Cultura del Gobierno Vasco *“promoverá la elaboración de un Plan de Intervención con el objeto de mejorar los programas de conservación y difusión del Patrimonio Documental del Pueblo Vasco”*. (Art.34).

Este Plan debe contener orientaciones y directrices en torno a *“infraestructuras y equipamiento, organización y gestión, descripción y difusión, tecnologías de la información, conservación y restauración, formación y cuantas otras materias resulten necesarias en orden a la modernización de los archivos de titularidad pública”*.

Dos son las cuestiones en las que esta delimitación de contenidos parece inadecuada. En primer lugar que titulándose el Capítulo, “*De las medidas de planificación, programación y fomento*”, no se contenga disposición alguna en orden al establecimiento de ayudas económicas, y en segundo lugar que este Plan se ciña exclusivamente a los archivos de titularidad pública cuando debería comprender, como mínimo y respetando las condiciones que determinasen los correspondientes Convenios, a todos los integrados en el Sistema.

8.3.6. El régimen jurídico del patrimonio documental en la L.P.H.E. y la legislación de otras C.C.A.A.

Del mismo modo que hemos procedido en capítulos anteriores, vamos a ocuparnos ahora del régimen jurídico de protección del patrimonio documental en la Ley de Patrimonio Histórico Español y en la legislación de otras C.C.A.A. para obtener de ahí una visión más completa de las diferentes opciones de tutela y evaluar la legislación vasca con una perspectiva más rica.

Hay que señalar en primer lugar que puede encontrarse en la L.P.H.E. la raíz de algo que hemos reprochado a la ley vasca, la deficiente incardinación de la protección del patrimonio documental en el sistema general de tutela y la única referencia al Inventario del Patrimonio Documental Vasco.

En efecto, el artículo 51 de la ley estatal se refiere a que “*la Administración del Estado, en colaboración con las demás administraciones competentes, confeccionará el Censo de los bienes integrantes del Patrimonio Documental y el Catálogo colectivo de los bienes integrantes del Patrimonio Bibliográfico conforme a lo que se determine reglamentariamente*”.

Menciona pues la norma un único instrumento, el Censo, y de naturaleza diferente a la declaración de Bienes de Interés Cultural y al Inventario General del Patrimonio Histórico Español. Aunque hay que tener en cuenta que la L.P.H.E. contempla el Inventario como destinado específicamente a los bienes muebles, a diferencia de la L.P.C.V., en la medida en que los documentos pueden también ser declarados B.I.C. creemos que procede en este caso similar reproche.

El artículo 51.2 recoge acto seguido la facultad de la administración de “*recabar de los titulares de derechos*”, “*el examen de los mismos, (de los bienes integrantes del patrimonio documental), así como las informaciones pertinentes para su inclusión*” en el Censo o Catálogo, lo que la norma vasca traducía por sujeción a la inspección.

El art.52 se refiere al deber de los poseedores de bienes del patrimonio documental y bibliográfico de “*conservarlos, protegerlos, destinarlos a un uso que no impida su conservación y mantenerlos en lugares adecuados*”, con previsión expresa de la

facultad administrativa de dictar órdenes de ejecución en este sentido, de la que carece la ley vasca, aunque sea aplicable la disposición general de su artículo 20.

Lo mismo sucede con el deber de permitir el estudio por los investigadores, excusable en caso de intromisión en el derecho a la intimidad, y sustituible por el depósito temporal, que también prevé el artículo 52 y que no recoge el capítulo de patrimonio documental de la L.P.C.V. aunque si el aplicable artículo 24, razón adicional para establecer de manera más clara y expresa la conexión de la protección documental con el sistema general de esta norma.

El artículo 54 dispone que *“quienes por la función que desempeñen tengan a su cargo documentos a los que se refiere el artículo 49.2 de la presente Ley están obligados, al cesar en sus funciones, a entregarlos al que les sustituya en las mismas o remitirlos al Archivo que corresponda”*. En el caso de retención indebida por personas o instituciones privadas, cabe además la orden de traslado a un archivo público sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran concurrir. Es ésta una disposición sin equivalente en la norma vasca, aunque en la medida en que suponga un riesgo cierto para la conservación encuentra cobertura en otros y no excluye la posibilidad de ejercicio de las acciones judiciales que procedan en lo que respecta a la recuperación de la posesión y/o titularidad lesionada.

La consulta de los documentos constitutivos del patrimonio se encuentra regulada en el artículo 57. Se establece con carácter general la libre consulta, *“a no ser que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y defensa del Estado o la averiguación de delitos”*, aunque incluso cabe *“solicitar autorización administrativa para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública”*.

Los documentos *“que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados (no se especifica si general o ad hoc) o hasta que haya transcurrido un plazo de 25 años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de 50 años a partir de la fecha de los documentos”*.

La comparación de este régimen de consulta con el de la L.P.C.V. nos permite observar que ésta última recoge como excepción a la consulta libre la de los *“secretos comerciales, industriales y científicos”* legalmente protegidos, que no se recogen en la L.P.H.E., mientras que la ley estatal hace referencia también al riesgo para la seguridad del Estado y la averiguación de delitos, supuestos que no contempla expresamente la vasca, que tampoco alude a la posibilidad de autorizaciones administrativas de accesos excepcionales remitiendo quizá todo ello al desarrollo reglamentario.

La ley vasca tampoco prevé, finalmente, la posibilidad de consulta de datos personales si hay consentimiento de los afectados, ni el plazo en que por haber desaparecido la afectación posible a sus derechos pasarían los fondos que los incluyesen a ser de libre consulta, como si hace la norma estatal, aunque quepa que el desarrollo reglamentario subsane esta omisión. Si que, por el contrario, prevé la L.P.C.V. sin que lo haga la estatal, la limitación transitoria de consulta de documentos deteriorados o en riesgo de deterioro.

Se constituye sin embargo en la Ley de Patrimonio Histórico Español un órgano consultivo específico, la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, (art.58), al que no se llama ni se espera en la legislación vasca.

Conviene resaltar también, en relación con la regulación estatal, el anormal hecho, a nuestro juicio, de que fuese el 22 de Noviembre de 1901, *“cuando se aprobó este Reglamento que aún hoy, y a pesar de la diferencia de situaciones político-administrativas, sigue vigente, en contradicción evidente con los derroteros actuales”*.⁸⁰⁵

La Ley 10/2001, de 13 de Julio, de Archivos y Documentos de Cataluña, establece un régimen distinto respecto de los documentos públicos, (arts.6 a 12), y privados (arts.13 a 15), regulando después el Sistema de Archivos, (al que no nos referiremos), y el acceso a los documentos. (Arts.34 a 37).

Respecto de los documentos públicos se prescribe *“un único sistema de gestión documental que comprenda la producción, la tramitación, el control, la evaluación y la conservación de los documentos y el acceso a los mismos”*, en cada Administración, así como, de forma harto misteriosa, la expedición de copias o certificados *“a las personas que en cada caso tengan derecho a ello”*. (Art.7).

Respecto de los privados, además de las obligaciones de la Ley de Patrimonio Cultural Catalán se imponen las de *“tenerlos ordenados e inventariados”*, *“conservarlos íntegramente y no desmembrar los fondos sin autorización previa del Departamento de Cultura”*, *“permitir el acceso a los mismos a las personas que acrediten documentalmente la condición de investigadoras”*, *“comunicar previamente al Departamento de Cultura cualquier cambio en la titularidad o en la posesión de los documentos”*, y *“no eliminarlos sin autorización previa de la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental, excepto en los supuestos en los que por reglamento se establezca otro procedimiento”*. (Art.13).

Es digna de mención la ausencia total en esta Ley de contrapartidas a estas onerosas exigencias para los titulares, ausencia que no se puede sino lamentar y reprochar, por

⁸⁰⁵ CONTEL C. op. cit. pag. 14.

cuanto convierte las exigencias en exorbitantes y es garantía segura de ineficacia e incumplimiento.

En relación con las Administraciones Públicas, destacaremos que la exigencia de disponer de un archivo propio que cumpla los requisitos para integrarse en el Sistema de Archivos de Cataluña se extiende únicamente a los Ayuntamientos “*de los municipios de más de diez mil habitantes*”, (art.31), apartándose aquí del criterio universal de la L.P.C.V., que consideramos más acertado, incluso para Comunidades con un mucho más elevado número de municipios.

Sobre el acceso a los documentos, nos parece reseñable la disposición que regula el acceso parcial “*a los documentos que contengan datos que, de acuerdo con la Ley, deban mantenerse reservados*”, siempre que sea posible garantizando la imposibilidad de acceso a éstos. (Art.35).

También es importante la modificación que la Disposición Adicional 2º realiza del artículo 75.1 de la Ley de Patrimonio Cultural Catalán, en el sentido de atribuir a los municipios de más de cinco mil habitantes la competencia para sancionar determinadas infracciones “*en cuanto a los bienes culturales de interés local*”, categoría y competencia de las que carece la ley vasca.

La norma gallega establece, (art.80), que “*la Consejería de Cultura regulará el ciclo vital de los documentos de las distintas administraciones públicas de Galicia, así como la circulación de documentos, las transferencias y la selección de los mismos, su valoración y la posterior destrucción de los no llamados a la conservación permanente*”, remitiendo por tanto al desarrollo reglamentario la fijación de todos estos extremos, como también hace el art.18 de la ley andaluza respecto de la “*recogida, transferencia y depósitos*”.

Tan solo con respecto a la consulta se proclama adicionalmente que “*todas las personas tienen derecho a la consulta de los documentos constitutivos del patrimonio documental de Galicia y a la obtención de información sobre el contenido de los mismos, de acuerdo con la legislación aplicable en la materia*”, a la que, obviamente, se remite asimismo la regulación de las limitaciones y supuestos de restricción del derecho.

No es el caso de la Ley de Archivos de Andalucía que establece ya en el artículo 14 el “*deber de conservación y custodia de sus fondos documentales*”, por parte de “*los titulares de los archivos y de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental Andaluz*”, incluyendo expresamente, de forma muy acertada y al contrario que la L.P.C.V., tanto los documentos de titularidad pública como privada.

También recoge la norma andaluza que la Consejería de Cultura “*velará por la conservación y seguridad de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental Andaluz, estén o no ubicados en Archivos*”, (art.15), nuevamente sin distinción entre públicos y privados.

Con respecto a los de uso público, establecerá además “*las condiciones mínimas del edificio, en orden a la seguridad de los archivos*”, y “*sus medios de conservación de fondos documentales*”.

Este artículo recoge, finalmente, la posibilidad de ordenar el “*depósito en otros archivos*” por motivos de seguridad.

Novedosa es la atribución a la Junta de Andalucía, (art.16), del deber de velar “*por la reintegración al Patrimonio Documental Andaluz, de los archivos contemplados en los artículos 2 y 3 que se encuentran depositados en otras comunidades del Estado, bien para su traslado a los archivos correspondientes de Andalucía, o al menos para la microfilmación y difusión de los mismos*”.

Esta disposición tiene íntima relación con la problemática que se plantea en el conflicto archivístico más relevante suscitado en el Estado en los últimos tiempos, el relativo a la devolución a la Generalitat de Catalunya, y hay que suponer que al resto de administraciones y personas físicas y jurídicas titulares, de la documentación que les fue sustraída como botín de guerra y que se encuentra en estos momentos en el llamado Archivo Histórico Nacional de Salamanca.

Los archivos de uso público, “*deberán contar, al menos, con un servicio de consulta en sala de lectura y con servicios mínimos de instrumentos de descripción*”, debiendo facilitar además la administración andaluza “*lo necesario para que aquellos archivos que lo deseen puedan ampliar sus servicios*”. (Art.21).

Este precepto es un buen ejemplo de desideratum de difícil implementación. Los deseos tienen siempre el límite de las posibilidades y la ampliación de los servicios el de los recursos económicos que demandan y que la administración no puede subvenir ilimitadamente. De ahí que no sea adecuado exigir “*facilitar en todo lo necesario*”, aunque exprese la dirección en que el legislador desea que camine la política administrativa, en lo que redundaría la exigencia de consignación de partidas específicas que realiza el artículo 22.

La Ley de Archivos cuenta con un capítulo específico sobre el acceso y la difusión de los mismos, en el que como características más destacadas cabe resaltar que la consulta de los documentos es libre y gratuita, (art.26), pero la de los de las administraciones y entidades públicas “*será posible a partir de los treinta años de haber finalizado su trámite o su vigencia administrativa*”, aunque “*se podrá reducir ese*

término temporal (no se especifica cómo ni en qué medida) siempre que la información no implique riesgo para la seguridad pública o privada”. (Art.27).

En lo demás, la norma sigue el criterio de la L.P.H.E. con la inclusión de la prohibición de la consulta de los documentos que puedan “*afectar a los intereses vitales de Andalucía*”, que naturalmente desconocemos, y la posibilidad de denegar el acceso “*a las personas que hayan sido sancionadas por su actuación contra la seguridad y conservación de dicho patrimonio*”.

La Ley 1/1991 deja el art.27.c redactado de la siguiente manera, “*en el supuesto de que la información afecte a la seguridad, honor o intimidad de las personas físicas, la consulta de los documentos no podrá realizarse sin consentimiento expreso de los afectados o hasta que transcurran veinticinco años desde el fallecimiento de las personas afectadas o cincuenta años a partir de la fecha de los documentos*”.

Hay que realizar diversas consideraciones sobre este precepto.

En primer lugar no parece necesaria, y por tanto conveniente, la limitación del acceso a la documentación administrativa con carácter general hasta transcurridos 30 años. Creemos, como el legislador vasco por ejemplo, que el criterio debería ser el opuesto, el del acceso libre, restringido tan solo cuando se den las circunstancias que lo justifiquen en razón de la naturaleza específica y concreta de la información que los documentos contienen.

En segundo lugar la referencia a los intereses vitales de Andalucía constituye una vía de escape excesivamente amplia, que puede permitir restricciones injustificadas, y finalmente, la denegación de acceso a las personas sancionadas, debería establecerse en el marco de un régimen sancionador que la limitase en la duración, para impedir que se constituya en sanción perpetua, y que la estableciese objetivamente sin que pueda quedar al albur de discrecionales decisiones administrativas, lo que imaginamos que habrá garantizado el desarrollo reglamentario.

Sin perjuicio de las consideraciones que realizaremos en otro capítulo, interesa referirnos aquí a lo que la Ley 3/2005 de 15 de Junio, de Archivos de la Comunidad Valenciana establece en relación con el derecho de acceso a los fondos documentales.

El artículo 56 proclama el derecho de todas las personas físicas y jurídicas a acceder a la información contenida en los documentos custodiados en los archivos del Sistema, “*con las limitaciones previstas en la legislación vigente*”. En lo que se refiere a los fondos documentales de los archivos históricos, (art.59), “*se podrán consultar libremente todos los documentos que no contengan datos de carácter personal*”.

Sin embargo, se podrán consultar incluso esos “*cuando hayan transcurrido 25 años desde la muerte de la persona, o bien 50 años a partir de la fecha de los documentos si el momento de la defunción no es conocido*”.

Mientras tanto la consulta de información que afecte a la seguridad, honor, intimidad, propia imagen o datos reservados, está limitada a titulares o sucesores, salvo consentimiento expreso de los afectados.

Pese a todo, “*el titular del centro directivo competente del que dependa el archivo histórico decidirá qué series documentales han de ser excluidas de la consulta pública, de acuerdo con la legislación vigente y el tipo de información que contenga la documentación*”. (Art.60).

La consulta de estos fondos requerirá autorización administrativa. También cabe la suspensión del derecho de acceso, “*por cuestiones graves de conservación*”, hasta que éstas se subsanen. (Art.61).

Lo más destacable del régimen de protección de la ley canaria son la obligación, por un lado, de ordenar e inventariar los fondos que se impone a los titulares, (art.17), que consideramos razonable únicamente a partir de un concepto estricto de patrimonio documental fundado en el interés o valor cultural de los documentos y no si se extiende la patrimonialidad a casi cualquier documento, el establecimiento del deber de todas las administraciones de “*velar para que los propietarios, conservadores y usuarios de los archivos y documentos...respondan de las obligaciones y cargas que, según los casos, les correspondan y de las consecuencias de su incumplimiento*”, (art.17.2.b), traducción del deber más general que se recoge, por ejemplo, en el artículo 3 de la L.P.C.V., el mandato de que procuren “*que los documentos que en el pasado hayan sido trasladados de una isla a otra o de unos archivos a otros sean reintegrados al archivo correspondiente*” y que, en todo caso, garanticen “*la reproducción de estos documentos en el soporte adecuado*”, (art.18.2), y un mandato de reintegración de documentos similar al de la ley andaluza. (Art.19).

Es digno de mención además que en relación con la consulta de los documentos, su libertad y gratuidad se limita, como en Andalucía, en caso de afectación de los “*intereses vitales*” del Archipiélago Canario, (art.27), junto a los supuestos habituales en los que el plazo tras el cese de trámite o vigencia, respecto de los documentos públicos es de 30 años, lo mismo que en relación con los que afecten al honor o intimidad desde el fallecimiento de los afectados o 100 años desde la fecha del documento.

Se predica asimismo de los documentos públicos la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, (art.31), que otras leyes no recojen expresamente, se dispone que la salida, incluso meramente temporal, de los mismos de su sede debe contar con la autorización del Gobierno de Canarias, (art.34), el

derecho de tanteo y retracto sobre todos los documentos privados que forman parte del patrimonio documental, aunque no estén incluidos en algún régimen específico de protección, importante novedad respecto de la L.P.C.V., y la obligación de “*las personas que se dediquen al comercio de documentos y archivos de carácter histórico*”, (llama la atención que en este caso no se refiera la norma a los documentos integrantes del patrimonio), de “*enviar trimestralmente, al Gobierno de Canarias, una relación detallada de los que tienen puestos a la venta, así como los que adquieran y efectivamente vendan*”. (Art.33.3). También contiene la norma canaria un capítulo específico de sanciones. (Arts.38 a 42).

La norma madrileña, sigue la línea marcada por estas normas anteriores; obligación de conservación, control etc, (no expresamente de inventario y catalogación), de los documentos por sus titulares, (art.26), posibilidad de depósito obligatorio en caso de riesgo, (art.28), la tutela como causa de interés social para expropiación forzosa, (art.29), inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los documentos públicos, (art.31), libre circulación “*dentro del territorio nacional*”, previa comunicación al Gobierno que cuenta con derecho de tanteo y retracto, envío de relaciones trimestrales por comerciantes, (art.31), e imposibilidad de destrucción salvo en los supuestos y procedimientos “*que reglamentariamente se dispongan*”. (Art.34).

Crea sin embargo, de manera muy interesante, un órgano consultivo, el Consejo de Archivos de la Comunidad de Madrid, con facultades, además de las habituales de informe, de propuesta de actuaciones e iniciativas, (art.12.2.a), y como novedad a resaltar prevé expresamente, (art.36), que la Comunidad “*colaborará en la adecuación de las instalaciones de archivo en los municipios de más de 10.000 habitantes, siempre que exista en ellos personal archivero o ayudante con carácter permanente y en los municipios de menos de 10.000 habitantes, siempre que la Secretaría atienda a las fases de Archivo de Oficina, Central e Intermedio*” y que “*facilitará a los municipios de menos de 10.000 habitantes el depósito en el Archivo Regional de la fase de Archivo Histórico, garantizando el respeto a la propiedad de los Ayuntamientos sobre sus documentos*”.

Hay que destacar que en relación con el acceso se señale en el artículo 37 que “*el destino primordial de los documentos de archivo es su consulta por parte de las instituciones que los producen y de todos los ciudadanos*”. Es éste un principio absolutamente básico y fundamental que nunca debería de olvidarse a la hora de adoptar cualquier medida.

La administración debe, según el mismo precepto, asegurar el acceso a los documentos, libre y gratuito, en las siguientes condiciones, (art.38); “*los documentos públicos cuyo trámite haya finalizado... serán accesibles a cualquier interesado*”, (régimen mucho más permisivo que los de otras normas autonómicas que exigen el transcurso de un plazo dilatado para ello), y los documentos no públicos integrantes del patrimonio por su antigüedad o interés “*podrán ser consultados...desde la fecha en que pasen a formar parte del Patrimonio Documental Madrileño*”, (siempre y cuando el archivo se haya integrado en la Red de Archivos de Uso Público), aunque se excluya la

consulta en los supuestos habituales de afectación a la seguridad, honor, intimidad, propia imagen, función de la propia institución y otros supuestos previstos en las leyes o, al modo de la ley vasca, por razones de conservación.

Madrid no prevé afectación de sus “*intereses vitales*” como motivo de exclusión, (de forma acertada a nuestro juicio), aunque la cláusula de función institucional pueda quizá ser utilizada en el mismo sentido. Se establece además en la ley, (art.37), el deber de propietarios y poseedores de documentos patrimoniales de “*permitir el estudio por los investigadores, previa solicitud razonada de éstos*” y como en otras normas específicas de archivos, un título de infracciones y sanciones.

Castilla y León se refiere primeramente, en sede de protección, a una cuestión que otras normas omiten, la de que los documentos públicos deben conservarse “*debidamente organizados y a disposición de la administración y de los ciudadanos en las oficinas que los hayan originado o reunido, hasta ser transferidos al archivo que corresponda*”. (Art.10).

El legislador castellano es consciente de que la patrimonialidad no deriva de la ubicación del documento en el archivo, sino que es previa y que por tanto debe serlo también la tutela.

Establece acto seguido la exigencia de autorización administrativa para la salida de documentos de los archivos públicos que no sean de titularidad estatal, (a resaltar que no se refiere a los archivos privados), y, de forma un tanto original, el deber de comunicación de la salida de los de titularidad estatal. (Art.11).

En lo restante la norma es muy similar a las anteriormente citadas, mantiene similar criterio a la Madrid en cuanto a la consulta de los documentos públicos, aunque incluye como restricción la afectación de los “*intereses esenciales de la Comunidad Autónoma*”, (art.21), que limita la consulta hasta los 50 años.

Aragón dispone de una de las normas reguladoras del patrimonio documental más antiguas, la Ley 6/1986 de 28 de Noviembre. Interesa resaltar en ella con respecto a los documentos públicos, la obligación de “*no extraerlos de las correspondientes oficinas públicas, con excepción de los casos legalmente previstos, debiéndose guardar copia de los mismos, siempre que sea posible, hasta que finalice su utilización externa*”. (Art.3).

Sin perjuicio de que sea una práctica más o menos habitual si que no es frecuente su mención expresa en el ámbito de las leyes autonómicas. También es novedosa la exigencia de “*selección o expurgo a fin de eliminar aquellos que no posean interés administrativo o histórico*” una vez expirado el período de utilización administrativa.

Subyace aquí la acertada consideración de que no todo documento administrativo debería ser considerado como integrante del patrimonio documental, criterio sobre el que otras normas autonómicas mantienen disposiciones inciertas o contradictorias.

A los propietarios privados se les impone entre otros el deber, (art.11), de mantener los archivos y documentos “*ordenados e inventariados, debiendo entregar una copia del Inventario al Archivo General de Aragón y otra al archivo local que territorialmente corresponda*”, de “*solicitar o permitir que la ordenación e inventario sea realizado por personal especializado designado por el Departamento de Cultura y Educación en las condiciones que ambas partes acuerden*”, y de “*restaurar los documentos deteriorados o convenir con el Departamento de Cultura y Educación su restauración*”, amén de comunicar cualquier enajenación o cambio de titularidad o posesión.

La norma parece limitar la responsabilidad privada a permitir que sea la administración quien asuma los costes del deber en las condiciones que se convengan. Si esto fuese así no cabría considerar exorbitante la exigencia, lo que sucedería si se hiciesen recaer sobre el titular privado obligaciones tan gravosas sin contraprestaciones que redujesen de forma muy notable su carga.

La norma concibe el depósito obligatorio como medida excepcional ante un incumplimiento por el titular de sus deberes, (art.11.2), y establece, finalmente la consulta “*libre y gratuita*” sin más limitación que la de que “*cumplan las condiciones para la consulta pública que se exigen en la presente ley, sin que ello suponga riesgo para la seguridad de los documentos y de acuerdo, en todo caso, con las precisiones que reglamentariamente se establezcan*”, (art.27.1), a las que se remite la fijación de las limitaciones que hemos observado en otras normas autonómicas.

La norma murciana sigue la línea establecida por la aragonesa, en prácticamente todos sus apartados, aunque, curiosamente, en lo referente al acceso no establezca la consulta libre y gratuita sino que se remita “*a lo establecido para la totalidad del Patrimonio Documental Español en la ley que lo define y regula*”. (Art.20.2).

Tampoco la norma asturiana se desmarca sustancialmente de la línea general seguida por las restantes C.C.A.A., aunque contemple y regule simultáneamente el patrimonio bibliográfico junto al documental.

Es interesante, (y muy acertada, en la línea que venimos considerando más adecuada), la referencia expresa del artículo 88 a que “*cuando la relevancia de su interés aconseje una protección individualizada, los bienes integrantes del Patrimonio Documental y Bibliográfico de Asturias serán declarados de interés cultural o se procederá a su inclusión en el Inventario del Patrimonio Cultural de Asturias,*

aplicándoseles en ese caso, con carácter adicional, el régimen protector propio de estas categorías de bienes”.

La norma además exige a los titulares no solo la conservación sino *“destinarlos a un uso que no impida su conservación y mantenerlos en lugares adecuados para la seguridad de los bienes y el acceso de los investigadores”*, (art.90), lo cual consideramos excesivo sino va inexcusablemente acompañado de la correlativa obligación para la administración de hacerse cargo, en su caso, de los costes que de ello se deriven.

La ley asturiana impone el depósito obligatorio en caso de riesgo para la conservación; aunque se limite, (art.90.3), a proclamar que el Principado *“facilitará”* en todo caso el mismo, cuando los documentos o libros *“procedan de empresas mercantiles radicadas en Asturias que cesen en su actividad o se vean afectadas por procesos de privatización o enajenación”*, o existan circunstancias de conservación o acceso de investigadores que lo aconsejen, lo impone *“cuando se aprecien circunstancias de riesgo para la conservación”*. (Art.90.4).

La novedosa referencia a las empresas cesantes o en proceso de privatización o enajenación delata la conciencia del legislador sobre la importante lesión patrimonial que suele producirse en casos tan significativos en una región como la asturiana.

Interesa finalmente resaltar, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 92, *“las películas, fotografías, grabaciones sonoras o de imágenes de cualquier naturaleza relativas a Asturias o producidas en la región”* que tengan carácter de bienes documentales o bibliográficos según lo dispuesto en los artículos 79 y 87, *“serán objeto de tratamiento especializado para su puesta al servicio de los investigadores y del público”*, tratamiento que desconocemos, pero que deriva de la consideración como patrimonio documental o bibliográfico y no en cualquier caso como patrimonio específico, de forma contraria a algunas otras leyes.

8.3.7. La protección internacional del patrimonio documental: el programa “Memoria del Mundo” y las Directrices para la Salvaguarda del Patrimonio Documental de la UNESCO

A nivel internacional, como veíamos en el capítulo relativo al *“patrimonio común de la humanidad”* va calando progresivamente la tesis de que existe un patrimonio mundial, (que en sede documental se ha llamado *“memoria del mundo”*), cuya tutela no puede dejarse exclusivamente en manos de las instituciones estatales, (o en su caso de ámbito territorialmente menor), y sobre el que es necesaria una perspectiva global que abarque todos los países y pueblos y esfuerzos colectivos para conseguir *“que la Memoria se conserve sin distorsiones ni pérdidas”*.⁸⁰⁶

⁸⁰⁶ *Memoria del Mundo. Directrices.* (Edición revisada 2002) Paris. UNESCO.2002, pag.1.

El patrimonio documental de numerosos pueblos “se han dispersado debido al desplazamiento accidental o deliberado de fondos y colecciones, a los botines de guerra o a circunstancias históricas”, a veces “hay obstáculos prácticos o políticos que obstaculizan el acceso a él”, en otros casos “pesa sobre él la amenaza de deterioro o destrucción”, por estar “compuesto sobre todo de materiales naturales, sintéticos u orgánicos sujetos a la inestabilidad y la descomposición químicas... está permanentemente expuesto a los efectos de las calamidades naturales” y al “deterioro gradual que puede deberse a la ignorancia o a la negligencia que hacen que no se le provea del cuidado básico, ni que se almacene o proteja debidamente”.

En el caso de los materiales audiovisuales y electrónicos, como ya veremos, “también se producen pérdidas por la obsolescencia técnica ocasionada con frecuencia por imperativos comerciales, a los que se atiende sin concebir a cambio materiales o tecnologías más estables con fines de preservación”.⁸⁰⁷

Todo ello lo sitúa en una situación de evidente riesgo que justificó en 1992 la creación de un programa internacional, que se ha denominado “Memoria del mundo” y que tiene por objeto, “facilitar la preservación del patrimonio documental mundial mediante las técnicas más adecuadas”, “facilitar el acceso universal al patrimonio documental” y “crear una mayor conciencia en todo el mundo de la existencia y la importancia del patrimonio documental”.

Parte del presupuesto de que “el patrimonio documental mundial pertenece a todo el mundo, debería ser plenamente preservado y protegido para todos y, con el debido respeto de los hábitos y prácticas culturales, debería ser accesible para todos de manera permanente y sin obstáculos”.⁸⁰⁸

Las Directrices de Salvaguarda en que se traduce el programa comienzan por establecer unos principios “éticos”, a modo de Código Deontológico, a respetar en la labor de tutela.

En primer lugar, “la integridad del patrimonio documental debe permanecer intacta. Por ejemplo no se debe mutilar, censurar, manipular o falsificar los documentos”. (Queda aquí la incógnita de los límites en que puede realizarse la labor de expurgo).

No debe tampoco, “ponerse en peligro la perdurabilidad del patrimonio a largo plazo por mor de su explotación a corto plazo”.

⁸⁰⁷ Ibidem, pag .1.

⁸⁰⁸ Ibidem, pag. 5.

La labor de conservación y restauración “no debe deformar ni modificar el patrimonio, sino respetar las intenciones de sus creadores”.

Las personas que lo custodian deben evitar “los conflictos de intereses en los que sus actividades privadas pueden estar en contradicción con sus responsabilidades de conservación”. (Supuesto que ha dado lugar, en relación también con el patrimonio bibliográfico, a algún que otro escándalo en el ámbito vasco).

Y debe en todo caso, respetarse “el imperio de la ley”, traducido en observar y mantener, “con integridad y transparencia las obligaciones contractuales, la legislación en materia de derechos de autor, los derechos morales, los acuerdos y las relaciones con los donantes, los depositantes o los clientes”.⁸⁰⁹

Para alcanzar los objetivos del programa, se establecen 5 estrategias⁸¹⁰.

La primera de ellas se refiere a la “identificación del patrimonio documental”, en la que lo relevante es “si tiene importancia mundial” y no tanto “si en el momento de la designación el patrimonio documental está preservado correctamente o requiere atención urgente”. Se sigue aquí el criterio del interés, el mismo por el que opta en la identificación la L.P.C.V.

Una segunda estrategia atiende a la “sensibilización”, a la creación de “una mayor conciencia en el mundo de la importancia del patrimonio documental y de la necesidad de preservarlo y dar acceso a él” a través de “la enseñanza, la comercialización y la publicidad, la difusión de información sobre técnicas de preservación y el establecimiento de relaciones con O.N.G.”, aspectos todos estos que, lamentablemente, descuida y omite la ley vasca.

En tercer lugar, hay una estrategia dirigida a la “preservación”. En este apartado, “cuando sea posible, la UNESCO los apoyará directamente o los asociará a un patrocinador externo”. No obstante, se es consciente de que “puede que los recursos disponibles no cubran las necesidades” y de que, por tanto, “la mejor solución será que la propia institución custodia negocie un patrocinio basándose en el respaldo que le proporciona estar incluida en el registro” .

La cuarta estrategia tiene que ver con el “acceso”. Se fomentará en él, “el uso de las nuevas tecnologías”, con el fin de “aumentar el acceso al patrimonio documental” e “impulsar la capacidad de reacción (a las peticiones de investigadores y demás usuarios) y de acción”, (mediante publicaciones y productos, bases de datos y archivos en línea).

⁸⁰⁹ Ibidem, pag .6.

⁸¹⁰ Ibidem, pag. 9.

Finalmente queda espacio para una estrategia relacionada con la propia organización del programa y su estructuración a través de comités nacionales, regionales e internacionales.

En lo que hace a la preservación, *“la documentación cuidadosa y el control de las colecciones, la buena organización, es una condición previa indispensable”*. El mecanismo apropiado *“puede ser un catálogo, un inventario, o alguna otra forma de registrar la forma y el contenido de una colección...en formato manual o preferiblemente numérico”*.⁸¹¹

Ya vemos que no hay diferencias sustanciales en la norma vasca con respecto a los instrumentos que aquí se proponen, si bien, lógicamente, el meollo de la eficacia se encuentra en que los catálogos e inventarios comprendan todos los elementos que debieran incluir y proporcionen sobre ellos toda la información precisa.

Un principio básico de preservación es el relativo a que las condiciones de almacenamiento *“deberían, en la medida de lo posible, prolongar la vida de los soportes almacenados”*. Los requisitos varían según el tipo de material.

La UNESCO considera que en sede de patrimonio documental *“la antigua máxima de que más vale prevenir que curar es una verdad generalmente admitida”*, las prácticas y técnicas *“que frenan el deterioro y los daños que puede ocasionar la manipulación son mucho mejores y más baratas que cualquier procedimiento de recuperación”*, algo con lo que es inevitable estar de acuerdo.

Los documentos originales *“poseen a menudo un valor intrínseco que jamás tendrá una copia”*. Numerosas instituciones *“han lamentado la destrucción prematura de originales tras hacer copias que resultaron de inferior calidad”*. Independientemente *“del número de copias que se hayan realizado, jamás deberían eliminarse a la ligera los originales”*. Es éste otro principio fundamental.

La transferencia de contenido, *“copiar un documento en un formato diferente, es útil y con frecuencia necesaria a efectos de acceso”*. El programa *“fomenta la numerización y la microfilmación como medio para proporcionar el acceso universal, ya que cualquier tipo de copia de acceso reduce la presión sobre los documentos originales y contribuye a su preservación”*.

Sin embargo, es preciso actuar con cautela, porque *“a menudo entraña la pérdida de información y el bloqueo de futuras opciones y puede conllevar riesgos impredecibles a a cuando la tecnología utilizada para copiar se quede anticuada”*.

⁸¹¹ Ibidem, pag. 10.

La colaboración “*es fundamental*”, incluso las grandes instituciones consideran necesario “*establecer redes y compartir medios y conocimientos técnicos*”. En este sentido se reclaman fórmulas de compromiso entre los métodos modernos de conservación y los “*tradicionales y eficaces*” de numerosas culturas que reflejan su carácter y sus costumbres.

En lo que se refiere al acceso, se proclama en primer lugar que “*todo individuo tiene derecho a una identidad y, por consiguiente, derecho de tener acceso a su patrimonio documental, lo que comprende saber que éste existe y donde se encuentra*”⁸¹², manifestación específica en sede documental del derecho al disfrute al que ya nos hemos referido extensamente en este trabajo.

Internet y las nuevas tecnologías satisfacen la necesidad de acceso, cuando no es imprescindible tenerlo al original, pero siempre existen “*limitaciones físicas, técnicas y financieras*”. Existen además limitaciones legales derivadas del respeto a los derechos de propiedad intelectual. Por ello es preciso utilizar medios complementarios “*que fomenten el acceso remoto al patrimonio documental*”.

Existen productos muy variados y en gran variedad de formatos, (escritos, sonoros, visuales y digitales), que satisfacen esas necesidades. Sin embargo pueden no resultar atractivos en el mercado, por lo que es necesario que se asuma su coste, desde la perspectiva de que a veces “*resulta más barato elaborar un producto destinado a la venta, basado en un tema o cuestión particular que responder repetidamente a las solicitudes de acceso individual a ese material*”.

La UNESCO considera necesaria “*una estrategia de publicidad y promoción*”, que, “*entre otros elementos importantes, constará de los propios registros, la utilización de los folletos y publicaciones de la UNESCO, así como el respaldo de personalidades eminentes, organismos y ONG que se identifiquen con los objetivos del programa y deseen contribuir a su creciente notoriedad*”.⁸¹³

Es éste uno de los apartados en que detectamos mayor distancia entre lo reclamado y lo legalmente dispuesto y administrativamente llevado a cabo en la C.A.P.V. No existe una estrategia como tal y escasas son las iniciativas, (aparte de la lentísima puesta a disposición en internet de determinados fondos), que se adoptan.

Los registros oficiales no son accesibles aún a través de estas vías, y aunque existen publicaciones, (no siempre de inspiración administrativa, he ahí instituciones como Eusko Ikaskuntza, pero casi siempre sostenidas por la administración pública), que recogen la documentación obrante en archivos públicos y privados, no alcanzan la

⁸¹² Ibidem, pag. 12

⁸¹³ Ibidem, pag. 14.

difusión suficiente ni forman parte siempre de planes programados con clara jerarquización de prioridades.

En particular no se aprovecha la disponibilidad e interés de los medios de comunicación, que detecta el programa ni se obtiene la repercusión pública que *“puede lograrse mediante una estudiada exhibición del patrimonio”*⁸¹⁴.

La enseñanza pública *“desempeña un papel fundamental a la hora de sensibilizar sobre el patrimonio documental mundial y su vulnerabilidad y constituye asimismo una base para crear estrategias de preservación”*.

Si reprochábamos a las administraciones vascas su escasa actividad promocional, hay que cargar las tintas todavía más para denunciar el absoluto olvido de la enseñanza y los centros educativos como semillero de sensibilidad patrimonial.

Se carece de material promocional dirigido específicamente a los centros educativos, no se fomentan las visitas y el conocimiento directo por los centros, (y sobre todo de sus alumnos), de la localización de los archivos, de los documentos que contienen y de la labor que en ellos se realiza., no se incluye entre los contenidos de los currícula educativos materia alguna relacionada, siquiera indirectamente con la cuestión....

La UNESCO a través del programa “Memoria del mundo” mantiene tres tipos de registros, internacional, regionales y nacionales. Todos los registros *“contienen materiales de importancia mundial y un elemento dado puede aparecer en más de un registro”*.

El Internacional *“recoge todo el patrimonio documental que cumple los criterios de selección, cuya inscripción ha sido aprobada por el CCI (Comité Consultivo Internacional) y ratificada por el Director General de la UNESCO”*.

Los regionales *“abarcarán el patrimonio documental cuya inscripción aprueben los correspondientes comités regionales”*, dando *“oportunidad a las minorías y a las subculturas de estar representadas adecuadamente”*.

Los nacionales *“comprenden el patrimonio documental de la nación (concepto polémico donde los haya) cuya inscripción haya aprobado el comité nacional de la Memoria del Mundo o, en su defecto, la Comisión Nacional para la UNESCO correspondiente”*.

⁸¹⁴ Ibidem, pag. 15.

Los registros regionales y nacionales *“utilizarán los criterios de selección del registro internacional como modelo, con las modificaciones lógicas (desconocemos cuales puedan ser éstas) y podrán incorporar otros criterios adecuados al contexto regional o nacional”*.

El criterio de selección parte que *“la evaluación es comparativa y relativa”*. No se puede *“medir en términos absolutos la importancia cultural”*⁸¹⁵, por consiguiente *“no existe un punto fijo que determine cuando un elemento del patrimonio cultural merece ser incluido en un registro”*.

Sin embargo, se establecen una serie de criterios a utilizar en la evaluación, cuales son la autenticidad, el carácter único e irremplazable, la antigüedad, el lugar de creación, las personas intervinientes, el asunto o tema, la forma o estilo, la rareza, la integridad de lo que se conserva, la amenaza y la existencia o no de un plan adecuado de gestión.

Dejando a un lado la cuestión de si alguno de estos criterios debe influir realmente en la inscripción, (la ausencia de un plan de gestión o de una amenaza no restan relevancia ni valor cultural y solo influyen en el tipo de medidas de tutela necesarias), y sin dejar de reconocer que la apreciación del valor o interés cultural es un juicio notablemente subjetivo y que, como ya hemos visto, la legislación vasca y muchas otras remiten en última instancia a la decisión administrativa de inscripción registral la prueba, al menos, de la pertenencia al patrimonio, consideramos que debe reclamarse de los instrumentos jurídicos un mayor esfuerzo de objetivización, de establecimiento de criterios de inclusión más definidos que los señalados y que la mera evaluación comparativa de un Comité, por expertas que sean las personalidades que lo integren, porque ello redundará en una protección más transparente y más eficaz, por mejor conocida y valorada.

Cualquier individuo u organización puede presentar propuestas de inscripción en el Registro, *“aunque se dará prioridad a las propuestas presentadas por el correspondiente comité regional o nacional”*, así como *“al patrimonio documental que esté amenazado”*.

El autor, además, *“podrá estar vivo en el momento de la propuesta”*.⁸¹⁶ Las propuestas deben presentarse en la Secretaría de la UNESCO, que las registra y envía al Subcomité de Registro, para su evaluación y la formulación de una recomendación al CCI cuya decisión se notifica a los postulantes. El Subcomité contará normalmente con el asesoramiento de organismos expertos u ONG como la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas (I.F.L.A.), el Consejo Internacional de Archivos (C.I.A.), el Consejo de Coordinación de las Asociaciones de Archivos audiovisuales (C.C.A.A.A.) y el Consejo Internacional de Museos (I.C.O.M.).

⁸¹⁵ Ibidem, pag. 19.

⁸¹⁶ Ibidem, pag. 21.

Un elemento del patrimonio documental “*podrá ser suprimido del Registro en caso de deterioro o de que su integridad haya resultado menoscabada, hasta el punto de que ya no cumpla los criterios de selección que justificaron su inscripción*” o, por ejemplo, “*al descubrimiento de nuevas informaciones que den lugar a una reevaluación*”.⁸¹⁷ El procedimiento es similar al de inscripción con la única salvedad, de permitir las alegaciones de los solicitantes de la inscripción primitiva.

La inscripción, y este el talón de Aquiles de la protección internacional del patrimonio documental en el momento presente, “*no comporta consecuencias jurídicas o económicas automáticas*”. No afecta formalmente, “*a su propiedad, la custodia ni uso, ni tampoco impone ninguna limitación u obligación a los propietarios, custodios o gobiernos*”. Tampoco “*conlleva ninguna obligación para la UNESCO de financiar su conservación, gestión o accesibilidad*”.⁸¹⁸

Ahora bien, “*como condición previa para la inscripción en el Registro, normalmente el CCI necesitará tener la garantía de que no existen circunstancias legales, contractuales o culturales que pongan en peligro la integridad o seguridad del patrimonio documental*”.

Amén de que esto resulte un tanto contradictorio con el criterio de la amenaza, no hay mejor manera de hacerse trampas en el solitario. El programa y las directrices de salvaguarda se refieren entonces a lo ya salvaguardado, sin otorgar ningún tipo de protección adicional, falseando lo que presuntamente se persigue, a la vista de los objetivos declarados y haciendo escaso honor a lo que tan pomposamente se titula.

Ni estamos, si se mantiene esta filosofía, ante una “*Memoria del Mundo*”, ni ante unas Directrices de Salvaguarda del Patrimonio Documental de la Humanidad. No dejaremos de apreciar el valor de las reflexiones que dimanaban del documento, tanto como lamentar que su valor quede finalmente reducido a ése.

El Registro, según las Directrices, “*tendrá una sección consagrada a catalogar el patrimonio perdido y desaparecido que, de haber perdurado, hubiese podido ser incluido en el cuerpo principal del Registro*”. Perdido es aquel del que consta el deterioro o destrucción, mientras que desaparecido es aquel “*cuyo paradero actual se desconoce, pero cuya pérdida no puede confirmarse o presumirse con certeza*”.⁸¹⁹

El programa “*Memoria del Mundo*” cuenta con una estructura dedicada a la consecución de sus objetivos, de la que constituye pilar básico el Comité Consultivo Internacional, formado por 14 miembros, “*elegidos por su competencia en el ámbito de la protección del patrimonio documental*”, y que se reúnen en sesión ordinaria cada dos

⁸¹⁷ Ibidem, pag. 24.

⁸¹⁸ Ibidem, pag. 21.

⁸¹⁹ Ibidem, pag. 25.

años. El Comité revisa y actualiza las Directrices y se encarga de aprobar las inscripciones o supresiones de elementos del Registro.

Como órganos subsidiarios del CCI funciona una Mesa, formada por un Presidente, tres vicepresidentes y un ponente elegidos en cada sesión ordinaria, para dirigir la labor cotidiana, un Subcomité Técnico que difunde la información relativa al programa y atiende las consultas técnicas, un Subcomité de Comercialización y un Subcomité de Registro. Las labores propias de la Secretaría corren a cargo de la División de la Sociedad de la Información de la UNESCO.

La financiación del programa procede de la venta de productos y las donaciones de gobiernos y patrocinadores. Los Comités Regionales y Nacionales realizan funciones similares en ámbitos geográficos más reducidos. Y el objetivo próximo del programa, es adquirir relevancia jurídica a través de desembocar sucesivamente en una Recomendación y en una Convención, subsanando la debilidad tuitiva que le caracteriza en la actualidad.

8.3.8. El Anteproyecto de Ley de Archivos de la C.A.P.V.

El Gobierno Vasco ha hecho público en Abril de 2007 un Anteproyecto de Ley de Archivos que ha enviado a diferentes administraciones a efectos de la emisión, en su caso, de las pertinentes alegaciones. El objetivo de la Ley sería, tal y como se expone en la Exposición de Motivos, derogar los capítulos referidos al patrimonio documental de la L.P.C.V. y *“otorgar un estatus diferenciado a la regulación del Patrimonio Documental y Archivos de Euskadi”*.

En este sentido, la Disposición Derogatoria Unica del Anteproyecto señala que *“quedan expresamente derogados el Capítulo I del Título IV de la Ley 7/1990 de 3 de Julio, de Patrimonio Cultural Vasco, su Capítulo IV del Título II (debe tratarse de un error por cuanto no existe tal) y cuantas disposiciones de igual o inferior rango contravengan lo dispuesto en la presente ley”*.

Específicamente, según el artículo 1 el objeto de la norma es, *“el establecimiento de las bases para la protección, enriquecimiento y difusión del Patrimonio Documental del Pueblo Vasco así como la regulación de la organización, funcionamiento y articulación del Sistema de Archivos de la Comunidad Autónoma de Euskadi y el acceso de la ciudadanía a sus servicios y fondos”*.

Se regirán, por tanto, por *“las disposiciones de la presente ley”, “todos los documentos que integran o pueden integrar el Patrimonio Documental del Pueblo Vasco y los archivos que formen parte del Sistema de Archivos de Euskadi”*. (Art.2).

De partida, ya vamos a tener aquí un elemento de crítica, corresponde a la propia Ley determinar el elenco de bienes afectados por ella, por más que no se realice su descripción nominal, no cabe abdicar de esa responsabilidad aludiendo a los que *“pueden integrar”* el patrimonio, mención de contenido ignoto, por cuanto carecemos de noticias acerca de las características de que deriva la potencialidad y los medios por los que puede convertirse en realidad.

El Anteproyecto reproduce acto seguido, (art.3), las definiciones de documento de archivo y fondo de archivo del artículo 57 de la L.P.C.V., respecto de las que ya hemos formulado diversas críticas. Añade además que entiende por servicio de archivo, *“todo servicio responsable del tratamiento técnico, conservación y la difusión de los documentos y fondos documentales integrados en el mismo”*.

El art.4 contiene, por su parte, una mención específica a la colaboración del Gobierno Vasco, (que a nuestro juicio debería formularse no de modo exclusivo sino referida a todas las administraciones con competencias a que se referiría la norma, esto es, también a los Ayuntamientos), *“con las diversas confesiones religiosas para la mejora, conservación, estudio y difusión de los archivos de estas confesiones que posean un valor público o histórico singular para el Pueblo Vasco”*.

Si se justifica esta alusión singular en virtud del indudable valor que puede poseer la documentación eclesial, no hay que olvidar que ésta debería constituir una obligación con respecto a cualquier titular de archivos de tales características.

Finalizan las *“Disposiciones Generales”*, el primer Título del Anteproyecto, con un precepto, el art.5, que contiene la inveterada alusión a las nuevas tecnologías, de la que solo cabe destacar el deber administrativo de *“garantizar la preservación en soporte digital de la documentación integrante del Patrimonio Documental”*.

El artículo 6 contiene la referencia de qué documentos constituyen el *“Patrimonio Documental del Pueblo Vasco”*. Lo destacable del precepto es que la mención de la L.P.C.V. y el Decreto 232/2000 al *“interés”* como elemento determinante de la pertenencia del documento al patrimonio se ve sustituida por la del *“valor permanente”*. Sin embargo, dado que *“documentación de valor permanente”*, es *“la que tras un proceso de examen y expurgo se entiende merecedora de tal calificación como parte de la memoria histórica del Pueblo Vasco”*, podemos reproducir las consideraciones realizadas en relación con las definiciones anteriores.

No se produce ninguna modificación adicional de lo dispuesto en el art.3 del Decreto, salvo en lo que hace a la irrelevante supresión de la documentación de *“familias y personalidades relevantes del País Vasco a lo largo de la Historia”*, de cincuenta o más años de antigüedad, como elementos integrantes del patrimonio documental, referencia que ya criticábamos también en su momento.

El artículo 7 establece la posibilidad de que por Orden del titular del Departamento de Cultura del Gobierno Vasco, “*previa audiencia de las personas interesadas*”, (no se alude en este caso a Ayuntamientos y/o Diputaciones, ni se establecen taxativamente períodos y plazos como en la L.P.C.V.), puedan declararse “*constitutivos o integrantes del Patrimonio Documental Vasco*”, (por supuesto que de forma añadida a los que ya lo son en virtud de lo antes establecido), “*los documentos de valor permanente de cualquier época producidos, reunidos y conservados, formando el correspondiente Fondo de Archivo, en el ejercicio de sus funciones o actividades por instituciones, administraciones y entidades públicas, no radicadas en la C.A.P.V. pero cuyo ámbito de actuación o jurisdicción haya incluido en el pasado o incluya en el presente alguna parte o la totalidad del territorio de la C.A.P.V.*”.

Y lo mismo respecto de “*los documentos de valor permanente y de una antigüedad inferior a los cincuenta años que hayan sido producidos, reunidos y conservados en el desarrollo de sus actividades por cualquier persona o entidad privada, formando el correspondiente Fondo de Archivo no público o colección de documentos*”.

Una vez más cabe preguntarse si el documento aislado que no forme fondo alguno, por más valor permanente de que venga revestido, no forma parte del patrimonio documental.

En la práctica esta “*declaración*” lo que haría sería sustituir, en los casos a que se refiere, a la pertenencia automática que establecía el Decreto 232/2000, que creemos más adecuada desde la perspectiva de la adecuada tutela del patrimonio, a la vista de la “*eficacia*” y “*celeridad*” con que suele obrar la Administración en este terreno.

El artículo 8 establece la obligación de las entidades públicas productoras o recopiladoras de elementos integrantes del patrimonio documental de disponer de un Servicio de Archivo que “*tendrá la calificación legal de servicio público*”, otorgando la condición de bienes de dominio público a los documentos de titularidad de un “*ente público*” y correlativamente de la de no enajenables, y no sometibles a traba, embargo o gravamen ni adquiribles por prescripción. Cualquier persona o entidad que posea bienes de esta naturaleza sin título legítimo está obligada a entregarlos “*al organismo competente*”.

El Gobierno Vasco puede ejercer el derecho de tanteo y retracto respecto de los fondos y documentos integrantes del Patrimonio Documental Vasco de titularidad privada, “*en caso de transmisión onerosa de la propiedad o de cualquier derecho real*”, “*en la forma y en los términos que establece la Ley de Patrimonio Cultural Vasco*”, a los que ya nos hemos referido. (Art.9).

El art.10 determina el contenido del deber de conservación de los elementos patrimoniales que corresponde al Gobierno Vasco y a las personas titulares o poseedoras.

Al Gobierno toca *“conservar y defender el Patrimonio Documental del Pueblo Vasco, sin perjuicio de la colaboración exigible a otras administraciones públicas y a las personas privadas que sean propietarias o custodien parte de ese patrimonio documental”* y *“velar para que las personas titulares y usuarias de los fondos constitutivos del Patrimonio Documental del Pueblo Vasco cumplan las obligaciones de la Ley”*.

Los titulares y poseedores están obligados a *“atender su conservación y custodia, a permitir su consulta en los términos previstos en la legislación aplicable (¿ no debería ser ésta ?) y a facilitar, en su caso, las tareas de inspección por parte de la Administración Pública competente, al objeto de velar por el cumplimiento de los deberes previstos en la presente Ley”* y *“colaborar con el Archivo Histórico Nacional de Euskadi para su conservación y difusión, a cuyo fin recibirán su apoyo técnico y económico”*.

La alusión repetida a órganos y administraciones *“competentes”* en repetidos preceptos de la norma, (y de otras), nos plantea además la duda de si no debería determinar la Ley con precisión quien es el competente en cada caso, sin remitir al intérprete a no siempre sencillas determinaciones posteriores. No podemos sino considerarlo un defecto más de técnica legislativa.

Como vemos, por otra parte, no se propone una modificación sustancial del régimen de obligaciones de los titulares y poseedores, aunque con la muy relevante referencia de que el precepto se refiere a cualquier documento integrante del patrimonio, con independencia de una posterior calificación, inventariado o similar que de esta manera pierde buena parte de su virtualidad.

El artículo 10 también dispone que *“el incumplimiento de estas obligaciones cuando ponga en peligro de deterioro, pérdida o destrucción los fondos o documentos que contienen, será causa de interés social para su expropiación”*, (nada nuevo bajo el sol, como ya vimos), y que, también de forma poco novedosa y con la indeterminación tradicional que *“el Gobierno Vasco colaborará con cuantos medios sean precisos (hay que suponer que si dispone de ellos, obviamente) al correcto cumplimiento de las disposiciones precedentes y podrá (una vez más la norma transmuta lo que debería constituir un deber en una facultad) arbitrar las ayudas económicas y técnicas necesarias, a las que tendrán acceso lo titulares privados que acrediten interés por una conservación adecuada, en función de la mejora de sus instalaciones y redacción del correspondiente inventario”*.

Es sumamente criticable que las ayudas se condicionen a la acreditación de un interés y que éste se mida en función de una mejora de instalaciones y redacción de inventario, por exceso y por defecto.

En primer lugar las ayudas deben concederse para la realización de actos de conservación y tutela, con independencia de intereses, motivaciones o cualesquiera manifestaciones de voluntad.

En segundo lugar el interés adecuado por la conservación no tiene porqué manifestarse ni porqué solo en términos de mejora de instalaciones, (a menos que instalaciones se entienda de manera absolutamente general e incluya por ejemplo la dedicación de personas al cuidado de los documentos), y, finalmente, porque no puede acreditarse nada a través de la redacción de inventarios cuando estos ya existen y precisan tan solo de pequeñas correcciones o modificaciones o del añadido de las referencias a eventuales ingresos de nuevos documentos en el Fondo o Archivo.

El artículo 11 se refiere al depósito obligatorio de documentos integrantes del patrimonio documental en los siguientes términos, *“cuando existan deficiencias que pongan en peligro la conservación de fondos de archivo integrantes del Patrimonio Documental del Pueblo Vasco, el Departamento competente en materia de Cultura del Gobierno Vasco, podrá decidir, a petición del titular o poseedor, o de oficio, su depósito en el Archivo Histórico Nacional de Euskadi o en otro que reúna las condiciones adecuadas hasta que se subsanen las causas que originan dicho depósito”*.

Interesa resaltar aquí que el depósito, establecido como facultad gubernativa, no se conecta necesariamente a incumplimientos por parte de los titulares y poseedores de sus deberes y obligaciones, sino que se liga a la mera existencia de deficiencias, cualquiera que sea su causa. En todo caso cabe también siempre el depósito voluntario, previo acuerdo del titular con la Administración.

El art.12 dispone la creación del Censo de Patrimonio Documental, con la finalidad de *“mantener actualizada la relación de documentos y fondos que constituyen el Patrimonio Documental del Pueblo Vasco”*, y cuya organización se regulará reglamentariamente y el 13 la del Inventario del Patrimonio Documental Vasco, que *“constituye una parte integrante del Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco”*. Los documentos y fondos de archivo que se inscriban en éste *“disfrutarán del régimen de protección previsto para los bienes inventariados de naturaleza mueble en el título III de la Ley del Patrimonio Cultural Vasco y demás disposiciones que les resulten de aplicación”*.

De las escasas y muy generales referencias de estos preceptos parece deducirse que la vocación del Censo es recoger todos aquellos documentos y fondos que se consideran integrantes del patrimonio documental, mientras que en el Inventario se incluirían tan

solo aquellos sobre los que se considera necesario establecer un régimen de protección, que se regiría por lo dispuesto en la L.P.C.V.

La norma omite por completo referencia alguna a la calificación como Bienes Culturales de documentos y a su posible inscripción en el Registro de Bienes Culturales Calificados. ¿ Significa eso que no es ésta posible a partir del momento en que entre en vigor si se mantiene su actual redacción ? No lo creemos así. No consta prohibición alguna, ni derogación de lo dispuesto en los artículos de la L.P.C.V. que lo permiten.

No obstante la omisión es harto significativa. Los autores de la norma parecen pensar que con el régimen de protección que constituye el Inventario se proporciona suficiente tutela a los documentos y que no es precisa la calificación, con sus inevitables corolarios de la necesidad de un régimen de protección singular y específico y el sometimiento a autorización foral de las intervenciones que pretendan realizarse sobre el bien.

Por nuestra parte discrepamos de este parecer. Con respecto a los documentos de titularidad pública es posible que sea así, (y no estamos muy seguros de que lo sea en todos los casos), no creemos sin embargo que pueda afirmarse lo mismo respecto de los restantes y que haya garantías de que las intervenciones se realizan sin dañar sus valores.

El Título III, (arts.14 a 20), se refiere al Sistema de Archivos de Euskadi, definido como *“el conjunto organizado de órganos, centros y servicios de la Comunidad Autónoma de Euskadi, vinculados a la gestión de archivos, mediante la coordinación y cooperación entre sus diversos elementos”*. (Art.14).

Las funciones del Sistema son *“homologar los Servicios de Archivo que lo integran, tanto en lo referente a criterios descriptivos como a normas de tratamiento documental”, “prestar asesoramiento en materia de planificación, creación y organización a los Servicios de Archivo de la Comunidad Autónoma, así como de los Servicios de Archivo que se establezcan en colaboración con otras Administraciones o particulares”, “coordinar los criterios técnicos de gestión de los Servicios de Archivo que integran el Sistema, así como de los demás Fondos de Archivo y documentos radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma”, “impulsar las labores de investigación y difusión del patrimonio documental y apoyar la realización de exposiciones y publicaciones”, “gestionar los archivos de titularidad estatal en el marco de los convenios que se suscriban con la Administración del Estado”, “impulsar la formación de personal técnico y especialistas en materia archivística”, “coordinar los programas de descripción y difusión de los Servicios de Archivo que lo integran”, y “proponer la celebración, en su caso, de convenios con otras Administraciones Públicas y entidades públicas o privadas necesarios para el desarrollo de sus funciones específicas”*.

El Sistema de Archivos de Euskadi está integrado, (art.15), por el Archivo Histórico Nacional de Euskadi, el Centro de Patrimonio Documental de Euskadi (IRARGI), el Sistema de Archivo de la Administración General e Institucional de la C.A.P.V., los Servicios de Archivo de la Administración Local de Euskadi, los de los Territorios Históricos y los de titularidad pública del Estado que se integren a través de convenios, *“los titulares de colecciones de documentos o fondos de archivo de titularidad no pública”* conveniados, (hay que entender que lo que se integra, o al menos lo que debería integrarse, son los archivos y no sus titulares), el Consejo Asesor de Patrimonio Documental y Archivos de Euskadi y la Comisión de Valoración y Selección de Documentación de Euskadi.

Los Servicios y titulares integrados están obligados, según dispone el artículo 16, a *“disponer de las instalaciones, equipamientos de seguridad y planes de emergencia adecuados para el Servicio de Archivo, de forma que se garantice la integridad de la documentación de conformidad a lo que se señale reglamentariamente”*, *“contar con el personal cualificado suficiente para gestionar el Servicio de Archivo en su conjunto y, en su caso, dinamizar el Sistema de Archivo Propio”*, *“garantizar la prestación bilingüe de los servicios de archivo así como del acceso de los ciudadanos”*, *“aplicar la normativa en materia de valoración y selección de documentación de ámbito de la Comunidad Autónoma”*, *“garantizar el acceso a los fondos de archivo según lo dispuesto en la presente Ley y disposiciones que la desarrollen”*, *“cooperar activamente en el desarrollo y la gestión del Sistema”*, y proporcionar a la Consejería de Cultura *“los datos precisos para mantener actualizado el Censo de Patrimonio Documental”*.

Naturalmente, la específica referencia a estas obligaciones no significa que no afecten también a los titulares de documentación no integrada en el Sistema, en la medida en que constituyen muchas de ellas requisitos necesarios para la debida tutela de los fondos patrimoniales.

El personal al servicio de los archivos integrados está obligado además, (art.18), a *“conservar el patrimonio documental y organizar con criterios técnicos sus fondos”*, *“garantizar el acceso de la ciudadanía a la información y a los documentos”*, *“garantizar la atención a las personas usuarias en los idiomas oficiales en la Comunidad Autónoma de Euskadi”*, *“facilitar a los organismos productores de la documentación el préstamo y la utilización de los datos contenidos en los documentos”* y *“velar por el cumplimiento de la legislación vigente en cuanto a restricciones en el acceso a los documentos”* .

Asimismo debe garantizar *“la confidencialidad respecto del contenido de los documentos que conozca y velará por el cumplimiento del ordenamiento legal vigente sobre el honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como el relativo a datos de carácter personal y a secretos comerciales, oficiales y materiales reservados”*.

La redacción del precepto no nos parece adecuada en este caso. Creemos que el deber de confidencialidad debe ceñirse exclusivamente a los supuestos que se señalan acto seguido en el artículo y no establecerlo con carácter general, toda vez que eso dificulta la colaboración del personal archivístico con los investigadores y la actividad de difusión y conocimiento público de la información documental.

La integración en el Sistema de Archivos de Euskadi proporcionará, en todo caso, los siguientes beneficios, (art.19), *“asesoramiento técnico y científico gratuito, acceso a los programas de cooperación, subvenciones y demás que al efecto se promuevan, integración en la red de comunicación establecida por el Sistema, participación en programas de formación continua, facilidades para el depósito y custodia de los fondos de archivo, colecciones o documentos, (y) financiación preferente de programas de conservación, descripción y difusión”*.

La redacción del artículo destaca por su excesiva generalidad e indeterminación, remitiendo la concreción de sus contenidos a las ulteriores normas de desarrollo reglamentario.

El Título IV se refiere al Archivo Histórico Nacional de Euskadi, al que *“compete la responsabilidad de proteger, conservar y facilitar el acceso a la memoria histórica de Euskadi”*, debe velar *“por la conservación y la difusión del patrimonio documental del Pueblo Vasco”* y *“se constituye en sede del patrimonio digital vasco”*. (Art.21).

El V, (arts.25 a 29), regula, con escasas novedades, el acceso a la documentación. Se establece el mismo como un derecho *“libre, universal y no discriminatorio”*, (art.25), pero limitable *“por razón de conservación de los documentos, porque el acceso suponga una intromisión en el derecho a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen, al secreto comercial o porque la legislación aplicable lo limite”*. (Art.26).

La consulta de los documentos que contengan datos de carácter personal es libre transcurridos 25 años de su fallecimiento o *“50 años a partir de la fecha de los documentos si el momento de la defunción no es conocido”*.

(Hay que entender que aún transcurridos 50 años no es posible la consulta si la persona a la que se refiere el documento continúa con vida.).

En otro caso la consulta solo se permite a los titulares y sucesores, o personas a quienes den consentimiento expreso por escrito, aunque cabe la posibilidad de consulta parcial si se pueden excluir de la consulta *“aquellos datos que permitan identificar a las personas afectadas”*. (Art.27).

El Consejo Asesor del Patrimonio Documental y Archivos de Euskadi se configura como “*órgano de información, consulta y asesoramiento del Sistema*” y tiene atribuidas, (art.28), las funciones de “*emitir los informes que conforme a la legislación vigente resulten preceptivos en materia de Patrimonio Documental y Archivos, elaborar propuestas técnicas y de actuación en la materia, prestar asesoramiento al Sistema, emitir informe sobre los proyectos de disposiciones generales, elaborar informes o dictámenes... a petición de los ciudadanos (interesante aportación) o las administraciones competentes, emitir informe previo a la incorporación de un archivo al Sistema, o a la inclusión de un documento en el patrimonio documental o de documentos y fondos en el Censo, y a la aprobación del Mapa de Archivos de Euskadi y de sus variaciones*”.

A este precepto habrá que reprocharle que reclame informes para la inclusión de un documento en un patrimonio del que ya formará parte si reúne los valores requeridos. La composición y funcionamiento del Consejo se remite al desarrollo reglamentario.

La Comisión de Valoración y Selección de Documentación es, por su parte, “*el órgano consultivo de carácter técnico del Gobierno Vasco que tiene por objeto elaborar y homogeneizar los criterios generales de evaluación y selección de documentación, proponerlos para su aprobación y controlar su correcta aplicación*”. (Art.29).

Sus funciones son la “*determinación de los criterios básicos y generales de valoración y selección documental*”, la “*aprobación o informe de los cuadros de valoración y selección documental*”, y el “*asesoramiento a los Servicios de Archivo en el ámbito de la conservación y aplicación criterios de valoración y selección documental*”, remitiéndose su composición y funcionamiento al desarrollo reglamentario y careciéndose de mecanismos expresos de coordinación con el Consejo aludido en el artículo precedente.

8.4. LA PROTECCION DEL PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO

En parecida medida a como sucede en otros patrimonios, la preservación del patrimonio bibliográfico, impone la adopción de decisiones sobre una serie de aspectos que Salvador López sintetiza razonablemente en forma de preguntas, “*¿ Qué materiales queremos –o más bien debemos- preservar ? ¿ Cuanto costará ? ¿ Quien o quienes son los responsables implicados ? ¿ Cómo se diseña una política de preservación ? ¿ Qué es un plan de preservación ? ¿ Cual es el soporte de preservación más adecuado ? ¿ Imagen analógica o imagen digital ? ¿ Microfilm o digitalizar ? Preservación a largo plazo de la información digital, ¿ contábamos con este nuevo problema ?*⁸²⁰ .

⁸²⁰ SALVADOR LOPEZ F. “*Política y planes de preservación en bibliotecas: actitudes, contenido y objetivos*” en I Seminario sobre Patrimonio Bibliográfico Vasco.Gobierno Vasco-Fundación Sancho el Sabio. Vitoria-Gasteiz. 2005, pag. 189.

Tres grandes problemas dificultan, según esta autora, el diseño de una política tuitiva eficaz, *“la inmensidad del volumen documental acumulado”*, el *“constante crecimiento de las colecciones”* y *“la acumulación en un mismo centro de materiales heterogéneos, con necesidades diferentes y, en ocasiones, contrapuestas”*.⁸²¹

El problema ha aumentado con la proliferación de nuevos formatos, *“que requieren una manipulación especial al no poder ser consultados más que con la ayuda de determinados sistemas de lectura y reproducción”*.⁸²²

Este es el contexto en el que demos examinar la regulación jurídica de la tutela del patrimonio bibliográfico, tanto en el ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca como, aunque sea someramente, en el de los que influyen de una manera o de otra en la manera como se desarrolla entre nosotros.

8.4.1. El concepto de patrimonio bibliográfico en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

El patrimonio bibliográfico se regula en el Capítulo VII del Título III de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, artículos 66 a 72.

El primero de los preceptos proclama literalmente que *“el patrimonio bibliográfico vasco se integra por las bibliotecas y colecciones bibliográficas y hemerográficas y las obras literarias, científicas o artísticas de carácter unitario o seriado, impresas, manuscritas o reproducidas por cualquier otro medio, cuya conservación es de interés por su valor para la información, la educación e investigación y para el conocimiento y desarrollo de la cultura en general y muy especialmente de la cultura del pueblo vasco”*.

Rubio de Urquía no deja de preguntarse *¿ cómo no va a ser equívoca la situación del patrimonio bibliográfico vasco ?* Esta claro, dice, *“que la L.P.C.V. pretende comprender y proteger la cultura del pueblo vasco a partir de una definición verdadera y legítima de cultura del pueblo vasco”*, pero también que *“la ley es consciente de que su capacidad se encuentra intervenida por la realidad de la situación de dicha cultura a consecuencia de la indefinida situación de la entidad histórica del pueblo vasco, lo que significa que a la postre su efectividad se encuentra limitada de ipso a su acción en los Territorios Históricos de Alava, Gipuzkoa y Bizkaia”*.⁸²³

⁸²¹ Ibidem, pag. 190.

⁸²² Ibidem, pag. 195.

⁸²³ RUBIO DE URQUIA G. *“El Patrimonio Bibliográfico Vasco”* en I Seminario sobre Patrimonio Bibliográfico Vasco. Gobierno Vasco-Fundación Sancho el Sabio. Vitoria-Gasteiz. 2005, pag. 40.

Ya lo hemos señalado anteriormente, pero no estará de más tenerlo continuamente presente, *“aunque su propia fuente normativa le capacita taxativamente de iure para atender el propósito del patrimonio bibliográfico vasco en el ámbito cultural del pueblo vasco dentro, por demás, de la perspectiva de nación”*.⁸²⁴

Adquiere en este contexto verdadero sentido la apelación de Rubio a la creación de la “Biblioteca Vasca”, con o sin el apelativo de “Nacional”, porque *“además de promover la necesaria integración, permitirá identificar otros nichos bibliográficos y documentales con fondos de interés para el patrimonio bibliográfico vasco”*.⁸²⁵

Hay que destacar, en primer lugar, que el legislador opta, como en el caso del patrimonio documental, por atribuir la patrimonialidad en función del interés, sin mayores precisiones, no reconociéndosela a cualquier biblioteca u obra. Serían reproducibles aquí las consideraciones que ya hicimos anteriormente al respecto.

Un segundo aspecto digno de comentario es el que se refiere a la reproducibilidad por cualquier medio. Supone esto asumir, como efecto de la aparición de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, un concepto de patrimonio bibliográfico un tanto distinto del tradicional, que comprendería obras de soporte distinto al papel, con perfiles difusos, (no sabemos si incluiría los compact disc, o DVD, o en diskettes informáticos), y riesgo de aglutinar elementos heterogéneos respecto de los que unas mismas medidas o régimen de protección puedan resultar inadecuados.

La específica referencia al carácter unitario o seriado de las obras literarias permite considerar patrimoniales los distintos elementos separables de las mismas en caso de que existan, pero no debe conducir a interpretar que todos los ejemplares de una misma obra tengan la condición de patrimonio por el hecho de que lo sea alguno de ellos.

El artículo 67 proclama que *“se entiende por biblioteca la reunión de colecciones bibliográficas y hemerográficas y de materiales individuales que forman una unidad ordenada, catalogada y disponible”*.

Aquí cabe referirse a la omisión de referencia al soporte, que debe sin embargo ser entendida en relación con lo señalado en el precepto anterior y no cenirse exclusivamente al papel.

Hay que entender, con todos los inconvenientes que de ello se derivan, a alguno de los cuales acabamos de hacer mención, que, en ausencia de alusiones específicas en la Ley al patrimonio audiovisual, las colecciones bibliográficas o hemerográficas pueden comprender vídeos, discos compactos, diskettes, o grabaciones sonoras.

⁸²⁴ Ibidem, pag. 105.

⁸²⁵ Ibidem, pag. 106.

Nada habría que objetar por otra parte a la exigencia de una cierta coherencia interna, la ordenación y catalogación, como requisito para entender que nos encontramos ante una biblioteca, que por definición debería ser algo distinto de un mero *totum revolutum*, sino fuese por la conclusión “contrario sensu” a la que nos lleva.

¿ Una biblioteca que reúne las obras acumuladas por un autor, o recogidas por un lector o bibliófilo a lo largo de su vida, deja de serlo por no haber ésta durado lo suficiente o permitido al titular en su devenir ordenarla según un criterio lógico ? Incluso existiendo ese orden en mayor o menor medida, ¿ pierde la condición de biblioteca la que no cuente con un catálogo ?

Y si esto es así ¿ cuales son los requisitos para tomar por tal cualquiera de las relaciones de títulos que puedan haberse realizado sin criterio técnico distinto del que pueda tener un mero lector sin conocimientos de biblioteconomía?

Nada nos dice la norma que pueda solventar esta incertidumbre, (a la que no obstante creemos que da respuesta el sentido común y la interpretación que inspirada en el espíritu tuitivo de la Ley debe conducirnos a considerar bibliotecas todas ellas y adoptar sobre ellas medidas de protección), como tampoco lo hace en relación con la exigencia de disponibilidad. Desconocemos por completo a qué se refiere el legislador cuando la exige.

Si por disponible se entendiese el acceso posible a la misma, nos encontraríamos de nuevo con serios inconvenientes recurriendo a la interpretación “contrario sensu” especialmente en el caso de titularidades privadas.

Si por disponible se desea entender trasladable respecto de su lugar de ubicación, esto es que permite la movilidad que caracteriza por definición a los bienes muebles, no menores son los problemas especialmente en el caso de colecciones hemerográficas que en razón de sus condiciones deban serlo solo en condiciones muy concretas.

Si por disponible se entiende que permite la adopción de medidas o el tratamiento unitario sobre toda ella, queda abierta la cuestión de si se excluyen así los supuestos en que determinados elementos que la integran “a priori” deban quedar excluidos por sus especiales circunstancias que dificulten o impidan la aplicación de esas medidas o tratamiento.

Colección bibliográfica y hemerográfica es, por último, según el artículo 68, “*el conjunto de publicaciones unitarias o seriadas que presentan una determinada cohesión formal, temática o de otra índole con independencia de su catalogación técnica*”.

Parece asumirse aquí, de forma razonable pero no muy coherente con lo expresado en el artículo anterior, que la catalogación no es requisito imprescindible para la consideración de los fondos como colección, sino que lo único imprescindible es la cohesión interna, la existencia de un hilo conector que permita entender los fondos como unidad y no simplemente como elementos aislados en su individualidad separable.

8.4.2. El concepto de patrimonio bibliográfico en la Ley de Bibliotecas de la C.A.P.V.

Transcurridos 15 años ya de la promulgación de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, el Gobierno Vasco ha sentido la necesidad de promulgar una norma referida específicamente al patrimonio bibliográfico y a la relevante función cultural desarrollada por las bibliotecas. A este fin se ha promulgado la Ley 11/2007 de 26 de Octubre, de Bibliotecas de Euskadi a la que debemos referirnos como importante instrumento de análisis y regulación de nuestro patrimonio bibliográfico.

La Ley procede a modificar expresamente, a través de su Disposición Final Primera, el artículo 66 de la L.P.C.V. que quedaría redactado como sigue: *“recibe la denominación de patrimonio bibliográfico vasco, la producción bibliográfica en cualquier tipo de soporte de las obras editadas o producidas en Euskadi y en los territorios del euskera así como de las relacionadas con la lengua o la cultura vasca, en especial las obras creadas por autores vascos y las obras creadas en euskera”*.

El patrimonio bibliográfico de Euskadi comprende, se añade, *“las obras bibliográficas en cualquier tipo de soporte que se hallan en Euskadi y que tienen valores históricos o culturales relevantes”*.

El artículo introduce modificaciones relevantes en la concepción del patrimonio bibliográfico sobre las que es inevitable realizar una consideración crítica.

La primera conclusión que cabe obtener es que el precepto mantiene definiciones un tanto contradictorias entre sí. La primera definición del patrimonio bibliográfico incluye todos los elementos de las características que se relacionan, con independencia de su interés o valor cultural. En el extremo, cabría interpretar además que forman parte del patrimonio todos los ejemplares, (*“producción bibliográfica”*), y no meramente los originales o primeros o los dotados de alguna característica peculiar, lo que es evidentemente absurdo. La segunda sin embargo se refiere únicamente a las obras *“que tienen valores históricos o culturales relevantes”*.

La exégesis lógica del precepto nos induce a pensar que no se trata de una contradicción en el tratamiento del patrimonio bibliográfico producido en Euskadi, en euskera o por autores vascos, sino de un distinto tratamiento de éste con respecto al que tiene “*que se halla en Euskadi*” como única conexión con nuestra sociedad, al que sí que se exige el valor histórico o cultural relevante como condición de patrimonialidad.

Creemos por nuestra parte que no existen razones suficientes que justifiquen este diferente tratamiento de elementos igualmente culturales, por lo que hay que decantarse por uno de los criterios como elemento definidor de la pertenencia a nuestro acervo bibliográfico.

A nuestro juicio la elección es clara; como ya hemos señalado en relación con otros patrimonios o sectores del patrimonio cultural, éste ni puede ni debe comprender más allá de lo que tenga un determinado interés cultural, toda vez que la patrimonialidad implica la atribución a toda la colectividad representada por sus instituciones públicas de una serie de derechos y obligaciones, de una responsabilidad, infatigablemente consumidora de recursos públicos a detrimento de otras necesidades sociales.

No es éste, sin embargo, el único criterio respecto del que consideramos preciso discrepar. La disposición sigue refiriéndose a cualquier tipo de soporte, dejando un extenso campo de incertidumbre sobre su extensión a la producción de información en formatos informáticos o audiovisuales, expresamente citada en el artículo 3 como integrante del concepto de biblioteca.

La no definición del término “*producción bibliográfica*” del que pende todo el condicionamiento posterior, no nos permite dar respuesta fácil a esta cuestión, dado además que ha desaparecido la referencia al carácter “escrito” de las obras, que siquiera precedida también del “*así como*”, aparecía en la definición del Anteproyecto. Si no es el papel, y no lo ha sido a lo largo de la historia, el único soporte en que se ha escrito un libro, tampoco podemos, hoy en día en que con la ayuda de las modernas tecnologías puede proporcionarse información a través de casi cualquier medio, incluir razonablemente todos ellos en un régimen diseñado, desde la propia terminología, para atender al libro en su presentación tradicional.

Tampoco es especialmente afortunada la alusión a las “*obras editadas o producidas en Euskadi y en los territorios del euskera,*” y a las “*relacionadas con la lengua o la cultura vasca, en especial las obras creadas por autores vascos y las obras creadas en euskera*”.

Es evidente que la referencia a la edición y producción en la C.A.P.V. es un criterio usual de adscripción, manifiestamente útil a la hora de identificar un importante conjunto de los elementos patrimoniales. No obstante los conceptos de edición y producción son cada día más ininteligibles a medida que las nuevas tecnologías

revolucionan su ámbito tradicional, y sobre todo si nos referimos, siguiendo el anteproyecto, a soportes distintos del papel tradicional.

La norma debería especificar si por lugar de edición o producción se entiende aquel en que se produce el depósito legal, (y si con ello queda en manos del editor el escoger el régimen jurídico que va a aplicarse a su norma, si va o no a serle aplicada esta Ley), aquel en que se produce la impresión de la obra o bien aquel en el que se diseña la obra o incluso en el que se escribe, que pueden todos ellos ser diferentes, e incluso ser algunos de ellos territorialmente múltiples.

Pulgar Vernalte ha escrito respecto del depósito legal, y estamos absolutamente de acuerdo con ella, que *“el hecho de que sólo se depositen los materiales impresos en los tres territorios históricos hace que esta vía resulte insuficiente a la hora de elaborar la bibliografía vasca”* y que *“venimos constatando año tras año un desplazamiento de los lugares de impresión y observamos que algunos territoriales están imprimiendo sus libros en otras provincias”*, (la famosa *“deslocalización”* a la que tantas alusiones se realizan en el ámbito económico).

Por lo tanto, *“estos libros que, por estar escritos en euskera (o por cualquier otra conexión indudable con la cultura vasca, añadiríamos,) ya formarían parte de la bibliografía vasca, no los obtendríamos por depósito legal”*⁸²⁶.

Algo parecido puede señalarse con respecto a los *“territorios del euskera”*. Se trata ésta de una noción de incierto contenido jurídico.

Desconocemos si, como parece, desea incluir tan solo a los territorios donde se habla el euskera en la actualidad, o también a aquellos en los que se ha acreditado la presencia del idioma en algún período histórico.

Tampoco si por territorios hay que entender aquellos en que aún pervive el idioma en alguna medida, con la delimitación geográfica que posean en la organización política que los incluya o tan solo la parte de aquellos, (eventualmente pequeña, pensemos en un Estado que no reconozca a esos territorios personalidad específica), en que se manifiesta viva la presencia del euskera.

Ni siquiera sabemos que presencia lingüística es estrictamente necesaria para merecer la calificación, ¿ la presencia de un proporcionalmente escasísimo número de euskaldunes en California, justifica la inclusión ? ¿ La no mucho mayor en términos

⁸²⁶ PULGAR VERNALTE F. *“La difusión del Patrimonio Bibliográfico Vasco”* en I Seminario sobre Patrimonio Bibliográfico Vasco. Gobierno Vasco-Fundación Sancho el Sabio. Vitoria-Gasteiz. 2005, pag. 241.

absolutos, pero si proporcionalmente mucho más relevante permite conclusión distinta en el caso de Idaho ?

Reconociendo de todos modos la imposibilidad de proporcionar una solución mucho más razonable al problema en términos globales, donde centraríamos nuestras objeciones sería en la referencia como patrimoniales a las obras “*relacionadas con la lengua o la cultura vasca*”. (El Anteproyecto señalaba “*relacionadas con Euskadi*”)

Confesamos sencillamente nuestra incapacidad para precisar el concepto con el mínimo alcance exigible por la seguridad jurídica. ¿ Qué es estar relacionado con la lengua o la cultura vasca, qué se contenga en la obra alguna mención a nuestro país, a sus costumbres o sociedad, con independencia del idioma en que la obra se escribe y de su lugar de producción ? ¿ Se da cuenta el legislador de que está configurando como patrimonio del pueblo vasco un ámbito sobre el que nunca va a tener capacidad de intervenir y que atribuye a la administración obligaciones de imposible cumplimiento estricto ? ¿ Tiene algún sentido este modo de legislar ?

Parece descartarse aquí, dado que se trata de una referencia a la obra, que la relación pueda venir derivada de las circunstancias personales del autor, a salvo lo que señalaremos posteriormente. Pero aún así, ¿ existe quien pueda en la impresionante producción bibliográfica en cualquier tipo de soporte que se realiza actualmente en el mundo, realizar simplemente un censo de referencias, sin ánimo siquiera de llegar más lejos ?

Ya reseñábamos en otro capítulo, el relativo a cultura y nacionalidad, los problemas relativos a introducir la nacionalidad del autor como criterio de atribución de la patrimonialidad, y más aún en un caso como el vasco en el que la C.A.P.V. no cuenta con el monopolio de la vasquidad cultural aunque sea el único ámbito que le reconoce efectos jurídicos. Por ello la mención de las obras creadas por autores vascos es especialmente problemática.

Si entendemos, como parece derivarse de la vigencia territorial de la norma y su vinculación al Estatutos de Autonomía de Gernika, que autores vascos serán los ciudadanos de la C.A.P.V. estaremos excluyendo, de forma culturalmente incongruente, las obras escritas por personas a quienes no puede negarse la vasquidad cultural, por más que sean ciudadanos de otras C.C.A.A. o estados.

Mucho menos objetable sería la pretensión si estuviésemos hablando del patrimonio de la C.A.P.V., pero lo que se produce es una apropiación de la vasquidad desde su ámbito poblacionalmente mayoritario que la define, “*patrimonio vasco*”, con carácter cuasiuniversal en ausencia de legislador rival.

Es cierto también que podríamos recurrir aquí a la relación con la lengua y la cultura vasca que tan abiertamente se ha establecido inmediatamente antes, pero ello no constituiría sino un parche incierto y arbitrario para salir del paso, pues si excluimos la vasquidad del autor, ¿ que criterio objetivo la sustituye ?

La cuestión da para mucho más, ya lo vimos. ¿ Autores vascos son los que lo sean en el momento de producción de la obra? ¿ Acaso en el momento de entrada en vigor de la ley ? ¿ En cualquier momento de su vida aunque hayan dejado de serlo por constituir la nacionalidad, y más si va meramente vinculada a la residencia administrativa, una opción mudable ? ¿ Si el autor pierde la vasquidad deja la obra de pertenecer a nuestro patrimonio bibliográfico ? ¿ Depende por ello la aplicación del régimen jurídico legal de la voluntad del autor, que puede mudarlo con solo cambiar de residencia ?

Si es así ¿ pueden unas obras de un autor formar parte de nuestro patrimonio bibliográfico y otras no en función de la vasquidad que ostentaba o no el autor en cada momento ?

A estos y otros problemas adicionales como los de la determinación en los casos de autoría colectiva nos conduce la utilización de la nacionalidad de los autores, (empleando el concepto en términos no estrictamente legales), como criterio de atribución de la patrimonialidad.

La inclusión de las obras creadas en euskera, aunque se haya omitido la referencia del Anteproyecto a las relacionadas con su ámbito lingüístico es, asimismo, conflictiva.

En primer lugar porque el euskera no es hablado ni escrito únicamente en el territorio al que se ciñe la vigencia de la norma y la pretensión del legislador puede colisionar con la no menos legítima de otros.

Y en segundo lugar, porque la pretensión de adoptar potencialmente medidas jurídicas, (ese es el sentido de la atribución de la patrimonialidad), en relación con bienes que no se encuentran en el propio territorio y que pertenecen eventualmente a titulares que no guardan ninguna conexión con el mismo, en virtud tan solo de la conexión idiomática, es un mero desideratum utópico, sobre todo si, visto que ya nos hemos referido a la producción propia y a las obras de autores “nacionales”, esta inclusión pretende referirse especialmente a las obras producidas fuera del territorio y por autores ajenos a él.

No negaremos que exista una conexión evidente entre estas obras y la cultura vasca, incluso que entendido desde una perspectiva no jurídica formen parte de un patrimonio humano que los vascos contribuimos junto con sus autores a proporcionar al resto de seres humanos del planeta. Cuestión distinta es que una norma jurídica, con este alcance

y la pretensión de establecer regímenes jurídicos específicos de tutela pueda o deba hacer referencia a ellas.

Decíamos que había una segunda definición patrimonial en el mismo precepto, sustancialmente distinta; el patrimonio bibliográfico de Euskadi también comprende *“las obras bibliográficas en cualquier tipo de soporte, que se hallan en Euskadi y que tienen valores históricos o culturales relevantes”*.

Dejando a un lado la cuestión del soporte a la que ya nos hemos referido reiteradamente, debemos mostrarnos de acuerdo con el criterio del legislador en este terreno, las obras histórica o culturalmente relevantes que por azares del destino se encuentren en territorio de la C.A.P.V., forman parte de nuestro patrimonio en la medida en que nos enriquecen y confieren a nuestras administraciones una responsabilidad primordial en su tutela.

Tan solo hay que realizar dos consideraciones; una primera relativa a que si esa pertenencia y responsabilidad vienen derivadas de la mera presencia en nuestro territorio, cesarán cuando desaparezca ésta, siendo así que las obras bibliográficas son bienes muebles fácilmente trasladables, se trataría pues de una pertenencia temporal o sujeta a condición resolutoria altamente verificable, (aunque en el caso de los bienes muebles y desde la perspectiva de la territorialidad del Derecho todas lo sean), y una segunda en relación con que, como ya hemos reprochado en capítulos anteriores, definir en base a *“valores históricos o culturales relevantes”*, no proporciona demasiadas pistas ni especial seguridad jurídica en torno a qué bienes deben considerarse afectados y cuales no.

Con respecto a la definición primigenia del artículo 66 de la L.P.C.V., encontramos en ésta un mayor esfuerzo de concreción en relación con los criterios de inclusión en el patrimonio y una distinción en dos ámbitos, la inclusión automática de todas las obras que cumplan determinados requisitos establecidos en virtud de una conexión con el territorio o su cultura, definidos en términos excesivamente amplios y de forma harto problemática y la exigencia de un valor histórico o cultural relevante con respecto a las obras carentes de esos requisitos. Ambas comparten, por otra parte, un concepto bibliográfico omnicomprensivo en medios y soportes.

No es el concepto de patrimonio bibliográfico propiamente dicho el único que la Ley de Bibliotecas define de modo distinto al de la L.P.C.V.

El artículo 3 establece que *“se entiende por biblioteca, a los efectos de esta ley, cualquier conjunto organizado de libros, publicaciones periódicas o en serie, grabados, mapas, grabaciones sonoras, documentación gráfica, fotográfica, audiovisual, multimedia y electrónica y otros materiales o fuentes de información, manuscritos, impresos o reproducidos en cualquier tipo de soporte, que tenga como finalidad reunir y conservar estos documentos y facilitar su uso a través de los medios técnicos y*

personales adecuados para la información, la investigación, la educación o el ocio. (Es destacable aquí que se han introducido como referencias novedosas respecto del Anteproyecto las alusiones a la documentación multimedia y electrónica y a las publicaciones “en serie”).

Un primer acercamiento comparativo de esta definición con respecto a la del art.67 de la Ley de Patrimonio Cultural, nos permite observar un mayor esfuerzo de detalle de los “*materiales individuales*”, (en terminología de la L.P.C.V.), que constituyen una biblioteca. En esta especificación se recogen expresamente materiales con distintos soportes, (grabaciones sonoras, audiovisuales, multimedia, electrónicas...), por más que de esa diferencia de soportes vaya a derivarse la necesidad de adopción de medidas diferentes de protección.

También contiene la definición una novedosa referencia a la finalidad a que sirve ese conjunto organizado de materiales. Se eliminan además algunas de las exigencias, catalogación, disponibilidad...que reprochábamos a la definición vigente, sin excluir el rasgo básico que nos sitúa ante una biblioteca, la existencia de un conjunto organizado de materiales dirigido a un fin divulgativo.

Finalmente debemos destacar que el anteproyecto no contiene definición alguna de colección bibliográfica o hemerográfica, que si figura en la L.P.C.V., por considerar, sin duda, innecesarias las mismas una vez definidos patrimonio y biblioteca en los términos de la Disposición Final 1ª y el artículo 3.

8.4.3. El concepto de patrimonio bibliográfico en la legislación estatal y la de otras Comunidades Autónomas.

El artículo 50 de la Ley de Patrimonio Histórico Español proclama que “*forman parte del Patrimonio Bibliográfico las bibliotecas y colecciones bibliográficas de titularidad pública y las obras literarias, históricas, científicas o artísticas de carácter unitario o seriado, en escritura manuscrita o impresa, de las que no conste la existencia de al menos tres ejemplares en las bibliotecas o servicios públicos*”, añadiendo que “*se presumirá que existe este número de ejemplares en el caso de obras editadas a partir de 1958*”.

Por formar parte del Patrimonio Histórico Español, e implícitamente no constituyendo parte del bibliográfico, “*se les aplicará el régimen correspondiente*” a éste a “*los ejemplares producto de ediciones de películas cinematográficas, discos, fotografías, materiales audiovisuales y otros similares, cualquiera que sea su soporte material, de los que no consten al menos tres ejemplares en los servicios públicos, o uno en el caso de películas cinematográficas*”.

Esta definición sustancialmente distinta de las de las normas vascas merece un análisis detallado. En primer lugar llama la atención la distinción entre las bibliotecas, que solo forman parte del patrimonio en caso de ser de titularidad pública y las obras literarias, históricas etc respecto de las que la titularidad no juega ningún papel como fuente de patrimonialidad.

No consideramos oportuno conectar la pertenencia al patrimonio con la titularidad pública de la biblioteca. Es un criterio que no se utiliza en absoluto en otros ámbitos del patrimonio, (no se dice que un palacio, cuadro o documento se integren o no en él en función de quien sea su titular), y ajeno a lo que consideramos debe ser causa de inclusión y fuente de responsabilidad pública protectora, el valor o interés cultural que tenga el bien para la colectividad y su conexión con el derecho a su disfrute que asiste a todos los seres humanos. Es un criterio, además, distinto al utilizado en relación con las obras individuales, y fuente potencial por tanto de conflictos.

Si es preciso hacer alusiones singulares a las bibliotecas, más allá de las que se hacen a los elementos que las integran, lo será en razón de que posean un valor intrínseco en si mismas, adicional al de sus bienes integrantes, y si es tal, nada tendrá ello que ver con el tal vez azaroso hecho que su titularidad haya recaído en mano pública o permanezca en la de personas físicas o jurídicas privadas.

Dicho esto, hay que elogiar el criterio utilizado por la L.P.H.E. a la hora de determinar la pertenencia al patrimonio cultural de las obras a que se refiere el artículo. El legislador ha creído conveniente derivar la misma de la singularidad de los bienes, de su rareza, entendida como escaso número de ejemplares existentes o conocidos o que se encuentren, al menos, en mano pública.

Es un criterio enteramente coherente con ese fundamento de garantizar el derecho al disfrute al que antes hemos hecho mención, y dotado además de una cierta seguridad jurídica y un carácter objetivo mucho mayor que el aludir a difusos intereses o valores, de discrecional determinación administrativa posterior.

La norma es plenamente consciente de que proclamar la patrimonialidad es atribuir una responsabilidad tuitiva a la administración que solo se justifica en los casos en que se fuese a producir una pérdida importante, una lesión efectiva del derecho en caso de que la obra desapareciese o fuese dañada o destruída. La presunción de existencia de ejemplares está por supuesto relacionada con el depósito legal exigido a cada publicación.

También coincide con la línea que hemos defendido anteriormente la no inclusión dentro del patrimonio bibliográfico de películas, discos, fotografías y otros materiales audiovisuales, de forma contraria a lo que explícitamente hacen las normas vascas.

No obstante se les aplica el régimen correspondiente a éste, cuando su relevancia y la peculiar idiosincrasia de este patrimonio audiovisual justifica, pese a la utilidad de algunas de las disposiciones tuitivas del bibliográfico, que se establezca un régimen específico de protección.

En lo que hace a la legislación de las C.C.A.A., la Ley de Patrimonio Cultural de Cataluña dispone, (art.20.1), que “*son bienes bibliográficos las obras de investigación o de creación manuscritas, impresas, de imágenes, de sonidos o reproducidas en cualquier tipo de soporte*” y que “*integran el patrimonio bibliográfico de Cataluña*”, (art.20.2), “*los ejemplares de la producción bibliográfica catalana que son objeto de depósito legal y los que tienen alguna característica relevante que los individualice*”, “*los ejemplares de obras integrantes de la producción bibliográfica catalana y de la relacionada por cualquier motivo con el ámbito lingüístico catalán de las que no conste que haya al menos dos ejemplares en bibliotecas públicas de Cataluña*”, “*las obras de más de cien años de antigüedad, las obras manuscritas y las obras de menor antigüedad que hayan sido producidas en soportes de caducidad inferior a los cien años, de acuerdo con lo que se establezca por reglamento*”, “*los bienes comprendidos en fondos conservados en bibliotecas de titularidad pública*” y, finalmente, “*todas las obras y los fondos bibliográficos conservados en Cataluña que, pese a no estar comprendidos en los apartados anteriores, estén integrados en ellos por resolución del Consejero de Cultura, atendiendo a su singularidad, a su unidad temática o al hecho de haber sido reunidos por una personalidad relevante*”.

A estos conceptos hay que añadir los definidos, en la misma línea, en la Ley 4/1993 de 18 de Marzo, del Sistema Bibliotecario de Cataluña, biblioteca, (art.2), como “*cualquier conjunto organizado de libros, publicaciones periódicas, grabados, mapas, grabaciones sonoras, documentación gráfica y otros materiales bibliográficos, manuscritos, impresos o reproducidos en cualquier soporte, que tenga por finalidad reunir y conservar estos documentos y facilitar su uso a través de los medios técnicos y personales adecuados para la información, la investigación, la educación o el ocio*” y colección, (art.3), como “*cualquier fondo de interés especial que no tenga el tratamiento biblioteconómico que establece la normativa vigente para las bibliotecas*”.

Es evidente que podemos reproducir aquí algunas de las críticas formuladas a la L.P.C.V. y al anteproyecto; especialmente cuando se hace referencia a la producción “*relacionada por cualquier motivo con el ámbito lingüístico catalán*”, por la indeterminación del concepto y su potencialmente desmesurada extensión, cuando se menciona la “*producción*” como criterio de inclusión y cuando se consideran bienes bibliográficos las obras compuestas de imágenes, sonidos “*o reproducidas en cualquier tipo de soporte*”, y biblioteca el conjunto de éstos, pero son muchos y muy relevantes los aspectos en que la norma catalana, siguiendo frecuentemente a la L.P.H.E., es digna de elogio.

Es, en primer lugar, interesante y acertada, la inclusión automática y expresa en el patrimonio de los ejemplares objeto de depósito legal. Ese mero hecho de depositarse, ab initio, en mano pública como ejemplares de una primera edición, ya constituye una

nota singular, amén de garantía de la presencia entre los fondos públicos de ejemplares de todas las obras editadas en la Comunidad. Es asimismo acertada la inclusión de los ejemplares con características singularizadoras toda vez que en ellas puede residir un valor o interés adicional.

El precepto sigue, por otra parte, la línea de la L.P.H.E. en cuanto a la garantía del disfrute público, patrimonializando aquellas obras de las que no haya dos ejemplares, no tres en este caso, en bibliotecas públicas y utiliza un muy útil criterio objetivo, el de la antigüedad, como criterio de inclusión.

Sin negar el interés de la referencia, proporciona poco valor añadido, sin embargo, la inclusión de los fondos conservados en bibliotecas de titularidad pública, por cuanto éstas no se suelen desprender de ellos, especialmente si han sido objeto de inventario o catalogación.

Ya hemos manifestado anteriormente, además, una objeción de principio contra la utilización de la titularidad pública o privada como criterio de adscripción, poco tiene que ver con el interés o valor de la obra o ejemplar, que es lo que justifica la intervención reguladora de la administración.

Una última cláusula de cierre permite a la administración integrar obras no recogidas en los apartados anteriores, en virtud de su singularidad, unidad temática o, interesante aspecto, haber sido reunidas por personalidad relevante, aspecto nítidamente singularizador.

Hay que destacar además que la Ley 4/1993 remite a la de patrimonio cultural en lo que respecta a la protección, al menos de las colecciones, en cuanto fondos de interés especial. Así lo señala expresamente el artículo 3 y recogen de forma coherente los arts. 18, 19 y 20, relativos a los Fondos de Interés Nacional.

El primero de ellos, el artículo 18, dispone que *“pueden declararse de interés nacional los fondos bibliográficos que tienen un valor cultural especial integrados en bibliotecas o colecciones”* y que *“la declaración se realiza de acuerdo con el procedimiento establecido en la legislación sobre el patrimonio histórico y cultural”*.

El artículo 19 impone a los titulares de estos fondos *“además de las obligaciones fijadas por la legislación sobre patrimonio histórico y cultural”* las de *“colaborar con la Biblioteca de Cataluña para su catalogación y su inclusión en el catálogo del patrimonio bibliográfico correspondiente”* y *“colaborar con la Biblioteca de Cataluña para su conservación y su difusión”*.

Y finalmente el artículo 20 proclama que *“se declaran de interés nacional los fondos que tienen relevantes valores históricos o culturales conservados en las bibliotecas públicas de titularidad estatal de Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona”*. Sobre estos preceptos es necesario realizar algunas consideraciones.

Consideramos muy acertada la posibilidad de declarar *“de interes nacional”* fondos bibliográficos, introduciéndolos así en el régimen jurídico de mayor protección previsto en la legislación catalana de patrimonio cultural, pero no habría que excluir la utilización de otros regímenes de protección, (es cierto que formalmente no se excluyen pero tampoco se citan).

Por otra parte, las obligaciones del artículo 19 se configuran literalmente como añadidas a las que establece la legislación de patrimonio cultural, cuando no aportan nada nuevo a ésta que no sea la alusión expresa a la Biblioteca de Cataluña como órgano administrativo específico con el que se materializan las obligaciones. No otra cosa puede deducirse de lo dispuesto, por ejemplo, en los arts.21 y 29 de la Ley catalana de Patrimonio Cultural.

Por último, carece de sentido la disposición del artículo 20, por cuanto la declaración de interés nacional ex lege debe tener por objeto bienes singulares perfectamente identificados o reconocibles a través de características objetivas, no definirlos a través de referencias tan vagas como la de *“relevantes valores históricos o culturales”*, que dejan sin contenido la declaración por su vaguedad o indeterminación.

Hay que llamar la atención aquí sobre la diferencia entre establecer el deber de la administración de proceder a la declaración de los bienes con esos valores y disponer la declaración efectiva, diferencia que el legislador catalán no ha tenido aquí en cuenta, quizá para evitar hipotéticos reproches de extralimitación competencial pero pretendiendo dejar sentada en todo caso la propia facultad declarativa.

En conjunto, pese a todo, la regulación catalana es mucho más acertada no ya que la de la L.P.C.V., lo cual podría no sorprender siendo de fecha posterior, sino que la de la Ley de Bibliotecas de Euskadi, lo cual hay que lamentar, siendo como era posible que los redactores imitasen lo regulado en Cataluña.

La ley gallega de patrimonio define el bibliográfico en su artículo 75 como *“los fondos y colecciones bibliográficas y hemerográficas y las obras literarias, históricas, científicas o artísticas, impresas, manuscritas, fotográficas, cinematográficas, fonográficas y magnéticas, de carácter unitario o seriado, en cualquier tipo de soporte e independientemente de la técnica utilizada para su creación o reproducción, de las cuales no conste la existencia de al menos tres ejemplares en bibliotecas o servicios públicos”* y asimismo, *“las obras con más de 100 años de antigüedad, incluidos los manuscritos, así como los fondos que por alguna circunstancia formen un conjunto unitario, independientemente de la antigüedad de las obras que lo conforman”*.

Observamos aquí que esta solitaria mención del patrimonio bibliográfico en la norma no contiene demasiadas novedades con respecto a la estatal y la catalana. Se mantiene el criterio amplio, incluso en mayor medida aún, en la definición, respecto del que ya nos hemos manifestado y solo merece la pena destacar que, literalmente, todo fondo que formase un conjunto unitario formaría parte del patrimonio, con independencia de su antigüedad, por ejemplo la biblioteca particular de cualquier persona física o jurídica, lo que nos parece evidentemente exagerado e improcedente.

Es la Ley 14/1989 de 11 de Octubre, de Bibliotecas de Galicia, la que desarrolla en mayor medida ese solitario precepto anterior. Su artículo 1 nos proporciona una primera nota llamativa, la definición no ya de biblioteca, como ocurre en otras leyes, sino de biblioteca pública, que excluye por tanto a las privadas de su ámbito.

Sería biblioteca pública, en definición bastante completa, *“un centro cultural en el que se reúne un conjunto organizado de libros, publicaciones periódicas, registros sonoros y audiovisuales o cualquier otro soporte de conservación y reproducción de textos, ubicado en determinados recintos fijos o móviles para su utilización por el público, cuya finalidad es contribuir con los medios técnicos y personal adecuado, esencialmente, al ejercicio del derecho a la cultura e información, a la difusión y fomento de la lectura, al enriquecimiento del tiempo libre y promoción y difusión de la lengua y de la cultura gallegas”*.

Esta ley no proporciona definiciones adicionales, de, por ejemplo, colección, al modo catalán, o fondo. Lo paradójico del caso es que el artículo 2 comprende dentro del ámbito de la norma determinadas bibliotecas privadas, sin que sepamos, si se trata o no de centros diferenciados únicamente de los definidos en el art.1 exclusivamente por la naturaleza del titular, cuestión no baladí en vista de los términos en que se realiza la definición.

En relación con la protección del patrimonio sorprende la ausencia de disposición alguna de tutela al modo de la catalana que permite la declaración de interés nacional. Es más sorprendente aún, si tenemos en cuenta la exigua regulación de la ley patrimonial gallega, limitada específicamente al art.75 que proclama tan solo que constituye el bibliográfico, sin señalar nada en torno a su protección, aunque se suponga aplicable a los bienes relevantes la protección que la ley confiere a los bienes muebles integrantes del patrimonio.

Tampoco la Ley de Bibliotecas contiene remisión alguna a la Ley 8/1995, aunque solo fuese para indicarnos de alguna manera que el legislador no ha olvidado la potencial dimensión patrimonial de algunos, al menos, de los bienes bibliográficos. En conjunto, por tanto, el patrimonio bibliográfico gallego carece de protección jurídica específica.

La particularidad de la relación de elementos integrantes del patrimonio bibliográfico derivada del artículo 66 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía, según la nueva redacción que le proporciona la Disposición Final Primera de la Ley 16/2003 de 22 de Diciembre, estriba en la definición precisa, y en algunos aspectos novedosa, de los elementos que integran, *“las obras y colecciones bibliográficas con más de cien años de antigüedad, en todos sus ejemplares”, “todas aquellas obras de las que no conste la existencia de, al menos, tres ejemplares en bibliotecas integradas en el Sistema Andaluz de Bibliotecas y Centros de Documentación”, “los ejemplares entregados en concepto de Depósito Patrimonial Bibliográfico Andaluz, regulado en la legislación bibliotecaria andaluza”, y “los ejemplares de las obras no comprendidas en los anteriores subapartados y las colecciones bibliográficas que sean declaradas de interés bibliográfico andaluz”.*

Se prevé además que *“cuando la resolución aprecie como valor determinante de la declaración la unidad de la colección bibliográfica, los bienes declarados no podrán ser disgregados por causa alguna”* y que *“a los bienes declarados de interés bibliográfico andaluz les será de aplicación el régimen jurídico del traslado establecido para los bienes integrantes del Patrimonio Documental Andaluz en el artículo 36 de la Ley 3/1984 de 9 de Enero”.*

En la línea argumental que hemos venido defendiendo en los capítulos anteriores, no podemos menos que elogiar el esfuerzo de esta norma por determinar ex-lege de la forma más objetiva posible el elenco de bienes integrantes del patrimonio. La seguridad jurídica y la protección eficaz del patrimonio lo exigen perentoriamente. Supone una innovación el atribuir a los bienes integrantes del depósito bibliográfico, particularmente del obligatorio, la consideración patrimonial, en virtud de su carácter de garantía mínima de existencia de ejemplares.

Andalucía cuenta, como ya hemos mencionado, con una de las leyes referidas a los bienes bibliográficos más modernas, y por ello más interesantes, del Estado, la Ley 16/2003 de 22 de Diciembre, del Sistema Andaluz de Bibliotecas y Centros de Documentación.

Una primera novedad de la misma es definir su objeto, (art.1.1), como *“establecer el régimen jurídico del derecho de acceso a los registros culturales y de información”,* concepto terminológicamente innovador, definido, (art.1.2), como *“los libros, publicaciones, periódicas, grabaciones sonoras, audiovisuales y multimedia y, en general, todas las obras, cualquiera que sea su soporte, destinadas a la transmisión de la información, el conocimiento, el pensamiento y la cultura”.*

Vemos en cualquier caso que, pese a la nueva terminología y la alusión específica a los multimedia, se trata en realidad de un concepto equivalente al de los bienes bibliográficos aludidos en otras normas, el conjunto de organizado de los cuales constituye la biblioteca, (art.3.1.a), conclusión que se refuerza a la luz de la definición

de obra bibliográfica que realiza el artículo 39, *“la obra impresa, tanto en formato analógico como digital, en soporte papel, electrónico u otro y cualquiera que sea la forma en que se presente para su uso o difusión”, y, en particular, “los libros, o, en general, los textos electrónicos tanto en soporte material como accesible mediante redes telemáticas, y los opúsculos, folletos, y otros documentos unitarios, tanto si se publican en uno o varios volúmenes como en fascículos o entregas”, y “las publicaciones periódicas, tales como diarios, semanarios, revistas, boletines, y otros documentos editados a intervalos regulares o irregulares, en serie continua, con un mismo título y una numeración consecutiva”.*

En la línea que reclamábamos de distinguir la acumulación de información y obras de la que debe tener carácter patrimonial, la ley define centro de documentación, (art.3.1.b), como *“la institución que selecciona, identifica, analiza y difunde principalmente información especializada de carácter científico, técnico o cultural, ya sea propia o procedente de fuentes externas, que no tenga carácter exclusivamente de gestión administrativa, ni constituya patrimonio documental, con el objeto de servir a los fines de la entidad o institución de la que depende y difundir y facilitar el acceso a los registros culturales y de información de esa organización”.*

El artículo 24 de la ley es el que dispone que en las bibliotecas de la red pública *“deberán ejercerse las funciones de conservación y protección de los fondos que sean integrantes del patrimonio bibliográfico andaluz, de acuerdo con las legislación vigente”.*

Es especialmente interesante y adecuada la remisión, que conecta la ley con la Patrimonio Histórico Andaluz, y es además coherente con el modo de definir el patrimonio que utiliza en el artículo 1, pero de ahí deriva también uno de los reproches que debemos efectuarle. Contrario sensu, ¿ quedan dispensadas las bibliotecas de titularidad privada de ejercer las funciones de conservación y protección de los fondos que sean integrantes del patrimonio ?

Es evidente que no puede haber esta absurda interpretación, a la que sin embargo pudiera dar pie la literalidad del artículo 24 y la omisión de referencias a las bibliotecas privadas. Cuando existan fondos integrantes del patrimonio en mano privada estarán sujetos al régimen jurídico de tutela que se les haya impuesto, bien con carácter singular respecto a obras específicas o global.

También dispone el artículo 24 que *“en las bibliotecas de uso público en cuyos fondos haya obras integrantes del patrimonio bibliográfico andaluz, se podrá reproducir o convertir cualquier obra a formato digital con fines de conservación y preservación, de acuerdo con las normas reguladoras de la propiedad intelectual”.*

Es una disposición muy adecuada, consciente de la necesidad de poner los bienes en soportes que den respuesta a las demandas y necesidades de nuestra sociedad contemporánea garantizando su conservación.

En todo caso, y teniendo en cuenta el carácter facultativo del precepto, que existe una cláusula expresa de preservación de derechos y que podrían perfectamente incluirse otras, debería haberse excluido la referencia a las bibliotecas de uso público para alcanzar a todas las que cuenten con obras patrimoniales, con independencia de que el régimen jurídico de las mismas establezca unos determinados niveles de acceso general o de determinados grupos de usuarios, (investigadores por ejemplo).

La reproducción o conversión se sujeta a previa notificación a la Consejería a efectos de establecimiento de las condiciones de seguridad, pudiendo la Consejería exigir la entrega de una copia de la obra en formato digital.

Consideramos que lo procedente en el caso de estas obras, por lo menos con respecto a las de más interés, dado que no se prevé expresamente la incardinación en los regímenes jurídicos de tutela de la norma de patrimonio histórico y siguiendo el paralelismo con otros ámbitos del patrimonio sería establecer expresamente un régimen autorizatorio, no de mera notificación, que permitiera impedir la intervención si no se acredita el cumplimiento de las condiciones impuestas.

Para las bibliotecas de uso público se establece la posibilidad de solicitud de participación de la Consejería en la financiación de la digitalización, *“siempre que se trate de obras de autores o instituciones andaluzas, o de temas referidos a Andalucía”*.

Creemos por nuestra parte que la limitación carece de suficiente justificación, debería extenderse a todas las obras patrimoniales, aunque es obvio que el carácter de éstas vendrá derivado en la mayoría de los casos de su vinculación con Andalucía. Si encontrásemos un incunable o libro antiquísimo, no relacionado con Andalucía más que por el hecho de que los azares del destino lo hubiesen situado en esta Comunidad, por no ser de autor ni tema andaluz, ¿ debería ser excluido de la financiación ? No parece desde luego lo más razonable.

La ley valenciana de patrimonio histórico-artístico no contiene novedades dignas de mención en lo que hace a las definiciones. Tan solo destacaríamos la expresa referencia al patrimonio bibliográfico y audiovisual como realidades conceptualmente separadas y la constante alusión a obras bibliográficas, fotográficas, fonográficas, cinematográficas y audiovisuales, (como si las cinematográficas no lo fueran), en el elenco de las que se someten a un mismo e idéntico régimen.

En todo caso la existencia de un número de ejemplares determinado en los servicios públicos como criterio de atribución de patrimonialidad viene adecuadamente

acompañada de la exigencia de un *“buen estado de conservación”* de los mismos. (Art.77).

Si que prevé la norma, (art.78), la elaboración de un Catálogo del Patrimonio Bibliográfico y Audiovisual Valenciano y la inscripción de los fondos y obras *“que posean relevante valor cultural y estén incluidos en sus correspondientes Censo o Catálogo”*, en el Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano, gozando así *“del régimen de protección que esta Ley prevé para los bienes muebles inventariados”*. (Art.79.1).

Y también que *“los bienes mencionados en el apartado anterior (el apartado 3 va a permitirlo excepcionalmente aunque los bienes no estén en el Censo o Catálogo) que, por la personalidad de su autor o recopilador, su interés histórico o sus valores intrínsecos tengan especial importancia para el patrimonio cultural valenciano, podrán ser declarados Bienes de Interés Cultural conforme al procedimiento establecido...”*. (Art.79.2)

De esta manera se incardina adecuadamente la protección del patrimonio bibliográfico y audiovisual en el régimen general. La Ley 4/1998, viene a modificar, en su caso, lo dispuesto en la 10/1986 de 30 de Diciembre de Organización Bibliotecaria de la Comunidad Valenciana que no contiene disposiciones específicas sobre la protección del patrimonio bibliográfico, (más allá de atribuir a la Biblioteca Valenciana la misión de *“reunir, conservar y difundir el patrimonio bibliográfico valenciano y toda la producción impresa, sonora y visual de y sobre la Comunidad Valenciana”*, art.8.1), ni referencias a los que, como el audiovisual, aquella ley proporciona idéntico régimen jurídico.

En el caso canario, la Ley de Patrimonio Histórico no contiene referencias al patrimonio bibliográfico, lo mismo que sucede con la Ley 3/1999 de Patrimonio Cultural Aragonés y la 7/2004 de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja. También es similar el caso de Madrid, aunque esta Comunidad cuenta con la Ley 10/1989 de 5 de Octubre, de Bibliotecas.

Esta norma no contiene innovaciones destacables en lo que a los conceptos se refiere y su conexión con la tutela del patrimonio cultural viene dada tan solo por la Disposición Adicional única que proclama que *“la protección de los fondos bibliográficos y demás fondos reseñados en el artículo 2º de esta Ley que formen parte del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, se regularán de conformidad con lo dispuesto en la legislación de protección del mismo y, supletoriamente, por lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Histórico Español”*, con lo que en realidad aporta poco a la misma.

No es el caso de la Ley 12/2002 de Castilla-León. Si bien esta norma no contiene novedades en sede definitoria, (aunque recoge también, art.67.2, la alusión a

“*videgrabaciones y material multimedia*”), presenta diversas disposiciones interesantes que regulan expresamente en mayor medida y con mayor claridad que en otras normas el régimen de protección patrimonial.

El artículo 68 lo configura de una manera muy precisa, “*el patrimonio bibliográfico se regirá por las normas que se establecen en este Título*”, en lo no previsto en ellas “*será de aplicación cuanto se dispone con carácter general en la presente Ley y en especial en su régimen de bienes muebles*”, y “*para todo lo referente a la confección del Censo de los bienes integrantes del patrimonio documental y del Catálogo Colectivo de los bienes integrantes del patrimonio bibliográfico... y a los actos de disposición, exportación e importación de dichos bienes serán aplicables las normas establecidas en la legislación del Estado*”.

Se añade además que “*los bienes integrantes del patrimonio bibliográfico y documental podrán ser declarados como Bienes de Interés Cultural o inventariados conforme a lo establecido para los bienes muebles en esta Ley*”.

Dejando a un lado la genérica referencia actos de disposición, el régimen de aplicación de las normas y de incardinación de la protección de este patrimonio en la general es bastante claro.

Novedosa en esta ley es la mención expresa de los deberes de titulares y poseedores, (art.69), que no dejan de ser una traslación al ámbito bibliográfico de los recogidos en el régimen general, pero que otras normas no recogen en este capítulo.(Obligación de conservación, de facilitar la inspección, de permitir el estudio por los investigadores con dispensa en función del derecho a la intimidad y posibilidad alternativa de sustitución por depósito temporal...).

Castilla-León cuenta además con la Ley 9/1989 de 30 de Noviembre, de Bibliotecas, que al modo de la gallega define tan solo qué debemos entender por biblioteca pública, aunque vaya incluir después en su ámbito de regulación aquellas que convienen con la administración.

(Respecto de las que desconocemos los requisitos que las definen, si son, en realidad, “*velis nolis*”, todos los exigidos para las públicas exceptuando el de la titularidad, lo que nos obligaría a privar de tal carácter a la inmensa mayoría de las privadas toda vez que se exigen, art.2, “*los medios personales y materiales necesarios para satisfacer las necesidades de estudio, información, y acceso a la cultura que tienen todos los ciudadanos*”).

Esta Ley castellana sigue la tónica de las que obvian regular la protección del patrimonio bibliográfico, más allá de disponer que el Consejo de Bibliotecas deba ser oído en la materia, (art.11), careciendo incluso de remisiones expresas a la anteriormente citada.

Asturias cuenta en su Ley de Patrimonio Cultural, la 1/2001 de 6 de Marzo, con una detallada regulación de la protección, que parte de la definición de bienes bibliográficos (art.87.1) y de la relación de los que forman parte del patrimonio bibliográfico, que incluye *“los ejemplares de obras integrantes de la producción bibliográfica asturiana (concepto que habría que precisar, por cuanto resulta extremadamente indeterminado, no sabemos si se refiere a la residencia administrativa del autor, a la redacción de la obra, a su impresión material o por ejemplo a la asturianidad de la empresa editora, o si requiere todas ellas y en qué grado) de los que no conste que haya, al menos, dos ejemplares en bibliotecas de titularidad pública de Asturias”, presumiéndose la existencia en ediciones posteriores a 1957, “los ejemplares depositados en bibliotecas de titularidad pública en cumplimiento de la legislación sobre depósito legal”, “las publicaciones de más de cien años de antigüedad, los manuscritos y los documentos originales de obras de investigación o de creación producidas por autores ya fallecidos”, y, finalmente, “los fondos de las bibliotecas de titularidad pública de más de 30 años de antigüedad o cuando se trate de obras descatalogadas o que tengan alguna característica relevante que las individualice”.*

Sobre este último apartado creemos oportuno reiterar nuestro parecer de que, aún y cuando sea positivo dejar claro que no todos los fondos bibliográficos de titularidad pública deben contar con la calificación patrimonial, no es el mero transcurso de un plazo como el de treinta años, que además nos parece excesivamente breve para ello, del que debe derivarse la tutela jurídica, sino del interés o valor cultural de la obra, que se da en las descatalogadas, se da en las singulares, pero solo se dará, por el mero hecho de la antigüedad en las que la posean en mucho mayor grado.

Cabe además la declaración de pertenencia al patrimonio bibliográfico de bienes que no reúnan los requisitos anteriores pero que tengan *“un interés histórico que así lo justifique”*, (art.87.4), por resolución del titular de la Consejería de Educación y Cultura.

El artículo 88 señala que *“cuando la relevancia de su interés aconseje una protección individualizada, los bienes integrantes del Patrimonio Documental y Bibliográfico de Asturias, serán declarados de Interés Cultural o se procederá a su inclusión en el Inventario del Patrimonio Cultural de Asturias, aplicándoseles en este caso, con carácter adicional, el régimen protector propio de esas categorías de bienes”.*

Habría que reiterar una vez más el acierto de estas disposiciones que conectan la norma bibliográfica con los regímenes de tutela patrimonial y reconocen la necesidad de tratamientos singulares e improcedencia de aplicación indiscriminada de aquellos a todos los bienes que se definen como integrantes del patrimonio.

El artículo 90 de la ley asturiana recoge expresamente la obligación de conservación que en otras normas late implícitamente o es objeto de remisión.

Comienza prohibiendo *“la destrucción de bienes que formen parte del Patrimonio Documental de Asturias y del Patrimonio Bibliográfico...”*, excluyendo de esta prohibición las *“labores de selección y expurgo habituales en la gestión de archivos y bibliotecas”*, lo que pone de manifiesto, (en los supuestos a que se refiere, los de los arts.80, 81 y 87.2.d), la incongruencia de atribuir el carácter de patrimoniales a bienes que aún deben ser objeto de esas tareas.

El precepto continua estableciendo que los bienes *“deberán ser conservados por sus propietarios o poseedores, destinarlos a un uso que no impida su conservación y mantenerlos en lugares adecuados para la seguridad de los bienes y el acceso de los investigadores”*.

Deben también facilitar la inspección y el estudio por los investigadores, *“previa solicitud suficientemente justificada”*.

Finalmente, se recoge la posibilidad de dictar órdenes de depósito *“cuando se aprecien circunstancias de riesgo para la conservación de los bienes”*.

El artículo 92, por su parte, atribuye el carácter de bienes bibliográficos o documentales a las *“películas, fotografías, grabaciones sonoras o de imágenes de cualquier naturaleza relativas a Asturias o producidas en la región”* aunque reclamando, al menos, que sean *“objeto de un tratamiento especializado para su puesta al servicio de los investigadores y del público”*.

8.4.4. El régimen jurídico del patrimonio bibliográfico en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

La L.P.C.V. establece el régimen jurídico del patrimonio bibliográfico en unos escasos preceptos, (los artículos 69 a 72), que se refieren al acceso, al depósito y conservación, a la posible reproducción de bienes que lo integren y a la remisión a un posterior reglamento de la regulación del I.S.B.N. respectivamente.

El artículo 69 dispone que *“tendrán el carácter de públicos los fondos recogidos en las bibliotecas definidas como de uso público según el apartado b) del artículo 84 de esta ley”*, (que son las de titularidad pública y asimismo las *“de titularidad privada que por prestar un servicio público hayan suscrito un convenio con el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco por el que se establezca un estatuto de funcionamiento”*), añadiendo que *“dicha conceptualización se entenderá a los efectos de*

acceso libre, que solo se limitará de forma circunstancial para salvaguardar la seguridad del fondo y el fin de la biblioteca". Este primer precepto proporciona ya algunos elementos para la reflexión.

Hay, en primer lugar, un defecto de técnica legislativa. La inicial afirmación de la norma, la del carácter público es incierta y puede generar confusión. Como hay que entender de la interpretación conjunta de la matización del artículo 69, ("*se entenderá a los efectos de acceso libre*"), y la referencia al artículo 84.b que se refiere al uso público de bibliotecas de titularidad privada conveniadas, los fondos no son públicos sino que van a ser tan solo de acceso público libre en las condiciones que se determinen.

Es obvio que no es lo mismo y que tales fondos se van a ver desprovistos de las notas que caracterizan a la propiedad pública afecta a un servicio público, que es la razón por la que se refiere expresamente el artículo 84 a la biblioteca que los recoge. No resultaba en absoluto difícil llamar a las cosas por su nombre y mencionar el acceso público libre a estos fondos sin necesidad de referirse a su naturaleza, por lo que no parece que el legislador estuviese demasiado acompañado por la fortuna y el acierto en este apartado concreto.

Se trata de un acceso público libre, que en lo que hace a los documentos de titularidad privada se encuentra a expensas de la suscripción de un convenio entre el Gobierno Vasco y los titulares, con la consiguiente consideración temporal de ese acceso público y libre.

El acceso, siendo libre, se limitará, de forma circunstancial, en virtud de razones atinentes a la "*seguridad del fondo y fin de la biblioteca*".

Hay que señalar que no obstante lo literalmente establecido, pueden existir otras razones para limitar el acceso a los fondos, con origen en otras normas legales o en la salvaguarda de derechos de los ciudadanos y llama la atención a este respecto que no se recojan las limitaciones que el art.60.1.a establece para el acceso a fondos documentales. Es cierto que cabe esperar que en publicaciones unitarias o seriadas se afecten menos esos derechos, pero no cabe excluir el supuesto.

En lo que se refiere a las dos causas limitatorias mencionadas expresamente, nada hay que oponer a la primera de ellas, la relativa a la seguridad, que habrá que entender en el sentido tanto de obstaculización de su hurto o robo como de elusión de riesgos para la conservación en buen estado físico. Si que sin embargo genera cierta incertidumbre la redacción de la segunda de ellas, "*salvaguardar el fin de la biblioteca*".

A partir de la inevitable constatación de que estamos ante bibliotecas que prestan un servicio público, porque ese es el sentido de la remisión al artículo 84, no alcanzamos a

entender plenamente cual es el fin de la biblioteca que puede conducir a limitar el acceso. ¿ No es acaso el poner esos fondos a disposición del público el fin de la biblioteca ? ¿ Cómo pueden derivarse de ese fin limitaciones distintas de las derivadas de la seguridad mencionada antes y que convertiría en superflua esta segunda alusión ?

Tan solo cabe suponer que con esta oscura determinación el legislador quiera referirse a que haya razones relacionadas con el servicio público que presta esa biblioteca en concreto, que puedan inducir a limitar circunstancialmente el acceso, razones relacionadas con la mejora en la prestación del servicio. (Por ejemplo en períodos en que se esté procediendo a catalogaciones, reproducciones, digitalizaciones o actuaciones en general sobre los fondos para las que sea necesario disponer de ellos en exclusiva).

El apartado 2 del artículo 69, comienza disponiendo que *“para garantizar dicho acceso, las bibliotecas de uso público incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley deberán informar a los usuarios de sus fondos y facilitar gratuitamente la utilización y consulta”*.

Pese a la manifiestamente mejorable redacción del precepto, cabe suponer que la información se refiere a los fondos disponibles y las condiciones de acceso a los mismos. En lo que se refiere a la gratuidad de la utilización y consulta, habría que precisar el alcance de la misma, dado que no consideramos justificada la de todos los servicios ligados al acceso a los fondos que puede proporcionar hoy una biblioteca.

Esto podría hacerse a través del desarrollo reglamentario, dado que la Ley de Bibliotecas tampoco se enfrenta directamente al reto. Apela finalmente este apartado a la colaboración interbibliotecaria en el intercambio de información y aprovechamiento de nuevas tecnologías, siempre útil y necesaria.

El artículo 70 proclama, en su primer apartado, que *“los titulares de fondos privados recogidos en bibliotecas de uso privado según el apartado a) del artículo 84 de la presente ley están obligados a la correcta conservación material y a la no destrucción, división ni merma de los mismos, quedando para ello sujetos a la inspección de la Administración competente”*.

Se trata de una disposición de gran relevancia por lo que bien justifica una lectura y análisis detenido de sus pronunciamientos.

Un primer aspecto a comentar es la restricción de la obligación de conservación y no destrucción, división ni merma a los titulares de fondos privados. ¿ Significa esto que no existe tal obligación respecto de las administraciones titulares de fondos públicos ?

Naturalmente que no; el tenor de los artículos 3, (con carácter general), y 20, (en lo que respecta a los bienes culturales calificados o inventariados), son suficientemente explícitos, los titulares públicos de fondos integrantes del patrimonio bibliográfico están obligados a conservarlos adecuadamente y evitar su destrucción, división o merma.

Sin embargo la omisión, además de técnicamente defectuosa podría no ser inocua, por la diferente naturaleza de las infracciones y sanciones previstas en el capítulo correspondiente, sino fuese por el asimismo sorprendente hecho de que el incumplimiento de la obligación de conservación recogida en el artículo 70 no encuentra el corolario de la correspondiente sanción en el artículo 108 que las recoge y que no lo cita en ningún momento.

Esta omisión obligaría a sancionar la no conservación adecuada, destrucción, división o merma de fondos bibliográficos como infracción de lo dispuesto en el artículo 20.1, de igual modo en el caso de titulares públicos y privados, con el evidente riesgo de impunidad cuando se trate de fondos no calificados o inventariados derivado de que tampoco se prevea sanción por infracción de lo dispuesto en el artículo 3.

Un segundo aspecto de obligado comentario en el artículo 70 es la referencia a los titulares de fondos privados "*recogidos en bibliotecas de uso privado*".

Es patente que se quiere con ello reflejar la ausencia de responsabilidad por los daños que sufran los fondos de su propiedad que se encuentren en mano pública. Sin embargo según lo dispuesto en el artículo 84 pueden existir bibliotecas de uso público y titularidad privada, (conveniadas con el Gobierno Vasco), respecto de las que, a expensas del contenido de los convenios en cuestión, podría ser de responsabilidad de los titulares privados, la no conservación, destrucción, división o merma y a la que, sin embargo, no se refiere el tenor literal del artículo 70.

Definido además el patrimonio bibliográfico en los términos del artículo 66, y sin referencia tampoco a los fondos calificados o inventariados en el artículo 70, la obligación se convierte en una exigencia potencialmente desproporcionada y exorbitante.

Fondos privados en bibliotecas de uso privado son cualesquiera obras literarias, científicas o artísticas cuya conservación sea "*de interés*", lo que en ausencia de declaración expresa como la que constituye la inclusión en un régimen jurídico tuitivo, se extiende la exigencia hasta límites inciertos y eventualmente exagerados, sobre todo cuando no se establece de forma cierta y proporcionada la colaboración de los poderes públicos en la conservación, o elusión del riesgo de destrucción o deterioro.

El artículo 70 contiene un segundo párrafo que no aporta nada sustancial al reconocer la facultad de los propietarios privados de transferir o depositar sus bienes en

las bibliotecas de uso publico, “a través de cualquiera de las fórmulas contractuales que prevea la legislación vigente”.

Si lo hace, sin embargo, el artículo 71 que dispone que “*el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco dispondrá los medios oportunos para que los fondos bibliográficos y hemerográficos de interés público sean reproducidos en microfilm o en cualquier otro soporte que permita la mejor conservación y difusión del patrimonio bibliográfico vasco*”.

Es evidentemente una medida tuitiva útil, pero que tropieza con la dificultad de identificar el elenco de bienes a que debe extenderse, ¿cuáles son los fondos de interés público? ¿Acaso aquellos que hayan sido calificados como bienes culturales en razón de la relevancia o singular valor a que se refiere el artículo 10 ?

¿ Acaso también los meramente inventariados, por carecer de esa relevancia pero que la tienen en grado suficiente como para merecer un régimen jurídico de protección ? ¿ Acaso otros que no hayan sido incluidos en uno u otro régimen, pero cuyas específicas circunstancias y en particular el riesgo de desaparición o deterioro así lo demanden ?

Y desde otro punto de vista, ¿ deben reproducirse con carácter obligatorio, y a la vista de la perenne escasez de recursos de la administración todos los fondos “*de interés público*” o tan solo aquellos que, por la escasez de ejemplares de que se disponga o su estado de conservación lo requieran necesariamente ?

Creemos que la seguridad jurídica aconseja extender la exigencia únicamente a los bienes incluidos en alguno de los regímenes, aquellos sobre los que existe prueba de su interés acreditada en un procedimiento administrativo, (sin perjuicio de que adicionalmente pueda procederse en caso de que los recursos lo permitan al microfilmado de cualesquiera otros), y que la no vinculación literal a circunstancias específicas hace que deba disponerse con carácter general, sin perjuicio asimismo de que priorice en el tiempo la de los fondos en mayor riesgo.

Por último, el artículo 72 se refiere a una cuestión colateral a la protección del patrimonio bibliográfico como es la regulación por vía reglamentaria del I.S.B.N. como registro “*para el conocimiento, conservación y difusión del patrimonio bibliográfico vasco*”.

En todo caso hay que aludir, finalmente, a que la Disposición Derogatoria de la Ley 11/2007, de 26 de Octubre, de Bibliotecas de Euskadi, dispone que “*quedan expresamente derogados los artículos 67 y 68 y el Capítulo II del Título IV de la Ley 7/1990, de 3 de Julio, de Patrimonio Cultural Vasco y cuantas disposiciones de igual o inferior rango contravengan lo dispuesto en la presente Ley*”.

8.4.5. El régimen jurídico del patrimonio bibliográfico vasco en la Ley 11/2007, de 26 de octubre, de Bibliotecas de Euskadi.

La Ley de Bibliotecas se refiere estrictamente a la protección del patrimonio bibliográfico en su Título VII, (arts.41 a 43), referido a los “Fondos de Interés Nacional”.

El primero de ellos dispone literalmente que “*podrán declararse de interés nacional los fondos bibliográficos con un valor cultural especial integrados en bibliotecas*” y que “*dichos bienes se regirán por lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco para los bienes muebles calificados*”.

No podemos menos que elogiar la referencia al régimen de calificación de la L.P.C.V. y la vinculación de la protección de estos fondos con lo previsto en ella. Una opción distinta generaría incertidumbre jurídica y dejaría sin valor lo dispuesto en la L.P.C.V. en relación con este patrimonio sin proporcionar quizás en contrapartida tutela más eficaz.

Sin embargo la pregunta es inevitable, ¿ para qué inventar una nueva declaración cuando se dispone de la anterior a la que se reconducen sus efectos ? ¿ Por qué no decir simplemente que podrán calificarse como de interés cultural los bienes bibliográficos de relevancia o singular valor, tal y como señala el artículo 10 de la L.P.C.V., aunque la noción de valor cultural especial de este artículo 34 sea identificable, velis nolis, con aquella ?

Es verdad que el tenor de la segunda parte del artículo es taxativo y no da lugar a dudas, pero ¿ aporta algo tan relevante el concepto de fondos de interés nacional, como para no utilizar el que recoge la norma previgente ? ¿ Es ello fruto de una decisión motivada y en su caso tiene algún sentido o responde a preferencias o gustos de un redactor o redactores específicos ?

Consideramos mala técnica legislativa aquella que introduce términos similares a los previgentes con idéntico efectos, sin razonar, por ejemplo en el Preámbulo, los motivos del cambio ni señalar si implican o no alguna consecuencia práctica.

Hay un reproche adicional que realizar al artículo 41, y se refiere a la referencia a la “*integración en bibliotecas*”.

Es cierto, que afortunadamente se hace referencia a las bibliotecas “in genere”, sin hacer distinción entre ellas en función de la titularidad o uso, pero ¿ significa esto, unido a la referencia plural a fondos, que no puede declararse de interés nacional una obra exenta y singular, a la que precisamente esa singularidad puede hacer merecedora de la consideración antes que ninguna otra ?

Puede responderse que incluso el manuscrito de Juan Pérez de Lazarraga u obras similares estarán casi siempre integrados en bibliotecas de titularidad o uso privado, en el peor de los casos, pero ¿ aporta algo la integración en biblioteca al valor de la obra y a la necesidad de defensa y protección de su interés cultural ? Se trata de una exigencia, a nuestro juicio, innecesaria y potencialmente conflictiva.

Según dispone el artículo 42 esta declaración conlleva para los titulares de los fondos, “*además de las obligaciones fijadas en la legislación sobre patrimonio cultural*”, (a las que ya nos hemos referido), las de “*colaborar con la Biblioteca de Euskadi para su catalogación y su inclusión en el catálogo del patrimonio bibliográfico correspondiente*” y para “*su conservación y difusión*”.

Para el cumplimiento de estas obligaciones “*los titulares de las bibliotecas recibirán el apoyo técnico y económico de la Biblioteca de Euskadi*”, apoyo no obstante que queda un tanto indeterminado.

Nuevamente hay que considerar muy acertada la mención expresa de la L.P.C.V. en sede de tutela patrimonial, recordando su plena vigencia, aunque pudiera haberse optado también por reproducir literalmente en el anteproyecto sus especificaciones al respecto.

El artículo 43, finalmente, establece en su primer apartado que “*las bibliotecas de Euskadi velarán por la conservación y protección de aquellos de sus fondos que sean de interés nacional de conformidad a lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco*”.

Esta disposición es a nuestro juicio un compendio de errores difícilmente superable. En primer lugar hay que criticar que imponga una obligación de conservación y tutela a las bibliotecas y no a sus titulares o poseedores. Esta manera de legislar puede conducir a una dilución de la responsabilidad y no es coherente con la que, acertadamente en este aspecto, mantiene la L.P.C.V.

Dejando a un lado este reproche, de importancia menor, es sin embargo muy grave en términos de desprotección patrimonial el hecho de que se imponga el deber de velar únicamente por la conservación y protección de los fondos de interés nacional. ¿ Qué pasa con los restantes ?

Es obvio que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 3 y 20 de la L.P.C.V. existe asimismo un deber de tutela, pero ya nos hemos referido con anterioridad a las dificultades que en orden a la persecución y sanción de las infracciones plantea la ausencia de referencia expresa a estos preceptos en el capítulo de sanciones de la L.P.C.V., solo parcialmente corregida, como en su momento veremos, por lo dispuesto en los artículos 47.1.d y e y especialmente 48.2 de la Ley de Bibliotecas.

Podrá responderse que estamos en un Título específicamente dedicado a los fondos de interés nacional, por lo que carecen de sentido menciones a los de otra naturaleza, pero el argumento solo adquiriría verdadera relevancia si encontrásemos en algún otro precepto disposición semejante que obligase expresamente, y recalcamos el adverbio, a la conservación y tutela del resto de fondos integrantes del patrimonio bibliográfico. Y no la hay.

Donde este artículo 36.1 alcanza el cénit de la incongruencia, sin embargo, es en su alusión final al deber de velar *“de conformidad a lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco”*.

La L.P.C.V. establece un deber de conservación y protección sobre todos los bienes integrantes del patrimonio cultural vasco, (entiéndase aquí patrimonio bibliográfico), no solo sobre los fondos de interés nacional.

Partiendo de lo señalado en el art.41 y su incardinación en el régimen jurídico de los bienes muebles calificados, nada obsta a que los fondos aludidos puedan tutelarse de conformidad con la ley patrimonial, pero resulta incongruente remitirse a esta norma exclusivamente para su protección, omitiendo cualquier referencia a lo que dispone respecto del resto de bienes culturales bibliográficos.

El segundo apartado del art.43 dispone que *“la reproducción o conversión requerirá la previa notificación a la Biblioteca de Euskadi a efectos de que ésta establezca las condiciones de seguridad necesarias”*.

Hay que entender, obviamente, que esta exigencia se ciñe únicamente a los fondos de interés nacional de que se ocupa el título y a los que alude el apartado anterior. Consideramos por nuestra parte que debería extenderse esta exigencia a todos los fondos que mereciesen, en los términos que establece la L.P.C.V. la inclusión en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco, además de estos calificados.

Se plantea una posible duda en torno al equívoco significado del término *“conversión”* tal y como figura en el precepto. ¿Se refiere a una modificación en la naturaleza de los fondos que les proporcione soporte distinto, microfilmado, digitalización, conservación en discos compactos de información recogida en papel or

ejemplo ? ; Se refiere tan solo a la reproducción de su contenido en soporte nuevo de idéntica naturaleza, papel de mejor calidad o estado de conservación por ejemplo ?

No poseemos demasiadas pistas, dada la confusa redacción sobre cual es el propósito de los proponentes de la norma, creemos en todo caso que se ajusta mejor a la distinción que se realiza entre reproducción y conversión en el artículo reservar este segundo término para la actuación descrita en primer lugar, entendiendo por reproducción la que se realiza en formato o soporte similar al preexistente.

Finaliza el artículo 43 con un tercer apartado en el que se recoge una de esas expresiones generales e inconcretas que tan poco aportan al objeto perseguido por la norma, la que señala que *“aquellas bibliotecas que dispongan de fondos antiguos, especializados, raros o valiosos y carezcan de medios para su conservación y evaluación, podrán recurrir a la Biblioteca de Euskadi para su apoyo y orientación”*.

Cabría plantearse en relación con esta disposición, si en sede de fondos de interés nacional, (es el Título en que se incluye), nos estamos refiriendo exclusivamente a bibliotecas que contengan estos fondos.

El tenor del artículo, la falta de alusión expresa, y en particular la mención a la falta de medios para la evaluación, nos conduce a interpretar que su alcance es más general, que comprende todas las bibliotecas que posean ejemplares antiguos, (sin que señale a partir de cuando se consideran tales), especializados, (sin que tengamos noticia del criterio en virtud del que se determina la especialización), raros, (sin que tampoco conozcamos si la rareza se refiere únicamente al escaso número de ejemplares y/o a peculiaridades, erratas o anomalías por ejemplo, que les afecten) o valiosos, (sin mención a carácter del valor, cultural y/o económico y en su caso a cuantía a partir de la que se deduce), con independencia de que hayan sido declarados o no de interés nacional. A esta conclusión coadyuva el hecho de que el contenido del artículo resultaría en otro caso redundante con lo que ya establece el 42.2.

Una vez más es de lamentar que no se exprese el carácter del tal apoyo y orientación, ni en que puede o debe materializarse.

8.4.6. La distribución competencial y la Decision 5/2006 de 3 de Octubre, de la Comisión Arbitral del País Vasco.

En relación con la distribución competencial en materia de tutela del patrimonio bibliográfico y el respeto por parte de la Ley de Bibliotecas de Euskadi a lo establecido en las normas delimitadoras del régimen competencial, (Estatutos de Autonomía, L.T.H....), disponemos de un pronunciamiento harto interesante por provenir del órgano que tiene legalmente atribuída la emisión de dictámenes en la materia, la Comisión Arbitral del País Vasco.

La Decisión 5/2006 de 3 de Octubre, de la Comisión Arbitral, trae causa de una cuestión de competencia formulada por la Diputación Foral de Alava, referida al artículo 15 en relación con el artículo 10.2 a) y c) del entonces Proyecto de Ley de Bibliotecas de Euskadi.

La Diputación que acude a la Comisión sostiene que el proyecto invade la competencia que el art.7.a.5 de la L.T.H. le reconoce en materia de “*redacción y aprobación del Plan Foral de Obras y Servicios, asistencia y asesoramiento técnico a las Entidades Locales*”, ya que la normativa de régimen local “*establece como competencia obligatoria de los municipios superiores a 5.000 habitantes la prestación del servicio de biblioteca pública*”. (Art. 26.1.b de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, que además atribuye (D.A.2ª) a las Diputaciones Forales las competencias que “*la presente Ley asigna con carácter general a las Diputaciones Provinciales*”).

Adicionalmente la entrada en vigor del Estatutos de Autonomía hizo que por Decreto 31/1985 de 5 de Marzo, se traspasase al Territorio Histórico de Alava el Servicio de Patrimonio Histórico, “*incluyendo en él el personal correspondiente a la O.B.E.*”. (Organización Bibliotecaria de Euskadi).

También aduce el órgano foral alavés que se lesiona la autonomía provincial, según la interpreta la doctrina del Tribunal Constitucional si se elimina su competencia para cooperar en la realización de obras y servicios municipales, y el art.15 del proyecto atribuye al Gobierno Vasco el asesoramiento y asistencia técnica en adquisición de fondos bibliográficos municipales, formación del personal bibliotecario, tratamiento de fondos duplicados o sobrantes etc.

Sostiene finalmente que se produce una modificación de las competencias del T.H. de Alava, por lo que “*sería precisa una articulación directa, expresa y fundada de la modificación que se produce en la L.T.H.*”⁸²⁷.

El Gobierno Vasco en su escrito de oposición sostiene que “*no existe título competencial que extienda las facultades de los órganos forales a bibliotecas distintas de las que no sean de su titularidad*”, (hay que entender que se refieren a las que lo sean y que sobra el “*no*”), y que el proyecto no modifica lo dispuesto en este sentido por los artículos 7.a.12 y 7.a.5 de la L.T.H. y 87 y 88 de la L.P.C.V. La asistencia y cooperación en bibliotecas no forma parte del núcleo esencial de la institución foral ni corresponde a los T.T.H.H.

El desarrollo de la administración autonómica “*supone una inevitable incidencia en situaciones jurídicas preexistentes*”, como ha reconocido el T.C., y los derechos históricos forales deben adaptarse a ese nuevo orden territorial. La impugnación del

⁸²⁷ Las citas de las argumentaciones de las partes provienen de la Decisión de la Comisión.

proyecto de ley “no es otra cosa que la oposición al marco legal existente en este momento y que está en vigor desde hace dieciséis años”.

La Comisión Arbitral afirma en primer lugar que “ningún precepto del ordenamiento jurídico en vigor establece como competencia foral la asistencia y asesoramiento técnico a las bibliotecas municipales”.

El art.7.a.12) aludido se refiere a la competencia foral sobre las bibliotecas “solamente cuando son de titularidad del Territorio Histórico”, por lo que, “de acuerdo con este precepto, los Territorios Históricos no pueden vindicar competencia alguna sobre las bibliotecas municipales”. (F.J.1º)

Sostiene además que no puede concebirse el asesoramiento y asistencia como título autónomo de asunción de competencias que habilite “posibilidades ilimitadas de intervención...en todo tipo de competencias o servicios municipales”. Solo cabría tal intervención, “en tanto en cuanto la normativa sectorial prevea o no impida esa intervención foral”. (F.J. 2º).

Para que existiese competencia foral de asistencia debería tratarse además de una competencia municipal y ésta existe en la medida en que la establece la normativa sectorial. Todavía podría hablarse de violación de la autonomía local si se excluyese “toda posibilidad de asistencia y asesoramiento a los municipios en todo tipo de materias”, pero no es el caso. (F.J. 4º).

Del hecho de que los T.T.H.H. interviniesen en materia de bibliotecas hasta la entrada en vigor de la L.P.C.V. en 1990, que solamente reconoce competencias sobre bibliotecas a las instituciones comunes y Ayuntamientos no es posible deducir argumento alguno a favor de la competencia foral.

La práctica administrativa “no significa la existencia de competencia en la administración actuante”. Antes no existía normativa y si existía una intervención foral, fundada en esa competencia de asistencia y asesoramiento, “que se actuaba dentro de un vacío legal”.

Cuando ese vacío legal se cubre, (con la L.P.C.V.), “queda fuera la posibilidad de intervención de los T.T.H.H.”.

El legislador sectorial “es totalmente libre para establecer el régimen jurídico de las bibliotecas que estime conveniente, siempre que respete las competencias forales sobre las bibliotecas de su titularidad (Art. 7.a.12 L.T.H.)”.

Por todo ello, la Comisión Arbitral declara que *“las competencias cuestionadas en relación con el proyecto de Ley de Bibliotecas de Euskadi corresponden a las instituciones comunes”* y que *“el proyecto de ley se adecua a la distribución de competencias establecida en el Estatuto de Autonomía, sin afectar ni modificar el sistema competencial o la distribución de competencias entre las instituciones comunes y forales establecidos en la legislación en vigor”*.

Por nuestra parte solo queda sumarnos, en este caso concreto, a la conclusión unánime de los miembros de la Comisión.

8.4.7. El régimen jurídico del patrimonio bibliográfico en la legislación estatal y la de otras Comunidades Autónomas

La L.P.H.E. se refiere al régimen jurídico del patrimonio bibliográfico al mismo tiempo que al del documental. Podemos pues remitirnos a lo señalado en tal capítulo, recordando en primer lugar, (art.52), la obligación de los poseedores, (no de las bibliotecas como en la Ley 11/2007), de conservar, proteger, destinar a un uso que no impida su conservación y mantener en lugar adecuado, los bienes integrantes del patrimonio bibliográfico, imponiendo a la administración la adopción de las medidas de ejecución oportunas caso de incumplimiento.

Esta norma es por si misma mucho más completa y eficaz que cualquiera de las referidas a este patrimonio en la L.P.C.V. o en la Ley de Bibliotecas de Euskadi. Recoge un más amplio y preciso elenco de obligados, un más amplio y preciso abanico de bienes protegidos y un más amplio y preciso haz de facultades o medidas en mano administrativa para velar por su tutela.

Además, los obligados a la conservación deben facilitar la inspección administrativa y el estudio investigador. Todas estas cuestiones carecen de regulación expresa en sede de patrimonio bibliográfico en la L.P.C.V. y la L.B.E., y solo a través de la incardinación de la protección de determinados fondos en el régimen de calificación, (art.41 de La L.B.E.), y de la aplicación al patrimonio bibliográfico de las normas de protección del sistema general de la ley pueden deducirse sin determinaciones específicas.

Ya hemos señalado también que la Ley de Patrimonio Cultural Catalán no contiene referencias específicas al patrimonio bibliográfico. La Ley 4/1993 del Sistema Bibliotecario de Cataluña parece haber constituido el ejemplo en que se ha inspirado la L.B.E., toda vez que se refiere en capítulo específico a los *“fondos de interés nacional”*, aunque en este caso se conecta expresamente la declaración con el procedimiento establecido al efecto en la Ley de Patrimonio, (art.18), las obligaciones adicionales a las fijadas por la norma patrimonial son idénticas y se alude también al apoyo técnico y económico de la Biblioteca de Cataluña.

La L.B.E. omite sin embargo la declaración expresa exlege como “*de interés nacional*” de los “*fondos que tienen relevantes valores históricos o culturales conservados en las bibliotecas públicas de titularidad estatal de Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona*”, (art.20), y la coordinación y colaboraciones de tales bibliotecas con la de Cataluña. Por todo ello no podemos añadir prácticamente nada sobre la normativa catalana a lo ya señalado en relación con el Anteproyecto.

La ley gallega no contiene referencia alguna al régimen jurídico del patrimonio bibliográfico, más allá de determinar los fondos y obras que lo componen, lo que contrasta poderosamente, (el Título VI dedicado a este patrimonio contiene un único artículo), con la existencia de un régimen jurídico más o menos detallado del patrimonio documental. (6 artículos).

La razón parece obvia, la existencia previa de la Ley 14/1989 de Bibliotecas de Galicia., y sin embargo esta ley carece de referencias a las cuestiones básicas de las que depende la protección eficaz del patrimonio bibliográfico, ciñéndose exclusivamente a la prestación del servicio público bibliotecario.

No es el caso de la ley andaluza de patrimonio histórico, que ya establece el deber de los titulares o poseedores de bienes bibliográficos de “*facilitar la inspección de los mismos*”, (art.68), y el estudio por los investigadores, sustituible por el depósito temporal, (art.73), o que introduce en la previa Ley 3/1984 de Archivos de Andalucía las menciones a la facultad del Gobierno Andaluz de establecer “*las condiciones de seguridad que considere necesarias*”, (art.71), la posibilidad de denegación del acceso al patrimonio documental y bibliográfico “ *a las personas que hayan sido sancionadas por su actuación contra la seguridad y conservación de dicho patrimonio*”. (Art.72).

Es sin embargo, como es obvio, la Ley 16/2003 de 22 de Diciembre, del Sistema Andaluz de Bibliotecas y Centros de Documentación, la que merece a este respecto una consideración más atenta.

Una primera e importante disposición es la que regula el “*ejercicio del derecho de acceso universal a los registros culturales y de información disponibles a través del Sistema Andaluz de Bibliotecas y Centros de Documentación*”, (art.4), acceso en condiciones de igualdad, presencial o a distancia, sin discriminaciones (en el caso de la nacionalidad sin exigencia expresa alguna de reciprocidad), y no limitado “*por razón del contenido religioso, ideológico, moral o político...sin perjuicio de las limitaciones que para la protección de la infancia, de la juventud, de los derechos constitucionales, del patrimonio histórico y, en general, de cualquier otra naturaleza, estén impuestas por las leyes*”.

Este precepto no aporta novedad sustancial que no sea la de recoger expresamente algunos motivos de restricción de acceso no siempre aludidos. Evidentemente tienen escaso sentido aquí, las alusiones a intereses generales de la Comunidad y cláusulas por el estilo.

Si que es más interesante, por infrecuente, lo que dispone el art.4.3 en torno a que *“para salvaguardar el derecho a la intimidad de los usuarios (no el de los aludidos en la documentación ni titulares de los fondos en su caso) será obligatorio el tratamiento confidencial de la información en relación con los materiales y servicios proporcionados a los mismos, así como respecto de sus datos personales, en los términos establecidos por las leyes”*, aunque no tenga estrictamente que ver con la protección del patrimonio.

El artículo 8 por su parte, dispone que *“todas las personas públicas o privadas, titulares de bibliotecas y centros de documentación del Sistema deberán proporcionar a la Consejería competente en materia de bibliotecas y de centros de documentación los datos sobre personal, fondos, presupuestos e instalaciones, equipamiento, servicios, uso de los mismos y, en general, cuantos otros se determinen reglamentariamente, así como informar anualmente de las variaciones que se produzcan, con la finalidad de su evaluación y difusión.*

A nosotros nos interesa especialmente el apartado relativo a los fondos, respecto del que hay que lamentar, (aunque la Ley tiene por objeto el Sistema y es hasta cierto punto lógica la omisión), que no se exija esa información a los titulares de bibliotecas, fondos u obras ajenos al Sistema.

Es verdad que el artículo 45 de la norma de patrimonio histórico establece ese deber de información respecto de los bienes muebles incluidos en el Catálogo General y el 68 la facultad de inspección respecto de los titulares de fondos integrantes del patrimonio bibliográfico, (incluidos o no en el Catálogo), pero no se exige expresamente a estos últimos en general que proporcionen la información, con lo que creemos que eventualmente pueden quedar obras o fondos patrimoniales que la administración no conozca o respecto de los que no conozca datos necesarios para su tutela eficaz.

Cosa parecida puede señalarse respecto de las *“normas en materia de conservación y reproducción”* a que alude el artículo 24, se refieren específicamente a las bibliotecas de la Red de Bibliotecas Públicas, en las que *“deberán ejercerse las funciones de conservación y protección de los fondos que sean integrantes del Patrimonio Bibliográfico Andaluz, de acuerdo con la legislación vigente”*, (art.24.1.), y a las de uso público en cuyos fondos haya obras integrantes del Patrimonio Bibliográfico Andaluz, en las que *“se podrá reproducir o convertir cualquier obra a formato digital* (mención que refuerza nuestra anterior interpretación sobre el significado que debe darse al término *“convertir”* en la Ley de Bibliotecas de Euskadi)

con fines de conservación y preservación, de acuerdo con las normas reguladoras de la propiedad intelectual”. (Art.24.2).

La primera de las disposiciones no cubre el vacío respecto de las obras y fondos patrimoniales en mano privada y la segunda es de difícil comprensión desde un doble punto de vista; en primer lugar porque el respecto a las normas de propiedad intelectual debe predicarse en todas las bibliotecas y respecto de todos sus fondos, no solo los patrimoniales, y en segundo, porque resulta sorprendente que sobre la reproducción y conversión de fondos patrimoniales se haga referencia a su ejecución de acuerdo a aquellas normas y no se citen sin embargo las de patrimonio cultural.

Se reproduce también la disposición que ya hemos analizado, (y criticado), en otras leyes respecto de que las bibliotecas que dispongan de fondos antiguos, especializados, raros o valiosos podrán recurrir a la Biblioteca de Andalucía para su apoyo y orientación. (Art. 24.5).

Interesante aportación es la del art.40 que dispone que la Consejería competente, *“fomentará y, en su caso, ejecutará programas para la recogida de materiales de tradición oral en riesgo de desaparición y para la grabación de actos singulares de especial importancia cultural para Andalucía o alguna de sus áreas geográficas”* y que *“asi mismo podrá adquirir la documentación sonora o audiovisual que merezca ser conservada por su interés cultural”*, añadido este último superfluo si se deja en el ámbito de la posibilidad.

Los artículos 41 a 48 se refieren al Depósito Patrimonial Bibliográfico Andaluz. Lo que el legislador andaluz asume con esta denominación es que los ejemplares depositados con carácter de depósito bibliográfico, obligatorio o voluntario, a efectos de garantizar la existencia en mano pública de ejemplares de toda la producción bibliográfica, tienen carácter patrimonial, forman parte del patrimonio cultural.

Si tal es así, hay que reclamar que se establezca su integración en el Catálogo o cuando menos un régimen jurídico específico de tutela, que en lo referente cuando menos al acceso a los mismos, se remite al desarrollo reglamentario. (Art.48).

En el capítulo referido a infracciones y sanciones, llama poderosamente la atención que ninguna de ellas se refiera a la lesión del patrimonio cultural en cuanto tal. No hay distinción alguna entre los daños causados a este tipo de bienes con respecto a los causados a otros que no gozan de tal relevancia cultural.

Es un reflejo bastante claro de la perspectiva y propósitos desde los que ha sido elaborada la norma, con el agravante en este capítulo de que no se hace remisión alguna a la norma de patrimonio cultural, ni se recuerda su vigencia o se coordinan los mandatos o se salva expresamente la aplicabilidad de sus disposiciones sancionadoras.

La Ley valenciana de patrimonio histórico-artístico se refiere en su artículo 77 a los “*bienes integrantes del patrimonio bibliográfico y audiovisual*”, que son según señala “*los fondos de bibliotecas y hemerotecas y las colecciones bibliográficas y hemerográficas de titularidad pública existentes en la Comunidad Valenciana*”, las obras bibliográficas de las que no conste la existencia de, al menos, tres ejemplares en buen estado de conservación en las bibliotecas o servicios públicos radicados en ella, (un ejemplar en el caso de “*las obras fotográficas, fonográficas, cinematográficas y audiovisuales cualquiera que sea su soporte material, existentes en la Comunidad Valenciana o relacionadas por cualquier motivo con el ámbito lingüístico o cultural valenciano*”), y las que sin reunir los requisitos anteriores, “*en atención a su valor cultural*, se incluyan por Resolución de la Conselleria.

Varias observaciones son precisas en relación con esta definición.

Una primera, claramente crítica, tiene que ver con la consideración patrimonial, desde el punto de vista cultural, de los fondos de bibliotecas y hemerotecas públicas. Es, a nuestro juicio, una decisión sin justificación suficiente. No debe confundirse el régimen jurídico de los bienes patrimoniales, dotados en si mismos de un interés cultural, con la gestión de los fondos existentes en unas dependencias de servicio público, que pueden incluir o no algunos de los anteriores. Aglutinar realidades distintas que reclaman diferente trato, solo puede conducir a privar a las que demandan mayor protección de los medios para prestársela de forma eficaz.

En contraste con esto, la ley valenciana es pionera en la referencia al patrimonio audiovisual y su consideración en el mismo marco que el patrimonio bibliográfico pero con disposiciones singulares y diferenciadas ya que de otro modo se podría hacer inviable la protección, lo que constituye un acierto indudable que bien haría el legislador vasco en imitar, lo que de momento no ha hecho.

Sin embargo considerar patrimonio audiovisual las “*obras relacionadas por cualquier motivo con el ámbito lingüístico o cultural valenciano*”, es ofrecer demasiado margen a la inseguridad jurídica, en cuanto no conocemos el carácter, tipo ni intensidad de la relación exigida, cuando de la integración o no en el patrimonio se derivan efectos jurídicos relevantes.

Es obvio, que no cualquier relación ni cualquier motivo son suficientes para predicar la integración y que el legislador valenciano no puede pretender razonablemente que la administración actúe ejerciendo funciones cuando menos de tutela sobre tal elenco de bienes, por lo que el precepto suscita importantes incógnitas.

La ley valenciana establece, (art.78), un instrumento específico de protección, cual es el Catálogo del Patrimonio Bibliográfico y Audiovisual Valenciano, del que “*los*

fondos que posean relevante valor cultural” se inscribirán en el Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano “y gozarán del régimen de protección que esta Ley prevé para los bienes muebles inventariados”. (Art.79.1).

Sin perjuicio de esto, los bienes de especial importancia *“podrán ser declarados Bienes de Interés Cultural conforme al procedimiento establecido en el art.27 de esta Ley”*. (Art.79.3).

Es especialmente acertada la vinculación expresa de la protección de este patrimonio con los regímenes generales, lo que hemos echado en falta en algunas otras normas. De todos modos el Catálogo puede quedar entonces inoperativo y un tanto sin sentido, si en lugar de entenderse como una *“sección”* del Inventario que integra automáticamente con todos sus elementos, se entiende como instrumento aparte.

Con independencia de la protección conferida en estos regímenes el art.82 dispone que *“los bienes del patrimonio documental, bibliográfico o audiovisual valenciano custodiados en archivos y bibliotecas de titularidad pública no podrán salir de los mismos sin previa autorización administrativa, sin perjuicio del régimen de préstamos públicos que, en su caso, pueda establecerse”*.

Finalmente no podemos menos que destacar la novedosa referencia del artículo 86 al patrimonio informático, respecto del que *“se desarrollarán reglamentariamente los aspectos relacionados a su conservación, preservación y utilización, de acuerdo con los aspectos generales de aplicación que establece la presente Ley”*.

Si bien es elogiable la conciencia de que pueden existir bienes integrantes del patrimonio cultural en soporte informático, nada regula el legislador al respecto, remitiendo a un desarrollo reglamentario posterior que situará a este patrimonio como uno de segunda categoría, regulado no por ley sino por reglamento.

Si realmente constituye un patrimonio cultural, y no una mera alusión que pretende demostrar la modernidad del legislador y que está al tanto de las más avanzadas tendencias doctrinales, era deber del legislador proporcionarle idéntico trato que a los restantes patrimonios y establecer cuando menos su conexión expresa con los regímenes generales de protección.

La Ley de Patrimonio Histórico de Madrid se remite (Disposición Adicional 5ª) a las leyes específicas de archivos y bibliotecas, *“y en lo no previsto en éstas”* a la L.P.H.E.

Debería ser, por tanto, la Ley 10/1989 de 5 de Octubre, de Bibliotecas, la que nos ocupase a continuación, pero en lo que respecta al régimen jurídico del patrimonio

bibliográfico, su Disposición Adicional única dispone que *“la protección de los fondos bibliográficos y demás fondos reseñados en el artículo 2º de esta Ley que formen parte del patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid, se regularán de conformidad con lo dispuesto en la legislación de protección del mismo y, supletoriamente, por lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Histórico Español”*, con lo que se produce una nueva remisión que nos deja en el punto de partida, aunque si se establezca en el art.18.11, de forma cuasimarginal que los fondos de esta naturaleza que *“sean adquiridos por la Comunidad, serán depositados preferentemente en la Biblioteca Regional cualquiera que sea su temática y lugar de procedencia”*.

La Ley 12/2002, de Patrimonio Cultural de Castilla y León dispone en su artículo 68 que la protección del patrimonio bibliográfico, (y las obras cinematográficas, fotográficas, videograbaciones, multimedia etc que se someten al mismo régimen), *“se regirá por las normas que se establecen en este Título”*. Además *“en lo no previsto en ellas será de aplicación cuanto se dispone con carácter general en la presente Ley y en especial en su régimen de bienes muebles”*.

De forma acertada pues, el legislador castellano no remite, como por ejemplo el madrileño, la protección a otras normas, sino que la incardina adecuadamente en el sistema general, previendo el art.68.2 la posibilidad de inventario o declaración como B.I.C. de los bienes bibliográficos.

El único añadido específico a ese sistema general es el del artículo 69, que proclama que *“los titulares o poseedores...estarán obligados a su conservación, debiendo facilitar la inspección por parte de los organismos competentes para comprobar la situación o estado de los bienes, y deberán permitir su estudio por los investigadores, previa solicitud razonada de éstos”*, aunque, eso si, *“podrán ser dispensados del cumplimiento de esta última obligación, en el caso de que suponga una intromisión en el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en los términos que establece la legislación reguladora de esta materia”*.

Poca novedad podemos encontrar en lo que señala este precepto., como tampoco en la última de las que nos proporciona la norma, la del art.69.2 sobre la sustituibilidad de la obligación de permitir el estudio por el depósito temporal del bien en centro público adecuado.

También Asturias dispone, (art.88 de la Ley 1/2001), que los bienes integrantes del Patrimonio Bibliográfico *“serán declarados de Interés Cultural o se procederá a su inclusión en el Inventario del Patrimonio Cultural de Asturias”*, cuando *“la relevancia de su interés aconseje una protección individualizada”*, aplicándoseles en ese caso *“con carácter adicional, el régimen protector propio de estas categorías de bienes”*.

Se incardina pues, adecuadamente, la tutela de los fondos bibliográficos en el régimen general. Se recoge también, como era de esperar, el depósito preferente en la

Biblioteca de Asturias, (art.89), pero sobre todo se regula de forma más detallada, en el artículo 90, el alcance de la obligación de conservación de los bienes patrimoniales.

Su primer apartado proclama que *“se prohíbe la destrucción de bienes que formen parte del Patrimonio Documental de Asturias y del Patrimonio Bibliográfico de Asturias”*.

Aunque se de por sobreentendido en otras muchas normas, es importante la mención expresa, sobre todo a efectos de sanciones. Por eso mismo es de lamentar que no se haga referencia a lesiones de grado inferior que no ocasionen la destrucción total, aunque si dañen los bienes, que no por ello dejan de constituir infracciones de la norma. Sin embargo es digno de alabanza que la disposición se refiera a todos los bienes integrantes del patrimonio bibliográfico, sin las a nuestro juicio injustificadas limitaciones que hemos observado en algunas otras leyes.

El segundo apartado, excluye de la prohibición la labor de selección y expurgo de los bienes en mano pública que debe realizarse *“bajo la dirección de personal facultativo expresamente habilitado para ello”*.

Es ésta una cita, una vez más afortunada, y una de las razones que justifican la no confusión, (y no sometimiento a idéntico régimen), de los bienes patrimoniales desde el punto de vista cultural y el total de los que integran cualquier biblioteca o archivo público.

El tercer apartado establece que los bienes *“deberán ser conservados por sus propietarios o poseedores, destinarlos a un uso que no impida su conservación y mantenerlos en lugares adecuados para la seguridad de los bienes y el acceso de los investigadores”*.

Dejando a un lado la incorrección gramatical de mezclar las voces pasiva y activa, no hay aquí especial novedad si predicable, en cambio, del mandato al Principado de facilitar el depósito en centros públicos especializados, *“y preferentemente en la Biblioteca de Asturias y el Archivo Histórico de Asturias”*, cuando *“procedan de empresas mercantiles radicadas en Asturias que cesen en su actividad o se vean afectadas por procesos de privatización o enajenación, existan dificultades insalvables para la conservación por sus propietarios o titulares u otras circunstancias relativas a su conservación o puesta al servicio de los investigadores así lo aconsejen”*.

Este depósito obligatorio debería acarrear, a nuestro juicio, la necesidad de indemnizar a los titulares o poseedores por los perjuicios que ocasiona a sus derechos, en la medida en que no les sea imputable y conlleve por ello sanción el riesgo o

deterioro de los bienes, o si esta sanción no alcanza el valor de la afectación al derecho del titular.

También recoge este precepto la obligación de facilitar la inspección y de permitir el estudio por los investigadores, sustituible por el depósito temporal, y, finalmente, que las películas, fotografías, grabaciones sonoras o de imágenes de cualquier naturaleza relativas a Asturias que tengan carácter de bienes documentales o bibliográficos, “*serán objeto de un tratamiento especializado para su puesta al servicio de los investigadores y del público*”, remitiéndose sin embargo la regulación de su depósito preferente al desarrollo reglamentario.

8.5. LA PROTECCION DE OTROS PATRIMONIOS

8.5.1. La protección del patrimonio industrial.

8.5.1.1. El concepto de patrimonio industrial y los retos a que se enfrenta su protección.

Vamos a ocuparnos en este apartado de la protección de algunos patrimonios específicos o sectores del patrimonio cultural, sobre los que algunas leyes autonómicas contienen diferentes disposiciones y que sin embargo la L.P.C.V. no menciona, por lo que hay que entender subsumidos en el sistema general de protección, sin consideración distinta a la de bienes culturales muebles o inmuebles.

Es el caso, por ejemplo, del patrimonio industrial, concepto surgido, al parecer, de la obra de M.Rix, “*El historiador amateur*”⁸²⁸ y que tiene por antecedente “*una doble actividad, la de los coleccionistas particulares que estaban interesados en la conservación de objetos técnicos como coches, trenes, máquinas de escribir, relojes etc, y la revalorización de edificios industriales, estaciones, puentes, y en general de toda la arquitectura del hierro*”⁸²⁹.

Una de las primeras definiciones de la Arqueología Industrial, la de Kenneth Hudson en 1964, enmarca razonablemente el interés cultural de este patrimonio que permite, “*saber lo máximo posible acerca de las condiciones de trabajo y de la actitud mantenida por obreros y empresarios en este trabajo*”, “*saber todo aquello que obreros, empresarios, propietarios, técnicos etc. han variado o innovado en los procesos y métodos de trabajo y con que finalidad*”, “*saber como, de qué forma, se realizaba efectivamente ese trabajo, qué técnicas se utilizaban y con qué tecnología*”,

⁸²⁸ GUZMAN A. y FERNANDEZ G. “*El patrimonio industrial desde perspectivas multidisciplinarias*” en Biblio 3W. Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, vol. VIII, nº480, 20 de Diciembre de 2003.

⁸²⁹ AGUILAR CIVERA I. *La investigación sobre el Patrimonio Industrial. Una revisión bibliográfica*. Pag. 1.

“conocer (reconstruir) el contexto físico en que se realizaba el trabajo y las condiciones en las que obreros y empresarios, con sus familias, vivían y se comunicaban” y “finalmente, intentar llegar a la mentalidad, a la forma de estar en el mundo”, es decir “iluminar los aspectos no materiales del trabajo en el pasado del hombre”.⁸³⁰

Otros autores, (Buchanan más en concreto), definen como objetivo, “el restablecimiento y la restauración del monumento....a través de su consolidación... y a través de su renovación”. El monumento, “debe convertirse en un recuerdo del pasado, en la memoria del pasado, pero también en un laboratorio de investigación y, sobre todo, en un centro de formación”.⁸³¹

Las fases de investigación sobre el patrimonio industrial “han seguido tres líneas de trabajo”; por un lado, “trabajos de investigación histórica siguiendo un método descriptivo y comparativo”, por otro, “selección y propuestas de protección en aquellos edificios particularmente significativos entre la totalidad de los objetos a estudiar e inventariar”, y propiamente “conservación y gestión del patrimonio industrial”.⁸³² En esta línea, “la restauración de estos edificios tiene grandes beneficios para la sociedad, pues se evitan derribos impropios y significativos, se conserva la memoria histórica y urbana, se reutilizan edificios desafectados (y) se revitaliza la ciudad o parte de ella”.⁸³³ De todos modos el fruto de esas investigaciones es “una bibliografía todavía escasa, que intenta paliar ese vacío historiográfico a través de estudios que recogen desde lo local a lo general”.⁸³⁴

Debemos comenzar delimitando el concepto de patrimonio industrial. El Instituto de Patrimonio Histórico Español, adscrito al Ministerio de Cultura lo define como “el conjunto de elementos de explotación industrial, generado por las actividades económicas de cada sociedad”⁸³⁵, definición excesivamente amplia, y por ello escasamente útil, que parece querer considerar patrimonio cualquier elemento cuando debieran serlo únicamente los de valor y aportación singular.

A modo de aclaración, tan importante órgano afirma que en el Plan Nacional de Patrimonio Industrial, (al que más adelante nos referiremos), “se incluyen las manifestaciones comprendidas entre la mitad del siglo XVIII, con los inicios de la mecanización, y el momento en que comienza a ser sustituida total o parcialmente por otros sistemas en los que interviene la automatización”⁸³⁶, lo que en absoluto significa que no pueda hablarse de industria en el territorio estatal antes de tal fecha de partida, aunque Aguilar Civera sostenga que entre las distintas tendencias teóricas “hay un acuerdo más o menos tácito en centrarse en el período de la industrialización”,⁸³⁷

⁸³⁰ Citado en *ibidem*, pag. 2.

⁸³¹ Citado en *ibidem*, pag. 2.

⁸³² *Ibidem*, pag.4.

⁸³³ *Ibidem*, pag.4.

⁸³⁴ *Ibidem*, pag.6.

⁸³⁵ www.mcu.es. *Plan Nacional de Patrimonio Industrial*

⁸³⁶ *Ibidem*.

⁸³⁷ AGUILAR CIVERA I. op. cit. pag. 7.

argumentándolo “por lo general a través de las transformaciones que sufre la propia industria y sus medios de producción”⁸³⁸.

García Merino considera que el patrimonio industrial “*está compuesto por todos aquellos elementos o instalaciones industriales, y su entorno inmediato, que han desempeñado un papel decisivo, y reconocido generalmente, en la configuración de una sociedad, en sus caracteres, en la percepción que de la misma se tiene desde fuera, en la definición de un espacio que constituye un elemento de identidad para la población que vive en él*”⁸³⁹.

Vemos pues que las definiciones no se lo ponen fácil al operador jurídico, dado su nivel de genericidad y lo indeterminado de los conceptos que utilizan. En cualquier caso, Aguilar Civera, en su repaso a la bibliografía referida a la arquitectura o arqueología industrial, pone de manifiesto la disparidad de enfoques cronológicos e incluso reprocha a algunos autores que “*en cuanto a la delimitación cronológica son algo confusos*”⁸⁴⁰ o señala que dan diferentes opciones, “*desde la prehistoria a nuestros días, al respecto*”⁸⁴¹, lo que permite no dar por cerrada la cuestión.

INCUNA concibe el patrimonio industrial como “*el conjunto de elementos de explotación industrial generado por las actividades económicas de cada sociedad que responde a un determinado proceso de producción y a un sistema tecnológico concreto caracterizado por la mecanización dentro de un determinado sistema socioeconómico*”⁸⁴², que aún sin cita debe entenderse qué es el capitalista o de economía de mercado. Es una definición más concreta pero a la que puede formularse similar reproche.

Guzman y Fernández entienden por patrimonio industrial “*todo lo referente a la industria y como tal, industrial es todo aquel vestigio tangible e intangible surgido en torno a la industria, siendo de diversos orígenes ya sea de determinada fuerza motriz (hidráulica, eólica, vapor, eléctrica, etc) o definida por tipo de producción: Textiles, Minería, Ingenios etc*”⁸⁴³, definición confusa y un tanto tautológica, que complementan con otra, “*toda evidencia relacionada con la existencia de un determinado sitio industrial, denominándose éste como complejo en su aspecto integral*”, no menos crítica y a la que también habría que reprochar el exceso.

La Ley 1/2001 de Patrimonio Cultural de Asturias, define el “patrimonio histórico-industrial” como integrado por “*los bienes muebles e inmuebles que constituyen testimonios significativos de la evolución de las actividades técnicas y*

⁸³⁸ Ibidem, pag. 8.

⁸³⁹ Citado por CARCAMO J. “*La protección del Patrimonio Industrial*”. Jornadas sobre la protección del patrimonio cultural-1999. Diputación Foral de Bizkaia. Ponencia inédita, pag. 1.

⁸⁴⁰ AGUILAR CIVERA I. op. cit. pag. 12.

⁸⁴¹ Ibidem, pag. 14.

⁸⁴² INCUNA es la Asociación Arqueología Industrial, Patrimonio Cultural y Natural Máximo Fuertes Acevedo. www.incuna.org.

⁸⁴³ GUZMAN A. y FERNANDEZ G. op. cit.

productivas con una finalidad de explotación industrial y de su influencia sobre el territorio y la sociedad asturiana”. En especial, “de las derivadas de la extracción y explotación de los recursos naturales, de la metalurgia y siderurgia, de la transformación de productos agrícolas, la producción de energía, el laboreo de tabaco y la industria química, de armamento, naviera, conservera o de la construcción”.

Es evidente que en la relación se incluyen las actividades más presentes en la historia industrial de esta C.A. y que también incurre en el defecto tautológico al hacer referencia a la finalidad, pero no lo es menos que a esta definición no podemos reprocharle lo que a las anteriores, por cuanto alude, adecuadamente a nuestro juicio, a los “*testimonios significativos de la evolución*”.

Queda en todo caso en evidencia que el patrimonio industrial no resulta sencillo de definir, aunque incluya ciertamente no solo elementos muebles de naturaleza variada, (máquinas, herramientas, documentos, obras bibliográficas, planos, folletos publicitarios, fotografías y material gráfico, audiovisual o informático...), sino también inmuebles e instalaciones e incluso elementos inmateriales (técnicas y procesos), y que resulta preciso justificar su sustantividad y autonomía, las que pueden en su caso hacerle objeto de normación específica en contra del criterio del legislador vasco, y al respecto cabe recoger algunas de las reflexiones que hemos hecho ya en otro lugar⁸⁴⁴.

Los siguientes párrafos hacen hincapié en retos comunes a la gestión del patrimonio industrial moderno en cualquier lugar donde alcance una mínima riqueza y variedad, sin perjuicio de analizarlos, como sucede casi siempre, desde unas experiencias propias, (en este caso en la C.A.P.V.), de las que uno no puede abstraerse.

Me refiero expresamente al patrimonio industrial moderno. No es a humo de pajas. Cuando nos referimos al pasado es difícil establecer fronteras. Ni en el tiempo ni en el espacio, porque ya no coinciden con los nuestros. Pero no conviene olvidar que industria ha existido siempre.

Hay que remontarse mucho en el tiempo para olvidarnos del comercio y de la producción de bienes o prestación de servicios con miras de intercambio. Estamos aún lejos de comprender qué nivel tecnológico permitió a unos pocos ciudadanos de una esquina del Mediterráneo, construir en Gizeh unas pirámides que aún hoy nos maravillan, o a unos habitantes solitarios de una isla a miles de kilómetros del entorno humano más próximo, levantar unos “moai” que reflejan por si mismos la fuerza de la personalidad de un pueblo.

Algo conocemos sin embargo acerca de la forma de producir bienes y proporcionar servicios de las civilizaciones prehistóricas, pero incluso cuando

⁸⁴⁴ SOBRINO ARANZABE J. I. “*Algunos retos para la conservación del patrimonio industrial moderno: la experiencia de la C.A.P.V.*” en Congreso Vasco de Patrimonio Industrial. Asociación Vasca de Patrimonio Industrial y Obra Pública. Barakaldo. Octubre 2001.

conservamos o protegemos los bienes y materiales que se conocen a través de la investigación arqueológica, no solemos considerar que se trate de patrimonio industrial, por muy claro que fuese su contemporáneo destino a tales fines.

De ahí que utilice además un adjetivo, “*moderno*”, que aún ligado al tiempo y ambiguo por polisémico, pretendo nos traslada al mundo de la producción industrial capitalista, a sus instrumentos, procedimientos y materiales que es en definitiva lo que las definiciones anteriores nos han presentado como contexto del patrimonio industrial.

Sin duda se podrán poner objeciones al planteamiento que he realizado hasta ahora. Legítimas desde luego y quizá no desprovistas de fundamento.

Sin embargo en nuestra legislación vasca el patrimonio industrial carece por completo de personalidad y virtualidad jurídica. La Ley de Patrimonio Cultural Vasco (Ley 7/1990 de 3 de Julio) no contiene referencia alguna al patrimonio industrial, (si desde luego a otros como el etnográfico, arqueológico, documental o bibliográfico), y su amparo legal proviene de la genérica redacción del artículo 2.1, “*Integran el 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*”.

Si puede ser relativamente sencillo reconocer en sus elementos más relevantes alguno de esos intereses, (el técnico, social e incluso el urbanístico en según qué casos, por ejemplo, aunque el industrial no figura), el patrimonio industrial como conjunto, como categoría, carece de reconocimiento legal, en una norma que acaba apenas de sobrepasar su primeros quince años de vida.

Esto nos sitúa ante el primero de los retos que su gestión y la conservación de los elementos que lo integran plantean a quienes nos acercamos a él, **el reto de la definición.**

Quizá entiendan ahora mi afán provocador anterior, cuando ponía en solfa algunos de los caracteres espacio-temporales que definen en el común entender de todos nosotros lo que constituye el patrimonio industrial. No busquen a este respecto respuestas legales o jurisprudenciales. No las encontrarán. El jurista se presenta aquí desnudo, con las vergüenzas al aire, sin posibilidad de utilizar el instrumental jurídico ordinario para proporcionar respuestas precisas y seguras.

Aingeru Zabala ya nos expone algunas de las contradicciones de la praxis administrativa habitual a este respecto, “*preservamos los edificios más antiguos, los más significativos tipológicamente, los más espectaculares*” pero “*eso si, a poder ser*”

*siempre seleccionados entre los que ya no están en uso industrial*⁸⁴⁵, y hay sectores enteros, pongamos el del automóvil que él cita, enormemente relevantes, donde la continuidad en la actividad parece excluir la dimensión patrimonial.

La conclusión de este autor es que *“se trata al patrimonio industrial igual que a los demás patrimonios; esto es que se tiene poco en cuenta que lo que en las demás áreas es esporádico, en ésta es normal: el cambio y el uso son imprescindibles”*.⁸⁴⁶

No se trata tan solo de definir industria o patrimonio, conceptos a los que un buen diccionario podría aproximarnos razonablemente, sino de algo mucho más importante. ¿ Qué constituye el patrimonio industrial, los restos de un modo pasado de producir o la información que nos facilitan sobre los mismos ? ¿ Unos sistemas o procedimientos de generar productos, o las instalaciones materiales, quizá anodinas y desprovistas de valor en si mismas en que se llevaban a cabo ? ¿ Un determinado elemento aislado o un conjunto de ellos, sin los que no puede entenderse uno de los rasgos básicos que delimitan el concepto de industria , su carácter de proceso ? ¿ Cualquiera de estos o solo la presencia de todos ellos en alguna medida ?

No hay respuestas inocentes. Todas ellas prefiguran y condicionan una determinada política de gestión y protección del patrimonio industrial. Quizá con ejemplos extraídos de la experiencia de la C.A.P.V., podamos delimitar los contornos del debate que deseo proponerles.

¿ Conservar una chimenea como elemento decorativo de un parque de Bilbao, el de Etxebarria, por más que estéticamente sea un acierto y le dote de una innegable personalidad propia, nos dice algo en torno a la no diremos que emblemática, pero si bastante representativa fábrica que ocupó antaño su solar ?. Cuando la memoria de los vecinos que sufrimos durante años los inconvenientes de su sistema de producción y su importante efecto-barrera, empiece a padecer los efectos del paso del tiempo, ¿ sabrán quienes por allí pasen, bilbainos y ajenos, qué leches pinta aquello en aquel lugar ?

¿ En qué medida podemos hablar de protección del patrimonio industrial, cuando se conserva una grúa de unos astilleros desaparecidos, (La Carola de Euskalduna), si no se la rodea de un contexto que recuerde de alguna manera, como parece que se va a hacer por otra parte, cual era su función y que es lo que sucedía en torno a ella que la convierten en elemento tan singular como para justificar los ingentes recursos y no solo dinerarios que conlleva su preservación ?

Al entrar, pongamos por caso, en el edificio Illgner de Barakaldo, quizá uno pueda sentirse transportado al mundo de los Altos Hornos, quizá cual si hubiese viejos fantasmas sidero-metalúrgicos pueda sentir una llamada interior, que le acerque olores de hierro y carbón, visiones apocalípticas de fuego y humo o ensordecedores martilleos

⁸⁴⁵ ZABALA URIARTE A. op. cit. pag. 85.

⁸⁴⁶ Ibidem, pag. 85.

y ruidos de explosiones. Si no es así, cabe preguntarse en qué medida el edificio Illgner conserva la memoria de Altos Hornos de Bizkaia. Y en caso de que no debiese hacerlo, si la rehabilitación del edificio es en realidad un ejemplo de protección del patrimonio industrial.

Solo quiero poner de manifiesto que todo lo que hasta ahora llevamos apuntado es cuestionable desde el punto de vista jurídico, que el patrimonio industrial debe luchar por el espacio, los recursos económicos, (susceptibles de usos alternativos como se dice en la primera página de cualquier manual de Economía), y en definitiva la propia supervivencia, contra intereses muy poderosos y que en esa desigual contienda no puede permitirse el lujo de no contar con la ayuda y complicidad del Derecho. Nos corresponde a todos los interesados en la tutela del patrimonio ponérselo fácil al legislador y al juez. Y hasta ahora creo que no lo hemos hecho.

No es el de la definición el único reto de envergadura al que se enfrenta la conservación de nuestro patrimonio. Me voy a permitir realizar algunas consideraciones sobre **el reto de la valoración**.

Los recursos económicos son limitados. El espacio es finito, no es una mercancía cuya producción pueda incrementarse a voluntad y que les voy a contar que no conozcan sobre la financiación que precisa el mantenimiento de los bienes culturales, más de lo mismo. No puede conservarse todo, ni a cualquier precio. Un propósito semejante conduce directamente a la catástrofe, de que donde los “amigos” no distinguen, los “menos amigos” tampoco lo hagan.

Tampoco ideológicamente, y desde luego que aquí parte uno de una cosmovisión, de una visión del mundo y de la vida que no tiene nadie porque compartir, creo que sea conveniente la política de considerar todo lo heredado como de preservación obligada, únicamente por su condición de tal. Sobrevivir no es en ocasiones un mérito, sino mero producto de un azar que no debe encadenarnos por si solo.

El pasado pasó, puede razonablemente ser fuente de experiencias y saberes, pero es irreproducible, nada vuelve a ser igual. Y la sociedad no puede atarse a él, no puede pretender “congelar” la experiencia pasada, a riesgo de encadenar la iniciativa y capacidad de creación presente. (Y futura).

El patrimonio industrial reúne algunas características singulares que lo diferencian de otros. Junto a su naturaleza procesual y su notable vinculación a un uso, que ya hemos apuntado, está su carácter primordialmente inmueble. (Y además, no estamos hablando en general de un cuadro o documento descontextualizable sin merma de su interés).

El grado de afección de recursos que implica entonces la decisión conservadora es elevado. Siendo los recursos escasos, no podemos permitir que mediocridades del

pasado resten espacio a las posibles genialidades presentes o futuras. Los arquitectos e ingenieros de hoy, su vitalidad creadora, también debe ponerse en la balanza. Y el empate es muy difícil de conseguir. Casi siempre encontraremos ganadores y perdedores.

Estamos pues obligados a elegir, como sostenían los existencialistas franceses. Todo no es posible, nada no es deseable. Coincidimos plenamente con lo que señala A. Zabala,⁸⁴⁷ *“a veces hay que recordar que esa es la naturaleza de la historia, el cambio... y si esto es así habría que admitir que la naturaleza del patrimonio histórico ha de ser respetuosa con el carácter cambiante de la historia, no empeñarse en conservar lo que es fugaz, al menos no más allá de lo razonable”*.

Y contra el patrimonio, como *“características diferenciadoras, que, en muchos casos, lo hacen más frágil frente al expolio, el vandalismo y el abandono”*⁸⁴⁸, juegan además, como muy bien señalan Ibáñez y Zabala, *“la escasa antigüedad de los restos; muy pocos superan los 100 años de existencia, el no ser portadores de una estética tradicional, o de unos valores estético-artísticos (quizá habría que matizar que acordes con los gustos sociales imperantes), la animadversión que se desarrolla hacia el lugar de trabajo, escenario de explotación y agente de degradación medioambiental y, por último, la concepción de lo industrial como algo útil: como si al poner fin a la actividad para la que fueron concebidos no tuviera sentido alargar su existencia artificialmente”*⁸⁴⁹.

O como también sostiene Joaquín Cárcamo, *“el carácter provisional de muchas construcciones”, “la continua renovación y/o ampliación de las instalaciones”, “la aceleración de los avances científico-tecnológicos (que) dejan obsoletas cada vez más rápidamente las instalaciones y maquinarias”, el hecho de que “se concentran y deslocalizan muchas industrias, aparecen nuevos trabajos y desaparecen otros”, y el de que “los objetos y productos de fabricación industrial son a la vez múltiples y cotidianos, lo que aleja la conciencia sobre su posible desaparición”*⁸⁵⁰.

Tampoco es despreciable *“la aparición de redes organizadas y de anticuarios interesados en maquinarias y herramientas antiguas y la exportación de elementos como ferrocarriles o embarcaciones a países en los que el turismo cultural posee ya una fuerte implantación”*⁸⁵¹ ni *“los responsables de la redacción y aprobación de los instrumentpos de planeamiento municipal están demostrando una gran sensibilización hacia la protección del patrimonio industrial”*.⁸⁵²

⁸⁴⁷ ZABALA A. *“Obsolescencia y patrimonio. El patrimonio industrial”* en Congreso Vasco de Patrimonio Industrial. op. cit. pag. 75.

⁸⁴⁸ CARCAMO J. op. cit. pag. 2.

⁸⁴⁹ IBÁÑEZ M. y ZABALA M. *“Imaginando y creando un futuro para el Patrimonio Industrial Vasco. Doce años de la Asociación de Patrimonio Industrial y Obra Pública”* en Congreso Vasco de Patrimonio Industrial. op. cit. pag.95.

⁸⁵⁰ CARCAMO J. op. cit. pags. 2-3.

⁸⁵¹ Ibidem, pag. 5.

⁸⁵² Ibidem, pag. 7.

La elección, la priorización, no puede dejarse en manos del azar o de cualquier indocumentado a quien las circunstancias han colocado ante dicha responsabilidad. Es responsabilidad de quienes aman el patrimonio industrial, establecer criterios, ofrecer conclusiones, proponer a la sociedad unas reglas de actuación, que justifiquen una política determinada. Tampoco creo que nuestra labor en este terreno haya sido muy fructífera hasta el presente.

Si podemos reprochar a las administraciones públicas vascas la ausencia de una política, entendida como una idea, un planteamiento previo coherente al que respondan las múltiples iniciativas aisladas que se adoptan, es en buena parte responsabilidad de nosotros mismos que tampoco hemos sido capaces de proponerla.

Algunos de los problemas a que nos enfrentamos aquí son *“la dificultad para conocer la existencia de maquinarias valiosas en cientos de talleres e industrias y de proceder a su inventario; el desconocimiento por parte de muchos técnicos y empresarios del valor cultural de estas máquinas, la ausencia de protección legal, la inexistencia de instituciones de recogida y custodia...”*⁸⁵³

Hay que referirse a un último reto, **el de la utilización.**

Los recursos y afecciones de que nos hemos hecho eco precisan de una justificación diferente de la admiración totémica de unas élites culturalmente interesadas. El patrimonio industrial debe ofrecer rendimiento social. Debe hacerlo hoy, y debe hacerlo para todos, pues todos son los que soportan los sacrificios que conlleva su mantenimiento. No para todos será el mismo evidentemente, pero no puede constituirse en elemento de disfrute de unos pocos “expertos”, mientras para tantos y tantos resulta una cuestión ajena.

Y sin embargo su utilización debe ser plenamente coherente con su naturaleza. Si su supervivencia se justifica en virtud de su condición de patrimonio cultural, pérdida ésta cesa la razón de su existir.

Y es aquí donde adquiere pleno sentido el análisis de ejemplos como los que he extraído de nuestra realidad cotidiana de entre los otros muchos posibles. ¿ Conservar elementos aislados, escogidos muchas veces bajo criterios de simple ubicación, (estos no molestan a otros proyectos), y no de representatividad o valor singular, sin mayor referencia a la realidad anterior que su propia presencia testimonial, es en realidad proteger el patrimonio industrial ?

La reutilización del patrimonio industrial inmueble, (el mueble siempre tiene espacio en algún museo), para actividades muy alejadas de la original que fundamenta

⁸⁵³ Ibidem, pag. 4.

su interés cultural, pone en cuestión si lo conservado es la esencia o lo accesorio, el contenido o tan solo el continente, el espacio en el que se desarrollaba la actividad en lugar de la memoria, (si es que no se puede más), de la misma.

No podemos ceñirnos a considerar la actividad museística como la única plenamente preservadora, pero tampoco conceder el aval y los recursos destinados a la protección del patrimonio a cualquier cosa.

8.5.1.2. Evolución de la conciencia y protección del patrimonio industrial en la C.A.P.V.

Se ha escrito, quizá con una cierta exageración sobre todo teniendo en cuenta lo todavía un tanto indeterminado del concepto, que *“el patrimonio industrial en nuestra comunidad se encuentra entre los más destacados de la vieja Europa”* y que *“a pesar de que en los últimos años han desaparecido elementos muy significativos del mismo, el patrimonio que nos ha sido legado en este ámbito es extraordinariamente rico y heterogéneo”*⁸⁵⁴, o, en posición más matizada, que *“la arquitectura industrial gipuzkoana puede y debe ser plenamente entendida dentro de los grandes cánones de la arquitectura, reafirmando su inestimable valor para la Historia del Arte y de la arquitectura de nuestras villas, pero también del conjunto del País Vasco...”*⁸⁵⁵

Es innegable desde luego que algunos de los sectores más representativos de la industria clásica del siglo XIX y principios del XX, la siderurgia, la construcción naval, la minería, la industria papelera... contaron con una presencia entre nosotros muy superior a la media estatal y que en alguno de los casos era relevante incluso a nivel europeo.

A este respecto un estudio científico, ceñido preferentemente al período 1841-1940, el *“Inventario Provisional de Patrimonio Industrial y de la Obra Pública”*, realizado por la Asociación Vasca de Patrimonio Industrial y Obra Pública (A.V.P.I.O.P.) recogía un total de 1.227 elementos, (558 situados en Bizkaia, 474 en Guipúzcoa y 195 en Alava), 2.241 arquitecturas inventariadas, 882 estructuras ingenieriles y 663 máquinas o artefactos mecánicos⁸⁵⁶.

Son muchos, sin embargo, los elementos desaparecidos, y en la mayoría de los casos *“sin una reflexión previa sobre el interés o no de conservarlos”*.⁸⁵⁷

⁸⁵⁴ IBÁÑEZ M. y ZABALA M. op. cit. pag. 93.

⁸⁵⁵ APRAIZ SAHAGUN A. y MARTINEZ MATIA A. *“Arquitectura industrial en Guipúzcoa”*. www.Guipúzcoa.net/archivogipuzkoa. Archivo “Conclusiones”, pag. 7.

⁸⁵⁶ IBÁÑEZ M. y ZABALA M. op. cit. pag. 95.

⁸⁵⁷ Ibidem, pag. 101.

Herrerias y Zaldúa en una referencia a Donostialdea, trasladable, velis nolis, a cualquier otra comarca del territorio vasco, consideran que *“en el listado de elementos desaparecidos se encuentran algunos de los elementos más significativos del patrimonio de la zona e incluso de la Comunidad Autónoma Vasca”*. Se *“han perdido edificios industriales, maquinaria, archivos de empresa fundamentales para el estudio de nuestro pasado industrial, tecnológico e incluso arquitectónico”*.

En suma, *“hemos borrado la memoria de esos lugares...han desaparecido ejemplos únicos de la arquitectura industrial como el edificio fundacional de la Textil Brunet y Cía, uno de los primeros edificios fabriles de pisos de Guipúzcoa con columnas de fundición o casos como La Palmera de Irún, obra del arquitecto Luis Vallet.”* Además, *“en la mayoría de los casos la desaparición de este importante patrimonio industrial ha sido total”*. No se ha conservado *“casi ningún testimonio, excepto alguna que otra chimenea, a veces incluso desmochada”*⁸⁵⁸.

La Asociación Vasca de Patrimonio Industrial y Obra Pública, (A.V.P.I.O.P.), califica como *“errática”* la política de protección del patrimonio industrial que desarrolla el Gobierno Vasco, *“da una de cal y otra de arena...mientras por un lado el ejecutivo autonómico financia investigaciones, inventarios y las bases para el futuro Museo Vasco de la Industria, por otro, deja que muchas de las edificaciones representativas del pasado obrero vasco permanezcan abandonadas o sean derribadas”*.⁸⁵⁹

Sin embargo, el profesor Zabala detecta ahora *“quizás por primera vez”, una “coincidencia relevante: la de una sensibilidad notable por la conservación de los Bienes Culturales y la de la pérdida colectiva de función de una parte significativa de los mismos”*.⁸⁶⁰

En esta apreciación sobre la mayor sensibilización coinciden también M. Zabala e Ibáñez, *“existe una mayor sensibilización social por el patrimonio heredado...hay una mayor amplitud de miras a la hora de considerar el patrimonio ya no solo desde el punto de vista esteticista que identificaba patrimonio con monumento singular de carácter histórico-artístico (y) hay una creciente toma de consideración por la sociedad del patrimonio más reciente”*⁸⁶¹ y las propias Herreras y Zaldúa, *“comienzan a aparecer proyectos en los que el patrimonio industrial ocupa un lugar importante y que han trascendido a la opinión pública”*⁸⁶².

Nada está, sin embargo exento de contrapartidas, *“en un contexto de intervención más permisivo que el actual”* las circunstancias condujeron *“a actuaciones radicales de*

⁸⁵⁸ HERRERAS MORATINOS B y ZALDUA GOENA J. *“El patrimonio industrial en la conurbación Donostia-Irún”* en Congreso Vasco de Patrimonio Industrial. op. cit. pag. 226-227.

⁸⁵⁹ Boletín de la Asociación Vasca de Patrimonio Industrial y Obra Pública, nº4, año 2006, pag. 3.

⁸⁶⁰ ZABALA URIARTE A. op. cit. pag. 75.

⁸⁶¹ IBÁÑEZ M y ZABALA M. op. cit. pag. 101.

⁸⁶² HERRERAS MORATINOS B. y ZALDUA GOENA J. op. cit. pag. 227.

*cambios de usos que hicieron posible la subsistencia de la mayoría de estos bienes...allí donde estas actuaciones de readaptación no se produjeron entonces, la supervivencia de los elementos a que nos referimos ha estado, y a veces aún está, seriamente comprometida”.*⁸⁶³

Haciendo historia sobre la concienciación en los valores culturales del patrimonio industrial, se ha señalado que *“en 1980-85 era aún un fenómeno elitista; en algunos casos la Administración no era ajena a la misma, pero esa misma Administración era incapaz de articular debidamente una política coherente con su propia sensibilidad... (testimonio valioso, por cuanto proviene de alguien que ha ostentado diversas responsabilidades en la materia, tanto en el Gobierno Vasco como en la Diputación Foral de Bizkaia) en aquel momento no existía un inventario...y sin un acuerdo general sobre sus componentes difícilmente se podía ir a un catálogo y de ahí en adelante aún menos”.*⁸⁶⁴

No se trata, a nuestro juicio, de un fenómeno del pasado. La sensibilidad hacia el patrimonio industrial sigue siendo patrimonio de una élite muy reducida en la C.A.P.V., al menos la sensibilidad informada, y no la bobalicona que se escandaliza un día por un derribo y lo acepta encantada al día siguiente de conocer el coste económico de la preservación, o el proyecto, sea del tipo que sea, que viene a sustituirlo.

Creemos con el propio Zabala, que *“la sociedad admite el valor de las reflexiones intelectuales, y por lo tanto cree que hay que conservar el Patrimonio Industrial, pero ciertamente no sabe lo que se pretende con eso, y a lo más que llega es a una concepción museística de lo mismo o, a lo sumo, a una visión de las arquitecturas de la industria”.*⁸⁶⁵

Ya hemos señalado que la L.P.C.V. no contiene referencia alguna al patrimonio industrial en cuanto tal. A la cuestión que planteábamos en torno a la sustantividad del mismo y la necesidad de otorgarle consideración y regulación específica, creemos que, al modo asturiano, puede responderse ya afirmativamente con los argumentos que hemos expuesto, y que por tanto hay que reprochar al legislador vasco que no corrija el error en su día cometido.

Pero cabe preguntarse si, pese a la omisión legal, existe alguna tutela específica, o la que se proporciona a sus elementos integrantes dentro del marco general es la oportuna y adecuada.

Un único dato es suficientemente ilustrativo al respecto, (coincide además con lo que ya hemos denunciado al referirnos al régimen general de protección), el contraste entre el número de elementos a proteger, según el estudio científico a que antes nos

⁸⁶³ ZABALA URIARTE A. op. cit. pag. 75.

⁸⁶⁴ Ibidem, pag. 77

⁸⁶⁵ Ibidem, pag. 91.

referíamos y el de los que cuentan con alguna disposición administrativa de tutela cultural.

Son concretamente, según datos de la Asociación Vasca de Patrimonio Industrial y Obra Pública⁸⁶⁶, 21 los elementos calificados y 10 los inventariados, existiendo más de una cincuentena con solicitud de que se incoe expediente para uno u otro régimen a la que el Gobierno Vasco no ha dado respuesta y 3 con expediente incoado en tramitación. (El imponente edificio de Molinos Vascos de Zorroza, Manufacturas de Olaran y La Burrería-Almacén de Hierros). Recordemos que eran varios miles de elementos los que el estudio de la A.V.P.I.O.P. recomendaba tutelar jurídicamente.

Es sintomático también el hecho de que 11 elementos cuya protección jurídica se había instado desde entidades públicas o privadas, fueran derruidos antes de que dicha protección hubiese adquirido virtualidad jurídica. (Entre ellos la Compañía de Maderas, en cuyo solar se ha edificado el Museo Guggenheim, el Molino del Pontón, La Cervecería del Norte o la Fábrica Municipal de Gas, solo en Bilbao).

Según la asociación, el Lehendakari adquirió en 2005 el compromiso de incrementar hasta 250 los elementos incluidos en el listado de bienes industriales protegidos, pero *“poco se ha hecho desde entonces...en parte por ignorancia y en parte por falta de voluntad real, porque estas construcciones se ubican a menudo en territorios incómodos de alto interés especulativo”*.⁸⁶⁷

Una evaluación más justa quizá, debería resaltar también el extraordinario volumen de recursos que debería destinar el Gobierno para hacer frente a los desmanes especulativos.

La relación de elementos jurídicamente protegidos comprende como calificados, la Alhóndiga Municipal de Bilbao, (en la que se construye en la actualidad un centro deportivo y de ocio), los mercados de Portugalete, Zarautz, La Ribera y el de la Verdura de Tolosa, los mataderos de Balmaseda y Areatza, las estaciones de La Canilla y Neguri, el Puente Bizkaia entre Portugalete y Getxo, el Puente Alzola entre Bilbao y Barakaldo, el Viaducto de Ormaiztegui, sobre el que hubo incluso una consulta popular, el Depósito de Aguas de Vitoria y las salinas de Añana.

También diversas fábricas como la de boinas “La Encartada” de Balmaseda, la de hielo de Lekeitio, la municipal de gas de Donostia, (a la que se han causado daños irreversibles que han ocasionado una amplia polémica con motivo del traslado realizado por el Ayuntamiento), y las instalaciones de Laborde Hermanos en Andoain, (hoy en día un parque cultural en el que tienen su sede varias empresas de la comunicación en euskera), el horno de alfarería de Zubiate, la draga Jaizkibel y el que sin duda más ríos

⁸⁶⁶ www.avpiop.com

⁸⁶⁷ Boletín de la Asociación Vasca de Patrimonio Industrial y Obra Pública, nº4, año 2006, pag .3.

de tinta ha hecho correr, el horno alto nº1 de Altos Hornos de Bizkaia, mientras que entre los inventariados encontramos la Casa-Taller Bonilla, el horno de Ollerías, la gasolinera Goya y las instalaciones de Azucarera Alavesa, ambas en Vitoria las salinas de Leintz-Gatxaga, el mercado municipal de Deba, el astillero de Egiguren y Atxurra, las instalaciones de Dolomitas del Norte y Talleres de Zorroza, (lo que queda de ellas), y la fábrica de harinas “La Ceres”.

La A.V.P.I.O.P. solicitó, sin embargo, solo en 2006 e infructuosamente hasta el momento, la incoación de expedientes a favor de la Depuradora de Bolintxu, el Café Boulevard y la draga Titán en Bilbao, algunos elementos de la fábrica de Sefanitro, (Fertiberia), en Barakaldo y la estación de Bilbao-Abando, (hoy inapropiadamente denominada Indalecio Prieto), y en 2008 lo ha solicitado a favor de la fábrica de conservas Ormazza de Bermeo y ha apoyado, junto a T.I.C.C.I.H.-España, la solicitud de la Fundación Museo Minero para la incoación de la Mina Bodovalle de Gallarta (Abanto-Zierbena), mientras que desaparecieron también únicamente durante ese año 2006, la fábrica de Conservas Garavilla en Bermeo, la antigua planta de colada de Altos Hornos de Vizcaya, las instalaciones de la fábrica de gas de Donostia, la fábrica de motos “Lube” de Barakaldo, la fábrica Llama Gabilondo de Vitoria-Gasteiz y la antes citada draga Titán⁸⁶⁸.

En sentido contrapuesto, se desarrollaron durante ese año algunas iniciativas elogiadas, la apertura del Museo del Licor en Amurrio, (instalaciones de Destilerías Acha, Alava), los proyectos de un centro de interpretación de energías renovables en la central hidroeléctrica de Asparrena, (Alava), el proyecto de museo de la harina de Abetxuko, (Vitoria-Gasteiz), el Museo del Agua de Sobrón en el cañón del Ebro, la apertura del museo de la Fábrica de Boinas de “La Encartada” en Balmaseda (Bizkaia), el proyecto de museo de las Dolomitas del Norte en Karrantza y el de rehabilitación del viejo astillero de Mendieta en Lekeitio (Bizkaia), y la apertura del Museo de las Armas de Eibar y la recuperación del ferrocarril minero entre Mutiloa y Ormaiztegi en Gipuzkoa.

La situación de indefensión, al menos desde el punto de vista cultural, de la mayor parte del patrimonio industrial vasco no es “rara avis” en el paisaje estatal. Incluso hay quien, en Aragón por ejemplo, lamenta que la protección allí apenas ha comenzado si se compara con *“el trabajo que, en esta dirección, están llevando a cabo en otras Comunidades Autónomas de nuestro país como Cataluña o el mismo País Vasco”*.⁸⁶⁹ De hecho la L.P.H.E. de 1985, *“que es en este sentido una ley generalista, no contiene, sin embargo, ninguna referencia al patrimonio industrial”*.⁸⁷⁰

⁸⁶⁸ Ibidem, pag. 9.

⁸⁶⁹ BIEL IBÁÑEZ P. y HERNANDEZ MARTINEZ A. *“Arquitectura industrial en Aragón: radiografía de un patrimonio en peligro”* en Congreso Vasco de Patrimonio Industrial. op. cit. pag. 149.

⁸⁷⁰ MAGAN PERALES J.M.A. *“La difícil definición y la escasa protección legislativa del patrimonio industrial. La situación legislativa estatal y autonómica”* en Congreso Vasco de Patrimonio Industrial. op. cit. pag. 205.

Por eso las críticas de A. Zabala “*tal y como está planteada no cabe ninguna actuación sobre el patrimonio industrial vivo, en uso, ninguna empresa podría funcionar con tales limitaciones (por ejemplo la de prohibición de rótulos comerciales en fachada) ...no estamos tampoco al socaire de normas como las de seguridad etc. que imponen actuaciones claramente enfrentadas con la literalidad de ese artículo 39...de modo que o la ley no se aplica, o si se aplica solo puede hacerse a bienes como los que hemos señalado en la primera parte, es decir dudosamente representativos, o lo que es peor si se aplica a bienes que lo son propiamente, los condena a muerte desde el mismo momento de su declaración...por el camino de la práctica de la administración y por el carácter limitador de la ley se converge en una situación que debe ser repensada...*”⁸⁷¹ deben referirse a la ausencia de tratamiento específico del patrimonio industrial y su atención a través del régimen general.

Compartimos además su conclusión final, “*o se modifica el marco de actuación y además se desarrollan propuestas teóricas eficaces y de amplia difusión, especialmente en la sociedad industrial, o la conservación del verdadero patrimonio industrial está seriamente comprometida...en esta situación no cabe sino promover, por un lado la corrección de la ley, o más exactamente, solicitar la redacción de un hábeas normativo que dentro de la legislación cultural sobre patrimonio, tenga en cuenta las especificaciones del legado industrial...y por otro reconducir una parte de la doctrina al uso, dotando al legado industrial de un marco de interpretación más flexible, más acorde con su propia naturaleza cambiante y productiva*”.⁸⁷²

A estas consideraciones intenta dar respuesta el llamado “*Plan Nacional de Patrimonio Industrial*” elaborado por el Ministerio de Cultura y que se encuentra en marcha desde el año 2000.

Dicho Plan fue objeto de estudio de viabilidad por parte de una comisión integrada por 7 representantes de las C.C.A.A., 3 expertos en la materia y 4 técnicos del Instituto de Patrimonio Histórico Español y tiene, según confesión de parte, vocación de aplicación en todo el territorio del Estado. (Es decir incluyendo la C.A.P.V. y Navarra en lo que se refiere a nuestro ambito de estudio).

Sus ambiciosos objetivos son “*acometer la protección, conservación y proyección social de dicho Patrimonio*” e “*instrumentar las medidas que lo hagan posible*” (nada más y nada menos), *incluyendo el uso futuro de conjuntos, edificios y elementos industriales, en la convicción de que se trata de un patrimonio que puede convertirse en factor de desarrollo local, tanto cultural como económico*”.

Su necesidad se justifica “*en la necesidad de protección y conservación de un patrimonio que, por su propia especificidad, presenta un rápido deterioro y está expuesto a desaparecer*”, en razón del “*gran número de elementos a conservar*”, de

⁸⁷¹ ZABALA URIARTE. A. op. cit. pags. 85-87.

⁸⁷² Ibidem, pag. 89.

que “*se trata de elementos sujetos a una continua transformación*”, de la “*obsolescencia funcional que implica una ausencia de rentabilidad económica*”, de que “*en la mayoría de los casos se ubican en espacios urbanos de situación privilegiada, (habría que decir en muchas ocasiones en espacios que la ubicación de la propia industria convirtió en privilegiados)*, de que “*habitualmente ocupan grandes superficies de propiedad única*”, de su “*absoluta desprotección legal*” (confesión del propio fracaso), de la “*carencia de sensibilización hacia este patrimonio, tanto por parte de las administraciones como de la sociedad*” (más de lo mismo), de la “*dificultad de su conservación íntegra, es decir que se pueda contar con la presencia de todos sus elementos originarios*” y de la “*carencia y/o diversidad de criterios a la hora de plantear su conservación o derribo*”.

Es difícil no compartir el diagnóstico, como ya hemos puesto de manifiesto, cuestión distinta sin embargo, coincidir con la terapia.

El Plan parte de una clasificación de elementos por sectores, “*industria textil, agroalimentaria, del corcho, la madera y el mueble, del papel y las artes gráficas, de la piel y el calzado, minería y actividades extractivas, siderúrgica, metalúrgica y talleres mecánicos, industria química, de la construcción cerámica y vidrio, naval, del juguete, extracción y distribución de agua, energía; gas, electricidad y petróleo, transporte, comunicaciones (y) otros*” y dispone que la identificación y valoración de los bienes susceptibles de intervención “*debe ser equilibrada*”...*deben estar representados la mayor parte de los sectores industriales, las etapas del proceso de industrialización y los territorios de las Comunidades Autónomas*” (Se sobreentiende que todas ellas).

Los criterios de selección propuestos son por un lado, el “*valor testimonial, singularidad y/o representatividad tipológica, autenticidad e integridad*”, el criterio “*histórico-social, tecnológico, artístico-arquitectónico y territorial*” y finalmente “*la posibilidad de restauración integral, el estado de conservación, (la existencia de) un plan de viabilidad y rentabilidad social (y la) situación jurídica*”.

La Comisión Delegada del Consejo de Patrimonio Histórico para el Patrimonio Industrial, “*tras estudiar las propuestas presentadas por las C.C.A.A.*”, “*seleccionó (en 2002) los siguientes bienes para una primera fase de actuaciones*”, en lo que respecta a la C.A.P.V., “*la Draga Jaizkibel de Pasaia, el coto minero de Irugurutzeta, el Alto Horno I de Altos Hornos de Bizkaia en Sestao y las Salinas de Añana*”. Desconocemos que esta selección se haya traducido en intervención efectiva alguna.

En cualquier caso hay que destacar la patente contradicción entre la ambición expresada en los objetivos, (que en ningún caso se refieren a actuar sobre unos pocos elementos seleccionados, ni siquiera en una primera fase), y la escasez en la dotación de medios y selección de intervenciones. (Todavía más si contemplamos esa ausencia de intervenciones efectivas, transcurrido ya un plazo más que razonable para haberlas visto nacer).

Es evidente que intervenir sobre una cincuentena de elementos en todo el ámbito estatal, aunque fuesen los más representativos lo que puede verse además cuestionado por el hecho de que deban estar representadas todas las C.C.A.A., no es salvaguardar el patrimonio industrial, ni siquiera impedir que el mero transcurso del tiempo deteriore durante esa “*primera fase*” muchos más de aquellos que se “*protegen*”.

Lo que si pone de manifiesto la existencia del Plan, de forma añadida a lo que ya estamos manifestando, es la existencia autónoma del patrimonio industrial, su necesidad de consideración específica y el defecto en que incurren las leyes, tanto la L.P.H.E. como las de ámbito autonómico que no se la han ofrecido.

A nivel internacional nos lleva a similar conclusión el que en 1978, con ocasión de la III Conferencia Internacional sobre la Conservación de Monumentos Industriales, se crease el Comité Internacional para la Conservación del Patrimonio Industrial (T.I.C.C.I.H.), que tiene por objetivos, entre otros,⁸⁷³ “*estimular el intercambio de información científica, técnica, práctica y organizativa entre investigadores, responsables de la conservación y restauración, educadores y enseñantes, empleados y obreros industriales y propietarios de empresas e instituciones*”, “*promover congresos, simposium, y un Forum para el intercambio de ideas*”, “*preservar y defender el Patrimonio Industrial... sensibilizando, valorizando y actuando en aquel que pueda considerarse en peligro de desaparición*”, “*informar del conjunto de recursos asociativos, individuales e institucionales presentes en el territorio en relación con las actividades del Patrimonio Industrial*”, “*promover convenios de colaboración y cooperación...*” en la materia y “*editar todo tipo de publicaciones*” sobre el patrimonio.

Las primeras legislaciones autonómicas que se aprobaron a principios de los años 90 “*hacen nulas o muy escasa referencias al patrimonio industrial*”.⁸⁷⁴ Es el caso de la L.P.C.V. o la ley andaluza. La ley catalana de 1993 se refiere a que el industrial forma parte del patrimonio cultural catalán pero sin normación específica, y es la gallega de 1995, la primera norma que da ese paso adelante.

Un cambio importante se produce en las leyes autonómicas de finales de los 90, (salvo excepciones como Canarias), que ya cuentan con protección jurídica específica de este patrimonio. Son ejemplos de esta tendencia Cantabria, Baleares o Asturias. En cualquier caso, el escaso lapso de vigencia de algunas de estas normas y la escasez de medios para el desarrollo y puesta en práctica de sus disposiciones, hacen que no pueda hablarse de protección eficaz en ninguna de las C.C.A.A.

Por hacer referencia a la legislación autonómica más destacada en este ámbito en cuanto a menciones expresas, la Ley 1/2001 de Asturias, se recogen como medios de protección del patrimonio, (art.76.3), “*la declaración como Bien de Interés Cultural, la inclusión en el Inventario del Patrimonio Cultural de Asturias o en los Catálogos*

⁸⁷³ www.incuna.org.

⁸⁷⁴ MAGAN PERALES J.M.A. op. cit. pag. 207.

urbanísticos de protección de los bienes susceptibles de recibir ese tratamiento” (es decir los medios comunes y habituales en el resto de normas autonómicas), “la recogida sistemática y la puesta al servicio del público y de los investigadores en instituciones adecuadas de los fondos documentales y la maquinaria y bienes similares apartada ya de los procesos productivos y con interés histórico singular”, la “aplicación de las normas específicas contenidas en esta Ley o que desarrollen sus principios a través de la normativa urbanística, medio ambiental o de cualquier otra naturaleza que establezcan las Administraciones Públicas” (remisión en si misma de escaso valor) y el “apoyo a la labor de las asociaciones, instituciones y personas que realicen labores de investigación y colaboración social en la protección del Patrimonio Histórico-Industrial”.

De la mera lectura del precepto se concluye que son los apartados 2º y 4º los que realmente aportan alguna novedad y su redacción no permite en ningún caso garantizar la efectividad de lo que con ellas se persigue.

Adicionalmente, el artículo 77 dispone que *“se prohíbe la destrucción de maquinaria industrial de fabricación anterior a 1940 salvo que, por razones de fuerza mayor o interés social, o de carencia de interés cultural, exista autorización expresa en dicho sentido de la Consejería de Educación y Cultura. Las peticiones de autorización “deberán ser resueltas en un plazo máximo de tres meses”.*

Es ésta, sin ningún género de dudas, la disposición más eficaz en la tutela del patrimonio industrial, aunque se refiera tan solo al patrimonio mueble. El legislador asturiano sigue aquí la línea que hemos reclamado en varios apartados de este trabajo, de introducir disposiciones generales de clasificación, (en este caso siguiendo un criterio cronológico, que suponemos tendrá que ver con la importante destrucción que ocasionaría a no dudar la Guerra Civil), sin perjuicio de las medidas de tutela individual que en cada caso correspondan, siquiera sea estableciendo la obligación mínima de no-destrucción sin autorización. Esta norma en si misma avala y legitima la decisión legislativa de proporcionar una consideración específica al patrimonio industrial

En lo que respecta al traslado fuera del territorio del Principado de Asturias, *“se estará a lo dispuesto en el artículo 41”* que prohíbe el traslado en los bienes de comunicación obligatoria en tanto en cuanto no se haya producido ésta, norma respecto de la que es difícil la persecución del infractor y sobre todo la *“restituto in integrum”* a la situación anterior.

Para la protección concreta de los bienes documentales de interés histórico-industrial *“se estará a lo dispuesto con carácter general para el Patrimonio Documental”*, lo que supone una renuncia, dada la similar naturaleza documental, a otorgar un tratamiento específico a estos bienes; opción legislativa que compartimos.

La norma asturiana dedica una última referencia al patrimonio industrial, la del artículo 78 que establece el mandato de que *“serán objeto especial de recopilación y estudio los aspectos sociales de la industrialización y muy especialmente los relacionados con los cambios en la vida cotidiana y con la historia del movimiento obrero, incluyendo los correspondientes testimonios orales”*, disposición criticable en su redacción por limitatoria de la libertad de los investigadores, cuando su enfoque debería en todo caso ser el de instar a la administración del Principado a favorecer las investigaciones que tuviesen dicho objeto.

8.5.2. La protección del patrimonio audiovisual.

8.5.2.1. El concepto de patrimonio audiovisual y su génesis histórica

La Ley de Patrimonio Cultural Vasco no contiene referencia alguna al patrimonio audiovisual, lo cual no quiere decir en absoluto que los bienes de esta naturaleza no se incluyan entre aquellos que por su *“valor histórico, artístico, urbanístico, etnográfico, científico, técnico y social”* son merecedores de *“protección y defensa”*. (Art.2.1). Es éste el caso de la práctica totalidad de las legislaciones de las C.C.A.A., en las que aún cuando en ocasiones se utilice el concepto, no se le concede personalidad propia

Los legisladores autonómicos engloban el patrimonio audiovisual y los elementos que lo integran, en el marco del patrimonio bibliográfico, (Andalucía, Baleares, Murcia...), etnográfico (Canarias) o documental (Extremadura, por ejemplo).

Hay sin embargo una notable excepción, la Ley 4/1998 de 11 de Junio, del Patrimonio Cultural Valenciano, que contiene un Título, el V, dedicado al *“patrimonio documental, bibliográfico, audiovisual e informático”*, (distinto y equivalente por tanto a los con él citados), y un artículo específico, el 77, dedicado a definir específicamente *“los bienes integrantes del patrimonio bibliográfico y audiovisual”*, por más que posteriormente su tratamiento tutelador no contenga disposiciones singulares.

Todo esto nos lleva a tener que analizar cuidadosamente la sustantividad de este patrimonio y la necesidad de su consideración y regulación específica.

Podemos acudir a fuentes diversas a la hora de delimitar el concepto de patrimonio audiovisual. La propia norma valenciana incluye entre los elementos integrantes del mismo *“los ejemplares producto de ediciones de obras fotográficas, fonográficas, cinematográficas y audiovisuales, cualquiera que sea su soporte material, existentes en la Comunidad Valenciana o relacionadas con cualquier motivo con el ámbito lingüístico o cultural valenciano, de los que no conste la existencia de, al menos, un ejemplar en buen estado de conservación en sus centros de depósito cultural o servicios públicos”*, (art.77.c), y *“ los fondos y obras bibliográficas, fotográficas, fonográficas, cinematográficas y audiovisuales que, sin reunir los requisitos señalados en este*

artículo (se sobreentiende que en los apartados anteriores) y en atención a su valor cultural, se incluyan por resolución de la Conselleria de Cultura, Educación y Ciencia en el Catálogo del Patrimonio Bibliográfico y Audiovisual Valenciano como integrantes de dicho patrimonio”.

No merece la pena reiterar de nuevo la crítica anterior a las cláusulas tipo “*relacionadas con cualquier motivo*”, especialmente en lo que hace a bienes que no se encuentren en territorio valenciano.

En cualquier caso parece incongruente integrar en el patrimonio cultural todos los ejemplares de una edición, cuando la causa del interés es la ausencia de un ejemplar en mano pública.

Parecería que lo procedente debiera ser considerar patrimonio un elemento, escogido en función de algún otro criterio, o al menos establecer algún mecanismo por el cual se hiciese pública con celeridad la adquisición y el consiguiente cese de la patrimonialidad.

Del Valle Gastaminza⁸⁷⁵ nos proporciona diversas definiciones de algunos de los conceptos que estamos utilizando. A su juicio, “*la herencia o patrimonio audiovisual comprende las películas producidas, distribuidas, difundidas o de cualquier modo puestas a disposición del público...en este contexto película es una serie de imágenes fijadas o almacenadas en un soporte, con o sin sonido, que, cuando se proyecta o se visiona produce una impresión de movimiento*”.

Comprendería este patrimonio los siguientes materiales: “*sonido registrado, radio, cine, televisión, video o cualquier otra producción que comprenda imágenes y/o sonido registrado estén o no principalmente orientadas a su difusión pública*”, “*objetos materiales, obras relacionadas con los medios audiovisuales desde un punto de vista técnico, industrial, cultural, histórico; esto incluirá material relacionado con la industria cinematográfica, de radio y televisión y de grabación musical, como textos, guiones, fotografías, carteles, materiales publicitarios y objetos como equipos técnicos o vestuario*” y “*conceptos como la perpetuación de equipos y entornos en desuso asociados con la reproducción y presentación de estos medios*”.

Documentos audiovisuales, serían en esta línea, los “*registros visuales (con o sin banda sonora), independientemente de su soporte físico y proceso de registro y grabación, como películas, microfilms, diapositivas, cintas magnéticas, videogramas, laserdiscs, CD-Rom,*

a) realizados para difusión pública a través de la radio o la TV, por medio de proyección en pantalla o por cualquier otro medio,

⁸⁷⁵ Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Ciencias de la Información. www.ucm.es

b) realizados para ser puestos a disposición del público

y los “registros sonoros, independientemente de su soporte físico y proceso de registro o grabación, como cintas magnéticas, discos, bandas sonoras, laserdiscs,

a) realizados para difusión pública a través de la radio, o por cualquier otro medio

b) realizados para ser puestos a disposición del público.

Obra audiovisual, como concepto aglutinante, sería según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “aquella que apela al mismo tiempo al oído y a la vista y consiste en una serie de imágenes relacionadas y sonidos de acompañamiento registrados en un soporte adecuado.

Torres Moya considera por su parte⁸⁷⁶ que “el patrimonio audiovisual es amplio, y va más allá del rollo de película, en cine, o el casete de video, ya que abarca un conjunto de materiales y conceptos que le dan contexto y ayudan a la comprensión del registro audiovisual, tales como libros, equipos, revistas, recortes de prensa, procesos industriales y saberes, entre otros”.

Consideramos desde nuestra personal perspectiva, en la línea ya expuesta de que lo patrimonial es lo significativo, lo singular, sin perjuicio de la indiscutible naturaleza cultural de todo lo demás, que la definición es excesivamente amplia y que se inmiscuye en ámbitos, (libros por ejemplo), que deben contemplarse preferentemente desde la perspectiva de otros patrimonios. (Bibliográfico, documental etc).

La noción de patrimonio audiovisual “nace del interés de la conservación de los materiales audiovisuales para poder volver a reutilizarlos con fines comerciales o de reproducción”⁸⁷⁷.

La conservación se produce inicialmente por parte de filmotecas privadas, “este es el origen de la idea de patrimonio audiovisual”. Sin embargo “llega un momento en que los poderes públicos toman conciencia del valor cultural general de estas colecciones y, en consecuencia, toman interés por conservarlas, en un principio mediante subvenciones a las mismas” y más tarde organizando “el marco jurídico que permite la conservación del patrimonio, para lo que surge la figura del Depósito Legal que se extiende también a los materiales audiovisuales”.⁸⁷⁸

Ejemplo paradigmático es el del Instituto Nacional de Audiovisuales de Francia (I.N.A.) que “institucionaliza los archivos de radio y televisión en 1974 y el principio

⁸⁷⁶ TORRES MOYA R.A. “El patrimonio audiovisual: un patrimonio vivo” en Ministerio de Cultura de la República de Colombia. www.mincultura.gov.co

⁸⁷⁷ Centro de Documentación Audiovisual. www.sirio.deusto.es

⁸⁷⁸ Ibidem.

*de acceso público a esas fuentes, (a los 5 años se transfieren al Instituto) con lo que se consigue el reconocimiento del valor patrimonial de los documentos audiovisuales”.*⁸⁷⁹

El primer instrumento dedicado a la protección del patrimonio audiovisual en el Estado es la Fílmoteca Nacional, que surge en 1953 para atender la recuperación, conservación, investigación y difusión, originariamente de las obras cinematográficas y ahora de cuantas integran el patrimonio audiovisual. En el ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca, surgió en 1978, a iniciativa privada de 5 personas, la Fílmoteca Vasca, que en la actualidad se financia a través de un convenio con el Gobierno Vasco.

La Fílmoteca, está a punto de reubicar su sede en el antiguo edificio de Tabacalera de Donostia, donde contará con un amplio espacio en el que, además de una biblioteca especializada de más de 1.500 títulos, se conservarán películas del llamado “*cine vasco*”, (recordamos aquí lo que señalábamos en el capítulo referente a la cultura y nacionalidad), en castellano o en euskera, documentales y grabaciones antiguas, de origen o tema “*vasco*”, videos no comerciales y obras audiovisuales no relacionadas directamente con el País Vasco, y se realizarán además proyecciones periódicas y ediciones de obras de investigación sobre el cine vasco y sus cineastas. El acceso a la Fílmoteca Vasca y visionado en material doméstico es libre y gratuito, siendo condición que el material a visionar no sea aleatorio.

La Fílmoteca, declarada “*de utilidad pública*” por el Gobierno Vasco en 1997, es desde 1994 miembro de la F.I.A.F., (Federación Internacional de Archivos Fílmicos), y conserva 3 millones de metros en soporte cinematográfico y 15 millones en videográfico, siendo depositaria, entre otros, de los materiales del Festival Internacional de Cine de San Sebastián y de Euskal Telebista⁸⁸⁰.

Una de las principales razones que justifican la consideración autónoma y específica del patrimonio audiovisual es la peculiaridad de su soporte.

Los materiales en los que se graba la información son, fundamentalmente, “*el papel, la película film, (celuloide recubierto con emulsión fotográfica), material magnético (cintas) y plástico (discos)*”⁸⁸¹.

La película film es “*una película fotográfica que tiene una capa de poliéster-celuloide con una emulsión sobre la cinta que actúa por reacción química a la luz y que se fija por el revelado*”. Debe conservarse en unas condiciones determinadas para evitar su rápido deterioro, “*evitar la luz directa, evitar la humedad alta para que no sea afectada por los hongos, evitar el polvo dada su dificultad en limpiarla, evitar rayarla ya que se produce con suma facilidad...*”⁸⁸². Se ha producido en diferentes formatos,

⁸⁷⁹ Ibidem.

⁸⁸⁰ www.filmotecavasca.com

⁸⁸¹ www.sirio.deusto.es

⁸⁸² Ibidem.

17'5 y 35 mm. nitrato, 9'5, 22 y 28 mm. acetato, 8'75 EVR, 8 mm. standard acetato, ya obsoletos⁸⁸³, en algunos en desuso, 16 mm. acetato y 8 mm. super acetato, y en otros plenamente en uso, 70 mm. Imax poliéster, 35 mm. acetato, y 35 mm. poliéster.

Los soportes de audio utilizados históricamente son de surco, digitales y magnéticos. Entre los primeros encontramos los cilindros de cera, los cilindros instantáneos, (dictáfono), los discos de surco grueso, (78 revoluciones por minuto), los discos de transcripción, (prensados), los discos de lacado instantáneo, todos ellos ya obsoletos y el L.P., (long playing), microsurco, progresivamente en desuso. Digitales son el compact disc, (C.D.), plenamente vigente, y el “rollo de piano”, (88 notas), ya en declive, y magnéticos el alambre, (obsoleto), el cartucho, (en desuso), la cinta magnética carrete a carrete, el cassette compacto y el DAT.

En lo que respecta al vídeo, los formatos obsoletos son el cuadrado 2 pulgadas, el Phillips de media pulgada y el Betamax de Sony, los que apenas se usan el Umatic y los formatos A, B, C, y D 1 pulgada, y los que se utilizan en la industria en mayor o menor medida, el VHS, el Betacam, el Vídeo 8, el Disco Laser analógico, el Vídeo CD, el DVD, y el más moderno DIVD⁸⁸⁴. (Sin descartar que, como sucede con los soportes de audio, desde la fecha en que se escribe hasta aquella en la que se encuentre lector lo suficientemente valiente para enfrentarse al texto, hayan aparecido nuevos formatos, en un mercado en plena ebullición).

Pueden encontrarse obras integrantes del patrimonio audiovisual en todos y cada uno de estos formatos. Ni que decir tiene que el hecho de que, como hemos señalado, algunos se encuentren en formatos obsoletos, exige medidas especiales de conservación y ocasiona especiales problemas para la misma.

De ahí que uno de los principales objetivos de las filmotecas, dada además la fragilidad de los soportes, sea la conversión de obras a formatos más modernos y que aseguren en mayor medida su preservación.

La preocupación por la preservación del patrimonio audiovisual es casi contemporánea a su nacimiento. En 1898, Boleslaw Matuszewski, camarógrafo al servicio de los hermanos Lumiere, “*hizo evidente la necesidad de crear un Depósito de Cinematografía Histórica, para guardar y preservar filmes de manera sistemática*”.⁸⁸⁵ Henri Langlois, que creó la Cinemateca Francesa en 1936, “*permaneció hasta su muerte obsesionado por buscar, rescatar y conservar sin distinción, todo lo que fuera cine*”, antes de la Cinemateca, ya se había creado en Estocolmo, en 1933, la Svenska Filmsamfundets Arkiv, “*el primer archivo fílmico*”, y en 1938 se constituyó la F.I.A.F., “*que hoy agrupa más de 150 entidades alrededor del mundo, cuyas actividades, sin afán de lucro, están enfocadas hacia la preservación y difusión de materiales audiovisuales*”.

⁸⁸³ DEL VALLE GASTAMINZA F. Universidad Complutense de Madrid. op. cit. www.ucm.es

⁸⁸⁴ Ibidem.

⁸⁸⁵ TORRES MOYA. R.A. op. cit.

Lento fue, sin embargo, “*el proceso para que cada nación valorara y, por lo tanto, guardara de manera técnica y ordenada su propio patrimonio audiovisual*”. Esta demora, “*aunada a la inestabilidad del ya mencionado nitrato, usado hasta 1950, determinó, según los expertos, que aproximadamente el cincuenta por ciento de las películas producidas en la primera mitad del siglo XX se perdieran*”.⁸⁸⁶

8.5.2.2. La protección del patrimonio audiovisual.

Ya hemos hecho referencia a las escasas alusiones que las normas autonómicas realizan al patrimonio audiovisual. A nivel estatal y de la Unión Europea encontramos sin embargo disposiciones específicas sobre el mismo, que reclaman su análisis en este apartado, la Ley 15/2001 de 9 de Julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y el Sector Audiovisual, y la Propuesta de Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al patrimonio cinematográfico y la competitividad de las actividades industriales relacionadas⁸⁸⁷.

La Ley 15/2001 comienza reconociendo en la Exposición de Motivos que “*es obligación de los poderes públicos velar por la conservación de las obras cinematográficas y audiovisuales y crear cauces e incentivos para que su desarrollo sea posible, teniendo además en cuenta, la excepcional singularidad actual de los recursos económicos y el entramado complejo de distribución que precisan estas obras*”. Ello se traduce en que el artículo 1.1 defina como objeto de la Ley, entre otros, “*el establecimiento de medidas para la conservación del patrimonio cinematográfico y audiovisual*”.

Hay que criticar desde luego la distinción entre ambos patrimonios, como si el cinematográfico no firmase parte del audiovisual, (distinción que se mantiene además en otros apartados de la Ley, como al referirse a las obras en el artículo siguiente), pero sobre todo merece la pena llamar la atención sobre lo diferente que puede llegar a ser “*velar por la conservación de las obras cinematográficas y audiovisuales*” y “*conservar el patrimonio audiovisual*”, si no consideramos automáticamente integrantes del patrimonio a todas las obras con independencia de su mérito artístico, o si consideramos que más allá de la conservación de algún ejemplar, (a través de la habitual técnica del Depósito Legal), conservar el patrimonio exige otras actuaciones y no tan solo sobre el material filmado.

En todo caso la protección del patrimonio se regula específicamente en el artículo 3, que comienza disponiendo que “*el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales velará por la salvaguarda y difusión del patrimonio cinematográfico español (de nuevo se vuelven a utilizar conceptos de patrimonio que pueden generar confusiones e inseguridad jurídica) mediante la conservación de copias de películas,*

⁸⁸⁶ Ibidem.

⁸⁸⁷ Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de Abril de 2004.

fotografías músicas y sonidos, guiones, libros, material utilizado en rodajes y piezas museísticas de la historia del cine, los carteles y carátulas editados como elementos de difusión o comercialización, así como su restauración y difusión.

Es evidente que se mantiene aquí, (acertadamente a nuestro juicio), un concepto amplio de la obra cinematográfica a que se refiere la Exposición de Motivos y que se considera integrantes del patrimonio no solo la película en si misma sino una ampñlia serie de bienes y materiales relacionados. Veremos como se traduce esto a la hora de las medidas concretas de salvaguarda que se detallan en el apartado siguiente.

Dice éste que *“en los plazos y términos reglamentariamente establecidos, los beneficiarios de las subvenciones y ayudas públicas reguladas en la presente Ley estarán obligados a entregar una copia de la obra cinematográfica o audiovisual creada a la Filmoteca Española y, en su caso, a las Filmotecas de las Comunidades Autónomas”*. Además, *“dentro de los límites presupuestarios y en los términos reglamentariamente establecidos, podrán concederse ayudas destinadas a la conservación en España de negativos y soportes originales de obras cinematográficas o audiovisuales”*.

Por último, el apartado 3º dispone que *“se fomentará la producción audiovisual con material de archivos, con el objeto de difundir los valores del patrimonio cinematográfico”*.

Un primer aspecto, enormemente llamativo, es que la obligación de entrega de copias a las filmotecas se limita a los casos en que se haya sido beneficiario de subvenciones o ayudas públicas, con lo que no nos hallamos ante un depósito legal en sentido estricto.

Con independencia de que pudiese compensarse o retribuirse de algún modo el coste de elaboración de la copia o copias a ceder, creemos que debería establecerse la cesión obligatoria en el caso de todas las obras a las que se atribuye o reconoce la nacionalidad.

Un segundo aspecto, destacable desde el punto de vista de tutela del patrimonio, es la omisión de mención alguna a las fotografías, guiones, libros, material, carteles, carátulas y piezas museísticas a que ha aludido en el art.3.1 y respecto de los que no se establece medida alguna de protección. Ese concepto amplio de obra al que nos referíamos se ve restringido, de forma contradictoria, en el momento de la verdad, el de establecimiento de obligaciones de conservación con respecto a todos estos elementos.

Los bienes y objetos audiovisuales están también incluidos en el sistema de depósito legal. Este sistema arranca en el derecho hispano con el Real Decreto de 12 de Enero de

1619 de Felipe III, siguiendo el ejemplo de la pionera Orden de 28 de Diciembre de 1537 del monarca francés Francisco I⁸⁸⁸.

Modernamente en el estado español, son los Decretos de 23 de Diciembre de 1957, y especialmente el 642/1970 de 26 de Febrero, los que regulan la materia, complementados por sendas Ordenes del Ministerio de Educación y Ciencia de 30 de Octubre de 1971 y 20 de Febrero de 1973, hasta que los diferentes Estatutos de Autonomía han asumido la competencia y se ha producido la correspondiente transferencia de servicios.

El Decreto de 1957 aludía ya en su artículo 1º a que “*serán objeto de depósito legal las producciones fotográficas, obras cinematográficas y, en general, todas las producciones de imágenes realizadas por artes gráficas o químicas en ejemplares múltiples*”, aunque en el artículo 7 se establecía únicamente la exigencia de depositar “*en ejemplar único, la ficha técnica y artística, el guión literario y una fotografía por cada una de las secuencias principales de la cinta presentada*” es decir, no propiamente la película, al parecer por creer excesivo reclamarla dados los costes del soporte y la falta de proyectores en la Biblioteca Nacional⁸⁸⁹.

El artículo 30 de la Orden de 30 de Octubre de 1971 introduce una leve modificación al sustituir “*en ejemplar único*” por “*un ejemplar único*”, con lo que parece que se exige teóricamente el depósito del film, pero en la práctica las razones antedichas siguieron pesando en la no exigencia del depósito. Cuestión distinta es que desde 1964 se exija el depósito en la Filmoteca Española, (antes Filmoteca Nacional), de las películas que reciban algún tipo de subvención oficial⁸⁹⁰.

A nivel internacional tres son los sistemas de depósito existentes, el obligatorio con carácter general, el que restringe la obligación a las obras cinematográficas subvencionadas y que se instrumenta a través de “*acuerdos importantes para que los productores entreguen las películas en los correspondientes organismos depositarios*”.

Ejemplos del primero, en el que generalmente hay un reembolso total o parcial por el Estado de los costes de depósito, son las legislaciones de Francia, Canada, República Checa, Irán, Bulgaria y Eslovenia, ejemplos del segundo España, Argentina o Israel, y del último, Alemania y el Reino Unido. La Recomendación de la UNESCO de 27 de Octubre de 1980 se decanta por el depósito legal general y sin restricción de “*todas las imágenes en movimiento.*”⁸⁹¹

⁸⁸⁸ OLIVAN PLAZAOLA M. “*Patrimonio cultural, películas cinematográficas y depósito legal*”. Boletín de la Asociación Andaluza de Bibliotecarios, nº 60, pag.2. www.aab.es

⁸⁸⁹ Ibidem, pag .3.

⁸⁹⁰ Ibidem, pag. 4 .

⁸⁹¹ Ibidem, pags. 6-8.

Una evaluación del sistema español se contiene en el estudio de la Filmoteca Española sobre el depósito legal de películas⁸⁹².

La conclusión que ofrece es que *“el sistema de entrega obligatoria es insatisfactorio”*, según García Barquero, la Jefe del Departamento de Cooperación de la institución, por el frecuente cambio de la reglamentación relativa a las ayudas al cine, las diferentes procedencias, el intento de esquivar el depósito cuando las ayudas financieras se conceden con anterioridad a la realización de la obra y el hecho de que al no tratarse de un depósito legal *“strictu sensu”*, solo de obras subvencionadas, *“está insuficientemente legislado el uso que ha de darse a las copias objeto de este depósito, pudiendo ser, en la práctica, utilizadas por los propietarios de los derechos muchas veces en contra de los más elementales criterios de preservación”*.

La Filmoteca considera, y creemos por nuestra parte que de forma absolutamente justificada, que la manera más adecuada de preservación es el depósito legal de *“un elemento intermedio del que pueda obtenerse una copia positiva o un negativo o, en su defecto, una copia positiva nueva”* y una *“copia en perfecto estado”* en el caso de los cortometrajes”. El depósito debería incluir además el material publicitario (trailers, carteles...) y las fichas técnicas y artísticas.

Junto a la Ley 15/2001, ya hemos señalado que hay que analizar la Propuesta de Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al patrimonio cinematográfico y la competitividad de las actividades industriales relacionadas.

Comienza la Propuesta recordando como antecedentes la Resolución del Consejo de 26 de Junio de 2000 en la que *“se insta a los Estados miembros a cooperar en la restauración y conservación del patrimonio cinematográfico, incluido el recurso a las técnicas de digitalización, a intercambiar las prácticas más idóneas en este ámbito, a fomentar la constitución gradual de una red de bases de datos de los archivos europeos y a estudiar la posibilidad de utilizar las colecciones con fines pedagógicos”*, la Comunicación de la Comisión de 26 de Septiembre de 2001⁸⁹³, en la que *“se examinó la cuestión del depósito legal de las obras audiovisuales a escala nacional o regional como una de las posibles maneras de conservar y proteger el patrimonio audiovisual europeo”*, el Informe del Parlamento Europeo de 7 de Junio de 2002 en el que *“destacó también la importancia de la protección del patrimonio cinematográfico”* y la Resolución del Consejo de 24 de Noviembre de 2003 en la que se instó a los Estados miembros a *“establecer sistemas eficaces para el depósito y la conservación de las obras cinematográficas que formen parte de su patrimonio audiovisual en los archivos nacionales, las filmotecas o instituciones similares, cuando no existan todavía esos sistemas”*.

⁸⁹² FILMOTECA ESPAÑOLA. *Estudio sobre el depósito legal de películas*. Madrid. 1994. citado en OLIVAN PLAZAOLA M. op. cit. pag. 9.

⁸⁹³ D.O.C.E. 43 de 16 de Febrero de 2002

Los Estados miembros, según señala, “*cuentan ya con sistemas para recopilar y proteger las obras cinematográficas que forman parte de su patrimonio audiovisual*” y “*cuatro de cada cinco sistemas se basan en la obligación legal o contractual de depositar todas las películas, o al menos las que han percibido financiación pública*”. (Es como hemos visto el caso español).

La filosofía de la tutela se sustenta en que la cinematografía “*es una forma artística apoyada en un soporte frágil, (lo que también hemos indicado que fundamenta a nuestro juicio su consideración autónoma), “por lo que para garantizar su protección se requiere una acción positiva por parte de las autoridades públicas”, dado que “las obras cinematográficas constituyen un aspecto esencial de nuestro patrimonio cultural y, por lo tanto, merecen gozar de protección absoluta*”.

Para poder ser transmitido a las generaciones futuras, el patrimonio cinematográfico, (hay que reprochar a la Propuesta su alicorta visión ceñida solo a esta particular expresión de la audiovisualidad), “*ha de ser recopilado, catalogado, protegido y restaurado, respetando los derechos de autor y derechos afines*”, sin perjuicio de los que “*debería estar accesible para fines pedagógicos, académicos, culturales y de investigación*”.

Este afán se traduce en 15 Recomendaciones. Las tres primeras se refieren a la garantía legislativa y administrativa de la recogida, catalogación, protección y restauración de las obras, su accesibilidad pedagógica, cultural e investigadora, con atribución de responsabilidad sobre ello a organismos idóneos e impulso de que estos, mediante contrato con los titulares de los derechos, pongan las obras a disposición del público.

La cuarta reclama que se inicie la recopilación sistemática de las obras patrimoniales, “*mediante la obligación legal o contractual de efectuar el depósito legal de todas las películas*”.

El depósito debe abarcar al menos “*las producciones o coproducciones que hayan recibido financiación pública a escala nacional o regional,*” las copias deben ser “*de buena calidad*” e ir acompañadas “*de metadatos en un formato normalizado según proceda*”, y debe realizarse “*cuando la película se ponga a disposición del público o, en cualquier caso, en los dos años siguientes*”.

Como era de esperar es el depósito legal el sistema de protección escogido. Una vez más hay que lamentar que, sin embargo, no se extienda necesariamente a todas las películas, por más que pudiesen establecerse compensaciones por el depósito o el uso del material depositado.

Las siguientes Recomendaciones se refieren a la adopción de medidas de catalogación y elaboración de índices de obras depositadas y bases de datos, utilizando normas europeas e internacionales y organizándolas en colecciones.

La octava tiene por objeto las medidas de conservación, entre las que se citan, “*la reproducción de películas sobre nuevos soportes de almacenamiento*”, y la “*conservación del material necesario para la proyección de obras cinematográficas en diferentes soportes*” y la novena insta a los Estados a “*que permitan, en el marco de su legislación, la reproducción de obras cinematográficas depositadas legalmente a efectos de restauración,*” y que “*alienten planes para la restauración de películas antiguas o películas con un gran valor cultural o histórico*”.

Otras Recomendaciones, finalmente, aluden a la promoción de la formación profesional en este ámbito, al depósito voluntario de “*material publicitario y accesorio*” (el que olvidaba, como veíamos, en la práctica, la ley española del cine), obras “*del patrimonio audiovisual de otros países*”, “*material de imágenes en movimiento que no sean obras cinematográficas*” y “*obras cinematográficas del pasado*”, y al intercambio de información y coordinación entre organismos responsables para “*garantizar la coherencia de los métodos de recopilación y la interoperabilidad de las bases de datos*”, “*producir ejemplares, por ejemplo en DVD, de material de archivo con subtítulos en el máximo número de lenguas de la U.E.*”, “*recopilar una filmografía audiovisual europea*”, “*elaborar una norma común para el intercambio electrónico de información*” y “*producir investigación y proyectos educativos comunes*”. De todas las medidas adoptadas los Estados deberían informar a la Comisión cada dos años.

8.5.3. La protección del patrimonio informático.

La Ley de Patrimonio Cultural Vasco no menciona en ningún momento el patrimonio informático, lo que, como ya hemos indicado en referencia a otros patrimonios, no quiere decir que no puedan gozar de protección los bienes que puedan integrarlo, al amparo de lo dispuesto en su artículo 2.1. Es además el caso de la casi totalidad de las leyes reguladoras del patrimonio cultural de las restantes C.C.A.A.

Es la Ley 4/1998 de 11 de Junio, de Patrimonio Cultural Valenciano, (modificada por la Ley 7/2004, de 19 de Octubre, que da nueva redacción a algunos de sus preceptos) la que se refiere al patrimonio informático en el título del artículo 86, “*sobre el patrimonio informático y los bienes inmateriales de naturaleza tecnológica*”.

Sorprendentemente, el precepto no vuelve a utilizar la expresión “*patrimonio informático*” ni lo define en modo alguno, en un ejemplo manifiesto de técnica legislativa defectuosa.

Si alude sin embargo a los bienes inmateriales de naturaleza tecnológica como *“aquellas realizaciones intelectuales que constituyen aplicaciones singulares de las tecnologías de la información que, por los procesos que desarrollan, los contenidos que transmiten o el resultado que consiguen, constituyen manifestaciones relevantes o hitos de la evolución tecnológica de la Comunidad Valenciana”*.

Esta definición y la ya anteriormente mencionada preterición nos permiten implícitamente entender que el patrimonio informático está para el legislador valenciano integrado por bienes de esta naturaleza.

Esta referencia expresa al patrimonio informático no viene acompañada, sin embargo, de una regulación específica. Los apartados 2º, 3º y 4º de ese artículo 86 establecen un procedimiento de inclusión en el Inventario de esos bienes, que salvo en la notificación a *“las entidades públicas y privadas directamente relacionadas con el uso y desarrollo de la realización tecnológica de que se trate, y en su caso, al autor...”* es completamente idéntico al general, y el apartado 5º remite a éste mismo en todo lo no previsto en él.

Parece pues conveniente plantearse la existencia autónoma y la necesidad de regulación diferenciada del patrimonio informático, a efectos de proporcionar la tutela debida a los valores que puedan adornarlo.

8.5.3.1. Las Directrices para la Preservación del Patrimonio Digital.

La Biblioteca Nacional de Australia ha elaborado para la UNESCO un documento denominado *“Directrices para la Preservación del Patrimonio Digital”*, que según la propia organización internacional *“tiene por finalidad servir de manual de referencia sobre el Proyecto de Carta para la Preservación del Patrimonio Digital.”*⁸⁹⁴ que a su vez integran. Estas “Directrices” constituyen la reflexión más interesante y valiosa realizada en torno al patrimonio cultural en soporte digital y merecen por tanto una referencia amplia y un análisis minucioso.

Es ya ilustrativa la preocupación de partida que en el Prefacio manifiesta Abdelaziz Abid, en nombre de la División de la Sociedad de la Información de la UNESCO, *“los métodos tradicionales de preservación, como el depósito legal utilizado por las bibliotecas nacionales para que se conserven copias de todos los materiales impresos, no pueden aplicarse tal cual al material digital por varios motivos, principalmente porque las publicaciones de la malla mundial aprovechan a menudo datos almacenados en servidores en diferentes partes del mundo”*.

⁸⁹⁴ BIBLIOTECA NACIONAL DE AUSTRALIA. *Directrices para la Preservación del Patrimonio Digital*. Unesco. 2003, pag. 5. www.unesdoc.unesco.org

Otro problema adicional es *“el del volumen mismo de los datos, pues se estima que, en Internet, existen mil millones de páginas cuya duración de vida media es muy corta, se calcula que entre 44 días y dos años”*.⁸⁹⁵

Existen, además, *“problemas técnicos para que el objeto digital salvaguardado en archivos sea accesible en su forma original...los programas y equipos son reemplazados constantemente por nuevas generaciones más potentes que acaban por resultar incompatibles con sus predecesores, lo cual hará que, de aquí a pocos años, el material, del que a menudo forman parte sonidos y gráficos o imágenes dinámicos, así como enlaces con sitios Web y bases de datos, se volverá inaccesible”*.

Lo expresa la “Introducción” del documento en frase afortunada, *“cuando las tecnologías caducan, con ellas se pierde también el acceso al patrimonio digital que permitían”*.⁸⁹⁶

La complejidad de los problemas que se plantean *“obliga a que en la tarea de preservación intervengan los productores de la información digital, comprendidos los de programas informáticos, quienes, al diseñar sus productos, deberán tener en cuenta la conservación”*⁸⁹⁷. No es la única señal distintiva del patrimonio digital con respecto a otros, como ya veremos.

El proyecto de Carta para la Preservación del Patrimonio Digital parte de la consideración de que *“la desaparición de cualquier forma de patrimonio empobrece el acervo de todas las naciones”*, de que *“el acceso permanente a dicho patrimonio (el digital) brindará mayores oportunidades de creación, comunicación e intercambio de conocimientos entre todos los pueblos, favorecerá la protección a los distintos derechos y fomentará la responsabilidad”* y de que *“este patrimonio digital se encuentra en peligro de desaparición y que su preservación en beneficio de las generaciones actuales y futuras es una preocupación urgente en el mundo entero”*⁸⁹⁸, consideración esta última, un tanto optimista.

A partir de ahí, comienza estableciendo, (art.1), que *“los objetos digitales pueden ser textos, bases de datos, imágenes fijas o en movimiento, grabaciones sonoras, material gráfico, programas informáticos o páginas Web, entre otros muchos formatos posibles dentro de un vasto repertorio de diversidad creciente”*. A menudo, *“son efímeros, y su conservación requiere un trabajo específico en este sentido en los procesos de producción, mantenimiento y gestión”*. Una de las características de estos productos, *“de origen digital”, es que “no existen en otro formato que no sea el electrónico original”*⁸⁹⁹.

⁸⁹⁵ Ibidem, pag. 3.

⁸⁹⁶ Ibidem, pag. 9.

⁸⁹⁷ Ibidem, pag. 4.

⁸⁹⁸ Ibidem, pag. 11.

⁸⁹⁹ Ibidem, pag. 12.

Las Directrices son más explícitas en lo que hace a la relación de objetos patrimoniales. Se refieren a las “*publicaciones electrónicas*”, a los “*documentos semipublicados*” (artículos anticipados, tesis conservadas en formato informático y otros archivos de uso restringido, por ejemplo), “*registros de actividades, transacciones, correspondencia etc*”, “*los conjuntos de datos recolectados para registrar y analizar, entre otros, los fenómenos científicos, geoespaciales, sociológicos, demográficos, educativos, sanitarios y medioambientales*”, “*los materiales educativos*” de enseñanza asistida por computadora, “*las herramientas informáticas*”, “*los documentos inéditos únicos*”, los “*manuscritos electrónicos*”, los “*productos de entretenimiento de carácter comercial o no*”, las “*obras gráficas y las fotografías documentales realizadas por medios digitales*” y las “*copias digitales de imágenes, sonidos, textos y objetos tridimensionales efectuadas a partir de originales no digitales*”⁹⁰⁰, sin excluir además la aparición de nuevos tipos.

La Carta no determina requisitos adicionales de pertenencia al patrimonio digital. Parece, interpretada literalmente, que forman parte de él todos los objetos digitales con independencia de ulteriores consideraciones, y sin atender al usual criterio del valor o el interés, al que hemos visto que recurren las legislaciones del estado español en relación con algunos otros patrimonios. Tampoco es una opción inédita en el derecho español, como pone de manifiesto la regulación del patrimonio bibliográfico.

Ya hemos sostenido anteriormente que esta opción conduce al depósito legal como única forma de preservación, si lo que se quiere es conservarlo todo, pero en el ámbito virtual los efectos de la territorialidad de las normas, y con ellos los de la obligación estatal de depósito, están puestos claramente en entredicho y así también su eficacia protectora.

Los promotores de la Carta son conscientes de ello, (el primero de los “Principios” recogido en el Capítulo 5 de las Directrices lo señala expresamente, “*no todos los objetos digitales merecen ser conservados*”, el “*patrimonio digital está constituido únicamente por aquellos que se considera que poseen un valor permanente*”⁹⁰¹), y por eso no dejan de reconocer, de forma aparentemente contradictoria con lo señalado en ese art.1, que “*los principios de selección pueden diferir de un país a otro, aún cuando los principales criterios para determinar los elementos digitales dignos de conservación sean su significado y valor duraderos en términos culturales, científicos o de otra índole*”.

Lo que reclaman, entonces, (art.7), es que “*los procesos de selección y eventual revisión subsiguiente han de llevarse a cabo con toda transparencia y basarse en principios, políticas, procedimientos y normas bien definidos*” sobre cuya naturaleza no se nos proporciona sin embargo noticia alguna.

⁹⁰⁰ Ibidem, pag. 31.

⁹⁰¹ Ibidem, pag. 23.

El artículo 2 establece que *“el objetivo de la conservación del patrimonio digital es que éste sea accesible para el público de modo permanente”*. El acceso *“debería ser equitativo y no estar sujeto a requisitos poco razonables”*, sin perjuicio de la garantía de *“la protección de la información delicada o de carácter privado contra cualquier forma de intrusión”*.⁹⁰²

Hay, además, que *“preservar y poner a disposición de cualquier persona el patrimonio digital de todas las regiones, nacionalidades y comunidades a fin de crear, con el correr del tiempo, una representación equilibrada y equitativa de todos los pueblos, naciones, culturas e idiomas”*. (Art.9).

Una de las características de los textos que integran el “soft law” internacional o que aspiran a formar parte de él, es el uso excesivo de conceptos jurídicos, (y no solo jurídicos), excesivamente indeterminados. Tenemos aquí una muestra muy ilustrativo cuando se alude a lo *“poco razonable”*.

En los artículos 3 y 4 se señala que *“no se ha comprendido en toda su magnitud la amenaza que pesa sobre el potencial económico, social, intelectual y cultural que encierra el patrimonio, sobre el cual se edifica el porvenir”* y que *“a menos que se haga frente a los peligros actuales, el patrimonio digital desaparecerá rápida e ineluctablemente”*.

El *“libre juego del mercado no puede por si solo cumplir esta función”*, como acertadamente manifiesta el artículo 8. Para ello, *“urge emprender actividades de divulgación y promoción, alertar a los responsables de formular políticas y sensibilizar al público en general tanto sobre el potencial de los productos digitales como sobre los problemas prácticos que plantea su preservación”*. El hecho de *“estimular la adopción de medidas jurídicas, económicas y técnicas para salvaguardar ese patrimonio redundará en beneficio de los propios Estados Miembros”*.⁹⁰³

Las medidas que convendría que los Estados adoptasen son descritas del siguiente modo *“instar a los fabricantes de equipos y programas informáticos, creadores, editores, productores y distribuidores de objetos digitales, así como otros interlocutores del sector privado, a colaborar con bibliotecas nacionales, archivos, museos, y otras instituciones que se ocupan del patrimonio público, en la labor de preservación del patrimonio digital”, “fomentar la formación y la investigación, e impulsar el intercambio de experiencia y conocimientos entre las instituciones y las asociaciones profesionales relacionadas con el tema”* y *“alentar a las universidades y otras instituciones de investigación a velar por la preservación de los datos relativos a las investigaciones”*. (Art.10).

⁹⁰² Ibidem, pag. 12.

⁹⁰³ Ibidem, pag. 13.

La Carta es en conjunto un instrumento que contiene escasas obligaciones para los Estados Miembros y de contenido además excesivamente genérico e indeterminado. Sin dejar de apreciar el valor pedagógico y sensibilizador que derivaría de su asunción en los actuales términos, su efecto en orden al incremento de la protección cuantitativa y cualitativa de los bienes integrantes del patrimonio digital sería extremadamente incierto.

Las Directrices, sin embargo van mucho más allá del proyecto de Carta. Además del principio de pertenencia exclusiva al patrimonio de los objetos con valor permanente, que ya hemos mencionado, proclama que la preservación, que consiste en *“mantener la capacidad de presentar los elementos esenciales de objetos digitales auténticos”*, o desde otra perspectiva en *“el conjunto de los procesos destinados a garantizar la continuidad de los elementos del patrimonio digital durante todo el tiempo que se considere necesario”*⁹⁰⁴, requiere *“una acción sostenida y directa y no una especie de negligencia benigna pasiva”*.⁹⁰⁵

Otro principio que guía la tutela es el de responsabilidad, en el marco del que se sostiene que *“alguien tiene que asumir la responsabilidad”*, porque *“si nadie lo hace, las probabilidades de subsistencia de los materiales considerados son muy reducidas”*⁹⁰⁶, aunque no sea preciso que lo haga eternamente; *“no todos tienen que hacer todo, y no todo tiene que hacerse de inmediato”* ni al mismo tiempo, porque *“elaborar todos los componentes de un programa de preservación completo y a gran escala lleva tiempo”*⁹⁰⁷, y que *“de ser necesario, es preferible actuar, aunque no sea de manera exhaustiva ni impecable, a no hacer nada”*, por cuanto *“más vale avanzar a pequeños pasos que no avanzar”*, siendo lo importante *“no provocar daños y tratar de comprender el proceso en su totalidad...evitando tomar medidas que más adelante pongan en peligro la preservación”*⁹⁰⁸.

Asimismo se establece como principio el de que *“las decisiones de selección deben ser fundamentadas, coherentes y responsables”*, con conciencia de que *“la decisión de conservar un elemento puede ser revisada posteriormente, en cambio si se decide no preservarlo, la decisión suele ser definitiva”*⁹⁰⁹, el de que es importantísimo *“colaborar con los productores para influir en las normas y prácticas que aplican y sensibilizarlos a las necesidades de la preservación”*, el de que estos programas de tutela *“deben precisar su derecho legal a reunir, copiar, denominar, modificar, preservar y proporcionar acceso a los objetos digitales de los que son responsables, (creemos por nuestra parte que no debe existir, por lo menos con carácter genérico y universal ese derecho a “modificar” el objeto), y el de que “los elementos del patrimonio digital deben transferirse a un lugar seguro donde puedan ser preservados, lo que supone su control, protección y gestión“*, debiendo utilizarse *“sistemas de metadatos normalizados”*, para facilitar la interoperabilidad entre los programas.

⁹⁰⁴ Ibidem, pag. 37.

⁹⁰⁵ Ibidem, pag .23.

⁹⁰⁶ Ibidem, pag. 51.

⁹⁰⁷ Ibidem, pag. 51.

⁹⁰⁸ Ibidem, pags .23-24.

⁹⁰⁹ Ibidem, pag. 24.

Se integran también en esta gama de principios el de que *“la mejor protección de la autenticidad se obtiene con medidas que garanticen la integridad de los datos y con documentos que conserven claramente la identidad de los objetos”*, con mención específica a que *“la protección de los datos se basa en los principios de seguridad y redundancia de los sistemas”*, el de que *“las normas constituyen la piedra angular de la preservación digital”*, (con lo que un jurista no puede menos que estar de acuerdo), aunque *“muchos programas deben encontrar métodos para preservar el acceso a objetos poco normalizados, en un entorno en el que las normas evolucionan rápidamente”*, y el de que *“el objetivo de mantener la accesibilidad es encontrar métodos económicos de garantizar el acceso cada vez que sea necesario, tanto a corto como a largo plazo”*.

Completan el elenco el de la razonabilidad de optar por *“estrategias múltiples...especialmente si se trata de colecciones diversas”*, el de que *“esperar a que aparezcan soluciones completas y solventes para adoptar medidas responsables significará probablemente la pérdida del material”*, el de que los programas de preservación que integran *“la evaluación y la gestión de riesgos”* hacen *“indispensable fijar prioridades”*, dejando claro que *“los costos de los programas de preservación son difíciles de evaluar porque engloban muchas incertidumbres”* y, finalmente, el de que *“el trabajo en colaboración es a menudo una manera rentable de elaborar programas”*, porque *“aporta una amplia cobertura, ayuda mutua y los conocimientos necesarios”*⁹¹⁰.

Los bienes digitales, según los autores del documento, deben ser preservados en cuanto *“objetos materiales”* en el medio que sirve de soporte, en cuanto *“objetos lógicos”*, códigos comprensibles para las computadoras, no vinculados a un soporte en particular, en cuanto *“objetos conceptuales”* que tienen un significado para el ser humano y como *“elementos esenciales”* que *“contienen el mensaje, el propósito o las características por las que se ha decidido preservar el material”*.⁹¹¹

También son muy detalladas las Directrices en relación con las amenazas a la continuidad del patrimonio digital, *“los soportes utilizados para almacenar estos objetos digitales son inestables y se deterioran al cabo de pocos años o décadas”* y *“pueden perderse en caso de ocurrir desastres como incendios, inundaciones, averías de los equipos y ataques directos o con virus, que dañan los datos almacenados y los sistemas operativos”*, su utilización *“depende de medios de acceso que funcionan de manera específica, tratándose a menudo de combinaciones complejas de equipos y programas informáticos que suelen dejar de estar vigentes en pocos años y son reemplazados por otros medios de funcionamiento distinto”*, y las barreras de acceso, (claves, cifrados, dispositivos de seguridad...), *“pueden impedir el acceso permanente de manera mucho más restrictiva que la prevista originalmente”*.

⁹¹⁰ Ibidem, pag. 26.

⁹¹¹ Ibidem, pag. 38.

También puede suceder que *“el valor de los objetos digitales solo se reconozca una vez que se han perdido o modificado”*, que no haya nadie *“que acepte la responsabilidad de un objeto determinado, aunque se haya reconocido su valor”*, que los responsables de la preservación puedan *“no disponer de los conocimientos o recursos adecuados”*, (lo que es una problemática común a todo el patrimonio cultural en su conjunto y puede ocasionar daños en el proceso de preservación), al menos en el tiempo requerido o como para responder a los *“cambios súbitos y fundamentales”* de la tecnología, y los objetos digitales *“pueden estar bien protegidos, pero tan mal identificados y descritos que los usuarios no podrán encontrarlos”* o resultar incomprensibles o poco fiables por la pérdida de información contextual.⁹¹²

Internet es además un ámbito inestable en el que existe una enorme facilidad para modificar los objetos digitales, constituidos frecuentemente por un *“conglomerado virtual”* realizado *“con elementos recuperados de diversas fuentes”*⁹¹³.

En lo que respecta a las instituciones que deben responsabilizarse de la tutela, las Directrices consideran que las que *“ya se ocupan del patrimonio no digital presentan muchas ventajas”*, tales como *“excelentes conocimientos para reconocer los materiales importantes del patrimonio”*, *“experiencia en trabajar con los usuarios”*, *“experiencia en trabajar con los titulares de derechos de propiedad intelectual”*, *“capacidades y redes internacionales especializadas en la organización y la descripción de los elementos del patrimonio para poder encontrarlos y comprenderlos”*, *“empeño en la preservación a largo plazo”*, *“algunas competencias e infraestructuras importantes (por lo menos) que podrían aportar a la gestión de los archivos digitales”* y una posibilidad, al menos, *“de mandato permanente conferido por sus comunidades para ocuparse de la gestión y preservación del patrimonio digital”*.

Esto no significa necesariamente, según se señala, *“que todas las instituciones que participan en la preservación del patrimonio tradicional tengan que asumir la del patrimonio digital”*, su función actual *“es tan amplia y exigente que no deben sacrificar lo que ya está a su cuidado a favor de lo que podría revelarse un material digital mucho menos importante”*, sorprendente desvalorización del patrimonio que se pretende tutelar con las Directrices.

La selección de los bienes que integran el patrimonio digital *“es conceptualmente la misma que la de materiales no digitales”*⁹¹⁴.

Sin embargo esta labor de selección tropieza con dificultades específicas; *“hay que evaluar una gran cantidad de material”*, de calidad desigual y ante *“presiones para preservar la totalidad del tráfico transportado por los nuevos canales de comunicación”*, (hay quienes defienden esta perspectiva sobre la base del diferente valor futuro que puede tener cualquier elemento si se da un cambio en los criterios de

⁹¹² Ibidem, pag. 32.

⁹¹³ Ibidem, pag. 33.

⁹¹⁴ Ibidem, pag. 75.

valoración, aunque otros pensamos por el contrario que al menos una tutela “hard” con establecimiento de derechos y obligaciones y dotación de recursos públicos solo puede tener por objeto elementos seleccionados en función de su interés o valor relevante), el tiempo de ejecución es muy relevante, por cuanto *“puede ser imposible esperar a tener certeza del valor permanente del material para tomar la decisión de seleccionarlo”* ante el peligro de desaparición, *“algunos objetos digitales pueden ser difíciles de definir”*⁹¹⁵ e igualmente complejo determinar en ellos los elementos a conservar, y desde luego el tremendo talón de Aquiles de la determinación del origen y procedencia, y con él de la responsabilidad jurídica de preservación, en tanto en cuanto esta no se universalice y siga primando el principio de territorialidad del Derecho.

Aunque los de selección son procesos que entrañan a menudo juicios subjetivos basados en conjeturas, *“es indispensable que sean informados, coherentes y responsables”*⁹¹⁶.

Deben partir de la *“necesaria información acerca del material, de su contexto y de las necesidades de las partes interesadas que resultarán afectadas”*, deben *“ser claros, estar basados en una política públicamente conocida y establecer precisa y explícitamente lo que debe preservarse y lo que debe excluirse”*, basarse *“en el valor del material”* que debe *“sopesarse en función de los costos y las dificultades probables de la preservación”* y *“la disponibilidad de recursos prevista”* y conseguir como resultado final *“la conservación de por lo menos un ejemplar de todos los tipos de material digital, incluyendo muestras de los que son claramente efímeros”*⁹¹⁷.

En el ámbito digital hay dos estrategias de tutela claramente contrapuestas, según las Directrices, la que parte del depósito de objetos digitales en el instrumento de preservación, (modelo “push”), y la que extrae los materiales del productor, (modelo “pull”). La primera exige menor inversión pública pero precisa en mayor medida de la colaboración y el consenso de los productores, lo contrario de lo que sucede en el segundo caso.

Se define en todo este ámbito una política, que en buena medida es también aplicable a otros elementos integrantes del patrimonio cultural de naturaleza distinta y que puede servir de utilísimo instrumento de evaluación a la hora de juzgar las medidas de tutela que desarrollan las diferentes Administraciones Públicas.

Pero esa política exige unas facultades mínimas sin las que su eficacia quedaría seriamente mermada, *“obtener y poseer material, para lo cual en general hay que hacer copias suplementarias con fines de preservación”*, *“soslayar (de ser necesario) los dispositivos utilizados por los productores para limitar el acceso e impedir la realización de copias”*, *“decidir qué materiales y qué aspectos de estos deben*

⁹¹⁵ Ibidem, pag. 76.

⁹¹⁶ Ibidem, pag. 76.

⁹¹⁷ Ibidem, pag. 77.

preservarse”, “añadir metadatos”⁹¹⁸, “modificar las estructuras y nombres de los ficheros”, (si se estima necesario), “utilizar todos los medios disponibles en el momento de preservar la accesibilidad” y “realizar la debida gestión del acceso ofrecido a los usuarios autorizados”⁹¹⁹.

Se trata, como es obvio, de una relación abierta, pero aún así incompleta en la medida en que otras facultades son asimismo necesarias para una tutela eficaz, pongamos a título de ejemplo, la de poder reproducir los objetos en soporte distinto, la de restaurar el soporte si lo precisa...

La propia existencia de las Directrices, documento que constituye una interesantísima reflexión sobre la protección del patrimonio digital, evidencia que a nivel internacional se es consciente de la especificidad de este patrimonio y de que reclama un status singular, un régimen jurídico adaptado a sus peculiaridades, conclusión que no podemos menos que compartir, lamentando por ello que en la legislación vasca se carezca del mismo.

⁹¹⁸ “Datos relativos a otros datos, por lo general muy estructurados y codificados para su procesamiento e interrogación por computadora”. Ibidem, pag. 166.

⁹¹⁹ Ibidem, pag. 108.

9) INSTRUMENTOS DE GESTION DE LA PROTECCION: LOS SERVICIOS DE ARCHIVOS, BIBLIOTECAS Y MUSEOS

9.1. LOS SERVICIOS DE ARCHIVOS

9.1.1. Los servicios de archivo en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

La L.P.C.V. se refiere a los servicios de archivo en el Capítulo I del Título IV, artículos 73 a 81. Comienza por efectuar una definición de servicio de archivo como *“la unidad administrativa responsabilizada del tratamiento archivístico y la difusión de los fondos de archivo integrados en el mismo”*, (art.73), y por excluir de su ámbito de aplicación, *“los servicios de archivo de titularidad del Estado y de los territorios históricos existentes en la Comunidad Autónoma”*, (art.74), conforme a lo dispuesto por las normas delimitadoras del marco competencial de las instituciones representativas de cada uno de los ámbitos administrativos. Conviene realizar aquí varias observaciones. Una inicial tiene que ver con la acertada, a nuestro juicio, mención frontispicial de la responsabilidad de los servicios de archivo en la difusión de los fondos, (obviamente del contenido de los mismos), tanto como del tratamiento archivístico tutelador.

No por evidente se trata de una responsabilidad menos preterida durante años en la Comunidad Autónoma en relación con determinados archivos, en los que presuntas razones relacionadas con la preservación, (que frecuentemente escondían otras harto distintas), servían de cobertura a la ocultación de los fondos, solo puestos al servicio de investigadores concretos y privilegiados. Veremos como la L.P.C.V. hace un acertado hincapié en recordar la naturaleza pública y servicio universal a que se encuentran sometidos los fondos que obran en poder de las distintas administraciones.

La exclusión de los archivos de titularidad estatal tiene por fundamento la competencia exclusiva que reserva al Estado el artículo 149.1.28 de la Constitución, *“sin perjuicio de su gestión por parte de las C.C.A.A.”* La de los archivos de los Territorios Históricos deriva de lo dispuesto en el artículo 7.a.12 sobre la competencia exclusiva de los Organos Forales de los T.T.H.H. en relación con *“Archivos, Bibliotecas, Museos e Instituciones relacionadas con las Bellas Artes y Artesanía, de titularidad del Territorio Histórico”*.

La redacción de este precepto, y la de sus homónimos 83 para el caso de las bibliotecas, (con un pequeño matiz diferencial al que aludiremos más adelante), y 89.2 para el de los museos, sugiere una cuestión potencialmente conflictiva, cual es si

comprende, y con ella la exclusión, a cualquier servicio cultural de los citados del que algún Organo Foral sea titular, con independencia del porcentaje que esta titularidad represente, o si, por el contrario, debe interpretarse la exclusión como restringida a los casos en que la titularidad foral sea mayoritaria.

No hay que olvidar que buena parte de los museos vascos, por ejemplo, (incluidos algunos de los más relevantes), son de titularidad compartida. Se puede complicar todavía más el supuesto si, como sucede en el Museo de Bellas Artes de Bilbao, en el Guggenheim, en el Artium de Vitoria o en algunos otros, uno de los cotitulares es, a su vez, la administración autonómica. A nuestro juicio, la competencia foral exclusiva, y con ella la aplicación de lo establecido en el artículo 74 de la L.P.C.V., debe ceñirse a los casos de titularidad exclusiva o al menos mayoritaria.

No creemos, desde luego, razonable interpretar que cualquier titularidad foral, incluso eventualmente una proporcionalmente menor a la autonómica derive en la competencia foral. No es óbice para esta interpretación la atribución a los Organos Forales en el art.7.a.13 de la competencia exclusiva de “*creación y mantenimiento de organismos culturales de interés del Territorio Histórico*”, por cuanto, aún y cuando considerásemos “*organismos culturales de interés*” a los archivos, bibliotecas y museos, (y el precepto parece referirse a otros), no puede excluirse la actuación autonómica cuando el interés trasciende el T.H., por cuanto constituiría tanto como desproveer a la administración autonómica de una facultad imprescindible para llevar a cabo sus funciones. La práctica ha contribuido a apoyar esta interpretación; ningún Organo Foral ha esgrimido la incompetencia de las instituciones autonómicas en relación con los servicios y equipamientos de titularidad compartida, (independientemente del porcentaje de ésta), aunque queda en un cierto limbo jurídico el caso de la titularidad exclusivamente compartida entre las instituciones forales y las de ámbito municipal sin participación alguna de las autonómicas.

En este caso, podríamos utilizar la noción de, “*interés del T.H.*”, utilizada como criterio delimitador del ámbito competencial en el art.7.a.13, y que parece derivar de la falta de participación autonómica en la titularidad, como criterio para determinar la competencia foral, pero esta tesis choca con un doble obstáculo, el de que, sensu contrario, los archivos, bibliotecas y museos de titularidad municipal se encuentren sometidos a la regulación de la L.P.C.V., con lo cual es manifiesto que el criterio del interés queda excluido con carácter general y el de que no necesariamente el interés y con él la necesidad de regulación, se traduce necesariamente en la obligación de participar en la titularidad, ya que la L.P.C.V. se refiere constantemente a bienes de titularidad privada.

El espíritu de la delimitación competencial que configuran Estatuto y L.T.H. parece en todo caso reservar la regulación de estos casos al T.H., sobre todo si la participación foral es equivalente a la municipal, aún y cuando pueda pesar lo establecido en el artículo 6 en torno a la competencia residual autonómica en todo lo no atribuido a los Organos Forales. La cuestión adquiere especial relevancia si tenemos en cuenta que Bizkaia, por ejemplo, carece por completo de normativa en relación con esta materia.

El artículo 75 se refiere a las funciones de *“todo servicio de archivo”*, entre las que enumera, *“la puesta a punto y la gestión del sistema de archivo adecuado”*, *“el control de la organización de documentos y del sistema de transferencias”*, *“la ejecución de los expurgos según los criterios y los procedimientos que se establecerán por vía reglamentaria”* y *“la difusión, por cuantos medios sea preciso, de la documentación integrada en el mismo”*. Dos aspectos habrá que comentar aquí, en primer lugar habrá que sobreentender que la obligación difusora debe interpretarse conforme a los límites que puedan derivarse de otras a los que ya nos hemos referido anteriormente, (propiedad intelectual, información clasificada, respeto a la intimidad...), pero sobre todo la apelación al desarrollo reglamentario deja algunas incógnitas.

El artículo 7.b.5 de la L.T.H. confiere el *“desarrollo y la ejecución de las normas emanadas de las Instituciones Comunes”* a los T.T.H.H., en materia de *“conservación, mejora, restauración o, en su caso, excavación del Patrimonio Histórico Artístico Monumental y Arqueológico”*. Parecería pues, si entendemos incluido el patrimonio documental en ese *“Patrimonio Histórico Artístico Monumental”* que se delimita, en terminología no enteramente coincidente con la de la L.P.C.V., y hoy en desuso, que es a los Organos Forales a quienes corresponde proceder a ese desarrollo que reclama el artículo 75, en materia de expurgos.

Sin embargo no es factible que lo hagan en relación con los archivos de titularidad del Gobierno Vasco, (al menos si su ámbito territorial es el autonómico, como resulta obvio en el caso del desarrollo reglamentario a que llama el artículo 81), por cuanto, entre otros muchos aspectos problemáticos, pudiera quedar un mismo servicio de archivo sujeto a normativa diversa. Por lo tanto ese desarrollo debe ceñirse claramente a los archivos de titularidad del T.H., (en virtud de la competencia exclusiva del art.7.a.12), y quedaría la incógnita de qué sucede con los de titularidad municipal o no pública sitos en cada T.H.

A este respecto, el artículo 78 crea el Sistema Nacional de Archivos de Euskadi, (S.N.A.E.), en el que se integran los servicios de titularidad pública no excluidos del ámbito de aplicación de la Ley y los de titularidad no pública que se integren vía convenio, y el artículo 79 atribuye a este Sistema como funciones principales, la de *“la homologación de los servicios de archivo que lo integran, tanto en lo referente a criterios descriptivos como a normas de tratamiento documental”*, (donde entran claramente los expurgos), y *“a coordinación de los planes de catalogación, difusión y otros de los servicios de archivo que lo integran”*.

Es obvio por tanto que la L.P.C.V., respecto de los archivos integrados en el S.N.A.E., (y los municipales se integran “ex lege”), atribuye implícitamente al Gobierno Vasco la potestad de desarrollo reglamentario.

Quedaría abierta la cuestión en lo que se refiere a los archivos de titularidad no pública no integrados en el S.N.A.E. Este podría ser el ámbito en que encontrarse legítimo marco de expresión el desarrollo legislativo foral, partiendo de la premisa anterior de considerar el patrimonio documental concernido por el art.7.b.5 y no aplicable la cláusula residual del artículo 6 de la L.T.H.

El artículo 76 proclama que “*están obligados a la creación y mantenimiento de un servicio de archivo*”, “*las instituciones autonómicas y municipales*”, y “*las entidades, organizaciones e instituciones bajo control directo o indirecto de las instituciones señaladas en el párrafo anterior*”.

En este precepto la cuestión que genera incertidumbre es, naturalmente, la relativa a qué se entiende por entidades sujetas a “*control indirecto*” de las instituciones autonómicas y municipales.

En un sentido laxo, todos los titulares de fondos integrantes del patrimonio documental están sometidos al control indirecto de, al menos, las instituciones autonómicas y forales, pero no parece que sea a esto a lo que se refiere el artículo, sino más bien a una determinada participación en la titularidad que confiera influencia en la toma de decisiones. ¿ Cual es ésta ?

No podemos dar una respuesta a falta de mayores precisiones, aunque en el caso de las sociedades mercantiles pueda acudir a la legislación y jurisprudencia de este área para delimitar la noción, y sin perjuicio de las dificultades que puedan surgir de su aplicación analógica a personas jurídicas de diferente naturaleza.

Sin perjuicio de que tenga origen en la delimitación competencial intracomunitaria, no deja de resultar paradójico que la L.P.C.V. establezca la obligación de que dispongan de un servicio de archivo las instituciones municipales y que pueda no existir, y de hecho en algún caso no exista, norma paralela, (Norma Foral), en que se establezca obligación similar para las instituciones forales.

La cuestión subyacente es la de la justificación de la inclusión de los archivos municipales dentro del ámbito normado a nivel autonómico, existiendo la autonomía política foral; debida sin duda a la importante restricción competencial que supondría la opción contraria para las instituciones autonómicas, pero que genera incongruencias del tipo de la que comentamos.

El artículo 77 reclama, por su parte, que los servicios de archivo cuenten “*con personal técnico suficiente para garantizar el cumplimiento de las funciones recogidas en el artículo anterior*”, lo que no deja de constituir un auténtico “brindis al sol”, en ausencia de normas de desarrollo que precisen cantidad y cualificación en que debe traducirse este mandato para cada servicio de archivo, toda vez que son muy diferentes

las circunstancias que los rodean. No es comparable a este respecto el Archivo Histórico del Gobierno Vasco que crea el artículo 81, o el archivo de cualquiera de las Diputaciones Forales, con el de un municipio de menos de 500 habitantes.

9.1.2. El Reglamento del Sistema de Archivo de la Administración General e Institucional de la C.A.P.V.

Es el Decreto 232/2000 de 21 de Noviembre el que aprueba un Reglamento regulador de los Servicios de Archivo y Patrimonio Documental del País Vasco. En desarrollo del mismo, una Orden de 19 de Diciembre de 2005, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, reglamenta el “*sistema de archivo de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi*”.

Su objeto, según se define en el artículo 1 es “*la regulación de los flujos de documentación entre los distintos archivos*” de este Sistema, “*la normalización de los distintos procesos y actividades de tratamiento de la documentación*”, en ellos y “*determinar las actuaciones necesarias en orden a facilitar el derecho de acceso a los archivos a las personas físicas y jurídicas*”.

Según señala expresamente el artículo 3, “*se entiende por acceso a la documentación la disponibilidad de la misma para su consulta*”, por archivo “*la instancia responsable del tratamiento técnico, difusión y conservación de los fondos documentales*”, por calendarios de conservación “*los instrumentos que identifican las series documentales y establecen su permanencia en cada subsistema, su nivel de conservación o eliminación y su accesibilidad*” y por ciclo de vida de los documentos “*la agrupación de fases por las que atraviesa un documento: creación, mantenimiento, uso y eliminación o conservación definitiva*”.

Otros conceptos definidos en el mismo precepto son los de cuadro de clasificación, “*instrumento de gestión que refleja la organización del fondo documental y aporta los datos esenciales de su estructura*”, descripción de los fondos documentales, “*análisis de los documentos de archivo y la elaboración de instrumentos que faciliten el conocimiento y consulta*” de los mismos, documento de archivo “*toda información registrada, independientemente de su forma y características físicas, recibida, creada o conservada por una institución, entidad o individuo en el desempeño de sus funciones*”, y documentación de apoyo informativo, “*aquellos documentos (impresos, fotocopias de disposiciones normativas, folletos...) cuya utilidad para la Administración radica exclusivamente en su contenido informativo para apoyo de la gestión administrativa*”, y que “*por tanto no es documentación susceptible de integración en los expedientes ni de conservación en los archivos*”.

También se refiere el artículo a los documentos electrónicos de archivo, “*todo documento de archivo en soporte electrónico ya sea porque se ha creado mediante una aplicación informática o bien porque se ha digitalizado*”, documentos vitales “*conjunto*

de documentos esenciales, que se consideran necesarios para asegurar el normal desarrollo de las funciones y actividades críticas desarrolladas por la administración Pública”, expedientes “conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla”, expurgo “proceso de eliminación o borrado de documentos por cualquier medio que impida su reconstrucción y posterior uso”, fondo de archivo, “todo conjunto orgánico de documentos conservado de manera organizada de forma que se garantice la difusión conveniente de su información”, gestión de la documentación “conjunto de tareas y procesos técnicos orientados a obtener la mayor eficacia y rentabilidad en el tratamiento de los documentos”, o identificación documental “proceso de recopilación de información y estudio de cada una de las series documentales”.

A su vez, instrumento de descripción se define como *“documento que relaciona o describe un conjunto de unidades documentales y que permite la localización y recuperación de los documentos”, reprografía como “conjunto de técnicas y procedimientos de copia o microcopia de los fondos documentales”, restauración como “el proceso técnico que tiene por objeto, recuperar la integridad física y funcional de los documentos mediante la corrección del deterioro y los daños sufridos y la restitución de los documentos a su estado original en la medida en que sea posible, teniendo en cuenta el respeto a la originalidad e integridad del documento y la distinción entre la parte del documento no tratada y la parte restaurada” y selección de la documentación como “proceso de determinación de los documentos que van a ser objeto de eliminación o conservación, de acuerdo con los plazos que se establezcan en el calendario de conservación”.*

Finalmente, serie documental es, a estos efectos, *“el conjunto de documentos o expedientes producidos en el desarrollo de una función o actividad administrativa regulada por una norma de procedimiento”, sistema de archivo “el conjunto de normas, órganos, centros y servicios vinculados a la gestión de archivos”, tipo documental “la unidad documental básica que presenta unas características estructurales similares, derivada del ejercicio de una misma función y producida por un determinado órgano o unidad en el desarrollo de una competencia concreta...”, valoración documental “el proceso de análisis y determinación de los valores de los documentos de archivo en función de los efectos que causan y de la información que contienen”, valor primario “el que va unido a la finalidad inmediata de su producción”, y valor secundario “aquel que responde a motivos no definidos inicialmente en su creación”.*

Estas definiciones reglamentarias son plenamente congruentes con el tenor de la L.P.C.V. en los casos, (documento de archivo, fondo de archivo,...), en que se refieren a conceptos que también menciona la Ley.

Un pequeño matiz las distingue, no obstante. La Orden no se refiere al servicio de archivo como la instancia responsable del tratamiento técnico, tal y como hace la L.P.C.V. sino al archivo, siendo así que éste término puede polisémicamente referirse a

la colección de documentos en si misma, aspecto omitido en la definición de la Orden, aunque no posteriormente, como por ejemplo en el art.5. Es evidente, en cualquier caso, que la panoplia de definiciones es mucho más amplia.

El artículo 4 establece que integran el Sistema de Archivo de la Administración General e Institucional, los archivos de gestión o de oficina, los archivos centrales de la Administración Institucional, el Archivo General, los archivos territoriales y el Archivo Histórico.

Los primeros son los ubicados en las unidades administrativas, los segundos se responsabilizan de la organización, custodia y conservación de la documentación generada por sus respectivos entes, el Archivo General gestiona la documentación procedente de los anteriores una vez finalizado el plazo de permanencia en ellos, los territoriales constituyen la delegación del General en los edificios de gestión centralizada del Gobierno Vasco en los Territorios Históricos y el Archivo Histórico debería recoger, (art.9), *“toda la documentación que tenga la consideración de histórica, en los términos previstos en la Ley 7/1990, de Patrimonio Cultural”*.

Sin embargo, hasta su entrada en funcionamiento, (confesión manifiesta de que camino de los 20 años de la aprobación de la L.P.C.V. dicho archivo aún no existe), la que *“se haya generado en el ámbito de actuaciones de la Administración General e Institucional”*, será *“gestionada, organizada y custodiada por el Sistema de Archivo”*, esto es, por el resto de elementos que lo integran.

En todo caso se identifica como documentación a recoger por ese nonnato Archivo Histórico, la de *“una antigüedad igual o superior a 50 años, para la que se determina la conservación permanente”*, y los *“nuevos fondos documentales y colecciones de documentos de especial relevancia para el conocimiento de la historia del País Vasco, que ingresen en el Archivo General”*.

Se sobreentiende en este caso que carentes de esa antigüedad a la que se hace referencia en el apartado precedente, y que, en este caso ingresan primero en el Archivo General y son objeto de valoración en torno a su relevancia, de la que deriva su traslado al Histórico.

El Capítulo II, (arts.10 a 14), se refiere al personal al servicio de los archivos reclamando personal con formación técnica específica en el caso de los Archivos Centrales y del Archivo General. (Ni qué decir tiene que, aunque no se cite, la misma exigencia debe extenderse al Archivo Histórico, sobre el que seguramente se está esperando normación específica quizá de la Consejería de Cultura).

Se prescribe asimismo la necesidad de un Plan de Infraestructuras y Equipamiento que debe elaborar periódicamente la Dirección del Sistema de Archivo que además

“desempeñará funciones de inspección de las instalaciones y condiciones técnicas de los archivos del Sistema”. (Art.17).

Los depósitos de archivo *“deben ubicarse en plantas bajas (rasante) o plantas superiores y en zonas alejadas de potenciales peligros de contaminación industrial, incendios o inundaciones”*, (art.18), y deben contar con zonificación y diferenciación de espacios para depósito de documentación, consulta de la misma y área de organización, descripción y tratamiento. Sin embargo, solo respecto del Archivo General se reclama disponibilidad de equipamiento para la restauración de la documentación y para la difusión del patrimonio documental. (Art.20).

Las condiciones ambientales de los depósitos, (art.21), deben ser las siguientes: temperatura constante entre 15 y 21 °C, sin oscilaciones superiores a +/- 3°C, humedad relativa en torno al 45-65% sin oscilaciones superiores al +/-5%, relación constante entre temperatura y humedad relativa, ventilación natural controlada, e intensidad luminosa entre los 50 y 100 lux. A la vez debe evitarse la exposición de la documentación a la luz solar y alejarse la documentación de fuentes de calor, humedad y campos magnéticos y el equipamiento debe mantener los fondos protegidos del polvo, las deformaciones, los incendios y el robo.

En caso de deficiencias en algún archivo, la Dirección del Sistema *“podrá proceder al depósito de la documentación en el Archivo General del Gobierno Vasco hasta la desaparición de los problemas detectados”.* (Art.23).

La Orden indica acto seguido el tipo de papel a utilizar para fotocopias y documentos temporales, (reciclado), las características de los archivadores, y las cajas de almacenaje, tanto de documentos en soporte papel como en otros soportes. Para la conservación de los documentos electrónicos *“se realizarán periódicamente copias de seguridad”*, y *“se realizarán las conversiones y/o migraciones que se determinen en el Calendario de Conservación”*. Las condiciones específicas de conservación de esta documentación se desarrollarán en una *“Norma Técnica”* a elaborar al efecto. (Art.26)

Todo ingreso de documentos en los Archivo General e Histórico *“se formalizará mediante un acta o relación de entrega y se anotará en el Registro General de Transferencias”.* (Art.33).

El ingreso puede producirse por *“transferencia ordinaria”*, a través de la que los documentos pasan, anualmente, de un archivo a otro, siguiendo su ciclo de vida, *“transferencias extraordinarias”*, en las que se trasvasan documentos por traspasos competenciales o dificultades de conservación, y adquisiciones derivadas de actos inter vivos o mortis causa.

Las transferencias implican, en cualquier caso, selección de la documentación a transferir, que la documentación debe ser original o copia única, eliminándose duplicados, fotocopias, borradores y documentación de apoyo informativo, eliminación de elementos materiales que impliquen un problema para conservación, (clips, gomas, carpetas de plástico, carpetas archivadoras, de anillas...), que la documentación se remita debidamente ordenada e identificada, individualización de los expedientes en carpetillas, uso de cajas normalizadas e identificación en ambos lomos de su contenido.

A este respecto cabe impugnar la prescripción de la eliminación de borradores, que en algunos casos pueden revestir notable interés para conocer el proceso de producción de los documentos definitivos. Este apartado debería ser objeto de valoración específica, por lo menos en los casos de actos relevantes.

Instrumentos de control de estas transferencias son la Relación de Entrega de Documentos a cumplimentar en cada caso y sin la que no puede aceptarse documentación alguna, (art.39), y la relación de contenido en la que debe llegarse incluso a una breve descripción de cada expediente.

Todos los documentos desde su creación o recepción *“se organizarán en base al denominado Cuadro de Clasificación de la Documentación, que estructure la totalidad de la documentación existente, incluida la documentación en soporte electrónico”*. (Art.46).

Esta estructuración responderá a criterios *“de carácter orgánico-funcional”*, reflejando de manera coherente *“la organización de la Entidad y las competencias, funciones y actividades que desarrolla”*. (Art.47). Los documentos dentro de cada expediente deberán estar ordenados *“siguiendo su lógica tramitación que, en general coincide con su secuencia cronológica”*, (art.50), y e identificados y descritos en el Sistema *“de modo que se facilite la consulta y localización de la documentación e información objeto de interés”*, (art.53), conforme a un Plan de Descripción a elaborar por la Dirección del Sistema.

Una vez definidos los calendarios de conservación, *“el Archivo General procederá a la eliminación y/o reorganización de la documentación evaluada”*. (Art.51). La selección y eliminación de la documentación *“se llevará a efecto en cada nivel de archivo en función de los plazos de permanencia y conservación que se hayan definido para cada serie documental en el Calendario de Conservación”* pero en ningún caso *“se podrá eliminar aquella documentación que mantenga su valor administrativo y jurídico”*. El Archivo General comunicará a las Oficinas Productoras *“la relación de documentos que van a ser objeto de expurgo”*. (Art.58).

Para la destrucción de la documentación se procederá del siguiente modo: *“determinación de la serie y años a destruir y cajas que contienen la documentación”*, *“selección de la muestra establecida”*, *“comunicación a la unidad administrativa”*.

productora de la documentación”, “transporte de la documentación al lugar de la destrucción”, “ejecución de la destrucción”, “levantamiento del Acta de Expurgo”, “registro del expurgo realizado” y “remisión de copia del Acta de Expurgo y de la Relación de Documentación expurgada a la unidad administrativa productora de la documentación”. (Art.60).

La documentación a eliminar debe introducirse en contenedores que deben estar perfectamente cerrados hasta el momento de su destrucción, *“evitando toda posibilidad de apropiación y/o utilización por personas no autorizadas”, (art.62), y garantizando la imposibilidad de reconstrucción de los documentos y recuperación de la información en ellos contenida, (aspecto este último de innecesaria mención a nuestro juicio).*

La salida de documentación conservada en el Sistema puede ser temporal o definitiva. La temporal es la que se produce por un período de duración definida para su restauración o para formar parte de exposiciones y requiere informe técnico sobre el estado de conservación y autorización de la Dirección del Sistema.

La cesión para exposiciones requiere, además, indicación por el solicitante de las medidas de seguridad y conservación adoptadas, *“así como la contratación de un seguro que cubra los riesgos de transporte y deterioro de la documentación”. (Art.68).*

No se considera salida temporal el préstamo de documentación a las unidades administrativas, la remisión a órganos judiciales o la custodia externa *“cuando circunstancias excepcionales o razones de eficiencia así lo aconsejen”. (Art.69).*

La salida definitiva implica la baja de los fondos de archivo y la constituyen *“la desaparición de la documentación como consecuencia de accidentes y/o desastres naturales” y “la transferencia a otras administraciones en virtud de los traspasos de competencias”. (Art.70).*

Llama la atención en este caso la exclusión de las conductas dolosas como fuente de desaparición de la documentación. Toda salida definitiva *“deberá estar controlada y registrada en su correspondiente instrumento de control, el Registro General de Bajas de documentación”. (Art.71).*

La accesibilidad a los documentos *“se establecerá de manera preceptiva en los Calendarios de Conservación”, (art.72) aunque “en todo caso serán de consulta pública los instrumentos descriptivos de los documentos contenidos en los archivos, de conformidad con la legislación vigente”. (Art.73).*

El artículo 74 remite al régimen sancionador de la L.P.C.V. cuando dispone que *“las personas que tengan acceso a los documentos de archivo están obligadas a mantenerlos en el mismo estado en que los hayan recibido, respondiendo de los deterioros que causen de acuerdo con lo establecido en la Ley 7/1990, de 3 de Julio, de Patrimonio Cultural Vasco”*. Hacemos el oportuno análisis de este régimen en otro capítulo.

También se remite la Orden a *“la legislación vigente en cada materia”*, en relación con el acceso a documentación que afecte a la seguridad y defensa del Estado, a datos sensibles desde el punto de vista de la confidencialidad y el derecho al honor y la intimidad de las personas y la averiguación de los delitos, (art.75), por lo que no hay aportaciones reseñables en esta línea.

Las únicas restricciones mencionadas son la clásica en torno al acceso a originales *“cuando su manipulación pueda suponer un peligro para la conservación e integridad de los mismos”*, (art.78), en cuyo caso debe habilitarse una alternativa de consulta, y la temporal por *“circunstancias extraordinarias (obras de mejora, tratamiento de los fondos, situaciones de emergencia etc)”*. (Art.79).

En todo caso, se requiere *“la autorización expresa de la Dirección del Sistema de Archivo para la consulta de los fondos especiales”*, (art.76), y el acceso a los depósitos donde se custodia la documentación, *“se reserva con carácter exclusivo al personal de los archivos”*. (Art.77).

El acceso ordinario en las unidades productoras *“deberá autorizarlo el responsable de cada una de ellas”*, (art.80), siguiendo las *“recomendaciones”*, (curioso término en una Orden administrativa), de que el acceso a documentación confidencial o que contenga información de carácter personal *“deberá estar protegido de su consulta por personas no autorizadas”*, y de que la protección se extienda a *“la consulta de las aplicaciones informáticas que gestionen y/o controlen los trámites y procedimientos administrativos”*.

En el caso del Archivo General, el acceso requiere como paso previo la acreditación. Esta se produce a partir de una solicitud escrita en la que se recoge la identificación del solicitante, el objeto de la consulta y el fondo y sección a consultar. La Dirección del Sistema resuelve sobre el acceso en un plazo máximo de 15 días, con previsión expresa de silencio administrativo negativo. (Art.85).

Las personas autorizadas quedan inscritas en un Registro, *“expidiéndoseles una tarjeta identificativa”*, aunque se dispone expresamente la validez de las tarjetas de investigador *“procedentes de archivos y bibliotecas de otras Administraciones Públicas”*. (Art.83).

La consulta de los documentos y de los instrumentos de descripción es gratuita, (art.89), y el derecho a obtener copias, (sujetas a precio público, art.96), se limita expresamente, (art.92), en función del estado de conservación de aquellos, de que el número de peticiones de reproducción “*impida el funcionamiento normal de los servicios del archivo*”, (curiosa prescripción que parece desconocer que emitir copias es también una de las actividades que conforman el funcionamiento normal y que es la Administración la que debe proveer medios suficientes para hacerla viable), y “*cuando se trate de solicitudes de reproducción masiva e indiscriminada*”, disposición criticable en la medida en que se trata de conceptos de indeterminación notable.

El artículo 100 se refiere a que la realización de reproducciones “*deberá contar con un análisis y estimación de costos y beneficios resultantes y el informe de la Dirección del Sistema de Archivo*”.

La utilización polisémica del término “*reproducción*”, genera incertidumbre sobre si el sentido del precepto va dirigido a la correcta fijación del precio público a satisfacer por los solicitantes de copias, o si, por el contrario, alude a eventuales procesos de reproducción de los documentos con finalidad de exhibición de estas copias en lugar de los originales.

Se requiere en todo caso para la reproducción, autorización del titular del derecho de propiedad intelectual cuando tal existe, y autorización específica para la publicación o difusión, que surte efecto para una sola vez y debe concederse de nuevo para reediciones. (Art.93).

En lo que hace a préstamos de la documentación, toda la de carácter histórico está excluida de préstamo, “*como norma general*”, (art.102). Solo se prestarán, además, fondos, “*a las unidades administrativas que los han producido*”, o a otras unidades administrativas previa autorización expresa de las productoras. El plazo de préstamo no excederá de un mes, aunque puede solicitarse la prórroga. (Art.104).

En ningún caso pueden solicitarse préstamos para incluir nuevos documentos en los expedientes, sino que tales documentos deben a su vez remitirse al Archivo que corresponda, indicando su ligazón con el expediente de que se trate. Los archivos “*llevarán un registro de las consultas y préstamos de documentación que realicen*”. (Art.107).

Los artículos 108 a 110 disponen que los archivos promoverán la realizaciones de actividades de dinamización y difusión cultural. Entre las primeras se citan “*la elaboración y publicación de instrumentos de información de sus fondos documentales*”, “*la difusión de estos fondos vía Internet*”, “*la organización y participación en conferencias, congresos y jornadas*”, y “*la organización y participación en exposiciones*”, mientras que entre las educativas se mencionan

expresamente “*la organización de cursos*”, “*la colaboración con los centros docentes y culturales*” y “*la organización de visitas a los archivos General e Histórico*”.

El Decreto 174/2003 de 22 de Julio, regula la organización y funcionamiento del “*Sistema de Archivo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi*”, creando además la Comisión de Valoración, Selección y Acceso a la Documentación (C.O.V.A.S.A.D.). La actuación de esta Comisión es objeto de desarrollo y regulación específica en Orden de la Consejera de Hacienda y Administración Pública de 19 de Diciembre de 2005.

El artículo 2 de esta Orden declara incluidos bajo su ámbito, “*todos los archivos que se integran en el Sistema de Archivo de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, excepto el Archivo Histórico*”.

Sin embargo, la eventual presencia de documentos que formen parte del patrimonio cultural, aún y cuando no se encuentren, (todavía), integrados en el Archivo Histórico, la eventual aplicabilidad analógica o el hecho de que puedan servir de ejemplo alguna de sus disposiciones nos obligan a hacer referencia a las mismas. Es digna de resaltar, en todo caso, la exclusión del Archivo Histórico por cuanto no se produce en la Orden de la misma fecha de la que nos hemos ocupado anteriormente.

El artículo 4 dispone que será objeto de identificación o evaluación la documentación de archivo generada en la Administración General e Institucional, “*a excepción de la documentación de carácter histórico, considerando como tal toda aquella que tenga una antigüedad superior a 50 años*”.

El precepto es más preciso que el de la L.P.C.V., aún y cuando también sea susceptible de mejora y obligue a una matización de inicio. Los documentos de antigüedad superior a 50 años se encuentran integrados ex lege en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco, (art.55.2), y no es contradictorio con lo dispuesto en la ley, considerar históricos exclusivamente a éstos, pero si lo sería identificarlos con los que pertenecen al patrimonio documental vasco, pueden existir otros documentos no”históricos”, según esta calificación que, sin embargo, pertenezcan al patrimonio y demanden tutela y protección.

La identificación se realiza “*por iniciativa de la Dirección del Sistema de Archivo*”, o “*a solicitud de las unidades productoras*”, (art.6), a través de cuestionarios en los que deben recogerse los siguientes aspectos, (art.7): “*información de la evolución organizativa de la unidad productora*”, “*denominación o denominaciones con las que se conocen las series documentales, indicando sus antecedentes*”, “*unidades administrativas que intervienen en su tramitación*”, “*contenido y tipo de información que proporciona la serie documental, con especial indicación de si contiene datos sometidos a algún régimen especial de protección o afectados por legislación específica*”, “*existencia o no de documentación resumen del contenido de la serie y si*

éste se publica o no”, “tipo de procedimiento administrativo que le afecta” y “disposiciones normativas, tanto de carácter general como específicas, que regulan el procedimiento administrativo”.

También la “relación de los trámites que conforman el expediente tipo, con indicación de los tipos documentales que los soportan”, el “soporte físico de los documentos”, “objeto y frecuencia de consulta de la documentación”, “criterios específicos que regulan el acceso a la serie documental”, “indicación de las series documentales relacionadas y de las unidades administrativas que las producen y conservan”, “crecimiento anual expresado en número de expedientes y/o metros lineales y el total acumulado de la serie conservado en cada nivel de archivo”, y “las aplicaciones informáticas para la gestión de la serie”.

A partir de esta información *“se analizarán y determinarán los valores primarios y secundarios de la documentación para proponer su conservación y condiciones de acceso”.* La Dirección del Sistema de Archivo debe elaborar y remitir a la Comisión de Valoración una propuesta de calendario de conservación que debe contemplar el *“período de permanencia y transferencia de la documentación en los archivos del sistema”, los “plazos de conservación de la documentación”, el “tipo de conservación de la serie (total, parcial de la serie o de la unidad documental o expediente”, el “tipo de eliminación y método de muestreo a aplicar en caso de considerarse el expurgo”, las “condiciones de accesibilidad y consulta de esta documentación (libre o restringida y plazo de la restricción), y “si se trata o no de documentos esenciales de la administración general e institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, pudiendo plantearse además “propuestas de mejora en relación al tratamiento y organización”.* (Art.9).

La COVASAD. se configura *“como un órgano asesor, de carácter participativo e interdisciplinar, en las funciones de analizar y valorar todas las tipologías y series documentales”,* (art.12), y está presidida por el Director/a de Recursos Generales de la Consejería, (o persona en quien delegue), vicepresidida por el/la Jefe del Servicio de Gestión del Sistema de Archivo, e integrada además por vocales permanentes y vocales especiales (técnicos en función de las series a valorar).

El mandato de los vocales es de 4 años, aunque va ligado a la permanencia en el cargo. (Art.14). La Comisión cuenta además con un Secretario/a, respecto de cuya identidad nada se determina. (Tan solo su sustitución por personal de la escala técnica del Servicio de Gestión del Sistema de Archivo, o por el miembro más joven de la Comisión).

La COVASAD emite dictamen sobre las propuestas de calendarios de conservación, en un plazo máximo de tres meses, (sin indicación de lo que sucede en caso de incumplimiento del plazo), y lo remite a otra Comisión de Valoración y Selección de la Documentación, adscrita ésta a la Dirección de Patrimonio Cultural, para que emita

informe, previamente al sometimiento del calendario a “*la aprobación del titular del departamento de Hacienda y Administración Pública*”. (Art.20).

El conjunto de órdenes por las que se aprueban los calendarios de conservación, “*conformará el Calendario General de Conservación de la Documentación del Sistema de Archivo de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi*”, (art.22), reuniendo respecto de la totalidad de las series documentales los datos a que se ha hecho referencia anteriormente. Los calendarios pueden ser revisados por “*la existencia de modificaciones de importancia en la gestión de esta documentación o por la aportación de información de interés no tenida en cuenta anteriormente*”. (Art.23).

9.1.3. Los archivos en la L.P.H.E. y la legislación de las C.C.A.A.

La L.P.H.E. regula los archivos, bibliotecas y museos en el Capítulo II del Título VII, artículos 59 a 66. Es destacable en dicha regulación el sometimiento de los inmuebles destinados a la instalación de archivos de titularidad estatal, (también de bibliotecas y museos), “*así como los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español en ellos custodiados*”, al régimen de los Bienes de Interés Cultural.

Se trata de una norma que no reproduce la L.P.C.V., sin que, a nuestro juicio, quepa formularle por ello excesivos reproches. Lo relevante en el archivo es la documentación que custodia; si el edificio reviste interés cultural en sí mismo, nada obsta a que se califique individualmente y sin embargo, la declaración como B.I.C. de un edificio que no lo justifique por sus virtudes específicas puede conllevar trámites burocráticos prescindibles, (como la elaboración de un régimen de protección “ad hoc” en la ley vasca), y dificultar la asignación óptima de los escasos recursos existentes.

Idéntica conclusión hay que obtener en relación con la declaración de utilidad pública a efectos de expropiación, (art.64), a menos, en este caso, que la dificultad de traslado de los bienes ubicados en tal inmueble aconseje la misma con independencia del interés intrínseco del inmueble.

El artículo 61 establece el principio de libertad de creación por la Administración del Estado de “*cuantos archivos, bibliotecas y museos considere oportunos*”, previa consulta con la Comunidad Autónoma correspondiente. Se trata de una disposición, que si puede parecer culturalmente lógica, (cuantas más instituciones laboren por la cultura, mejor servicio para los ciudadanos), puede constituirse también en importante fuente de conflictividad, si tenemos en cuenta lo ya señalado en torno a la competencia estatal exclusiva sobre los equipamientos culturales de titularidad estatal.

La mera creación de un archivo, museo, o biblioteca podría variar el régimen jurídico a que se ven sometidos los elementos que lo integran y privar a la

administración autonómica, (o a otros de ámbito menor como las forales), de competencias que ejercían de forma pacífica y eventualmente razonable.

También se establece el principio de libertad de acceso a los archivos de todos los ciudadanos españoles, (art.62),” *sin perjuicio de las restricciones que por razón de la conservación de los bienes en ellos custodiados o de la función de la propia institución, puedan establecerse*”, la admisión en depósito de bienes de titularidad privada, según lo que se establezca por vía reglamentaria, (aquí no hay dudas sobre a quien le corresponde este desarrollo), y la imposibilidad de salida de los bienes obrantes en archivos, bibliotecas y museos sin autorización por Orden Ministerial. (Art.63). En todo esto el régimen es similar al de la L.P.C.V.

El Real Decreto 1164/2002 de 8 de Noviembre, “*por el que se regula la conservación del patrimonio documental con valor histórico, el control de la eliminación de otros documentos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y la conservación de documentos administrativos en soporte distinto al original*”, desarrolla lo dispuesto en la L.P.H.E. y es de ineludible análisis para conocer los términos en que se protegen jurídicamente los fondos que obran en sus manos.

Una primera disposición relevante es la del artículo 2.1 que entiende por eliminación de documentos, “*la destrucción física de unidades o series documentales por el órgano responsable del archivo u oficina pública en que se encuentren, empleando cualquier método que garantice la imposibilidad de la reconstrucción de los mismos y su posterior utilización*”.

Interesa resaltar aquí que, “*strictu sensu*”, eliminación es solo la que realice el órgano administrativo competente y no la que realicen terceros ajenos a él. Esta eliminación solo puede realizarse tras un proceso de “*valoración documental*”, definido como “*el estudio y análisis de las características históricas, administrativas, jurídicas, fiscales e informativas de la documentación*”, que “*establecerá los plazos de transferencia, la posible eliminación o expurgo y el régimen de accesibilidad de la documentación*”. (Art.2.2).

La eliminación puede condicionarse a la conservación, en soporte diferente al original en que fueron producidos, de los documentos y series documentales en los que “*el soporte original carezca de valor histórico, artístico o de otro carácter relevante que aconseje su conservación y protección*”, o no contenga “*firmas u otras expresiones manuscritas o mecánicas que confieran al documento un valor especial o que supongan el contenido esencial del documento por su valor probatorio de derechos y obligaciones*”. (Art.2.3).

Sin embargo, “*en ningún caso se podrá autorizar la eliminación ni se podrá proceder a la destrucción de documentos de la Administración General del Estado o de*

sus organismos públicos, en tanto subsista su valor probatorio de derechos y obligaciones de las personas físicas o jurídicas o no hayan transcurrido los plazos que la legislación establezca para su conservación. (Art.3). La eliminación por tanto se somete a autorización y es el valor probatorio el primer criterio, (obviamente no el único), en base al que puede procederse a ella.

El procedimiento de eliminación comienza con un Acuerdo de Iniciación de procedimiento de eliminación de la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos de cada Departamento u Organismo Público, acompañado de informe del órgano proponente que justifique la eliminación y, en su caso, la conservación en soporte distinto acreditando la valoración documental de carencia de valor histórico, probatorio ni utilidad para la gestión administrativa, y de una memoria relativa a las características de la documentación de que se trate. (Art.4).

Este Acuerdo es sometido, (art.5), a dictamen de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, que dispone de un plazo máximo de un año para emitirlo, reducible si el órgano proponente lo solicita por motivos de urgencia. Este plazo es, a nuestro juicio, excesivamente largo, aún teniendo en cuenta las consecuencias que pueden derivarse del dictamen.

Si éste es contrario a la propuesta de eliminación *“tendrá carácter vinculante”*, no pudiendo presentarse nueva propuesta de eliminación referida a la misma documentación hasta dos años después de la comunicación del dictamen al órgano proponente, salvo modificación de *“los criterios archivísticos aplicados en la primera valoración”*, cláusula genérica e indeterminada y que a nuestro parecer resulta innecesaria en los plazos a que se refiere el Real Decreto.

Si el dictamen es favorable a la eliminación, el Subsecretario del Ministerio o Presidente o Director del organismo público, *“adoptará la decisión que considere oportuna”*. (Art.6).

La resolución autorizadora de la eliminación debe incluir, *“una descripción sumaria de la documentación afectada”*, la indicación de que *“la eficacia de la autorización quedara demorada hasta transcurridos tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado y condicionada en todo caso a que durante ese plazo no haya constancia de la interposición de recurso de cualquier naturaleza contra la misma”*, no pudiendo procederse a la destrucción hasta que la resolución, caso de ser impugnada, adquiera firmeza, *“el señalamiento de los recursos que procedan”* y *“la determinación de las medidas precisas para la destrucción de los documentos y, en su caso, para la conservación del contenido en soporte distinto al original”*.

El expediente de eliminación que debe abrir el órgano responsable de la custodia, debe, por último, incluir todos y cada uno de los documentos a que hemos hecho referencia, además del *“acta de eliminación”*.

Como es lógico, dado el carácter previo de la L.P.H.E. con respecto a la norma vasca y su diferente ámbito, son las normas de otras C.C.A.A. las que nos proporcionan mayores oportunidades de análisis y comentario comparativo.

La más reciente de las leyes de archivos de las Comunidades Autónomas es la Ley 3/2005, de 15 de Junio, de Valencia. Su ámbito se extiende a *“todos los archivos valencianos que formen parte del Sistema Archivístico Valenciano, los documentos que los integran así como el resto de documentos que forman parte del patrimonio documental valenciano”*, (art.2), sin más exclusión, en línea distinta a la de la ley vasca, que los archivos de titularidad estatal.

Los archivos provinciales van a formar así parte del Sistema, junto a los de universidades públicas y privadas, academias científicas y culturales, colegios profesionales, cámaras de comercio, confesiones religiosas y *“todas aquellas instituciones privadas que ejerzan funciones públicas”* en el territorio, (art.7), por ministerio de la ley.

Esta integración legal comprende un elenco de archivos mucho más amplio que el de la L.P.C.V., que solo incluye ex lege los de titularidad pública, aunque admita la integración convenial de los restantes. Sin embargo, las determinaciones que van a caracterizar al Sistema se establecen, (art.8), únicamente en referencia a los archivos públicos, remitiéndolas al convenio en el caso de los archivos privados, (art.8.4), con lo que en la práctica la opción es similar a la de la norma vasca.

Hay que señalar en relación con ese artículo 2 que la referencia a archivos *“valencianos”* es superflua, (¿ acaso el Sistema integrará los que no lo sean ?), y potencialmente conflictiva, pues en ningún caso se determina cuales son éstos, por más que haya que entender que serán los que se ubiquen en territorio de la Comunidad. Tratándose de bienes muebles se debería ser todavía más cuidadoso en este terreno. Por otra parte si al final se va a hacer referencia a un ámbito omnicomprendivo como es el de los documentos que integran el patrimonio documental valenciano, tampoco creemos imprescindible la referencia a los archivos valencianos integrantes del Sistema.

Consciente de la relevancia de la utilización de las nuevas tecnologías en este ámbito, el legislador valenciano se refiere a ellas para, amén de reclamar la promoción de este uso, demandar reglamentación específica y que la preservación de los documentos electrónicos se realice *“de forma que se garantice que los documentos permanecen completos, tanto en su contenido como en su estructura y contexto; fiables, en cuanto puedan seguir dando fe del contenido; auténticos, en cuanto que (los) originales no han sufrido alteración en las eventuales migraciones; y accesibles, en cuanto a su localización y legibilidad”*. (Art.6).

En relación con el Sistema Archivístico Valenciano, la ley establece unas exigencias respecto de los archivos integrados, que se clasifican en archivos de gestión, (que contienen documentación activa en fase de tramitación), centrales, (de documentación semiactiva de uso frecuente generada o reunida por todas las unidades administrativas de una misma entidad), intermedios, (documentación semiactiva de escaso uso), y propiamente históricos, que son los que nos interesan y que “*reúnen la documentación que posee valor cultural*”. (Art.18).

Por su concreción, y novedad si la comparamos con la L.P.C.V., nos parece especialmente destacable la que exige un horario de apertura al público de un mínimo de 10 horas semanales, para los archivos *que disponen de personal archivero*”. (Art.8). Naturalmente que la remisión a los archivos públicos que estén “*obligados a ello*” por la Ley rebaja enormemente la virtualidad del requerimiento.

Los archivos de gestión están obligados a conservar la documentación hasta el fin de la tramitación; en los centrales la salida está sujeta a autorización del responsable del archivo, lo mismo que en los intermedios si la salida es para fines administrativos o judiciales, aunque corresponde a la Consellería si es para fines distintos, y en el Archivo de la Generalitat la documentación permanecerá en fase semiactiva por un tiempo máximo de 30 años hasta su transferencia a los archivos históricos.

La salida de documentos de archivos históricos de la Generalitat “*deberá ser autorizada por el órgano directivo del sistema archivístico valenciano*”, (art.31), de forma distinta a lo dispuesto en la norma vasca.

La ley valenciana, también a diferencia de la L.P.C.V., crea una Junta Calificadora de Documentos Administrativos, encargada de emitir dictamen sobre “*la conservación permanente de la documentación y su ingreso en los archivos históricos o bien su eliminación por su inutilidad administrativa y cultural*”, (art.11), y prevé la posible elaboración de planes sectoriales para cada tipo de archivos. (Art.19).

Respecto del personal y medios de los archivos públicos, junto a medidas obvias como la prohibición de depósito de materiales inflamables o explosivos “*ajenos a los propios soportes y contenedores de los documentos*”, (art.21.3), se dispone, además de la existencia de personal suficiente en cantidad y cualificación, de forma muy razonable, que la construcción o reforma de un edificio como sede de entidades públicas deberá prever el espacio necesario para la instalación del archivo correspondiente. (Art.22).

La ley valenciana cuenta con una sección específica dedicada a los archivos de las entidades locales. Establece la obligación de contar con un servicio de archivo propio en el caso de “*las diputaciones provinciales y los ayuntamientos de municipios de más de 10.000 habitantes*”, (art.36), exigencia a nuestro juicio muy escasa y que debería ampliarse a municipios de menor población.

No es inédita esta mayor exigencia, véase Madrid por ejemplo, en otras C.C.A.A. En el caso de entidades no obligadas cabe mancomunar el servicio. (Art. 37). Con respecto a los archivos privados, la norma valenciana guarda un silencio incomprensible sobre aquellos cuya integración en el Sistema Archivístico ha decidido “ex lege” en el art.7 y se refiere tan solo a los que se integran por resolución de la Consellería competente en materia de Cultura, para establecer que se hace a petición de los interesados, (art.40), y previa suscripción de un convenio.

La norma valenciana posee, finalmente, un apartado relativo a las sanciones o imponer a quienes infrinjan sus prescripciones.

De la Ley 6/1986, de 28 de Noviembre, de Archivos de Aragón interesa destacar la disposición expresa de que los documentos deben “*ser objeto de una selección o expurgo, a fin de eliminar aquellos que no posean interés administrativo o histórico*”, una vez “*expirado el período de utilización administrativa*”. (Art.4).

Es evidente que se trata de una práctica habitual, imprescindible para que pueda darse la debida tutela a los fondos que realmente la merecen, pero no por ello debe dejar de establecerse como mandato legal, delimitando las condiciones en que debe realizarse, sin perjuicio de que la definición precisa y detallada se haga en el desarrollo reglamentario, y mientras tanto se precise autorización previa para proceder a ello del Departamento de Cultura y Educación. (Disposición Transitoria Tercera).

También en Aragón, como en otras C.C.A.A., y a diferencia del caso vasco, el Sistema de Archivos comprende los archivos de las Diputaciones Provinciales y los municipales, pero no así los archivos de titularidad privada., salvo los que se integren, a iniciativa de sus titulares y con autorización gubernativa, y los que “*sean considerados de uso público por recibir de los poderes públicos subvenciones o ayudas en cuantía igual o superior a la mitad de su presupuesto ordinario o disfruten de beneficios fiscales en cuantía igual o superior al 10% de su presupuesto*”. (Art.18).

En este último supuesto de integración legal, no recogido por ejemplo en la ley valenciana, la ley no determina el procedimiento de declaración de uso público, ni los medios y criterios a través de los que se va a llegar a la conclusión de que se da el supuesto de hecho.

Es interesante el mandato del artículo 23 de elaboración de “*un censo de los archivos y sus fondos documentales, incluyendo una estimación cuantitativa y cualitativa de los mismos, así como de su estado de conservación y condiciones de seguridad*”.

En lo referente a medios humanos y materiales sin embargo, la norma se limita a exigir personal técnico especializado en número y nivel suficiente y dotaciones presupuestarias para creación, mantenimiento y fomento.

Andalucía dispone asimismo de ley específica de archivos, la Ley 3/1984 de 9 de Enero. El Sistema de Archivos “*se configura como una red de centros integrado por los siguientes órganos y archivos: 1) Consejería de Cultura y Medio Ambiente y Comisión Andaluza de Archivos y Patrimonio Documental (y) 2) archivos de uso público o privado que se integren en dicho Sistema*”. (Art.9).

Dado que los aludidos en el apartado 1 no son archivos, en defectuosa técnica legislativa, habrá que entender que la norma pretende la integración de los archivos que de ellos dependan, pese a que se señale que también forman parte de él los órganos mencionados. En todo caso el precepto no precisa con claridad el elenco de integrantes.

El artículo 11 a su vez configura como archivos de uso público, “*todos los de competencia autonómica de titularidad pública y los de titularidad privada que reciban de los poderes públicos subvenciones o ayudas en cuantía superior a la mitad de su presupuesto ordinario o disfruten de beneficios fiscales*”. Este último apartado es evidentemente injusto y desproporcionado si se extiende a cualesquiera beneficios fiscales por nimios que sean, como deriva de su literalidad.

En materia de medios técnicos y personales, nos encontramos en situación similar a la de Aragón, exigencia de personal suficiente y cualificado, (art.32), y remisión a un desarrollo reglamentario posterior del significado preciso del requerimiento.

El traslado de los bienes integrantes del Patrimonio Documental Andaluz de antigüedad superior a 50 años, de entidades eclesiásticas, políticas, sindicales, culturales, educativas etc, de antigüedad superior a 100 años o de otras entidades particulares o personas físicas o los incluidos por el Consejo de Gobierno, (arts.4 a 6), queda asimismo sometido a autorización gubernativa previa. (Art.36.4).

Una última disposición interesante es la del art.40 en torno a que la Junta de Andalucía “*arbitrará las medidas oportunas en cada caso, para concentrar en un solo depósito los documentos dispersos procedentes de una misma institución o entidad*”.

La Ley 4/1993 de 21 de Abril, de Archivos de la Comunidad de Madrid integra en el Sistema de Archivos, que también denomina Red de Archivos de Uso Público, varios “*subsistemas*”, (art.11), entre los que cita expresamente el de “*la Asamblea y el Consejo de Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid*”, el de “*Archivos Municipales*”, el de “*Archivos de la Iglesia*”, (la Católica habrá obviamente que suponer) y el de “*Archivos de Empresa*”. Estos subsistemas “*se ajustarán a*

planes sectoriales y programas generales o específicos...que serán aprobados por el Consejo de Gobierno”.

La organización de los archivos se realiza, (art.13), en 4 fases: archivos de oficina, (durante el trámite o uso frecuente, en todo caso en plazo no mayor a 5 años), archivos centrales, (que recogen actos firmes durante un plazo máximo de 10 años), y Archivo Regional, que los conserva durante un período máximo de 15 años dándoles tratamiento de archivo intermedio, (concepto que la norma no define), y tratamiento de valor histórico a los que lo posean y tengan ya 30 años de antigüedad, una organización pues que ha podido servir de inspiración a la valenciana, habida cuenta de su notable parecido.

Las transferencias deben documentarse “*de modo fehaciente*”. (Art.17). Al modo de la norma valenciana, sin embargo, la referencia a los medios materiales y humanos se reduce a la demanda de su suficiencia en términos cuantitativos y cualitativos. (Arts. 22 y 23).

En lo que hace a los archivos municipales, dispone la colaboración de la Comunidad en la adecuación de los archivos de los municipios de más de 10.000 habitantes con personal archivero o ayudante permanente o de población menor si la Secretaría atiende a las fases de archivo de oficina, central e intermedio, y que se facilite a estos últimos el depósito de la documentación con valor histórico en el Archivo Regional, reconociéndoles su propiedad. También, como otras, la norma madrileña, dispone de un Título final relativo a infracciones y sanciones.

La norma canaria que regula la materia archivística es la Ley 3/1990 de 22 de Febrero.+El Sistema Canario de Archivos integra los archivos “*de titularidad autonómica, insular y local*” y los de titularidad privada que reciban ayuda económica de los poderes públicos o disfruten de beneficios fiscales (art.12), disposición que ya hemos criticado en otras C.C.A.A. y que también recoge la Ley 6/1990 de 11 de Abril, de Archivos y Patrimonio Documental de Murcia.

Ni en lo referente a los medios materiales y personales ni en lo que hace a la salida de documentos de su sede bajo autorización administrativa en el caso de organismos públicos y con comunicación al Gobierno y Cabildo (peculiaridad insular) en los restantes se aparta la norma de la línea que siguen las Comunidades anteriores.

Lo mismo puede decirse de la Ley 6/1991 de Castilla y León, si bien ninguna de éstas últimas normas alude a las fases de tratamiento de la documentación. La ley castellano-leonesa considera, de forma más justa que otras C.C.A.A., que la consideración de uso publico de los archivos privados, solo debe alcanzar (art.39.2) a los de las entidades “*que reciban de los poderes públicos subvenciones en cuantía igual o superior al 50% de sus ingresos*”, o a las que lo acepten en el marco de un concierto con el Sistema de Archivos.

De la norma murciana, finalmente, nos parece digna de mención la referencia expresa del artículo 10 a que corresponde a la Consejería *“fijar los criterios de homogeneización de las pruebas específicas de acceso de personal cualificado que atienda los archivos integrados en el Sistema”*.

9.2. LOS SERVICIOS DE BIBLIOTECAS

9.2.1. Las bibliotecas en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

La L.P.C.V. se refiere al servicio de bibliotecas en el Capítulo II del Título IV, artículos 82 a 88. El artículo 82 comienza señalando que además de lo que define el artículo 67, (*“reunión de colecciones bibliográficas y hemerográficas y de materiales individuales que forman una unidad ordenada, catalogada y disponible”*), biblioteca es también el *“centro cultural donde se reúnen, ordenan, conservan y difunden los materiales que el artículo 66 señala como susceptibles de integrar el patrimonio bibliográfico y que cuenta con los correspondientes servicios y personal técnico para proveer y facilitar el acceso a ellos en atención a las necesidades de información, investigación, educación, cultura y esparcimiento”*.

El artículo 83, del mismo modo que realizaba el 74 con respecto a los archivos, proclama que *“quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las bibliotecas de titularidad de los territorios históricos y las de titularidad estatal, salvo aquellas para cuya gestión el Gobierno Vasco firme un convenio”*.

No vamos a reproducir aquí la crítica de esta disposición que realizamos en sede archivística, pero si hay que referirse a la novedosa introducción de la excepción convenial que no figura en el artículo 74. El hecho de que no figure en relación con los archivos no excluye la aplicación de las normas de la L.P.C.V., que sería propiamente el objeto de ese convenio suscrito. Por lo tanto la introducción de la referencia expresa en sede bibliotecaria no constituye una distinción sustancial.

La otra diferencia en cuanto a la redacción de ambos preceptos tiene que ver con la exclusión de los archivos de titularidad foral o estatal *“existentes en la Comunidad Autónoma”*, referencia que desaparece en el artículo 82.

Evidentemente es irrelevante la cuestión en lo que se refiere a las bibliotecas de titularidad estatal, por cuanto las que no se encuentran en la C.A.P.V. están en cualquier caso fuera del ámbito de la L.P.C.V., pero aunque podría plantearse el supuesto de existencia de bibliotecas que perteneciesen total o parcialmente a los Organos Forales fuera del ámbito de su propio territorio y del de la propia Comunidad, el supuesto parece muy hipotético y en todo caso la interpretación más lógica del precepto

conduciría a sostener también su exclusión del ámbito de la norma, pese a una posible competencia autonómica de representación exterior de los intereses vascos.

El artículo 84 señala que *“las bibliotecas pueden ser de uso privado o de uso público”*. De uso privado son *“las de propiedad privada, individual o colectiva, destinadas al uso de sus propietarios”* y de uso público *“las de titularidad pública y las de titularidad privada que por prestar un servicio público hayan suscrito un convenio con el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco por el que se establezca un estatuto de funcionamiento”*.

Nada hay que oponer a la definición del uso privado, aunque resulta curioso que respecto de los archivos no se introduzca referencia semejante. La clave puede estar en la distinción, a nuestro juicio incorrecta y equivocada, entre *“servicio de archivo”*, concebido como unidad administrativa y *“biblioteca”*, que parece excluir su caracterización como servicio, cuando tanto puede serlo o estar reservado al disfrute dominical uno como otro conjunto de fondos. Sin embargo si que hay que realizar diversas consideraciones en relación con la caracterización del uso público.

Desde luego que no criticaremos la configuración de las bibliotecas de titularidad pública como de uso público, sino que las objeciones se refieren al capítulo de las de titularidad privada a las que se atribuye tal condición.

Se trata de aquellas que hayan suscrito un convenio porque presten un servicio público. Tratándose de otro tipo de bienes, la calificación como bienes culturales en función de su valor o interés conlleva ya la imposición a los titulares de obligaciones de permitir el acceso público, (art.24.3, por ejemplo), aunque sea *“en las condiciones que reglamentariamente se determinen”*.

No existen razones suficientes a nuestro juicio, para mantener criterio distinto en lo que se refiere a los bienes bibliográficos, por más que se trate de conjuntos de bienes muebles. Si las bibliotecas contienen bienes que merezcan la calificación, debería establecerse su uso público, *“en las condiciones que se determinen”*, (y que podría ser perfectamente el convenio el instrumento encargado de fijar), en lugar de dejarse el uso público a merced de la voluntad del titular.

Es evidente que esto puede corregirse a través de los regímenes de protección que se establezcan al calificar, pero no hubiese estado de más que se hubiese dispuesto con carácter general, sin permitir que los titulares puedan oponer al uso público la literalidad de lo que dispone el art.84.

El artículo 85 establece que el Gobierno Vasco *“velará para que en los municipios de más de 3.000 habitantes haya servicios de biblioteca abiertos al público, de acuerdo con lo que reglamentariamente se disponga”*. En las ciudades de más de 30.000

habitantes deberá velar porque se establezcan servicios bibliotecarios descentralizados y en los municipios de menos de 3.000 habitantes porque exista un servicio de bibliotecas móviles.

La norma no establece quien es el obligado a prestar el servicio, si debe ser el Gobierno Vasco el encargado de prestarlo en defecto de prestación municipal o foral o si tan solo debe arbitrar medios para imponer a los órganos competentes su establecimiento, (y en su caso qué medios puede utilizar para conseguirlo).

Tampoco se precisa qué hay que entender por servicio bibliotecario descentralizado, o dicho de otro modo cuales son las entidades menores que en virtud de nivel de población, distancia o separación del núcleo central, identidad diferenciada u otras razones precisan de servicio específico.

Sin embargo, pese a la inexistencia de las bibliotecas móviles a que alude el precepto en los municipios de menos de 3.000 habitantes con carácter general, el hecho es que muchos de ellos cuentan con servicio de biblioteca propio, por lo que la cuestión es menos controvertida. Cuestión distinta es la de si la descentralización en los grandes municipios alcanza el nivel de servicio suficiente.

El Sistema Nacional de Bibliotecas sigue la mismas pautas del de archivos en orden a los elementos que lo integran, las bibliotecas de uso público de titularidad distinta a la estatal o foral, y las privadas que suscriban un convenio a tal fin, lo que también integraría de darse al caso a las forales o estatales. (Art.86). No reproduciremos aquí tampoco la crítica ya realizada en el capítulo archivístico en torno a los supuestos de titularidades parciales o compartidas.

Si que merece sin embargo una consideración el inciso final del artículo 86.1.

Literalmente, preconiza que se integran en el Sistema, las bibliotecas de uso público del art.84.b, (es decir las de titularidad pública), que *“no sean de titularidad de los territorios históricos o del Estado, salvo aquellas para cuya gestión el Gobierno Vasco firme un convenio”*, es decir que en interpretación tan literal como absurda, las bibliotecas que firmasen un convenio de gestión con el Gobierno, (y que solo pueden ser bibliotecas municipales por cuanto no tendrían sentido convenios del Gobierno con las suyas propias), no se integrarían, cuando el propósito de la Ley es precisamente el contrario, la integración del mayor número de elementos en el Sistema y cuando un convenio de gestión con el Gobierno debería tener éste como principal objeto, por cuanto de lo contrario la gestión autonómica carecería de justificación.

A lo que creemos que quería referirse el legislador es a lo que señala en el siguiente apartado, que podrán integrarse las bibliotecas forales y estatales que suscriban

convenios, pero si eso mismo se dice en el art.86.2, escasa necesidad hay de este inciso tan incorrecto y generador de incertidumbre.

El artículo 87 atribuye al Sistema como funciones principales *“la coordinación de las actividades y programas de las bibliotecas integradas”*, en el mismo y *“diseñar una política bibliotecaria y del patrimonio bibliotecario del País”*, sin mayores precisiones, y el 88, finalmente, demanda al Gobierno Vasco la creación para su puesta en marcha de *“un centro específico”*.

9.2.2. La Ley 11/2007, de 26 de Octubre, de Bibliotecas de Euskadi.

Como no podía ser de otro modo, la Ley comienza refiriéndose a su objeto, *“establecimiento de las bases y estructuras fundamentales necesarias para la planificación, creación, organización, funcionamiento y coordinación del Sistema Bibliotecario de Euskadi, y también garantizar los servicios que faciliten el funcionamiento de las bibliotecas y el derecho de los ciudadanos a la libertad de expresión, la lectura y el acceso a medios y contenidos informativos en el marco actual de la sociedad de la información y las nuevas tecnologías”*. Asimismo, *“tiene por objeto regular el depósito bibliográfico de Euskadi”*. (Artículo 1). No hay pues, como era de esperar, novedades relevantes en el ámbito de los propósitos.

No sucede lo mismo con lo dispuesto en el artículo 2 respecto del ámbito de aplicación de la norma. Se extiende éste a todas las bibliotecas de titularidad pública de competencia de la C.A., (que a tenor de lo ya visto en la L.P.C.V. son también las municipales), a las de titularidad privada, foral o estatal incorporadas voluntariamente al Sistema Bibliotecario de Euskadi, (se cambia la denominación de la Ley de Patrimonio Cultural desapareciendo el calificativo de *“Nacional”*) o a la Red de Lectura Pública de Euskadi, y hasta aquí no hay novedades, *“sin perjuicio de su aplicación general en materia del depósito bibliográfico de Euskadi y fondos de interés nacional”*.

Respecto del depósito legal, la L.P.C.V. remitía su regulación al desarrollo reglamentario, (implícitamente atribuido al Gobierno Vasco, al mencionarse un *“control bibliográfico nacional”*, lo que no es baladí si atendemos a la competencia foral general para dicho desarrollo en cada Territorio Histórico), mientras que la Ley le dedica un título específico (el VI, artículos 33 a 40).

Lo relevante es sin embargo la alusión a los fondos de interés nacional, lo que merece un análisis más detenido. Este concepto es desconocido en la L.P.C.V., con lo que respecto de ésta se produciría en principio una modificación del régimen competencial, por cuanto sean cuales sean, sobre ellos se aplicaría esta Ley, con independencia de que estuviesen integrados en bibliotecas forales o estatales, mientras que estas bibliotecas quedaban expresamente excluidas en la Ley de Patrimonio

Cultural. Dada la igualdad de rango, quedaría así modificada la ley precedente. Sin embargo el cambio es más aparente que real.

Ya hemos señalado que la L.P.C.V. no excluía, ni muchísimo menos, la posibilidad de que los bienes bibliográficos fuesen calificados o inventariados.

Aunque en la práctica no lo hayan sido, de haberse producido tales inclusiones, les hubieran sido aplicables a esos bienes las correspondientes disposiciones de esa Ley. En tal caso la exclusión de la biblioteca en la que estuviesen integrados no hubiese sido óbice para que los bienes singularmente protegidos hubiesen estado sometidos a lo que establece la norma patrimonial.

Eso es lo que, de forma expresa, se establece en la Ley. Los fondos de interés nacional “*se registrarán por lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco para los bienes muebles calificados*”. (Art.41).

Significa esto que con un cambio de denominación, (de “*bienes culturales calificados*” a “*fondos de interés nacional*”), en realidad se recoge tan solo de forma expresa, lo que antes lo estaba de manera implícita, eliminando con ello posibles focos de controversia o inseguridad.

La definición de biblioteca de la Ley “*cualquier conjunto organizado de libros, publicaciones periódicas o en serie, grabados, mapas, grabaciones sonoras, documentación gráfica, fotográfica, audiovisual, multimedia y electrónica y otros materiales o fuentes de información, manuscritos, impresos o reproducidos en cualquier soporte, que tenga como finalidad reunir y conservar estos documentos y facilitar su uso a través de los medios técnicos y personales adecuados para la información, la investigación, la educación o el ocio*”, (art.3), es más completa que la de la L.P.C.V.

Corregida la referencia tautológica del proyecto a lo bibliográfico y la incoherencia en que incurría al incluir la fonoteca pero no las grabaciones audiovisuales, hay que destacar que la definición alude expresamente a los fines de la organización, completamente omitidos en la Ley de Patrimonio.

Seguidamente la Ley se refiere a las bibliotecas en función de su titularidad y de su uso. Con respecto al primero de los aspectos no hay modificaciones con respecto al régimen previgente, aunque se detalla expresamente cuales son públicas y privadas lo que quedaba antes implícito.

Si hay cambios relevantes respecto del uso. La L.P.C.V. distinguía entre las de uso público y privado mientras que el art.3.2. lo hace entre las de uso público general,

“abiertas al público en general y que, por lo tanto, prestan a toda la comunidad un servicio de lectura pública, sin ningún tipo de restricción de uso en relación con sus fondos y servicios, salvo los impuestos por la conservación y preservación de sus fondos patrimoniales” y las de uso público restringido, *“por hallarse al servicio de una institución o grupo determinado de usuarios”*, añadiéndose que *“tendrán esta consideración las bibliotecas especializadas, salvo que sus titulares voluntariamente, no limiten el acceso a sus fondos”*.

Creemos necesario realizar algunos matices a esta clasificación. Especialmente en relación con las de uso público general, se excluyen posibles limitaciones de acceso derivadas de razones distintas a las de conservación y preservación de fondos, que aunque no vayan a darse con tanta frecuencia como en el caso de los archivos, no cabe excluir por completo. Pensemos en donaciones condicionadas sin ir más lejos. ¿ No serían en tal caso bibliotecas de uso público general ? La no restricción de servicios, ¿ implica por otra parte que no puedan existir distintos para públicos específicos, investigadores y lectores “normales”, por ejemplo ? ¿ No son entonces de uso público general ?

La Ley convierte el Sistema Nacional de Bibliotecas de Euskadi de la L.P.C.V. en Sistema Bibliotecario de Euskadi, modificando su composición. (Arts.6 y 7). Mientras que en la Ley 7/1990, el Sistema lo integran las bibliotecas de uso público, (titularidad pública y privadas conveniadas), no forales ni estatales, en esta norma lo componen la Red de Lectura Pública, la Biblioteca Nacional de Euskadi, las bibliotecas universitarias y de centros docentes públicos, las dependientes de la Administración de la C.A. de Euskadi no integradas en la red de lectura pública, las bibliotecas especializadas y el resto de bibliotecas integradas vía convenio, los órganos de la Administración General de la C.A. de Euskadi con competencia en materia de bibliotecas y el Consejo Asesor de Bibliotecas.

De la Red de Lectura Pública forman a su vez parte, (art.13), las bibliotecas públicas municipales y las restantes bibliotecas de uso público general que convienen su integración. Pueden formar parte de ella, además, las bibliotecas de los centros públicos de enseñanza, sin que sepamos si para ello será preciso suscribir algún convenio, o se producirá tal integración vía decreto u otra disposición administrativa.

Tampoco esta composición del Sistema nos parece que sea la mejor opción posible.

En primer lugar no nos parece razonable introducir en un mismo ente, órganos de la administración y equipamientos culturales, potencialmente incluso de titularidad privada. Se corren serios riesgos de huída del Derecho Administrativo, de dilución de responsabilidades y de que las competencias y decisiones que deben corresponder a cada órgano, especialmente al administrativo, sean ejercidas en mayor o menor medida extramuros del mismo. La homogeneidad de la administración general, (en la medida en que pueda conseguirse), nos parece una garantía para el ejercicio de los derechos de

los administrados que no hay que obviar sin justificaciones muy poderosas, que no apreciamos en la Ley, ni en la realidad a que se refiere.

Tampoco nos parece acertado introducir a los órganos asesores en un “totum revolutum” con los órganos a que deben asesorar y con los instrumentos a través de los que sus dictámenes deberían llevarse a la práctica. Se corre el riesgo así de desvalorizar la independencia necesaria en tales órganos para que ostenten la credibilidad imprescindible que legitime su existencia.

Ya más en concreto, la redacción del artículo 7.c no nos permite concluir con claridad si las bibliotecas de las universidades privadas (y no haremos hincapié en la relevancia de la de la Universidad de Deusto) forman parte o no del Sistema. Es claro que solo las de los centros docentes públicos, en lo que hace a los de niveles educativos no universitarios, pero la mención separada a las universitarias sin el adjetivo, puede inducir a confusiones.

La redacción del apartado 7.e, que cita las bibliotecas especializadas y el resto de bibliotecas que se integren vía convenio, permite, obviamente, incluir las forales, las estatales y las de titularidad privada, una vez que la Ley reconoce su existencia, (art.3), pero la regulación, que posteriormente analizaremos, de los fondos de interés nacional, va a dejar un margen de incertidumbre en torno al régimen a aplicar a las bibliotecas privadas no integradas en el Sistema y que cuenten con elementos integrantes del patrimonio cultural no declarados como tales F.I.N.

La integración en el Sistema obliga a los titulares o responsables a proporcionar al Gobierno Vasco la información que reglamentariamente se determine en relación con el personal, fondos, presupuestos instalaciones, equipamientos, servicios etc (art.8), a garantizar la utilización de ambas lenguas oficiales y hacer posible el intercambio de información (art.9) y al Gobierno a crear un catálogo colectivo (art.9) y facilitar “*la adopción de políticas comunes, el intercambio de información, la coordinación del préstamo interbibliotecario, la planificación de los procesos de trasvase de contenidos a sistemas digitales u otros soportes, la investigación bibliotecarias y el desarrollo de servicios de acceso a la información y ala comunicación en las bibliotecas*”. (Art.10).

La pertenencia a la Red de Lectura Pública conlleva para las bibliotecas, (art.14), la apertura a todos los ciudadanos sin discriminación, el acceso gratuito al conjunto de los registros culturales y de información, “*quedando exceptuados los servicios que impliquen un coste singularizado, tales como los servicios de reprografía, préstamo interbibliotecario y acceso a bases de datos*”, la prestación de servicios diferenciados para adultos y niños, la atención especial a las personas, grupos sociales y zonas geográficas en situación de desventaja, (libros sonoros para personas con dificultades de lectura, documentos audiovisuales, medios necesarios para acceso de personas impedidas por discapacidad, enfermedad, edad o privación de libertad...), la garantía del acceso a la información de los inmigrantes y de materiales que les ayuden a preservar su lengua y cultura original.

Los fondos tienen además la consideración de libre acceso y son susceptibles de préstamo, aunque ambas circunstancias puedan limitarse por razones de seguridad y conservación, facilitando el acceso a estos materiales en otro tipo de soporte. (Art.14). Según y cómo se interprete el término seguridad, podríamos encontrarnos aquí con una contradicción respecto de lo dispuesto al definir el uso público general en el que se establecía que la única limitación de acceso posible era la derivada de la conservación y preservación de los fondos. Solo se salvará la misma, si por seguridad entendemos únicamente la que se refiera a la preservación de los elementos.

Las bibliotecas de la Red deben prestar, con carácter de servicios básicos, servicios de lectura y consulta en sala de las principales obras de referencia, publicaciones monográficas y seriadas, documentos electrónicos, audiovisuales y multimedia, acceso a información y referencia (sic) general y local, préstamo individual de libros y otros materiales, préstamo interbibliotecario, acceso a internet y a los servicios de información en línea y programas de formación de usuarios, (art.17), y están sujetas a la inspección del Gobierno Vasco. (Art.21).

A cambio la administración autonómica debe proporcionarles asesoramiento colaboración y apoyo en la adquisición de fondos así como información bibliográfica y documental selectiva, formación permanente y reciclaje profesional del personal, tratamiento de fondos duplicados y sobrantes, apoyo técnico, promoción, coordinación del préstamo interbibliotecario y de los fondos de apoyo al préstamo, (art.20) y prioridad en el acceso a las ayudas bibliotecarias del Gobierno.

La Ley modifica (art.26) las exigencias de dotación de servicios bibliotecarios con respecto a los exigidos en la L.P.C.V. Los municipios de más de 30.000 habitantes deben disponer de bibliotecas centrales urbanas *“que ejercerán una labor de coordinación de sus bibliotecas y servicios bibliotecarios de su término municipal”*, en la óptica, de la que discrepamos, de atribuir a los equipamientos, las competencias coordinadoras y organizadoras que corresponden a los órganos de la administración, a los que se integra en ellos.

Son los municipios de más de 5.000 habitantes, (y no los de más de 3.000 de la Ley de Patrimonio), los que deben disponer de bibliotecas locales, aunque el Gobierno vaya a velar porque las tengan los de entre 3.000 y 5.000, y la necesaria dotación de bibliotecas móviles para los municipios menores, que exige la norma vigente, se remite a lo que disponga un nonnato y futuro Mapa de Lectura Pública. También desaparece la exigencia expresa de servicios descentralizados en los municipios de más de 30.000 habitantes, aunque se encuentre implícita en las funciones coordinadoras que se atribuyen a las bibliotecas centrales urbanas.

La Biblioteca de Euskadi *“es la encargada de recoger, conservar y difundir las obras editadas o producidas en Euskadi y en el ámbito lingüístico del euskera en*

cualquier tipo de soporte, así como las relacionadas con la lengua o la cultura vasca, en especial las obras creadas por autores vascos y las obras creadas en euskera” . (Art.27).

No haremos mayor hincapié en las dificultades de delimitar la vasquidad que la propia definición nos pone de manifiesto, cuando parece distinguir relaciones con el ámbito del euskera que no constituyen producción vasca; ni en lo indefinido de referirse a una relación con la lengua y cultura vascas, que si tuviésemos perfectamente delimitadas con general consenso ya pecaría de indeterminación y que en las circunstancias expuestas lo hace de forma exagerada.

Debe velar además por *“las obras bibliográficas que se hallen en Euskadi que tienen valores históricos o culturales relevantes, de acuerdo con lo que establece la legislación sobre patrimonio cultural”*, que, sin embargo, no la incluye (art.4) entre las instituciones competentes, (Gobierno Vasco, Diputaciones y Ayuntamientos), a tales efectos, aunque se trate, (art.28), de un organismo autónomo *“cuya estructura y funcionamiento se determinará legalmente”*, lo mismo, aunque sobre esto se guarde un sorprendente silencio, que su coordinación con el Centro de Patrimonio Cultural Vasco a quien corresponden ex-lege funciones, (difusión en exposiciones y publicaciones, asesoramiento, impulso a la investigación y sobre todo organización y gestión del Registro de Bienes Culturales Calificados y del Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco) similares o interrelacionadas en elevada medida.

En la misma línea la Biblioteca de Euskadi también debe *“velar, en colaboración con otras instituciones (que no se citan) por la conservación del patrimonio bibliográfico vasco en cualquier tipo de soporte”* y *“prestar los servicios de apoyo para la protección del patrimonio bibliográfico de Euskadi, y especialmente los servicios de restauración, reproducción, y gestión de obras duplicadas y sobrantes”*. (Art.29.1 apartados f e h). Cabe señalar aquí lo mismo que respecto de los artículos anteriores.

También se constituye la Biblioteca de Euskadi, (art.27.4), en *“sede del patrimonio digital vasco”* lo que desconocemos qué implica en relación, por ejemplo, con la Filmoteca Vasca, habida cuenta de la definición de biblioteca y los elementos que la integran.

En relación con la tutela del patrimonio bibliográfico es especialmente relevante el Título VI, referido a los fondos de interés nacional. Los define el artículo 41, *“podrán declararse de interés nacional los fondos bibliográficos con un valor cultural especial integrados en bibliotecas”*. Dichos bienes *“se regirán por lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco para los bienes muebles calificados”*.

Cabe preguntarse, inicialmente, porqué si se realiza una remisión a la L.P.C.V., se “inventa” una categoría inexistente en ella, aunque se identifique plenamente con una si recogida. ¿ El cambio de denominación aporta algo ?

Ni siquiera la inclusión del término “*nacional*” con la significación que pudiera tener, incluso desde una perspectiva simbólica, parece justificar nada, cuando se omite simultáneamente del Sistema de Bibliotecas al que antes si acompañaba.

La única aportación, que contrapesa la confusión a que puede conducir, particularmente en el público no muy informado, es la de la identificación expresa con los bienes calificados que conecta con los regímenes generales de protección de los elementos patrimoniales de forma mucho más adecuada que la confusa e implícita de la L.P.C.V. La ausencia sin embargo de mayores precisiones nos deja, sin embargo, un importante problema por resolver.

Es facil de entender; si determinados fondos pueden declararse de “interés nacional” y se les atribuye así el régimen de protección de los bienes culturales calificados, ¿ es éste el único régimen de protección ? ¿ En qué situación quedan los bienes que pudieran estar incluidos en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco, acorde a la Ley 7/1990, deja ese régimen de ser utilizable para proteger fondos bibliográficos, dada la identidad de rango y la condición de “lex posterior” de la Ley de Bibliotecas ? (Dicho sea de paso, los bienes en esta situación son cuasinexistentes).

Ninguna de las Disposiciones Adicionales o Transitorias nos proporciona información alguna sobre este punto. Guardan un mutismo total, manifiestamente indebido si tenemos en cuenta el contenido de la Disposición Derogatoria que, como es usual, proclama la derogación de las disposiciones opuestas de igual o inferior rango.

Tres razones son las que nos inducen a creer que la Ley no modifica nada en este aspecto y que los fondos bibliográficos siguen siendo perfectamente incluibles en el Inventario. (Otra cosa es que en la práctica, desgraciadamente, no lo sean).

La primera es que cuando el Anteproyecto quiere modificar expresamente la L.P.C.V. ya lo hace, como testimonia la Disposición Adicional Primera que da nueva redacción al artículo 66 de aquella.

La segunda que la protección se remite, en diversos apartados (arts. 27.2, 41, 42 y 43 por ejemplo) a lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Cultural.

Y la tercera, que el hecho de que se desarrolle un régimen de protección, incluso modificando denominaciones, nada supone necesariamente con respecto a los restantes no aludidos.

Es verdad que el tenor del artículo 43 puede ser interpretado como poderoso argumento en contrario; *“las bibliotecas de Euskadi velarán por la conservación y protección de aquellos de sus fondos que sean de interés nacional (puede entenderse entonces que no de los que no lo sean) de conformidad a lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco”*.

La remisión legal a la Ley 7/1990 y el hecho de que ninguna de las normas indique que los fondos que integran el patrimonio bibliográfico y que por tanto deben ser protegidos de alguna manera sean tan solo los de *“interés nacional”*, (de hecho la L.P.C.V. dispone expresamente lo contrario), nos induce a considerar, por nuestra parte, que la redacción del artículo 43.1 es un ejemplo más, tan solo, de las imprecisiones en que incurre su redactor.

La declaración de los fondos como de *“interés nacional”* conlleva (art.42) *“además de las obligaciones fijadas en la legislación sobre patrimonio cultural”*, las de *“colaborar con la Biblioteca de Euskadi para su catalogación y su inclusión en el catálogo del patrimonio bibliográfico correspondiente”* y de *“colaborar con la Biblioteca de Euskadi para su conservación y difusión”*.

No se trata en ninguno de los casos de obligaciones adicionales a las de la L.P.C.V. si se trata de bienes calificados; se realiza aquí, en todo caso, una identificación del acreedor de la colaboración distinta de la de la norma patrimonial, sin que encontremos articulación alguna de la relación que va a mantener la Biblioteca con el Centro de Patrimonio Cultural Vasco, ni la que le queda a éste con los titulares de fondos bibliográficos.

El artículo 43.2 establece que *“la reproducción o conversión (de los fondos de interés nacional) requerirá la previa notificación a la Biblioteca de Euskadi, a efectos de que ésta establezca las condiciones de seguridad necesarias”*.

Supone esta disposición una modificación muy importante del régimen establecido para los bienes calificados, al que inicialmente se remite la norma. En la L.P.C.V. se exige para las modificaciones, reparaciones o restauraciones autorización previa de la Diputación Foral correspondiente, mientras que aquí, no se establece expresamente la necesidad de una autorización previa, sino tan solo la notificación a efectos de determinación de medidas de seguridad, y además se transforma absolutamente el régimen competencial atribuyendo la capacidad decisoria a un órgano autonómico, la Biblioteca de Euskadi, expropiándosela a las instituciones forales y modificando así el tenor de la L.P.C.V., (art.38.1), y el de la L.T.H. (Art.7.b.5).

Es cierto que la norma patrimonial no se refiere a las reproducciones, pero no puede menos que dárseles por incluidas en una interpretación conjunta de los preceptos que se refieren específicamente a los bienes muebles junto a los del régimen general.

El apartado 3º del artículo 43 se refiere, por último, a que *“aquellas bibliotecas que dispongan de fondos antiguos, especializados, raros o valiosos y carezcan de medios para su conservación y evaluación podrán recurrir a la Biblioteca de Euskadi para su apoyo y orientación”*.

El precepto es desconcertante. Se encuentra ubicado en el Título relativo a los fondos de interés nacional, por lo que habría que presumir que se refiere a ellos. ¿ Pero no se caracterizan todos estos fondos precisamente por alguno de los rasgos, antigüedad, rareza, especialización, valor... que menciona ? ¿ No son por tanto todas las bibliotecas que los posean acreedoras del apoyo y orientación a que se refiere ? ¿ A qué viene entonces citar esos caracteres en lugar de su calificación como de interés ?

¿ No se trata de una redundancia superflua con respecto a lo que se señala en el precedente artículo 42.2 que ya reclama el apoyo técnico y económico de la Biblioteca de Euskadi a los titulares de las bibliotecas ?

¿ Quiere el precepto referirse a otros fondos no declarados que aún así vengan adornados por tales virtudes ? ¿ A cuales en su caso, o dicho de otro modo, cómo podemos reconocerlos ? ¿ Se trata por ventura de los inventariados, (lo que en ningún caso podemos deducir de la redacción), o de fondos que titular, administración o no se sabe quien reputen como raros, antiguos o valiosos ?

La norma, finalmente, crea el Consejo Asesor de Bibliotecas como órgano consultivo, (art.44), y se remite a las sanciones administrativas recogidas en la L.P.C.V. (art.45), sin perjuicio de añadir algunas adicionales, cuestión que trataremos en un capítulo específico.

9.3. LOS SERVICIOS DE MUSEOS

9.3.1. Los museos en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

La L.P.C.V. dedica a los museos el capítulo III del Título IV, arts.89 a 101.

Comienza el primero de los artículos por definir los museos como *“las instituciones permanentes al servicio de la sociedad y de su desarrollo, abiertos (sic) al público, que investiguen sobre los testimonios del hombre y de su entorno, los adquieran, conserven, los comuniquen y los exhiban con fines de estudio, educación y disfrute”*,

definición que se complementa con la del artículo 97 de colección o fondo museográfico como “*el conjunto de testimonios del hombre y su entorno recogidos y exhibidos ordenadamente a los fines de informar, comunicar y educar*”. Siguiendo la tónica habitual en las definiciones de esta norma, también esta definición de museo obliga a realizar algunas observaciones.

Una inicial tiene que ver con la exigencia de permanencia. Desconocemos qué pretende el legislador cuando la establece, o dicho de otro modo, cual es la duración de la existencia requerida para gozar de la condición de museo. Nada se dice al respecto, y la práctica administrativa ha llevado a denominar y considerar como museos, no ya algunas instituciones desde el primer día de su apertura, sino incluso mucho antes de que estuviesen en condiciones de prestar al público en general algún servicio de los que después se mencionan.

Tampoco puede preverse cual va a ser tal permanencia en el futuro, habida cuenta de las múltiples circunstancias que pueden conducir a que un museo desaparezca, particularmente en el caso de los privados. Podría reclamarse tal permanencia en términos de vocación, pero es ésta difícilmente aprehensible con la seguridad jurídica que debemos exigir a una norma de rango legal.

Además creemos desafortunada la relación, en términos conjuntivos y no disyuntivos, de las actividades a realizar. Con la redacción literal del precepto, deberíamos negar la condición de museo a aquel que no investigue, adquiera, conserve, comunique y exhiba testimonios. Pocos de los museos existentes en la C.A.P.V. realizan labores de investigación, (si es que lo hace alguno). Cuestión distinta es que faciliten que terceros investiguen poniendo a su disposición instalaciones y fondos, pero no promueven ellos iniciativas investigadoras. Y sería absurdo negarles por ello la denominación.

Algunos museos, particularmente privados, no adquieren fondos nuevos, no renuevan sus colecciones, salvo tal vez de forma muy esporádica, por falta de presupuesto o porque realmente su vocación no es ésta, sino la de exhibir una colección concreta unida por el lazo común de haber sido realizada por un autor, haber pertenecido a un mismo propietario o recoger bienes de una procedencia geográfica o espacial determinada. Y no dejan por ello de ser museos para las personas que acuden a visitarlos o para quienes se refieren ordinariamente a ellos. La exhibición, entendida en sentido amplio, de los testimonios a que se refiere la norma debería bastar pues, a nuestro juicio, para que se considerase museo la institución que las realiza.

El apartado 2º del artículo 89 dispone que “*quedan excluidos del ámbito de la presente ley los museos de titularidad de los Territorios Históricos, y los de titularidad del Estado existentes en la Comunidad Autónoma*”. Nos remitimos aquí a lo señalado respecto de los similares preceptos que se refieren a archivos y bibliotecas.

Si que es necesario añadir algo en relación con el mandato al Gobierno Vasco del art.90 de velar “*por que en los municipios y comarcas de más de 10.000 habitantes se cree un museo de la ciudad*”, con la misión específica de “*la adquisición, conservación, muestra y difusión de elementos o aspectos informadores de la historia de cada ciudad*”.

Hay que reprochar al precepto, en primer lugar, que remita a un concepto, el de comarca, que carece de naturaleza legal en el ámbito autonómico vasco. Y que además, incluso cuando se trate de éstas, se refiera a “*museo de la ciudad*”, siendo así que un museo comarcal nunca podrá serlo como tal.

Pero lo más notable a reseñar es que esta disposición, salvo alguna excepción singular, es incumplida de forma generalizada y sistemática. Ni siquiera en los municipios más poblados, (y pongamos el ejemplo de Bilbao, el mayor de todos ellos), es posible encontrar un museo de la ciudad, tal y como es definido en los términos del art.89.

El artículo 91 obliga al Gobierno Vasco a garantizar “*el acceso libre gratuito a los museos de titularidad autonómica, sin perjuicio de las restricciones que por razón de la conservación de los bienes en ellos custodiados o de la función de la propia institución puedan establecerse*”.

Desconocemos la razón por la cual el legislador, pudiendo referirse a todos los museos de titularidad pública, salvo los exceptuados en el art.89.2, se refiere tan solo a los de titularidad autonómica a la hora de reclamar el acceso libre gratuito.

Tal vez juegue aquí la consideración de la autonomía municipal, pero si se considera que el acceso gratuito constituye un derecho de los ciudadanos y que por ello merece garantía legal y no que quede a expensas del juicio de oportunidad de la administración competente, no parece muy coherente que se establezca con carácter tan limitado, más aún si tenemos en cuenta que se va a constituir un Sistema Nacional de Museos en el que no parece que aspectos tan fundamentales puedan contar con respuestas diversas, si es que se pretende que lo sea, Sistema, más allá del nombre.

Esta limitación introduce además evidentes complicaciones cuando se trate de museos de titularidad compartida entre la administración autonómica y otros titulares. (Fenómeno muy frecuente en la C.A.P.V.). ¿ Debe hacerse cargo el Gobierno Vasco de los costes de financiación adicionales que suponga la pérdida de recaudación por entradas con respecto a la aportación de los restantes titulares ? ¿ Puede mantener su aportación, en el caso de que siendo minoritario su porcentaje de titularidad el resto de propietarios se nieguen a permitir ese acceso gratuito ?

La aplicación literal y rigurosa de esta exigencia podría poner en peligro la viabilidad de la mayoría de los museos de la C.A.P.V. con el Guggenheim, los de Bellas Artes y Etnográfico Vasco de Bilbao, Artium o San Telmo como exponentes más destacados.

El establecimiento por ley del acceso gratuito tiene dos graves inconvenientes adicionales. Uno primero es que impide la flexibilidad necesaria para atender a situaciones excepcionales como pudieran ser actividades de iniciativa pública, o incluso privada, de tan elevado coste que aconsejen su financiación total o, casi siempre, parcial, con cargo a los interesados y no solo a costa de la generalidad de los ciudadanos.

Y, finalmente, que habida cuenta de que no pueden establecerse discriminaciones entre los ciudadanos estatales y los de la U.E., impide obtener financiación de los turistas que acuden habitualmente a contemplar sus fondos, trato distinto del que sufren los ciudadanos vascos que acuden a los museos en otros Estados o incluso C.C.A.A. Obtienen así éstos un beneficio que no han contribuido a costear, aunque, evidentemente, los ingresos fiscales derivados del beneficio de los establecimientos de atención turística pudiera compensarlo, incluso más que de sobra, indirectamente.

El acceso es libre, sin perjuicio de determinadas restricciones. Nada hay que oponer, como hemos señalado repetidamente, a las que derivan de razones de conservación de los bienes custodiados, aunque quepa exigir alternativas que las modernas tecnologías facilitan sobremedida, pero sí a las que puedan establecerse, por *“la función de la propia institución”*.

Se trata ésta de una disposición harto misteriosa. Si partimos de que la de la conservación, recién aludida, es una de las funciones principales de los museos, es manifiesto que debemos estar refiriéndonos a alguna otra. ¿ Pero a cual ? No es posible dar una respuesta suficientemente concreta, y no siéndolo, la cláusula se convierte en una indeterminada y potencialmente discrecional habilitación incompatible con la configuración como derecho legal del acceso libre.

El artículo 93 constituye el Sistema Nacional de Museos, con idéntica composición a las de los Sistemas de Archivos y Bibliotecas. No haremos pues reflexiones añadidas a las expuestas respecto de aquellos, ni siquiera en relación con el centro específico a crear para su puesta en marcha, (art.95), y su ignota relación con el Centro de Patrimonio Cultural Vasco.

La norma básica reguladora del régimen jurídico de los bienes museísticos es la contenida en el artículo 100, *“los fondos de los museos de la Comunidad Autónoma no podrán salir de los mismos, aunque fuere en concepto de depósito, sin autorización expresa del Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco en los casos en que así se establezca reglamentariamente”*, complementada con la de su apartado 2º

referida a que “*para los fondos de propiedad privada que estén depositados en los museos de la Comunidad Autónoma, se estará a lo que reglamentariamente se determine y a las condiciones estipuladas al establecer el correspondiente depósito*”. Esta disposición, de indudable relevancia, requiere un análisis exhaustivo.

Observamos de nuevo una modificación con respecto a lo dispuesto en el régimen general. Se establece la necesidad de autorización previa de un determinado tipo de intervención, la salida de cualesquiera bienes de los museos. Recordemos que tal autorización solo se establece con carácter general respecto de los bienes calificados, por lo que, a estos efectos, no se distinguiría entre bienes calificados e inventariados.

Si partimos de la base, además, de que la disposición conecta la exigencia autorizatoria a la mera condición de fondo de museo, con independencia de que el bien en cuestión se encuentre calificado, inventariado o no cuente con protección específica alguna, (situación en la que se encuentra la práctica totalidad de bienes de los museos de la C.A.P.V.), nos daremos cuenta de que se diluye completamente aquí la diferencia que los artículos 10 y 16 intentan establecer entre los bienes culturales en función de su relevancia e interés.

Todos los fondos de los museos de la C.A.P.V. precisan pues autorización gubernativa para abandonar su sede. Ahora bien, ¿se refiere el precepto a cualquier museo o solo a los de titularidad autonómica? ¿Debemos entender, además, por fondos de museos exclusivamente aquellos bienes exhibidos en ellos que sean de titularidad de los mismos, excluyendo los que pertenezcan a otros titulares y se encuentren cedidos en depósito?

La cuestión es muy relevante si tenemos en cuenta detalles como que buena parte de la colección de obras del Museo de Bellas Artes de Bilbao es de propiedad del Ayuntamiento de Bilbao y la Diputación Foral de Bizkaia o que el titular de la colección de fondos propios del Guggenheim Bilbao es una “*Sociedad Tenedora*” de personalidad jurídica distinta a la del propio titular del Museo.

La inclusión de elementos cedidos en depósito entre los sometidos a autorización previa puede constituir una expropiación encubierta del libre derecho del titular a disponer de sus bienes, por lo que no cabe admitirla y menos aún sin previsión expresa de indemnización compensatoria.

Pero la disposición es susceptible todavía de mayores reproches de inseguridad, incertidumbre y desproporción. Habida cuenta de que el precepto se refiere a museos, sin ulteriores especificaciones, ¿hay que entender afectados por lo que dispone los museos de titularidad privada, incluso en los casos en que no reciban subvenciones o ayudas de la Administración Pública para su sostenimiento?

Parece obvio que no puede llegarse a tales extremos sin vulnerar el derecho de propiedad, y a ello coadyuva lo dispuesto en el apartado 2º del artículo en referencia expresa a los fondos privados ubicados en los museos de la C.A.P.V., sobre los que se está a lo que se determine reglamentariamente y a las condiciones de depósito, por lo que no cabe sino interpretar razonablemente el precepto como referido exclusivamente a los museos de titularidad de las instituciones comunes de la C.A.P.V., con los problemas ya señalados en relación con las titularidades compartidas y el escaso número de museos, (entre aquellos a los que se refiere la ley), que tienen al Gobierno Vasco como titular.

El artículo 100 solo hace referencia a una intervención sobre los fondos museísticos, la del traslado. Guarda completo silencio en relación con las restantes que pueden sufrir los bienes, como restauraciones, reproducciones, (fotográficas por ejemplo), etc. ¿ Estas intervenciones deben contar también con autorización previa para poder llevarse a cabo?

La respuesta afirmativa supondría implícitamente la calificación automática de todos los fondos de los museos y la pérdida de virtualidad del Inventario en este área, pero no parece la interpretación más acorde con el espíritu del precepto.

Desde luego que estas intervenciones que hemos mencionado son potencialmente tan lesivas o más que el traslado para los valores de los bienes, pero la L.P.C.V. hace referencia tan solo a éste y puede haber una razón que fundamente el tratamiento singular de esta intervención, el riesgo de que con la misma pueda sustraerse el bien del ámbito territorial en el que la norma tiene vigencia y los órganos competentes capacidad de control. No decimos aquí que nos parezca razonable la opción asumida por el legislador, sino que eventualmente pueden encontrarse razones que justifiquen una regulación de los traslados distinta a la de otras intervenciones.

¿ Qué sucede entonces con las restantes intervenciones ?

No cabe menos que concluir que quedan sujetas a lo dispuesto en el régimen general, esto es, pendientes del régimen jurídico concreto que cada uno de los elementos museísticos tenga atribuido. Ahora bien, si partimos de que prácticamente ninguno de los bienes que forman parte de la colección de los museos de la C.A.P.V., (de cualquier titularidad), se encuentra incluido en el Registro o en el Inventario, la conclusión es obvia, no existe control administrativo de prácticamente ninguna de las intervenciones que se desarrollan sobre los fondos museísticos quedando confiadas a la profesionalidad de los responsables de los distintos museos.

Como podemos observar la regulación del artículo 100 es insatisfactoria en muchos de sus extremos. Ni todos los museos son iguales, ni todos sus fondos justifican la intervención de la administración nada más y nada menos que con el burocratizante requisito de la autorización administrativa previa, pero todavía caben más críticas.

Una primera es la relativa a la remisión al desarrollo reglamentario de la fijación de los supuestos en que el traslado debe ser sometido a autorización, con lo que en el extenso período que puede, como se ha visto, transcurrir hasta que se produce el mismo, queda la cuestión envuelta en una oscura nebulosa y eventualmente inaplicado un mandato que el legislador cree necesario.

Pero, sobre todo, hay un reproche muchísimo mayor, cual es la modificación del régimen competencial, con respecto al régimen general y a lo establecido en la L.T.H. En efecto, la concesión de autorizaciones previas de intervención corresponde a las Diputaciones Forales, (arts 29 y 38), mientras que la autorización de salida de los museos debe concederla el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco.

Esta modificación carece de sentido, salvo en los supuestos, quizá, de titularidad exclusivamente autonómica, si se considera que en estos casos la titularidad puede constituir motivo suficiente para alterar el régimen general y evitar así que los fondos museísticos autonómicos se vean sujetos a criterios potencialmente distintos en cada Territorio.

En los restantes casos no aparece motivo alguno que aconseje, en relación con los elementos que forman parte de la colección de los museos, un tratamiento distinto al de los restantes bienes culturales, introduciendo además un motivo de conflicto en el supuesto en el que, cumpliendo las determinaciones de la ley, se haya procedido a calificar algún elemento de notable relevancia, atribuyendo con ello a la Diputación Foral correspondiente la potestad de conceder o no la autorización previa a cualquier intervención, incluida la del traslado.

El artículo 98 dispone que *“en caso de disolución o clausura de un museo, todos sus fondos serán depositados en otro de naturaleza acorde con los bienes culturales expuestos, que se halle enclavado dentro del mismo Territorio Histórico si es posible y de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine”*.

Aún partiendo de la premisa anteriormente apuntada de que por fondos de museo se entienda exclusivamente los de titularidad del mismo, evitando afectar los derechos de eventuales depositantes, (con lo que de escasamente útil tiene la norma si tenemos en cuenta el elevado número de bienes de titular distinto en muchos museos vascos), para evitar las imputaciones de afectación injusta, hay que realizar diversas observaciones.

El fundamento de la disposición debe buscarse en la necesidad de la medida para la debida conservación de los bienes y, eventualmente, en la de conservar íntegra la colección de los fondos por el valor singular que poseería en cuanto tal.

En ambos casos la medida solo se justifica si los bienes han sido incluidos en algún régimen de protección, (individualmente o en conjunto), en razón del acreditado interés o valor que poseen. El hecho de que no se les haya juzgado acredores a tal inclusión, desvirtúa la necesidad de la medida que establece este precepto y por tanto objeto a su imposición con carácter general.

La remisión reglamentaria es en este caso superflúa y potencialmente conflictiva, (ya hemos señalado anteriormente las razones, a las que habría que añadir la competencial), y la mención cautelar indeterminada a “*si es posible*”, una manera de descafeinar el mandato y reservarse excesivos niveles de discrecionalidad, (museo de naturaleza acorde, de acuerdo a lo que reglamentariamente se determine... etc, etc).

Queda, finalmente, referirse como disposición digna de comentario a lo dispuesto en el artículo 99, otro precepto muy relevante.

Reza así, “*excepcionalmente, el Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno Vasco podrá disponer el depósito de los fondos existentes en un museo en otro u otros centros cuando razones de urgencia, seguridad o accesibilidad así lo aconsejen y hasta tanto desaparezcan las causas que originaron dicho traslado*”.

Del mismo modo, “*cuando las deficiencias de instalación o el incumplimiento de la legislación aplicable por parte de la entidad o persona responsables pongan en peligro la seguridad o accesibilidad de los fondos existentes en un museo, se podrá disponer el depósito de dichos fondos en otro museo hasta tanto no desaparezcan las causas que motivaran dicha decisión*”.

Hay que resaltar el paralelismo de este precepto con los artículos 39 y 48.3 como método de análisis para evaluar las diferencias en las respectivas regulaciones. La principal estriba, una vez más, en la generalidad de la mención del artículo 99 a todos los fondos, mientras que el 39 se refiere a los “*bienes muebles registrados*”, (no sabemos a ciencia cierta si refiriéndose al Registro de Bienes Calificados en sentido estricto, o a los de interés individualmente reconocido, lo que incluiría a los inventariados), y el 48.3 a los objetos y restos de interés.

Es obvio que el art.99 se acerca en su óptica mucho más al 48, aunque en éste sea entendible en razón del desconocimiento sobre su relevancia real, (pendiente de estudio e investigación), supuesto que no se da, en principio, en los fondos museísticos.

Consideramos, por nuestra parte, que la norma debería regular tan solo el destino de aquellos bienes que hubiesen sido incluidos en un régimen de protección, verificado su real interés.

Lo contrario, particularmente en el caso de museos privados, supone excederse en la legitimación para restringir el derecho de propiedad, sin que se haya acreditado, como formalmente reclama la propia norma y siguiendo el específico procedimiento administrativo, que concurre la necesidad correspondiente.

La mera justificación en virtud de deficiencias de instalación que obstaculicen seguridad o accesibilidad, a menos que conste efectivamente la relevancia notable, tampoco es plausible como legitimación, si la propia administración no ha puesto a disposición del museo los medios para suplirlas.

9.3.2. La Ley 7/2006, de 1 de Diciembre, de Museos de Euskadi.

El Boletín Oficial del País Vasco de 18 de Diciembre de 2006 publica la Ley de Museos de Euskadi, que como señala su Exposición de Motivos, pretende, *“a partir de la experiencia acumulada (con la L.P.C.V.) y (el) análisis de las necesidades propias de este sector”*, que *“una norma específica y propia ofrezca una regulación global y más al detalle de los múltiples extremos que permitan a Euskadi dotarse de unas infraestructuras y servicios museísticos modernos, coordinados y de plena accesibilidad al conjunto de la ciudadanía”*.

Son museos, a los efectos de la Ley, (art.2), *“las entidades de carácter permanente, sin fin lucrativo, abiertas al público, al servicio de la sociedad y de su desarrollo, que reúnen, adquieren, conservan, ordenan, documentan, investigan, difunden y exhiben de forma científica, estética y didáctica con fines de estudio, educación, disfrute y promoción científica y cultural, conjuntos y colecciones de valor histórico, artístico, arqueológico, paleontológico, antropológico, etnográfico, etnológico, científico, técnico, natural o de cualquier otra naturaleza cultural”*.

Igualmente tienen esa consideración, *“los espacios, monumentos y bienes inmuebles con valores históricos, arqueológicos, ecológicos, industriales, etnográficos, naturales o culturales de carácter museológico que reúnan, conserven y difundan conjuntos de bienes culturales o patrimonio vivo”*.

Por colecciones museográficas entiende, finalmente, la norma *“los conjuntos estables de bienes muebles con relevancia o valor cultural, técnico o científico conservados que, sin reunir las condiciones de museos establecidos por esta ley, se encuentran expuestos al público para su contemplación de forma permanente, coherente y ordenada, cuentan con inventarios de sus fondos y disponen de medidas de conservación y custodia.”*

En todo caso, (art.2.6), *“no se considerarán, a efectos de la presente ley, museos ni colecciones, las bibliotecas, archivos, hemerotecas, filmotecas, e instalaciones*

culturales que no respondan prioritariamente a las características y funciones que esta ley prevé para ellos”.

Como es habitual en las definiciones que realizan las normas que hemos ido analizando, en ésta también es preciso realizar diversas consideraciones sobre las mismas.

La primera tiene que ver con el uso equívoco, y a nuestro juicio desacertado, de las conjunciones copulativas y disyuntivas. Literalmente interpretada la definición de museo, son escasísimas las entidades a las que en la C.A.P.V. debería otorgarse tal consideración.

No se trata tan solo de que exhiban al público colecciones de elementos de interés cultural, que es a lo que comúnmente se denomina museo, sino que deben simultáneamente reunir, adquirir, conservar, ordenar, documentar, investigar, difundir y exhibir, de modo y manera que la entidad que no adquiera nuevos elementos, por falta de disponibilidades económicas o de espacio expositivo o por disponer ya de todos los fondos, (pongamos que su objeto fuese exhibir la colección que poseía determinado personaje fallecido), que pretende conseguir, la entidad que no investigue, por no disponer de personal capacitado o de medios suficientes en general, o la que no documente, por los motivos que fuesen, no gozaría de la consideración de museo.

No solo eso. Dichas actividades deben realizarse además “*de forma científica, estética y didáctica*”, lo que abre un interesante campo de debate en torno a si pueden considerarse museos, aquellos cuyo programa de exhibición es por ejemplo objeto de controversia entre los profesionales del gremio desde la perspectiva científica o estética, (casi todos en un momento u otro), o aquellos cuyo efecto pedagógico es difícil de valorar.

Es llamativo que al referirse a los elementos sobre los que debe recaer esta inagotable actividad se haya sin embargo utilizado la conjunción disyuntiva, de valor histórico, artístico...o de cualquiera otra naturaleza cultural, sin exigir, lógicamente, la simultánea posesión de todos los valores mencionados.

Es evidente que el uso de la conjunción copulativa y su efecto acumulativo de requisitos es inadecuado y solo va a conducir a que la definición no sea aplicada en sus propios términos.

Adicionalmente, ese prurito por recoger en la definición el elenco completo de valores posibles para dar satisfacción a todos los sectores de profesionales interesados, dificulta la lectura y no hace sino abrir nuevas fuentes de controversia en la medida en que haya podido omitirse alguno al que la doctrina comience a reconocer singularidad propia.

En lo que se refiere a las colecciones museográficas lo que plantea diversos interrogantes es el requisito de la estabilidad. ¿ Significa esto que las colecciones no pueden sufrir modificaciones en cuanto a los elementos que las integran ?

Hay que entender que no se debiera perder el carácter de colección por variaciones, incluso sustanciales, del número de elementos integrantes, siempre que se mantenga el hilo conector, (y que puede ser meramente el de la pertenencia a titular común), que aglutina a los hipotéticamente heterogéneos elementos.

La redacción de este precepto empeora además a nuestro juicio la inicial del Proyecto en la medida en que adquiere un carácter un tanto tautológico, son museo “*los espacios.... con valores.... de carácter museográfico*”, ¿ y en qué se supone que consiste éste ?

Finalmente hay que reprochar al legislador la confusa e indeterminada redacción del artículo 2.6.

En primer lugar la mención de que no se consideran museos ni colecciones las bibliotecas, archivos etc que no respondan prioritariamente a las características y funciones que esta Ley prevé para ellos, parece querer decir que en otro supuesto si que se considerarían como tales. Dicho de otro modo, que hay casos en que una biblioteca, un archivo, hemeroteca, filmoteca etc podrá ser museo o colección y como tal quedar sometido a la aplicación de lo dispuesto en esta Ley, (en caso de que llegue a serlo).

Esto constituye un error de gravedad más que notable. No solo porque puedan existir, (y de hecho hay ya normas y proyectos en trámite simultáneo), leyes específicamente aplicables a bibliotecas, archivos y demás que pueden establecer disposiciones no enteramente concordantes, sino porque las cosas son lo que son y no debe alterarse su naturaleza. Deberá atenderse a cual es la función o característica predominante en los casos en que se desarrollen las que permiten otorgar distintas consideraciones, pero si es biblioteca es biblioteca y si es museo es museo.

Pero no solo por esto es un precepto desafortunado. Desconocemos qué significa “*responder prioritariamente*” a las características y funciones legales. En todo caso la cuestión subyacente por aludir tan solo al caso de las funciones es la siguiente ¿ no se consideraría museo o colección la biblioteca, archivo, hemeroteca, filmoteca que no realizase todas las funciones recogidas en este artículo 2 ?

Y si esto es así, ¿ debemos entender aplicable regla idéntica para el caso de lo que únicamente sea susceptible de merecer la consideración museística ? ¿ No sería museo

el que por ejemplo no editase publicaciones o realizase actividades educativas por falta de presupuesto ?

Y si no fuera así ¿ cual sería la justificación del diferente criterio ?

La Ley, proclama en el artículo 1.2 que *“se aplicará a todos los museos y colecciones situados en la Comunidad Autónoma de Euskadi, a excepción de los de titularidad estatal o foral”*.

El texto es en este aspecto respetuoso con el marco legal vigente e implícitamente excluye de su ámbito a los que también lo están del de la L.P.C.V. siguiendo la línea de distribución competencial de la L.T.H. esto es los de titularidad foral, y a los de titularidad estatal.

Queda sin resolver, una vez más, la cuestión de los de titularidad compartida y todas aquellas similares a las que ya hemos hecho referencia en otros apartados.

El artículo 2º finaliza estableciendo cuales son las funciones de los museos, *“la reunión, la adquisición, la conservación, el inventario, la catalogación, la restauración y la exhibición ordenada de los fondos custodiados bajo su tutela”, “la investigación del patrimonio material e inmaterial que componen sus colecciones, así como el ámbito cultural y las disciplinas a las que pertenecen”, “la organización periódica de exposiciones y actividades científicas, de estudio y divulgativas, de acuerdo con la naturaleza del museo o su especialidad”, “la elaboración y la publicación de monografías y catálogos de sus fondos y la promoción de estas publicaciones”, “la realización y el desarrollo de actividades didácticas, educativas y de difusión cultural, acordes con su naturaleza o especialidad” y “cualquier otra que se les encomiende por sus normas estatutarias o por mandato legal o reglamentario”*.

Además, los museos *“podrán desarrollar otras actividades complementarias de carácter cultural cuando cuenten con los medios adecuados y no se perjudique el normal desarrollo de las funciones que les corresponden de conformidad a esta Ley”*.

La verdad es que con tan extensa definición de funciones uno no alcanza a entender cuales otras pueden realizarse sin menoscabo de éstas.

El Proyecto de la Ley contenía una norma básica y fundamental, a nuestro juicio, la derivada del artículo 4, *“los bienes muebles que integran los fondos de museos y colecciones a los que se aplica la presente ley, forman parte del patrimonio cultural del País Vasco y se someterán al régimen previsto en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco”*.

Habida cuenta que, como ya sabemos, la L.P.C.V. conecta la pertenencia al patrimonio a la posesión de un “*interés*” que justifica la protección y defensa, lo que realizaba el Proyecto es un reconocimiento de que todos los elementos integrantes de los fondos de museos y colecciones a los que se aplica esta Ley, (cuestión a la que ya nos referiremos al analizar el artículo 13), poseen automáticamente ese interés, sin necesidad de prueba adicional y están sometidos al régimen de la L.P.C.V., es decir que pueden ser calificados o inventariados dotándoseles así de un régimen de protección específico, con independencia de lo que afecte a su titularidad y a los restantes elementos en el caso de que el régimen no se refiere a todo el fondo o colección. Dos aportaciones afortunadas eran de especial interés aquí, el reconocimiento ex lege del interés y la patrimonialidad y la expresa remisión al régimen de la Ley de Patrimonio.

Sin embargo, incomprensiblemente a nuestro juicio, de manera harto desafortunada e introduciendo una notable inseguridad jurídica al respecto, el precepto ha desaparecido en el trámite parlamentario y no se recoge en la redacción definitiva de la Ley.

Los museos no solo deben realizar las funciones que describe el art.2 sino que para gozar de la condición de “*museo de Euskadi*” deben cumplirse los requisitos expresados en el artículo 5, contar con un “*Plan director del museo, en el que se hará constar las líneas maestras del futuro del museo respecto de sus necesidades*”, “*inmueble adecuado destinado a sede del museo con carácter estable...*”, “*horario reglado y estable de visita pública y consulta*”, “*colección de bienes suficiente y adecuada al ámbito y objetivos del museo*”, “*fondos accesibles para la investigación, enseñanza, divulgación y disfrute público*”, “*exposición ordenada de las colecciones*”, “*inventario de sus fondos*”, “*dirección, conservación y mantenimiento a cargo de personal cualificado y suficiente cuya formación y conocimiento se ajuste a los contenidos del museo*”, “*presupuesto y personal suficiente que garantice su funcionamiento*”, “*medidas de seguridad adecuadas y suficientes para sus fondos*”, “*estatutos o normas de organización y gobierno, cuando se trate de museos gestionados por las Administraciones Públicas*” y “*Plan anual de actividades en el que se planifiquen y se prevean las actividades de investigación, conservación, divulgación y administración que el museo debe desarrollar a lo largo de un año*”.

Llama poderosamente la atención el número de veces en que se repiten términos tan indeterminados como adecuado y suficiente. En todo caso, una vez más, la desmesura estriba en el carácter acumulativo de los requisitos y en que además se les atribuya el carácter de mínimos. (Como si pudiera en el País de aquí y hora exigírseles algo más a la mayoría de los museos).

El siguiente artículo, el 6, se refiere del mismo modo al reconocimiento de las “*colecciones de Euskadi*”, condicionado a como mínimo, “*exposición permanente, coherente y ordenada*”, “*inventario de sus fondos*”, “*apertura al público con carácter fijo, continuado o periódico*”, “*medidas de seguridad adecuadas y suficientes para sus fondos*”, y “*medidas de accesibilidad para facilitar la investigación y la consulta de sus fondos*”.

El artículo 8 procede a la creación del Registro de Museos y Colecciones de Euskadi, “*cuya finalidad será la de establecer un inventario oficial*”, remitiendo al desarrollo reglamentario la regulación de su organización y funcionamiento.

La inscripción en el Registro, cumplidas las condiciones legales, es requisito, (art.9.4), “*para recibir cualquier tipo de ayudas destinadas a la actividad museística*” de la Administración de la Comunidad Autónoma o con cargo a sus presupuestos, aunque excepcionalmente caben ayudas a museos y colecciones no inscritos “*cuando tengan por finalidad obtener las condiciones necesarias para su reconocimiento como museo o colección*”.

Aún y cuando pueda entenderse la pretensión racionalizadora que subyace en el precepto, consideramos que su contenido constituye una medida desafortunada. Se priva con él a la Administración, (so pena de realizar una interpretación de los artículos 2, 5 y, como inmediatamente veremos, 10, incongruente con su redacción literal y nivel de exigencia), de la posibilidad de conceder ayudas para que los museos puedan precisamente cumplir esos requisitos y alcanzar el nivel de dignidad al que se proyecta el reconocimiento.

Pudiera ocurrir que museos que reciben actualmente ayuda del Gobierno Vasco y que la necesitan imprescindiblemente para sobrevivir, se viesen privados de ella pese a que realicen una actividad cultural interesante cuando menos, por no disponer aún de alguno de los elementos, (pongamos Plan Director por ejemplo), que reclama la Ley y que nadie les ha demandado con anterioridad.

Es cierto que la única Disposición Transitoria prevé un período de adaptación de 4 años a sus disposiciones, pero incomprensiblemente solo para “*los museos y colecciones de titularidad pública que se hallen bajo el ámbito de aplicación de la presente ley*”, (recordemos que se excluye a los forales y estatales), con lo que puede estarse limitando la capacidad gubernativa de subvencionar museos de los que también pudiera ser titular, (y habría que ver en donde quedan los compromisos adquiridos en tal sentido con, por ejemplo, otras administraciones), y desde luego la de subvencionar museos privados, en los que el cumplimiento de tantos y tan exigentes requisitos será una labor excesivamente ardua.

Son “*deberes generales*” de los Museos y Colecciones de Euskadi, “*mantener las condiciones mínimas formalmente establecidas para su inscripción*”, y “*actualizado el inventario de sus fondos*”, “*informar al público y al Departamento competente en materia de Cultura del horario de apertura del centro y de sus variaciones*”, debiendo figurar, en todo caso, a la entrada en lugar visible, “*facilitar y promover el acceso a sus fondos de los investigadores debidamente acreditados*”, “*permitir la inspección de sus instalaciones, documentación y funcionamiento por parte de la Administración*”, “*elaborar y remitir (al Departamento de Cultura) datos estadísticos e informativos*”.

sobre su actividad, organización y funcionamiento”, “garantizar la seguridad y conservación de sus fondos” (lo que, como se sabe, supone un objetivo imposible de conseguir al 100%), “garantizar en sus instalaciones, exposiciones, señalizaciones, actividades museísticas y atención al usuario la utilización de los idiomas oficiales en la Comunidad Autónoma de Euskadi y procurar la utilización, en su caso, de otros idiomas que permitan su utilización y comprensión por el resto de ciudadanos de la Unión Europea y del resto del mundo” y, finalmente, “guiarse por el código de ética de actuación”, código que parece darse por existente y que desde luego desconocemos.

Este último apartado, referido a la cuestión lingüística, cuenta con una redacción pobre, (se repite tres veces el término utilización), y desafortunada. La cuestión no es garantizar la utilización de los idiomas oficiales, que va a ser posible siempre y cuando no se intente impedir a nadie hablarlos, sino garantizar que puedan usarse en igualdad de condiciones, que el usuario pueda recibir idénticos servicios y de igual calidad, cualquiera que sea la lengua oficial en la que los demande.

Esto es lo que debería exigir el precepto y lo que no hace, al menos expresamente. Se trata además de una exigencia que podría poner en cuestión la subvencionabilidad de determinados museos o determinadas actividades si se interpretase estrictamente y con rigidez, por cuanto son todavía escasos los museos en los que es total y completa la equiparación entre las dos lenguas oficiales de la C.A.P.V.

Además de exigirse una especialización acorde con las funciones a realizar, el artículo 11 exige al personal y a los miembros de sus órganos colegiados de dirección y administración que no puedan *“realizar, por si mismos o por terceros, actividades comerciales relativas a los bienes culturales de naturaleza mueble afines al contenido de su museo o colección”*.

Se entiende perfectamente lo que persigue el precepto, evitar conflictos de intereses, el uso de información privilegiada, la competencia desleal, las maquinaciones para alterar el precio de las cosas y demás conductas nefandas que posibilita la confluencia de actividades.

Sin embargo dudamos mucho de que se haya acertado con la concreta redacción de este artículo. Se plantea por un lado con ella la posibilidad de pertenencia a los órganos de administración y dirección de los representantes de entidades privadas que, sea cual sea el objeto de su actividad comercial, obtengan un beneficio para la misma como consecuencia de su vinculación al Museo o Colección. (Y el beneficio puede ser, simplemente, de marketing, de imagen).

No hay más que recordar que muchos museos pueden realizar actividades, o incluso sobrevivir, merced al patrocinio de entidades diversas, comerciales en uno u otro sentido la mayoría, que como compensación a sus aportaciones exigen esa presencia en

los órganos de administración, que por otra parte introducen buena parte de los Estatutos que los rigen.

Se podría cuestionar también la adquisición de bienes culturales para los museos por esas entidades a través de figuras como la dación en pago de impuestos, muy utilizada en algunos de los vascos. No alcanzamos a comprender tampoco porque se limita el precepto a los bienes muebles y no incluye a los inmuebles, por más que vaya a ser menos frecuente el supuesto colusivo vinculado a éstos, dada la escasez de disponibilidad de los mismos en nuestros museos.

Finalmente, el precepto se refiere no a los bienes del museo sino a los “*afines*” a su contenido. Una interpretación rigurosa de la norma excluye de la posibilidad de integrar órganos de dirección o administración a todo artista, galerista o persona vinculada al mercado comercial del arte, cuando no es estrictamente necesario y tales personas pueden aportar eventualmente su conocimiento y experiencia profesional con notable provecho para el interés público.

La exigencia de la norma se encuentra además desvinculada de cualquier compensación, con lo que priva de cualquier interés a estas personas, a las que puede estar condicionando de forma relevante su *modus vivendi*, por pertenecer a esos órganos de administración, por ejemplo.

El artículo 12 de la Ley dispone que los Museos y Colecciones de Euskadi “*deberán ofrecer un horario estable de visita general y horario de acceso para personas dedicadas a la investigación adecuado a la demanda social*”. Con respecto a los integrados en el Sistema Nacional de Museos se “*deberá garantizar lo que reglamentariamente se establezca al efecto con carácter mínimo*”.

Es completamente lógico que se establezcan unas condiciones mínimas, cuando menos, homogéneas respecto de los elementos que integren el Sistema. No lo es tanto que, en general y con independencia de esa integración, se establezca como deber el de ofrecer un horario de visita acorde a la demanda social.

En primer lugar por la dificultad de medir ésta y por lo indeterminado de su contenido, (como sabemos si la demanda concreta es de 6 horas diarias de apertura o de 10, si incluye días laborables o solo festivos, y horarios ininterrumpidos o jornadas partidas, si la demanda es muchas veces efecto inducido por la oferta), y en segundo lugar porque se está haciendo recaer obligaciones costosas sin que se prevea expresamente quien debe y en qué medida sufragar su establecimiento.

No merece tanto reproche pese a que también es harto genérica, la mención subsiguiente a que se establecerán “*condiciones de acceso y visita adecuadas para la seguridad y conservación de sus fondos, para facilitar su exhibición y contemplación y*

para el desarrollo del resto de funciones propias de la entidad”, condiciones que en ningún caso podrán resultar discriminatorias ni directa ni indirectamente.

Es elogiable además, sin perjuicio de que debiera recogerse la colaboración de la Administración Pública en el caso de museos de titularidad privada, la previsión de este mismo artículo 12 de la adaptación de las instalaciones para minusválidos o personas de movilidad reducida.

En este sentido la redacción podría haber sido más completa si se hubiese referido asimismo a los instrumentos existentes que permiten el disfrute, inevitablemente limitado, de los fondos y colecciones por las personas con dificultades o imposibilidad de visión.

El Capítulo IV se refiere al Sistema Nacional de Museos.

El art.14 modifica la composición que le atribuía el art.93 de la L.P.C.V. añadiendo a ella (recordemos, los museos de titularidad pública, salvo los de titularidad exclusiva del Estado y los de titularidad de los Territorios Históricos, en este caso sin exigencia de exclusividad) *“los museos y colecciones en cuya titularidad o en cuya gestión participe la Comunidad Autónoma del País Vasco”, “el Consejo Asesor de Museos del País Vasco”, y “el Centro de Museos del Gobierno Vasco”*.

Es éste un precepto que requiere un análisis muy detallado, sobre todo en lo que respecta a la integración de los museos con participación gubernativa en la titularidad y gestión, ya que éste supone un cambio muy relevante que resolvería la cuestión de la titularidad compartida a la que repetidamente nos hemos referido.

En primer lugar hay que señalar que el precepto no es plenamente congruente con lo dispuesto en el artículo 1.2 sobre la aplicabilidad de la ley a los museos de competencia de la C.A.P.V. entre los que no están incluidos los de titularidad foral o estatal.

Cualquier grado de participación en la titularidad, o incluso en la mera gestión sin aquella, conllevan automáticamente la integración en el Sistema Nacional y la sujeción a sus determinaciones con independencia de la voluntad de sus hipotéticos titulares mayoritarios, cuando hay que entender que en los supuestos de titularidad compartida es el porcentaje mayoritario de titularidad el que debería determinar la competencia.

Adicionalmente el precepto constituye una modificación de lo dispuesto en el art.7.a.12 de la L.T.H., modificación clandestina y encubierta en la medida en que no se hace ninguna alusión a ella, sino todo lo contrario, ya que se afirma falsamente en la

Exposición de Motivos, “*el respeto de las competencias en materia de cultura de las diferentes administraciones del País Vasco operado por la Ley de Territorios Históricos*”.

Ese artículo 7.a.12 atribuye a los órganos forales la competencia exclusiva sobre “*Archivos, Bibliotecas, Museos e Instituciones relacionadas con las Bellas Artes y Artesanía de titularidad del Territorio Histórico*”, mientras que una participación cualquiera en la gestión, manteniéndose incluso la titularidad foral completa, derivaría en la privación de esa competencia e integración automática en el Sistema Nacional según el artículo 14 de esta Ley, con criterio distinto también al del art.93 y concordantes de la vigente Ley de Patrimonio Cultural respecto de cuya modificación tampoco se hace referencia alguna.

Sibilinamente ya el art.14.1.a introduce el término “*exclusiva*” referido a la titularidad foral, cuando el art.93 solo lo conecta directamente con la estatal, y cuando los paralelos artículos 74 y 83 de la propia L.P.C.V. relativos a archivos y bibliotecas ni siquiera la recogen referida al Estado, en un primer embate completado por el golpe definitivo que proporciona el segundo párrafo.

Es cierto que la modificación es legal, habida cuenta de la identidad de rango, pero otra cosa es que sea cierto lo que se afirma en la Exposición de Motivos, que no lo es, y que sea congruente tal disposición con la distribución competencial existente hasta el momento en materia de cultura.

Como es lógico y en la línea habitual de la L.P.C.V. los museos y colecciones de titularidad privada pueden integrarse vía convenio. (Art.14.2).

Los Museos y Colecciones del Sistema Nacional están obligados necesariamente, (art.15), a “*establecer los sistemas de seguridad necesarios, según los criterios técnicos que se establezcan, para la adecuada conservación de instalaciones y fondos*”, “*elaborar y mantener actualizado el inventario de los fondos del centro y adecuarlo a las normas técnicas que se dicten al respecto*”, “*mantener la naturaleza de sus colecciones y fondos*”, (lo que no obsta para cesiones temporales que se consideren adecuadas evitando la dispersión de la colección), “*hacer constar su pertenencia*” al mismo, “*garantizar el uso de las dos lenguas oficiales de la C.A. de Euskadi en la información y atención al visitante, así como en la gestión y documentación de los fondos en lo que su especialidad o disciplina requiera*”, (mención esta última que solo puede conducir a la rebaja en la exigencia anterior en previsible perjuicio del euskera),y a ejercer sus funciones “*atendiendo a los principios de colaboración y asistencia mutua*“. (Se supone que con el resto de elementos integrantes).

Llama la atención la redundancia de exigencias con respecto a las del art.5. Podría pensarse que se trata aquí de exigencias adicionales, habiendo que dar las anteriores por supuestas, porque carecería de sentido que precisamente los museos que

se integran en el Sistema Nacional no hubiesen de cumplir con las exigencias del art.5 que no se citan en el 14, pero en tal caso no es muy entendible que algunas exigencias si se repitan, (medidas de seguridad por ejemplo).

Algunas de estas demandas plantean además incógnitas diversas. El mantenimiento de la naturaleza de las colecciones parece querer exigir simplemente la conservación de los valores fundamentales, de la “esencia” si se nos permite el término, y no necesariamente el de todos los elementos que la integran, (ya que de ser éste el objeto podría haberse dispuesto así).

Se permitiría así la movilidad de la colección que podría potencialmente enriquecerse a través de la sustitución de elementos de menor enjundia por otros adquiridos con el producto de su venta o vía trueque.

Sin embargo la expresa mención de que esto no obsta para cesiones temporales, (que es obvio que no constituyen atentados contra el mantenimiento de la naturaleza de la colección, por su propio carácter temporal), parece querer indicar que no cabe la enajenación “definitiva” de elementos, siquiera sean de los que no constituyen la esencia, ni aunque con aportación monetaria adicional o sin ella redunde en beneficio del interés cultural del conjunto. Si fuese ésta la interpretación que hay que dar al precepto, nos parece una disposición equivocada. Fosiliza excesivamente el contenido de las colecciones e introduce una innecesaria rigidez en su gestión.

Garantizar el uso del euskera en la información y atención al visitante y en la gestión y documentación de los fondos, (con matices), nos parece, por el contrario, una exigencia escasa e insuficiente con respecto de los elementos integrados en un Sistema Nacional.

Dicha garantía debería extenderse a todos y cada uno de los servicios prestados y no tan solo a los citados, que no son los únicos, y no debería ceñirse a los visitantes, entendidos strictu sensu, sino a todas las personas que tienen relación con el Museo. (Trabajadores, investigadores, auditores....por poner unos pocos ejemplos...)

Finaliza el artículo 15 con un segundo apartado de redacción impecablemente lógica, “*los museos y colecciones integrados en el Sistema Nacional de Museos de Euskadi gozarán de preferencia para la obtención de la asistencia técnica y de las ayudas que la Comunidad Autónoma del País Vasco destine al fomento de la actividad museística*”. Lo contrario desvirtuaría completamente el Sistema y constituiría una incongruencia política supina.

Se refieren los artículos 17 y 18 a la posibilidad de declarar museos como de “*interés nacional*” por parte del Gobierno Vasco, vía Decreto, en función de la importancia o valor de sus bienes, de las características generales o específicas de sus

colecciones o de su significación especial para el patrimonio cultural. La cuestión que se suscita aquí es la relativa al sentido y virtualidad de esta declaración.

Los “efectos” que se derivan de la misma, según el artículo 19, se ciñen a la concesión de *“ayuda económica para gastos de funcionamiento y gestión”* y *“asesoramiento técnico y organizativo”*, amén de la posibilidad de otorgar *“ayudas extraordinarias para, entre otras, inversiones en inmuebles, remodelaciones museográficas, adquisiciones, investigaciones, programas de restauración, documentación, difusión del patrimonio museístico, (o) formación del personal”*.

El artículo 20 añade que el Gobierno Vasco podrá suscribir convenios con estos museos, *“para desarrollar la colaboración”*.

Si partimos de la base de que no solo pueden concederse estas ayudas, incluso las extraordinarias, a todos los elementos que integran el Sistema Nacional, sino que es además una de sus principales virtualidades, la cuestión se suscita inmediatamente, ¿ qué aporta la declaración del interés nacional si ni tan siquiera se declara, aunque sea lógica, la preferencia de estos museos con respecto a los restantes del Sistema a la hora de percibir las ayudas ?

Lo mismo cabe decir con respecto a la suscripción de los convenios. Si precisamente algunos elementos, con independencia de esa declaración de interés, se van a integrar en el Sistema a través de la suscripción de convenios, ¿ qué sentido tiene referirse a ellos específicamente para los de interés nacional ?

El artículo 21, que se refiere a los depósitos, dispone en primer lugar que *“en supuestos de acreditada necesidad o por acuerdo con otra institución los Museos o Colecciones del Sistema Nacional de Museos de Euskadi podrán ser receptores, conforme a su capacidad de custodia y a los fines para los que fueron creados, de los depósitos de bienes integrantes del patrimonio cultural”*.

Los museos receptores de entre los del Sistema, se seleccionarán *“según criterios de proximidad territorial o de especialidades temáticas y considerando la adecuada conservación de los materiales y su mejor función científica y cultural”*.

Se suscitan en relación con este precepto varias incógnitas; una primera relativa a la interpretación que hay que dar a la *“acreditada necesidad”* y otra que tiene que ver con la posibilidad de depósito de bienes patrimoniales en museos no pertenecientes al Sistema.

Con respecto a la primera, hay que considerar que la mención es superflua e innecesaria. El art.39.2 de la L.P.C.V. ya prescribe la posibilidad de depósito obligatorio

“en lugares adecuados”. No cabe interpretar en este sentido la acreditada necesidad como exigencia superior o distinta para el caso de los Museos del Sistema Nacional.

Todo lo contrario; los parámetros que deben cumplir y la calidad de sus edificios y colecciones no solo los convierten en los lugares adecuados “per se”, sino que incluso justificarían una eventual exigencia menor de condiciones de custodia negativas para aconsejar el depósito, de las que podrían exigirse para el depósito en otro lugar “adecuado” pero que no formase parte del Sistema.

Hay que entender además, aunque nada se dice al respecto, que se refiere el precepto únicamente a los depósitos forzosos, porque sería absurdo que se condicionase a acreditadas necesidades, suponemos que relacionadas exclusivamente con la custodia y conservación, la viabilidad de depósitos voluntarios.

Rozaría el esperpento que un propietario que mantuviese perfectamente custodiado y conservado un bien cultural, supuesto en el que por tanto, no habría “acreditada necesidad” y que estuviese dispuesto a depositarlo en un Museo del Sistema para disfrute de la generalidad de los ciudadanos, no pudiese hacerlo, en virtud de una interpretación determinada del precepto.

Pero en el caso de que el objeto de la disposición fuesen los depósitos forzosos, plantea problemas de interpretación el art.22, que lleva específicamente por rúbrica “depósitos forzosos”, (pareciendo querer indicar que el anterior no se refiere a ellos), al disponer que “cuando por deficiencias de instalación, incumplimiento de la normativa vigente o por circunstancias excepcionales de cualquier orden se pusieran en peligro la conservación, seguridad o accesibilidad de los fondos de un museo o colección”, el Departamento de Cultura del Gobierno Vasco, “previa audiencia de quien sea titular del museo o colección, podrá disponer el depósito de dichos fondos en otro u otros museos hasta que desaparezcan las causas que motivaron esa decisión”.

El artículo equipara dos situaciones distintas, bienes que se encuentren ya en un museo y bienes que formando parte de una colección no se encuentren en uno, obviando además una tercera situación posible en la que se encontrarían los bienes singulares en manos de un propietario que no los exhibe, por ejemplo. Parece partirse de la limitación del precepto a los casos en que los bienes se encuentren ya en un museo estableciendo la posibilidad de depósito forzoso en otros.

Pero habida cuenta de la alusión anterior a los Museos del Sistema en caso de acreditada necesidad, ¿significa eso que las deficiencias de instalación, incumplimientos o circunstancias peligrosas a que se refiere, deben darse en alguno o en todos los museos del Sistema para que proceda el depósito en esos otros, supuestamente ajenos? ¿Cómo sería posible que sucediese esto, que se diesen estas circunstancias cuando la pertenencia al Sistema se condiciona a lo contrario?

Si esta es la “voluntas legis”, también merecería crítica desde la óptica de mayor exhibibilidad y disfrute a la que haremos referencia acto seguido. Si las deficiencias o peligros para la conservación no hubiese que referirlos a los museos del Sistema ¿ qué sentido tiene la mención a otros museos, existiendo éstos, solo comprensible desde la perspectiva de objeto ya museístico, (de ahí lo de “*otros*”), y en la que estaríamos olvidando el supuesto quizá más frecuentemente justificador del depósito, cual es el de la propiedad particular aislada ?

La segunda de las incógnitas debe partir de una consideración previa; la referencia a los bienes integrantes del patrimonio cultural nos remite a la definición del art.2.1 L.P.C.V. y con ello a todos los bienes dotados de un interés, no exclusivamente a los dotados de un régimen jurídico expreso de protección, calificados o inventariados.

Por ello, una interpretación que pretendiese atribuir a los Museos del Sistema la exclusividad para el depósito de bienes patrimoniales representaría una opción equivocada desde el punto de vista de la gestión cultural. (Ya hemos visto que la interpretación conjunta de los arts.21 y 22 es un tanto complicada).

Determinados bienes pueden tener el encaje óptimo, por motivos de conexión territorial, (vinculación a un ámbito local, por ejemplo), en un museo no perteneciente al Sistema que proporcione condiciones adecuadas de conservación y custodia, con preferencia al almacén de un Museo Nacional en el que dificultades de espacio, de imbricación con su colección o simplemente la imposibilidad de exhibir todos los que se poseyesen, pudieran dificultar o impedir su contemplación y disfrute público.

Estos son los criterios que maneja el apartado 2º del art.21, pero lejos de contar con aplicación general, parecen referidos, por su conexión con el 1º, meramente a la elección entre museos del Sistema.

Pudiera entenderse que se quisiese reservar el depósito de bienes calificados a los Museos del Sistema. No parece en ningún caso razonable que se establezca el monopolio en relación con cualquier bien que integre el patrimonio, aunque podamos presumir que los depósitos forzosos van a tener como protagonistas a bienes calificados, o inventariados al menos, porque entre otras cosas al no distinguirse entre depósitos, pudiera dificultarse, aunque sea, como hemos dicho, de forma absurda si la alternativa puede ser el no-depósito, que un particular intentase depositar voluntariamente un bien en Museo no perteneciente al Sistema.

En el caso de cierre, disolución o clausura de un museo, finalmente, el art.22.2 faculta al Gobierno Vasco para disponer el depósito en otro u otros museos de naturaleza acorde, sin mención alguna a que se encuentre o no integrado en el Sistema.

El artículo 21 establece un derecho de tanteo y retracto a favor del Gobierno Vasco, “*respecto de los fondos de los Museos y Colecciones de Euskadi, en caso de transmisión onerosa de la propiedad o de cualquier derecho real*”, que se ejercerán “*en la forma y en los términos que establece la Ley de Patrimonio Cultural Vasco*”.

Dada la remisión a la L.P.C.V. son reproducibles aquí las críticas que efectuábamos a la configuración del derecho o derechos en esa norma, en particular la de que no se estableciesen en favor de las instituciones forales, a las que se atribuyen la mayoría de competencias ejecutivas.

Hay que añadir aquí además que el tanteo y retracto se establece sobre un elenco de bienes excesivamente amplio. En lugar de referirse tan solo a los bienes de mayor relevancia, (calificados y/o inventariados), se extiende a cualquier elemento que integre los fondos de los Museos y Colecciones. (Sin restricción a los del Sistema).

Es evidente que no se ejercerá sino en los casos en que aquella relevancia se de realmente, (y de ahí los informes técnicos que se reclaman para motivar este tipo de decisiones), pero genera incertidumbre y puede obligar a trámites burocráticos que resultan innecesarios con respecto a una gran mayoría de los elementos que integran las colecciones.

El artículo 24 se refiere a los motivos que fundamentan la expropiación de los museos, colecciones y fondos. Junto a una disposición que desarrolla la “*defensa y protección de los bienes calificados e inventariados*”, del art.21 de la L.P.C.V., (incumplimiento por parte de los titulares de las obligaciones de protección, mantenimiento, custodia y conservación, “*así como el cambio de uso sin autorización expresa del Gobierno Vasco cuando ponga en peligro de deterioro, pérdida o destrucción los fondos*”), ampliándola sin embargo a museos, colecciones y fondos sin restringirla a calificados e inventariados, se incluye la “*necesidad de suelo o edificaciones destinadas a la creación, ampliación, mejora y seguridad de los museos del Sistema Nacional de Museos de Euskadi, incluida la necesidad de adquisición de inmuebles colindantes con los museos existentes y destinados a los mismos fines*”, (mención superflua a la vista de la inicial del apartado).

Este segundo apartado del art.24 conlleva una modificación relevante de lo establecido en el 21.2 de la L.P.C.V. Mientras en éste último la causa de interés social para la expropiación es, meramente, “*la creación de archivos, bibliotecas y museos*”, en la Ley de Museos se restringe ésta a lo que beneficie a los museos del Sistema Nacional, excluyendo la posibilidad de expropiar a favor de museos forales, por ejemplo, y poniendo con ello indirectamente en cuestión la potestad expropiatoria de las Diputaciones que expresamente reconoce el art.21.3 de la L.P.C.V.

También pierde sentido la potestad expropiatoria de los Ayuntamientos, asimismo reconocida, a menos que se quiera, por parte del Gobierno Vasco, liberarse de

la carga material del procedimiento, aunque deba redundar exclusivamente en provecho del Sistema.

El artículo 25.2 atribuye al titular del museo o colección la potestad de autorizar copias o reproducciones que deberán realizarse conforme a los criterios de facilitar la investigación y difusión cultural, salvaguardando los derechos de propiedad intelectual de los autores, (hay que suponer que no solo los de ellos sino cualesquiera otros legítimos), controlando la divulgación de información de carácter confidencial, preservando la debida conservación de la obra y no interfiriendo la actividad normal del museo o colección.

En lo que se refiere a la restauración, (art.26), se prescribe, de forma lógica, que *“deberá realizarse necesariamente por profesionales que cumplan las condiciones de especialización necesaria que reglamentariamente se determinen”*, lo que tiene relevancia si observamos, una vez más, que la disposición afecta a todos los elementos integrantes del museo o colección, y no solo a los que cuenten con régimen específico de protección, y que deberá contar *“con su proyecto correspondiente y el informe donde se detallen todas las intervenciones que se realicen sobre el bien”*.

Cuenta a continuación la norma con un capítulo relativo al régimen sancionador, al que haremos referencia en sede de sanciones administrativas, y una mención final al Consejo Asesor de Museos del País Vasco del que también nos ocupamos en sede de órganos consultivos.

Hay que destacar, finalmente la Disposición Adicional 1ª que en relación con la aplicación de la ley *“a los museos y colecciones de la Iglesia Católica o de otras confesiones religiosas se estará a lo dispuesto en los convenios celebrados o que se celebren con las mismas”*, añadiendo que *“se acordará con quienes representen (a) las distintas confesiones lo que afecte al uso religioso de los fondos pertenecientes a los museos y colecciones”*, disposición que consideramos, muy desafortunada por las razones que se exponen a continuación.

La sujeción de la aplicación de la ley a lo que se disponga en convenios con las confesiones religiosas es un error. En primer lugar desconocemos si se trata de convenios de ámbito autonómico o estatal, y si su suscripción es necesaria u opcional. Si se trata de reconocer la vinculación de las prescripciones de la norma autonómica por los acuerdos que suscriba el Estado con las distintas confesiones, no se trataría más que de la distribución competencial y jerárquica de normas correspondiente, resultando superflua la norma.

Si se está pensando en convenios de ámbito autonómico, habría que partir de la consideración de que su necesidad y ámbito no se encuentra establecido en norma alguna y de la de que la aplicación de la Ley no puede quedar en ningún caso sujeta a lo que la administración autonómica pueda conveniar con los representantes de las

diferentes confesiones. En todo caso el precepto es confuso y más si fijamos nuestra atención en el apartado 2º y el mandato taxativo de acordar, (“se acordará”), lo relativo al uso religioso de los fondos museísticos.

Un mandato de esta naturaleza en primer lugar es absurdo. Dos no acuerdan si uno no quiere y no puede prescribirse un acuerdo al que no se sabe si tienen propensión todas las partes que tienen que contribuir a su consecución. No puede reclamarse el acuerdo si no se dispone de medios para forzar a que se produzca. Puede recomendarse o establecerse como criterio orientativo de la actuación administrativa, pero nunca anunciarse como resultado inevitable.

En segundo lugar es un mandato de destinatario desconocido. Puede entenderse, dado el ámbito territorial de la ley, que va dirigido a la administración autonómica, pero dado el objeto del acuerdo reclamado tendría que tener por destinatario al titular del museo o colección en lo que no fuesen museos incluidos en el Sistema Nacional, y sin embargo es obvio que el Gobierno Vasco no puede actuar en nombre de quien no le haya conferido representación, ni imponer acuerdos suyos con otros en lo que afecten a la propiedad de terceros.

Por último no alcanzamos a ver la necesidad de la Disposición, toda vez que el uso religioso será siempre posible de mediar ese acuerdo entre titular y usuario, y no debe imponerse en caso contrario, amén de que en este supuesto hay que imaginar que se tratará de un uso no habitual, nuevo, y quizá por ello carente de legitimidad suficiente para gozar del amparo de la potestad administrativa, frente a una hipotética resistencia del titular o museo en que se encuentra.

La Disposición Derogatoria dispone que *“quedan expresamente derogados el Capítulo III del Título IV de la Ley 7/1990, de 3 de Julio, de Patrimonio Cultural Vasco, su Disposición Adicional Tercera y cuantas disposiciones de igual o inferior rango contravengan lo dispuesto en la presente ley”*.

Lo primero que procede señalar en relación con esta Disposición es que deroga los artículos 89 a 101 de la L.P.C.V., que son los que se refieren a los museos y al Sistema Nacional y la Disposición que se refiere a la integración de museos de titularidad compartida por algún Territorio Histórico vía convenio y la integración automática de los que se constituyan en cotitularidad a partir de la entrada en vigor de la norma. Como es lógico, debemos examinar si las normas derogadas son sustituidas o desaparecen simplemente del Ordenamiento sus mandatos.

En este sentido son derogadas y no recogidas en el Proyecto las exigencias anteriores de que *“en los municipios y comarcas de más de 10.000 habitantes se cree un museo de la ciudad”*, (art.90 L.P.C.V.), que ya sosteníamos que había sido manifiestamente incumplida, siendo excepcionales los museos de este tipo creados tras la Ley de Patrimonio, pero que revela una desgraciada cesión en los niveles de demanda

equipamental y, principalmente, (y en este caso de forma acertada según el criterio que expusimos en el capítulo correspondiente), la de “*acceso libre gratuito a los museos de titularidad autonómica*”. (Art.91 L.P.C.V.).

Las restantes normas derogadas son organizacionales o sustituidas por análogas, (la exigencia de personal técnico especializado en los museos, el destino de los bienes en caso de disolución o clausura o el depósito forzoso, por ejemplo), que se desarrollan en mayor medida.

Desaparece sin embargo, de forma relevante, la exigencia de que los fondos de los museos de la C.A.P.V. no puedan salir de los mismos, “*aunque fuere en concepto de depósito*”, sin autorización expresa de la Consejería de Cultura del Gobierno Vasco. (Art.100 L.P.C.V.). No obstante, la remisión expresa del art.4 de la Ley al régimen de protección previsto en la L.P.C.V. hace que con respecto a los fondos que constituyan bienes culturales calificados siga existiendo esa necesidad de autorización, interpretando el traslado como “*intervención*” en el sentido que al término da el artículo 29 o considerándolo modificación en el del art.38 de dicha Ley. Es éste un cambio que no podemos menos que aplaudir por las razones ya expuestas al analizar el precepto derogado.

Finalmente, la derogación de la Disposición Adicional Tercera de la L.P.C.V. que reza “*los museos cuya titularidad sea compartida (sin expresión de cuantía) por algún Territorio Histórico a la entrada en vigor de esta ley quedarán integrados en el Sistema Nacional de Museos mediante los convenios correspondientes*” y que “*los museos que se constituyan en régimen de cotitularidad a partir de la entrada en vigor de esta ley quedarán integrados automáticamente en este sistema*”, conlleva un distinto régimen de integración en el Sistema Nacional al que ya nos hemos referido.

10) CONCLUSIONES

PRIMERA.- Es harto complicado definir la cultura. Determinar sus rasgos esenciales constituye uno de los debates centrales de la Antropología contemporánea, y no tenemos posibilidad de tomar parte en él. Es sin embargo suficiente, a los efectos que perseguimos en esta tesis, saber que no puede conseguirse una definición que genere al mismo tiempo un consenso suficiente y que permita englobarla con las características que ha precisado tradicionalmente la Ciencia Jurídica para operar. (Aunque quizá la Ciencia Jurídica deba también adaptarse a un mundo cada vez más global y cada vez más veloz.)

El “*Patrimonio Cultural*”, concepto que si que estimamos que puede generar consenso suficiente como para sustituir al más tradicional en la doctrina española de “*Patrimonio Histórico-Artístico*”, se ve, por tanto, afectado por un considerable nivel de indeterminación, que en pocas ocasiones han podido suplir las normas jurídicas, que frecuentemente recurren a una prolija enumeración de valores o elementos, no por

necesaria menos controvertida, tanto respecto de lo incluido como de lo intencionada o inconscientemente omitido.

Cuando, como consecuencia de la vigencia generalizada del principio de territorialidad del Derecho, nos vemos obligados a conectar el patrimonio cultural con la nacionalidad, para delimitar competencias y responsabilidades de normación y los derechos y obligaciones de quienes tienen relación con el mismo, la cuestión se complejiza extraordinariamente. Es complicado delimitar cual es el patrimonio de cada una de las entidades que son reconocidas como sujetos soberanos en el Derecho Internacional, esto es los Estados, especialmente en lo que se refiere a bienes muebles o inmateriales, pero aún lo es más si introducimos en la controversia a pueblos, naciones o entidades subestatales en general, tengan o no capacidad normativa y/o ejecutiva, en relación con todo o parte del patrimonio cultural que puedan haber producido como grupo o que puedan haber producido sus integrantes o que pueda encontrarse en su territorio.

Armonizar esta situación con la derivada de reconocer un “*patrimonio común de la humanidad*”, respecto del que sin embargo no se establecen instrumentos ejecutivos de tutela de idéntico ámbito, y un “*patrimonio local*”, cuando no lleva consigo posibilidades de tutela equiparables a las que disponen el estado o determinadas entidades subestatales, (las Comunidades Autónomas en el Estado Español), todavía enmaraña aún más la situación, tanto para el especialista como para el ciudadano que intenta acercarse al patrimonio desde un menor nivel de información.

SEGUNDA.- Ni que decir tiene que, no solo por estos motivos, pero también por ellos, los Derechos Culturales no cuentan con un grado de desarrollo normativo y doctrinal de nivel equivalente al de otros tipos de derechos humanos internacionalmente reconocidos. Y sin embargo, creemos que con base en el derecho positivo vigente puede defenderse la existencia de un derecho humano al disfrute del patrimonio cultural. Se trata de un derecho escasamente desarrollado a nivel de *hard law*, son instrumentos de *soft law* internacional los que principalmente se refieren a él, aunque no son pocos los estados y legislaciones en los que encontramos referencias al mismo incluso en las propias Constituciones.

A partir de un enfoque estructural de los derechos humanos podemos concluir que los derechos culturales son auténticos derechos humanos, (pese a que existen opiniones en contrario que los reducen a meros desideratums o declaraciones programáticas), pero que resulta difícil tratar los derechos en su conjunto, por su diverso carácter. Los derechos culturales son derechos colectivos a la vez que individuales. Recogen entre sus sujetos activos no ya a las personas físicas sino a otros sujetos que engloban a algunas o a todas ellas, (los pueblos, las naciones, los Estados, la humanidad...).

Existen dificultades en relación con la justiciabilidad de estos derechos, pero derivadas del carácter de los instrumentos procesales tradicionales en los Estados y no insuperables. Existen objeciones desde la línea del relativismo cultural, que pudieran

aceptarse en cuanto a determinadas concreciones de los derechos pero no con carácter general deslegitimador de los mismos. Y existe, a partir de declaraciones muy genéricas de, por ejemplo, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, una base fundamental de soft law, pero que no deja de ser law.

Uno de los intentos más destacados de delimitar los derechos culturales es el “*Proyecto de Declaración sobre los Derechos Culturales*” del Grupo de Friburgo. Siguiendo su estela, nos hemos permitido delimitar la existencia de un derecho al disfrute del patrimonio cultural, que caracterizamos del modo siguiente. Se trata de un derecho de los de “*doble dimensión*”, de titularidad individual y colectiva, aunque en función de quien sea el titular tiene un contenido no enteramente coincidente. Un derecho de todos los seres humanos y no solo de minorías, indígenas o productores o custodios de un patrimonio determinado, aunque sobre ese patrimonio se tengan por esa razón especiales derechos, obligaciones o responsabilidades.

Un derecho cuyo contenido mínimo debe extenderse a la preservación de los bienes y manifestaciones en que se materializa el valor o interés cultural, al acceso general a los elementos que lo integran, (no necesariamente gratuito ni sin restricciones), al conocimiento de sus características y valores y a la existencia de un procedimiento eficaz de remedio de las violaciones que se produzcan del derecho o las lesiones que sufran los elementos en los que debe materializarse.

Un derecho cuyos sujetos pasivos son por un lado todas las personas, como derecho “*erga omnes*”, pero específicamente la Administración Pública, los titulares de derechos reales sobre los bienes culturales y la sociedad internacional, en la medida en que a ella corresponde adoptar medidas frente a su vulneración impune en cualquier Estado.

No hay que desconocer que existen importantes obstáculos para el ejercicio y disfrute del derecho.

Uno de ellos es el valor que todavía hoy se concede a la soberanía estatal y a la territorialidad del derecho. En muchos estados no existe la sensibilidad necesaria para que pueda ejercerse en debidas condiciones y en otros se carece de la infraestructura precisa. En muchos de ellos el disfrute se encuentra condicionado a la posesión de la nacionalidad, a la pertenencia a la confesión o a la pertenencia a la tribu o etnia.

Es éste sin embargo un reto que afecta a otros muchos derechos, (por ejemplo en el ámbito medioambiental), y que cada día más pone de manifiesto la necesidad de instrumentos coercitivos de ámbito supraestatal, que empiezan tímidamente a surgir. (Tribunales Internacionales, por ejemplo). Tampoco se cuenta, en parte por lo anterior, con normativa jurídicamente vinculante. Se trata de un derecho “*en proceso de configuración*” y mayormente plasmado en instrumentos sin fuerza jurídica obligatoria, o que la poseen en grado reducido. Y es, por tanto, difícil ejercitar acciones judiciales en su defensa o en la sanción de las infracciones que lo vulneran.

TERCERA.- Las iniciativas de tutela del patrimonio cultural vasco tienen raíces muy antiguas. Si una protección planificada, integral y consecuencia de un planteamiento teórico asumido por la Administración es algo enormemente reciente, del mismo modo que lo es en las sociedades de nuestro entorno, no cabe desconocer que nuestros antepasados tutelaron determinados bienes culturales, en algunos casos siguiendo motivaciones extraordinariamente semejantes a las que nos guían hoy en día.

Esto es particularmente cierto en lo que hace al patrimonio documental, respecto del que existen desde el siglo XVI acuerdos de tutela de algunos de sus elementos, adoptados por las Juntas Generales y Diputaciones y las Cortes y monarcas de Navarra. Es, en esta línea, especialmente sugerente, la aportación intelectual surgida, a finales del siglo XVIII, en el marco de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País (R.S.B.A.P.), de la que proporcionamos algunos testimonios.

La falta de sensibilidad de las instituciones vascas, sumidas en una crisis trufada de intermitentes enfrentamientos bélicos a lo largo del XIX y la resistencia a la integración forzosa en la unidad constitucional española con la consiguiente introducción de sus normas e instituciones, tuvo también relevancia en la inaplicación durante largo tiempo de las nacientes normas y medidas de tutela de ámbito estatal.

Hoy en día la Constitución de 1978 y el Estatuto de Autonomía de Gernika configuran un régimen caracterizado por la competencia y responsabilidad de las instituciones de la Comunidad Autónoma de Euskadi y la Comunidad Foral de Navarra en lo que se refiere a la tutela y protección del patrimonio cultural vasco, salvo en lo que hace al de titularidad estatal y a la “*defensa contra la exportación y la expoliación*”, referencia constitucional que ha sido controvertidamente interpretada por el Tribunal Constitucional, sobre todo en la Sentencia 17/1991 que valida el contenido de la L.P.H.E.

En el ámbito de la C.A.P.V., la Ley de Territorios Históricos, la Ley de Patrimonio Cultural y las recientes leyes de Museos y Bibliotecas configuran un ámbito competencial que, con muchos matices, cabe sintetizar como atribución al Gobierno Vasco de las competencias declarativas de los bienes y a las Diputaciones Forales de las competencias ejecutivas, aunque se configuren “*Sistemas Nacionales*”, de Archivos, Bibliotecas y Museos, sobre los que todas las potestades residen en la administración autonómica. El modelo de distribución competencial se encuentra en proceso de reforma, de forma tan inconfesa como evidente, sin que nos sintamos capaces de proyectar una imagen estable o definitiva del mismo.

En cualquier caso el desarrollo reglamentario de la L.P.C.V. cuya competencia, en general foral según la L.T.H., no ha podido, sin embargo, ser ejercida pacíficamente, salvo en aspectos muy concretos por los órganos forales ante la oposición

gubernamental, ha sido un tanto irregular, existiendo numerosos preceptos que, por ello o por otras circunstancias, nunca han pasado de tener un carácter meramente virtual.

CUARTA.- La Ley 7/1990, la L.P.C.V., establece que los elementos integrantes del patrimonio cultural vasco son “*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*”, reproduciendo en gran medida la definición que ley estatal da del patrimonio histórico español, como también hacen otras C.C.A.A., aunque algunas de ellas contienen referencias mucho más precisas y detalladas.

Por nuestra parte hubiésemos sido partidarios de una definición menos genérica, al estilo de la Convención de la UNESCO de 1970 y de que se utilizase la categorización como método de tutela de bienes, sin perjuicio de los regímenes de protección singulares de los elementos de mayor relevancia.

Es lo que la propia ley realiza en casos muy concretos en que se produce inclusión ex-lege en algunos de los regímenes, documentos y colecciones de documentos de más de 50 años de antigüedad, o las cuevas, abrigos y lugares con manifestaciones de arte rupestre, por ejemplo, o los bienes que hubieran sido declarados de interés cultural con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

La L.P.C.V. establece dos regímenes de protección de los bienes culturales, el Registro de Bienes Culturales Calificados y el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco. Estos regímenes se imponen sobre el planeamiento urbanístico en lo que no coincidan las respectivas determinaciones. En todo caso la inclusión de elementos en ellos tiene, a nuestro juicio, un carácter declarativo y no constitutivo, tal y como se deriva de la referencia a que los bienes “*pueden ser*” calificados o inventariados.

Esta circunstancia deja en una situación un tanto incierta a los bienes que, no obstante no haber sido incluidos en uno u otro régimen, reúnen los valores que los hacen integrantes del patrimonio cultural vasco, sobre los que no existe definición clara de los derechos y obligaciones de los titulares de derechos reales ni de las facultades de intervención sobre ellos de la Administración.

A diferencia de la legislación estatal y la de algunas otras C.C.A.A. el Inventario no se reserva en exclusiva a bienes muebles. Esto hace que sea preciso diferenciarlos de alguna manera, además de por la mayor relevancia de los bienes que se califican, por lo que la L.P.C.V. establece la necesidad de autorización foral previa para cualquier intervención que se realice sobre los bienes calificados, (excepto en el caso de intervenciones en conjuntos monumentales que cuenten con Plan Especial de Rehabilitación informado favorablemente por el Departamento de Cultura del Gobierno Vasco), mientras que en el caso de los inventariados solo existe obligación de notificar

con facultad administrativa de suspensión temporal (un mes) en caso de riesgo de lesividad.

El procedimiento de calificación e inventario es sustancialmente similar, exige audiencia de las Diputaciones Forales y Ayuntamientos del territorio en el que se ubique el bien, además de la de los titulares de derechos reales, puede iniciarse de oficio o a instancia de parte, (existiendo acción pública), y se resuelve por Orden del Consejero de Cultura en el caso del Inventario o Decreto del Gobierno en el caso del Registro, teniendo una duración máxima de un año, con denuncia de mora en los tres meses siguientes y un nuevo plazo de tres meses para resolver sin que se produzca caducidad. La exclusión de un elemento del régimen correspondiente sigue los mismos trámites que su inclusión.

El Decreto de Calificación debe recoger una descripción clara y precisa del bien, con delimitación del entorno que resulte necesario para su protección y la determinación del régimen de protección con inclusión de las actuaciones permitidas y las que quedan prohibidas. Los bienes calificados de propiedad pública quedan protegidos por el régimen de dominio público, y son imprescriptibles e inalienables.

En lo que hace a los derechos y obligaciones de los titulares de derechos reales y a las facultades de intervención administrativa, la L.P.C.V. establece en primer lugar un deber general de conservación, de evitar la pérdida, destrucción o deterioro de los bienes culturales calificados e inventariados.

Adicionalmente existe la obligación de proporcionar información a la Administración, de permitir el acceso a los bienes y el estudio por los investigadores y la de notificar la pretensión de venta. Los titulares de bienes calificados tienen además la obligación de permitir la visita pública, según lo que reglamentariamente se determine.

Las Diputaciones Forales cuentan con la facultad de suspender las intervenciones lesivas hacia los bienes, la posibilidad de dictar órdenes de ejecución de otras y todas las administraciones competentes la expropiatoria, en función de cual resulte la causa de la misma. El Gobierno Vasco, por su parte, cuenta con un derecho de tanteo y, eventualmente, retracto, sobre las compraventas de bienes calificados o inventariados.

QUINTA.- La L.P.C.V., al contrario que las de otras C.C.A.A. carece de criterios generales de intervención sobre los bienes culturales; es, en todo caso, el régimen de protección ad hoc, que solo se exige necesariamente en los bienes calificados, el encargado de establecerlos con respecto a cada elemento.

La mayoría de los bienes integrantes del patrimonio cultural vasco no están incluidos ni el Inventario ni en el Registro. Hay que preguntarse por ello sobre el

régimen de derechos y obligaciones que afecta a sus titulares y por las facultades de intervención administrativa sobre los mismos. No puede darse una respuesta clara y terminante, en ausencia de determinaciones legales precisas, (que en cierta medida si han establecido otras Comunidades), y criterios jurisdiccionales asentados.

En todo caso creemos que puede sostenerse que existe una obligación de tutela de estos bienes, que, como mínimo, debe imponer a los titulares su conservación, en las condiciones tradicionales de seguridad, salubridad y ornato públicos, y facultar a la administración también, como mínimo, a impedir el derribo o destrucción y ordenar el mantenimiento en las condiciones apuntadas.

Los bienes culturales de titularidad pública, (excluidos los de titularidad estatal a los que la Ley no se refiere), se someten al régimen de dominio público, siendo por ello imprescriptibles e inalienables. Creemos que la inalienabilidad no es una exigencia imprescindible para la debida tutela del patrimonio y que puede dificultar en algunos casos la debida rentabilización social de los bienes, y que pueda dárseles un uso que alivie la carga que puedan suponer para el erario público.

En los conjuntos monumentales, en tanto no se aprueben los instrumentos urbanísticos que desarrollen el régimen de protección, no se admiten modificaciones en las alineaciones y rasantes, incrementos o alteraciones de edificabilidad, parcelaciones y agregaciones y, en general, cambios en la distribución de volúmenes, cubiertas y huecos que afecten a la armonía del conjunto y a sus soluciones técnicas o artísticas.

Por último, en lo relativo a los regímenes de protección, no puede procederse al derribo de bienes culturales calificados o inventariados sin previa declaración de ruina y autorización expresa de la Diputación Foral correspondiente, siendo imprescindible también la autorización previa del Gobierno Vasco o de su Departamento de Cultura, según los casos, sobre la desafectación del bien.

La declaración de ruina solo cabe en dos supuestos tasados, ruina física irrecuperable y coste de reposición de daños superior al 50% del valor actual de reposición del inmueble y se encuentra desarrollada en lo que hace a sus aspectos procedimentales en el Decreto 306/1998, de 10 de Noviembre. El conjunto de esta regulación está ocasionando controversias en su aplicación práctica y ha conducido a interpretaciones diversa, siendo manifiestamente mejorable.

La Ley contiene algunas normas específicas referidas a los bienes muebles. Se establece un deber de conservación íntegra respecto de los calificados que creemos que no obsta para que exista también, como mínimo, en el caso de los inventariados, entre otras razones por cuanto la prohibición de destrucción se establece respecto de ambos.

A los bienes muebles se les aplica del mismo modo que a los inmuebles la exigencia de autorización foral previa a las intervenciones en el caso de los calificados, (aunque expresamente solo se mencionen tres tipos de intervenciones, las de modificación, reparación o restauración), y la de la notificación de intervenciones, respecto de la que no se menciona la facultad suspensiva de la Administración.

También cabe la orden de ejecución de las medidas urgentes de conservación o custodia que reclame el estado del bien, siendo posible ordenar el depósito provisional en lugar adecuado, lo que obviamente no cabe con los inmuebles.

SEXTA.- El Plan Vasco de la Cultura, aprobado en 2004, considera la tutela del patrimonio cultural como uno de sus ejes estratégicos. Nos ofrece en este sentido un análisis de puntos fuertes y débiles según la metodología DAFO con el que mantenemos discrepancias relevantes.

Conclusión similar podemos ofrecer respecto del Plan Director de Digitalización, Preservación y Difusión del Patrimonio Cultural Vasco, al que no negaremos, sin embargo, y pese a su falta de concreción, interés por un área fundamental para preservar y sobre todo poner a disposición de los ciudadanos los bienes que integran el patrimonio y sus valores más relevantes.

SEPTIMA.- Es evidente la influencia que los instrumentos de ordenación del territorio pueden poseer respecto de la tutela del patrimonio cultural. Es por tanto preciso analizar cual es la atención y el trato que le proporcionan. En la C.A.P.V. es la Ley 4/1990, de 31 de Mayo, de Ordenación del Territorio la que establece tres tipos de instrumentos de ordenación, las Directrices de Ordenación Territorial (D.O.T.), los Planes Territoriales Parciales y los Planes Territoriales Sectoriales. Todos ellos se sobreponen y vinculan al planeamiento urbanístico.

En lo que hace al patrimonio cultural, las D.O.T, deben contener la definición de las áreas que deban ser objeto de especial protección y la estimación global de necesidades de rehabilitación. Las vigentes, aprobadas por el Decreto 28/1997, de 11 de Febrero del Gobierno Vasco, preveen entre los Planes Territoriales Sectoriales, uno relativo al Patrimonio Cultural.

En su elaboración debe distinguirse entre las "*orientaciones y puntos de referencia*" de contenido jurídico vinculante en cierta medida y los "*criterios y puntos de actuación generales*", que tienen carácter de recomendaciones y se determina que el P.T.S. debe establecer un orden prioritario de restauración y los criterios de intervención en conjuntos monumentales arquitectónicos. Las D.O.T. carecen, sin embargo, de rango de ley formal y por tanto de capacidad para modificar lo dispuesto en la L.P.C.V.

El P.T.S. no comprende, pese a su rúbrica, el conjunto del patrimonio cultural, refiriéndose tan solo al arquitectónico y al arqueológico, los más ligados a la ordenación del territorio. Por poner ejemplos, no contiene ni la más mínima referencia a la lengua vasca, a la que si se refieren las D.O.T. Invade, por otra parte, de manera patente el ámbito competencial que la L.T.H., (que tampoco puede modificar), reserva a los Territorios Históricos.

Y en lo que respecta propiamente a su contenido, ya desde el objeto invade también, de forma ilegal, el ámbito de la Ley de Patrimonio Cultural Vasco, regulando numerosos aspectos en sentido contradictorio con sus disposiciones.

En particular sus “listados” y nuevas categorías, “*bienes de protección local*”, “*bienes pre-calificados*” y “*pre-inventariados*” etc, carecen de habilitación y fundamento legal, ni puede tampoco el Plan, a nuestro juicio, establecer qué tipo de intervención corresponde en bienes culturales calificados o inventariados.

Distinta es sin embargo la aportación de los sucesivos Decretos de Actuaciones Protegidas en Rehabilitación del Patrimonio Urbanizado y Edificado, aunque respondan a objetivos y perspectivas urbanísticas más que de tutela patrimonial.

En particular las Sociedades Urbanísticas de Rehabilitación derivadas de la declaración de Area de Rehabilitación Integrada están contribuyendo de manera globalmente positiva, (aunque sin intervención en general de autoridades y expertos culturales), al mantenimiento de los valores y características de muchos de nuestros conjuntos históricos, con sus variadas líneas de ayudas y las definiciones de los Decretos de los diferentes tipos de intervención, (“*conservación y ornato*”, “*consolidación*”, “*reforma*”, “*ampliación*”...), se están incorporando al acervo cultural de la tutela.

OCTAVA.- La protección del patrimonio cultural, en la medida en que el inmueble está, por definición, inserto en determinado espacio, tiene una evidente relación con la tutela de éste cuando sus características y valores lo hacen acreedor a la misma. Puede producirse entonces una colisión o conflicto de intereses entre los responsables de la tutela del patrimonio cultural y del medio natural y cuando menos se hace necesario deslindar las respectivas competencias y delimitar responsabilidades.

Un ejemplo paradigmático en la C.A.P.V. lo constituye la protección de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai, regulada por la Ley 5/1989, de 6 de Julio y el Decreto 2424/1993 de 3 de Agosto que aprueba su Plan Rector de Uso y Gestión.

La Ley no tiene por objeto la protección específica del patrimonio cultural sino como elemento integrante del ecosistema natural de interés, pero regula, sin embargo, la protección, (en realidad tan solo delimita usos permitidos, prohibidos y autorizables,

sin prever ni reclamar medidas de recuperación de valores), de una parte del mismo, el patrimonio arqueológico, (a través del establecimiento de un “*área de interés arqueológico*”), de forma contradictoria con lo posteriormente dispuesto en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco.

Las evidentes contradicciones derivadas de la vigencia simultánea de ambas leyes y sus respectivos instrumentos de desarrollo, pueden resolverse a través de la consideración de primacía de la posterior, (la L.P.C.V., que además contiene una Disposición Derogatoria, la 2ª, de todas las disposiciones que la contradigan), dada la identidad de rango.

También en lo que respecta a los bienes culturales, podría jugar el principio de especialidad a favor de la Ley 7/1990 y su carácter de norma sistémica en la tutela de estos, frente a la que solo se refiere a algunos de ellos.

(Por no hacer hincapié en la defectuosa técnica legislativa de la Ley 5/1989 al, por ejemplo, identificar por ley, con la rigidez que ello conlleva, bienes cuyo interés cultural se encuentra en investigación o es meramente investigativo).

Posición distinta mantiene la asesoría jurídica del Patronato de la Reserva, que a partir de una visión holística de la ordenación del territorio, supuesto título competencial que avalaría la regulación medioambiental y de que la Ley 5/1989, también pretende tutelar el patrimonio cultural, (junto a otros, evidentemente), considera, por un lado, que no existen contradicciones entre las normas culturales y las de protección de la Reserva, que no puede defenderse una visión exclusivista de las potestades administrativas, (reproche que es más aplicable a tal órgano que a los con él confrontados), y que en todo caso el carácter coordinador de la política de ordenación debe jugar a favor de la competencia y disposiciones del Patronato y los órganos medioambientales.

La posibilidad de conflicto no es una mera especulación de laboratorio, ha llevado incluso a pronunciamientos judiciales, en particular del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que merecen a nuestro juicio, severas críticas.

NOVENA.- La L.P.C.V. dedica especial atención a la regulación de la tutela de ciertos patrimonios. Se refiere en primer lugar al arqueológico, concepto que en si mismo resulta discutido, y que conecta con todos los bienes poseedores de valores cuyo estudio requiera la aplicación de la metodología arqueológica.

La regulación se caracteriza por exigir autorización foral previa, (salvo en el caso de la prospección arqueológica sin extracción de tierra), para la realización de una serie de actividades arqueológicas y paleontológicas, (estudios de arte rupestre, prospecciones, sondeos, excavaciones, controles...), que se definen de modo discutible.

Las actividades que se realizan sin contar con la pertinente autorización tienen la consideración de ilícitas.

Además de la inclusión de bienes y espacios en el Registro de Bienes Culturales Calificados y en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco, como cualesquiera otros de los integrantes del patrimonio, en sede de bienes arqueológicos la Ley introduce unas denominadas, “*zonas de presunción*”, en el marco de las cuales se exige a propietarios o promotores de obras la realización previa de un estudio sobre la incidencia de las mismas en el valor arqueológico del solar o edificación.

Los descubrimientos de bienes debidos al azar, (“*hallazgos casuales*”), deben ser notificados inmediatamente al Ayuntamiento o Diputación Foral y dan lugar a percibir del Gobierno Vasco un premio en metálico equivalente a la mitad del valor en que se tasen. Los bienes arqueológicos gozan de la condición de dominio público.

En esta materia algunos de los Territorios Históricos han ejercido sus facultades de desarrollo reglamentario, como es el caso del Decreto Foral 62/1998 de 12 de Mayo de la Diputación Foral de Bizkaia, que regula entre otras materias, los requisitos para poder desarrollar intervenciones arqueológicas, el contenido necesario de los proyectos, las memorias a presentar tras su desarrollo y las posibilidades de consulta de las mismas, y el depósito obligado de los materiales en el Museo Arqueológico, Etnográfico e Histórico Vasco de Bilbao.

DECIMA.- El siguiente patrimonio a que se refiere la L.P.C.V. es el etnográfico, integrado por “*el conjunto de bienes materiales e inmateriales en que se manifiesta la cultura tradicional del País Vasco*”. Respecto de éste, los bienes materiales se rigen por el régimen general aplicable a cualesquiera otros, mientras que los inmateriales deben ser salvaguardados, según prescribe la Ley, promoviendo su investigación y la recogida en soportes materiales que garanticen su transmisión a las generaciones futuras.

El patrimonio documental, según la L.P.C.V., está constituido por “*la documentación de interés producida o recibida por cualquier administración, entidad o individuo que a lo largo de la historia haya desarrollado sus atribuciones, funciones o actividades en el País Vasco, independientemente de la titularidad y ubicación actual o futura de la misma*”, ámbito que consideramos manifiestamente excesivo y que es parcialmente modificado en el Anteproyecto de Ley de Archivos, elaborado por el Gobierno Vasco y que se encuentra actualmente en trámite.

Los documentos, fondos de archivo y colecciones de cualquier titularidad de 50 años de antigüedad, (hay que entender que se refiere la norma obviamente a los de 50 o más), quedan ex lege incorporados al Inventario del Patrimonio Documental, sin perjuicio tanto de la inventariabilidad de fondos de menos antigüedad como de la posibilidad de calificar los que lo merezcan por su singular relevancia.

Los fondos públicos son de acceso libre, solo limitable en razón de las causas tasadas que la propia norma recoge, pero respecto de ellos no consta disposición equivalente a la que obliga a los titulares privados a la correcta conservación y no destrucción, merma ni división, so pena incluso de expropiación. Es evidente que no por ello cabe sostener que tal deber no exista, aunque dificulte la sanción administrativa de eventuales conductas infractoras.

La L.P.C.V. en sede de patrimonio documental es objeto de desarrollo a través del Decreto 232/2000 de 21 de Noviembre, Reglamento de Servicios de Archivo y Normas Regulatoras del Patrimonio Documental del País Vasco, aunque excluya de su ámbito los archivos de titularidad del Estado y de los Territorios Históricos.

El Decreto crea el Consejo Asesor de Patrimonio Documental y Archivos de Euskadi, aunque sin precisar su relación con el Centro de Patrimonio Cultural Vasco creado por la Ley, y la Comisión de Valoración y Selección de Documentación (C.O.V.A.S.E.D.), específicamente encargada del establecimiento de criterios respecto de estas tareas.

DECIMOPRIMERA.- El patrimonio bibliográfico está constituido según la L.P.C.V. por las *“bibliotecas y colecciones bibliográficas y hemerográficas y las obras literarias, científicas o artísticas de carácter unitario o seriado, impresas, manuscritas o reproducidas por cualquier medio, cuya conservación es de interés por su valor para la información, la educación e investigación y para el conocimiento y desarrollo de la cultura en general y muy especialmente de la cultura del pueblo vasco”*, definición que como tantas otras de la L.P.C.V. suscita algunos interrogantes, pero que ha sido sustituida por una sustancialmente distinta por la Ley de Bibliotecas, *“la producción bibliográfica en cualquier tipo de soporte de las obras editadas o producidas en Euskadi y en los territorios del euskera, así como de las relacionadas con la lengua y la cultura vasca, en especial las obras creadas por autores vascos y las obras creadas en euskera”*, comprendiendo además *“las obras bibliográficas en cualquier tipo de soporte que se hallan en Euskadi y que tienen valores históricos o culturales relevantes”*, que no deja menos ámbito de posible controversia.

La Ley de Bibliotecas prevé expresamente la declaración como *“fondos de interés nacional”* de los que tengan un especial valor cultural y, acertadamente, que respecto de ellos regirá el régimen que la L.P.C.V. establece para los bienes muebles calificados. Sin embargo dispone que las bibliotecas velarán por la protección, *“de aquellos de sus fondos”*, que ostenten dicha condición, omitiendo los restantes, en un grave error, a nuestro juicio, de técnica legislativa.

DECIMOSEGUNDA.- La Ley de Patrimonio Cultural omite, al revés que las leyes de otras C.C.A.A., cualquier referencia al patrimonio industrial, aunque los bienes que lo integran puedan considerarse patrimoniales en la medida en que posean los valores a

que hace referencia su artículo 2.1. Nos encontramos por tanto, ya desde el principio, ante un problema de definición. Se trata además de un patrimonio en grave riesgo por su particular idiosincrasia, sus costes de mantenimiento y su ocupación de suelos escasos y muy cotizados.

Lo mismo sucede en relación con el patrimonio audiovisual, respecto del que sin embargo se cuenta con un instrumento que surgió de la iniciativa privada, la Filmoteca Vasca, a cuya labor se debe la preservación de un amplio elenco de elementos.

Uno de los conjuntos patrimoniales de origen más reciente y cuya definición está desarrollando sus primeros pasos es el patrimonio informático. La L.P.C.V. no lo menciona y tampoco la mayoría de las leyes de otras C.C.A.A., con alguna excepción, pero contamos con documentos a nivel internacional, como las “*Directrices para la Preservación del Patrimonio Digital*” elaboradas en el ámbito de la UNESCO como standard de referencia.

DECIMOTERCERA.- La L.P.C.V. contiene regulación específica en relación con los servicios de archivo, bibliotecas y museos. Especialmente novedosa es la creación de los que denomina Sistemas Nacionales de Archivos, Bibliotecas y Museos, que pretenden homogeneizar los parámetros de gestión más destacados, garantizando un servicio a los ciudadanos equivalente en lo esencial en los diversos equipamientos. Sin embargo, su alcance es limitado por cuanto no se extiende a los de titularidad estatal o de los Territorios Históricos.

El hecho de que, particularmente en el caso de los museos, algunos de los equipamientos sean de titularidad compartida entre diversas Administraciones o incluso entre alguna o algunas de ellas y personas jurídicas privadas, introduce además mayores dosis de incertidumbre o complejidad a la hora de determinar el grado de sujeción a las determinaciones de la Ley y de sus instrumentos de desarrollo.

En el caso de los archivos, a la espera de la anunciada Ley de Archivos que regularía específicamente la materia, contamos con el Decreto 232/2000 de 21 de Noviembre, Reglamento regulador de los Servicios de Archivo y Patrimonio Documental del País Vasco, que para el caso del Gobierno Vasco, distingue tres niveles de archivo, los de “gestión u oficina”, los centrales de la Administración Institucional, el General, los Territoriales y el Archivo Histórico, que es obviamente el que más interesa a los efectos de este trabajo.

El Archivo Histórico debe recoger la “*documentación de antigüedad igual o superior a 50 años, para la que se determina la conservación permanente*” y los “*nuevos fondos documentales y colecciones de documentos de especial relevancia para el conocimiento de la historia del País Vasco, que ingresen en el Archivo General*”.

El Reglamento se refiere a las ubicaciones de los archivos, condiciones ambientales de los depósitos, tipo de papel a utilizar en reproducciones, características de archivadores y cajas de almacenaje, procedimiento de ingreso, transferencia y expurgo, instrumentos de descripción y clasificación, medidas de seguridad...estableciendo, en interesante aportación, la responsabilidad de quienes tengan acceso a los fondos de mantenerlos en el mismo estado en que se recibieron, respondiendo de los deterioros de acuerdo con la L.P.C.V.

El Decreto 174/2003, de 22 de Julio, dispone, a su vez, la creación de una Comisión de Valoración, Selección y Acceso a la Documentación (COVASAD), al objeto de ir identificando y clasificando la documentación a lo largo de su deambular administrativo, y de establecer calendarios de conservación.

DECIMOCUARTA.- Las mismas incertidumbres apuntadas en relación con los archivos sujetos a las normas puede reproducirse respecto de las bibliotecas. Sin embargo, en éstas se ha promulgado ya la Ley que tiene por objeto regularlas. Se introduce aquí un concepto desconocido en la L.P.C.V. y que nos parece insuficientemente justificado, el de los *“fondos de interés nacional”*, pero que se regirán, en disposición de indudable acierto, *“por lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Cultural Vasco para los bienes muebles calificados”*.

La incógnita es, dada la omisión de cualquier otra referencia, si en sede bibliográfica nos encontramos con un único régimen de protección, y si carece de tutela jurídica en cuanto patrimonio los fondos que no ostenten tal condición.

Los fondos del Sistema Nacional de Bibliotecas tienen la condición de libre acceso (restringible en virtud de determinadas circunstancias), y se eleva la cuantía de habitantes de los municipios obligados a disponer de biblioteca pública, (de los 3.000 habitantes de la L.P.C.V. a los 5.000).

DECIMOQUINTA.- En relación con los museos, la definición del artículo 89 de la L.P.C.V. es a nuestro juicio excesivamente exigente. Escasos museos de la C.A.P.V. gozarían de la condición de tales si hubiese que interpretarla en sentido literal. Los fondos son también de acceso libre y gratuito en los de titularidad autonómica, (aquí también nos encontramos con las incógnitas apuntadas en relación con archivos y bibliotecas), sin perjuicio de las usuales restricciones por razones de conservación de los bienes o que tengan origen en otras disposiciones legales.

Los fondos de los museos de la C.A.P.V. no pueden salir de los mismos, aunque fuese en concepto de depósito, sin autorización del Gobierno Vasco, *“en los casos en que así se establezca reglamentariamente”*, disposición que en ausencia de desarrollo reglamentario ha generado notable incertidumbre, paliada por su general y tolerado incumplimiento.

Es llamativo además que sobre el resto de intervenciones posibles sobre los fondos, además del traslado, (restauraciones, reproducciones...), se guarde un mutismo absoluto.

Sin embargo, la promulgación de la Ley 7/2006 de 1 de Diciembre, de Museos de Euskadi, ha venido a modificar el régimen establecido en la L.P.C.V. En sede de definición podemos reproducir la crítica anterior, en grado más elevado aún si cabe. No son reconocibles los museos de la Ley en los que tenemos la suerte o desgracia de encontrarnos en su ámbito territorial de vigencia.

La Ley deja además la incógnita de la posible consideración como museos de ciertos archivos y bibliotecas con la consiguiente incertidumbre sobre el régimen jurídico que les resultaría de aplicación.

En el tránsito parlamentario, la norma se ha visto despojada de una disposición a nuestro juicio fundamental, cual era la referencia expresa a que los bienes muebles que integran los fondos y colecciones de los museos forman parte del patrimonio cultural vasco y se someten al régimen establecido en la L.P.C.V. Desconocemos las razones de lo que consideramos un grave error.

La Ley procede a la creación de un Registro de Museos y Colecciones de Euskadi, instrumento novedoso con respecto a la Ley de Patrimonio. La inscripción en el Registro se constituye en requisito imprescindible para obtener ayudas de la Administración Autonómica.

Buena parte del contenido de la norma está destinado a establecer las condiciones que debe reunir el personal museístico, a las características del servicio a prestar al público, (horarios, condiciones de acceso, sistemas de seguridad, uso de las lenguas oficiales....), aspectos en los que quedan numerosas incertidumbres a la espera del futuro desarrollo reglamentario.

DECIMOSEXTA.- Pese a que hemos ido salpicando el análisis de consideraciones de lo que a nuestro juicio constituirían medidas de avance y mejora, no nos resistimos a dejar de abordar algunas de las propuestas de mejora de la tutela patrimonial que han sido formuladas por la doctrina.

Específicamente queremos referirnos a las que, en relación con la protección del patrimonio cultural inmobiliario, propone Abad Licerias, dado lo interesante y profundo del análisis que realiza.

Este autor comienza por proponer en materia urbanística la necesidad de “restablecer la vigencia y efectos de las normas urbanísticas de aplicación directa”, la necesidad de “proteger con planes especiales los monumentos y sus entornos”, la de “delimitar el entorno de los monumentos”, la extensión a la legislación estatal y resto de autonómicas de “los criterios de intervención material de la normativa catalana, del mecanismo de las instrucciones particulares recogido en la normativa andaluza y de la elaboración de planes directores de cada monumento prevista en la legislación madrileña”, conferir “nuevas atribuciones” a los Catálogos Urbanísticos, y por derivación a los Ayuntamientos, “el establecimiento de mecanismos de inspección periódica del estado de los bienes culturales restaurados o rehabilitados” y la “inclusión automática en el catálogo municipal de todos aquellos inmuebles que posean escudos, piezas heráldicas y demás elementos regulados en el Decreto de 14 de Marzo de 1963”⁹²⁰.

Con respecto a las normas urbanísticas de aplicación directa, recuerda que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el apartado a) del art.138 de la Ley del Suelo de 1992, el relativo a la protección del patrimonio histórico, manteniendo en cambio en vigor el apartado b) referido a la protección del patrimonio natural y reclama su reinstauración tanto a nivel estatal como autonómico, aunque “evitando, en lo posible, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados”⁹²¹.

Sin perjuicio de que cualquier medida tuitiva deba ser bienvenida, hay que resaltar que un correcto desarrollo por la Administración de las previsiones de la legislación sectorial relativas a la identificación cierta de los bienes que integran el patrimonio, (tanto los individuales como los que constituyen un conjunto), y el establecimiento de los correspondientes regímenes de protección, disminuiría de forma muy acusada la relevancia de la reintroducción de estas medidas.

Conviene aquí hacer un pequeño inciso; no necesariamente una imagen más o menos armónica de la trama urbana está directamente ligada a la protección del patrimonio cultural, por mucho que sea desde luego un bien a perseguir, se trata del campo más propiamente objeto de la actuación urbanística, en el que no deben producirse intromisiones desde otras perspectivas sin justificación relevante.

DECIMOSEPTIMA.- En lo que respecta a la necesidad de proteger con planes especiales, (o planes directores en los términos de la legislación de Madrid), los monumentos y sus entornos, podemos llegar a una conclusión muy similar. Se trata de una medida que en aras a la debida coordinación entre la normativa urbanística y la de protección del patrimonio puede ser muy conveniente, y no solo para el caso de los conjuntos monumentales en los que parece asumirse de forma general, sino tal vez también para el caso de los bienes individuales en los que es menos frecuente.

⁹²⁰ ABAD LICERAS J.M. op. cit. pag. 449.

⁹²¹ Ibidem, pag. 451.

Sin embargo la delimitación de un régimen de protección de las características del que demanda por ejemplo la L.P.C.V., al menos en el caso de los bienes calificados, haría innecesario elaborar un Plan Especial, dada además su prevalencia sobre la normativa urbanística.

Coincidimos en la necesidad de delimitar un entorno de los bienes culturales inmuebles que garantice su debida protección y la posibilidad del disfrute de sus valores por los ciudadanos. También las leyes, (sin ir más lejos la norma vasca), vienen a reconocer este hecho.

Pero la cuestión no es que pueda protegerse adecuadamente desde el punto de vista de la legislación patrimonial un elemento determinado mientras que se construyen inmuebles contiguos, en su entorno inmediato o más o menos próximos, “*que desentonen, cuando no ataquen frontalmente los valores culturales ínsitos en aquel*”⁹²², y que por ello sea preciso fijar con carácter general un perímetro de protección al modo como lo hace la ley extremeña; sino que es el régimen de protección específico del bien el que, atendiendo a todas las circunstancias que concurren en el caso concreto, debe establecer el entorno, mayor o menor, en el que se van a introducir restricciones y la extensión de éstas.

Un adecuado régimen de protección será el que impida que se produzca lo que Abad denuncia, y si no lo hace, el problema no será tanto la necesidad de fijar perímetros con carácter general, cuanto el incumplimiento por la Administración elaboradora de los objetivos a que debe servir el régimen específico de tutela.

DECIMOCTAVA.-Respecto de la extensión a otras legislaciones de los criterios de intervención material de la legislación catalana o de las “*instrucciones particulares*” de la andaluza, aunque podríamos sostener idénticas consideraciones, creemos, sin embargo, más justificado con carácter general lo que Abad señala.

En primer lugar por el superior valor de su inclusión en la propia ley con respecto a su determinación por un mero instrumento administrativo como es el Decreto u Orden que establece el régimen de tutela, pero además también por la sencillez de conocimiento de actuaciones no permitidas o de obligaciones y condicionantes de actuación en el caso de afectación de una multiplicidad de elementos y el efecto pedagógico para los variados agentes que pueden tener conexión con las intervenciones.

Abad considera conveniente introducir una situación de carácter intermedio entre la condición de bien cultural incluido específicamente en un régimen de protección y la de elemento no integrante del patrimonio cultural.

⁹²² Ibidem, pag. 453.

Sería ésta la constituida por los bienes recogidos en los Catálogos urbanísticos en virtud de sus valores culturales, “*como fase previa o indiciaria de una posible actuación posterior del Estado o de una Comunidad Autónoma a través de su declaración formal como bien cultural...*”⁹²³, lo que proporcionaría a estos catálogos “*un valor y un alcance distinto al tradicionalmente reconocido por la legislación urbanística, como elemento vinculado a un plan*”⁹²⁴.

Por nuestra parte no consideramos, (a menos que se estableciese un preciso régimen de derechos y obligaciones de los titulares en la propia legislación sectorial y una mayor rigidez a la modificación), que esta medida pudiera proporcionar significativos avances en la tutela del patrimonio.

Existen razones más que sobradas para desconfiar de la capacidad municipal de resistir a las presiones que pueden surgir contra las medidas de tutela cuando colisionan con los intereses y expectativas de titulares o terceros, y si no se establece un procedimiento con, al menos, el nivel de transparencia pública con que cuenta el declarativo de la legislación sectorial, (y especialmente la audiencia obligada a otras instituciones), los Catálogos serán modificados sin reparo alguno.

La clave está en la conexión de la norma urbanística con la cultural, porque de no establecerse con precisión y claridad, no nos encontraríamos en una situación sustancialmente mejor que la actual, en la que los catálogos son un instrumento muy útil en la protección del patrimonio, en tanto no se generan colisiones significativas de intereses con los de titulares “*relevantes*”. (El primero de ellos la propia Administración Local).

En todo caso, y a la vista de la diferencia de medios presumible entre una administración autonómica, (o las forales también en el caso de la C.A.P.V.), ¿ no es más sencillo, habida cuenta de que existen diferentes regímenes culturales, que sea la administración cultural la que cumpla con las labores que le encomienda la Ley y proceda a incluir, previo el correspondiente procedimiento administrativo, todos los bienes en el que corresponda ? ¿ Serían precisos los catálogos, más allá en su caso como meros recopiladores de la normativa ya existente, si se cumpliera con lo que establecen las leyes de patrimonio cultural ?

DECIMONOVENA.- El establecimiento de mecanismos de inspección periódica del estado de los bienes culturales restaurados o rehabilitados es una necesidad evidente. Coincidimos plenamente con esta sugerencia, que como muy bien señala Abad está en la línea de lo que establecen las últimas disposiciones en materia urbanística.

⁹²³ Ibidem, pag. 463.

⁹²⁴ Ibidem, pag. 463.

Sin embargo respecto de la inclusión automática en el catálogo municipal de todos aquellos inmuebles que posean escudos, piezas heráldicas y demás elementos regulados en el Decreto de 14 de Marzo de 1963 debemos realizar algunas consideraciones.

Compartimos la preocupación por la situación de aquellos ubicados en inmuebles que no cuenten con un régimen específico de protección cultural, pero creemos que se trata de una situación anómala.

Si se ha establecido algún tipo de protección sobre el mueble accesorio, es evidente que no se puede realizar intervención alguna sobre el inmueble que les cause daño o lesión o sea incompatible con el derecho ciudadano a su disfrute, (ocultación por ejemplo).

También creemos que la mera posesión de un elemento relevante de esta naturaleza debería ser suficiente para introducir el inmueble en alguno de los regímenes de protección.

Pero, finalmente, consideramos, en la línea del Decreto de 1963, que se trata de uno de los supuestos típicos en que procede la declaración “ex lege”, que sea la propia ley, (completada eventualmente con su normativa de desarrollo), la que otorgue a todos los elementos que reúnan estas características, con la precisión que se considere oportuna, un nivel determinado de protección. Con ello se haría también innecesario el Catálogo sino como recopilador informativo.

VIGESIMA.- Abad también realiza sugerencias en lo referente a la contratación administrativa.

Detecta una desconexión entre la legislación protectora del patrimonio y la normativa sobre contratación pública, en la medida en que, a su juicio, *“la singularidad de los bienes culturales exige, como consecuencia lógica, una especialización de aquellas empresas y personas que intervengan en los diferentes proyectos y en las diversas fases por las que se proceda a conservar, consolidar, restaurar o rehabilitar un elemento perteneciente al patrimonio cultural histórico-artístico”*⁹²⁵, y por tanto los contratos administrativos *“están marcados y condicionados por la peculiar idiosincrasia que concurre en un bien cultural”*⁹²⁶, mientras que este *“auténtico principio fundamental o postulado singular”*, *“inexplicablemente ha pasado desapercibido en otros ámbitos legislativos como es el representado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y demás normativa complementaria”*⁹²⁷. (Habría que realizar el análisis ahora en relación con la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público).

⁹²⁵ Ibidem, pag. 475.

⁹²⁶ Ibidem, pag. 475.

⁹²⁷ Ibidem, pag. 476.

La solución que propone este autor es la promulgación de una disposición legal o reglamentaria que garantice la idoneidad de las empresas o personas físicas que intervengan sobre el patrimonio.

Esta norma debiera “*potenciar la figura de empresas cualificadas en el sector*”, y para ello potenciar entre los méritos la utilización de personal especializado en técnicas y materiales tradicionales de conservación y restauración, incluso a través de titulaciones oficiales específicas, e incluir en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa “*alguna persona, organismo o entidad vinculada con el tema del Patrimonio Histórico, a la hora de proceder a actuar sobre contratos que tengan como objetivo bienes de carácter cultural*”⁹²⁸.

En el ámbito de la preparación de los contratos propone además incluir especialistas en patrimonio a la hora de redactar los pliegos de los contratos de obras, suprimir la exigencia de alta en el Impuesto de Actividades Económicas con anterioridad a la presentación de ofertas para los contratos públicos, atender al precio real de mercado al fijar el valor de los elementos a utilizar en las obras, preverse mecanismos de compensación por gastos imprevisibles en estas intervenciones culturales y de denuncia por los contratistas de proyectos inviables de ejecutar en la práctica y para ello que se adjudique asimismo a través del pertinente procedimiento la redacción de los proyectos.

En lo que respecta a la adjudicación sugiere utilizar el procedimiento negociado, previa consulta y negociación con un mínimo de tres empresarios, emplear después el restringido, previa selección de contratistas por la administración, y recurrir finalmente al abierto, exigiendo el cumplimiento cautelar de determinados requisitos, utilizando, por ejemplo, con carácter general la fórmula del concurso, (frente a la de la subasta), exigiendo garantías adicionales, la presencia en la Mesa de Contratación de representantes de los organismos asesores en materia patrimonial y fijar un plazo perentorio de resolución de la adjudicación, bajo apercibimiento de intereses de demora.

Por último, en lo que hace a la ejecución del contrato, propone limitar la cesión de contratos, exigiendo idéntica clasificación administrativa, capacidad y solvencia respecto de la cedente y doble autorización, de la administración adjudicante y de la competente en materia de patrimonio cultural, restringir la subcontratación y potenciar la realización de Uniones Temporales de Empresas entre aquellas a las que vaya a adjudicarse el contrato, sobre todo cuando se prevea actuación multidisciplinar, evitando los riesgos de acudir a la subcontratación.

Comenzando por esto último, hay que manifestar nuestra total coincidencia con las propuestas formuladas en torno a la ejecución de los contratos. Parece evidente que debe garantizarse que la eventual exigencia de requisitos a la empresa adjudicataria no se ve eludida con el tan simple procedimiento de ceder el contrato o subcontratar a

⁹²⁸ Ibidem, pag. 477.

quien no los reúna. Sin embargo no creemos en la necesidad de nueva normativa cuando lo que se está denunciando en realidad es el fracaso en este terreno del sistema de clasificación de contratistas.

Sin perjuicio de que la presencia de especialistas en la materia siempre deba ser bienvenida en todos los órganos en que deban dilucidarse cuestiones que la afecten, es precisamente la idoneidad y cualificación de los contratistas la que pretende garantizarse con el sistema. Su defectuoso funcionamiento eventual no lo invalida a nuestro juicio ni obliga a sustanciales reformas.

La presencia de especialistas en la redacción de los pliegos administrativos debiera estar garantizada por la elaboración de éstos, (al menos en el caso de los de Condiciones Técnicas), en los departamentos sectoriales competentes en la materia.

Tampoco en este sentido una potencialmente inadecuada cualificación de los funcionarios responsables o un inapropiado desempeño de sus funciones será corregida a través de una nueva norma legal, sino a través, en su caso, del adecuado funcionamiento y aplicación de mecanismos, como los de exigencia de responsabilidad, ya existentes.

VIGESIMOPRIMERA.- El resto de propuestas, con ser razonables en su mayoría, no justifican tampoco, en nuestra opinión, la promulgación de nuevas normas, sino en todo caso pequeñas modificaciones de algunas de las existentes.

Abad también formula propuestas en materia administrativa tales como la inclusión de la acción pública en defensa del patrimonio cultural, la creación de un cuerpo especial de funcionarios destinados a la inspección y sanción de infracciones cometidas contra el patrimonio cultural, y el establecimiento de determinadas exenciones fiscales. Es aquí donde nuestra identificación y coincidencia con sus planteamientos es plena y total.

El reconocimiento de la acción pública en defensa del patrimonio se encuentra ya recogido en las normas legales. (Véase a modo de ejemplo el artículo 3 de la L.P.C.V.)

Da en el clavo este autor cuando señala, sin embargo que puede “*quedar reducida a una mera declaración de buenas intenciones si no va acompañada de una serie de medidas que faciliten su aplicación en la práctica, tanto desde un plano sustantivo como desde una perspectiva material*”⁹²⁹, reclamando con pleno acierto la modificación de la Ley 1/1996, de 10 de Enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en relación con la legitimación activa de las asociaciones declaradas “*de utilidad pública*”, extendiendo el beneficio a cualquier asociación legalmente constituida aunque carezca de tal reconocimiento y evitando interpretaciones restrictivas del mismo.

⁹²⁹ Ibidem, pag. 488.

Un ejemplo muy cercano puede ayudarnos a comprender la potencial eficacia de la medida. El Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián ha procedido a aprobar y ejecutar, el derribo de la antigua Fábrica Municipal de Gas, Bien Cultural Calificado, con un específico régimen de protección y patrimonio industrial de primer orden, desoyendo las apelaciones de la Asociación Vasca de Patrimonio Industrial y Obra Pública, la Comisión Internacional para la Defensa del Patrimonio Industrial (T.I.C.C.I.H.) y hasta una recomendación del Ararteko, (la 28/2006), sin la imprescindible autorización de la Diputación Foral de Gipuzkoa, (al menos de una emitida de la forma legalmente prescrita), y la no menos necesaria desafectación por el Gobierno Vasco, incumpliendo de forma flagrante lo dispuesto en los artículos 28 y 36 de la L.P.C.V. ante el silencio cómplice de las aludidas instituciones.

El único camino, (desoída groseramente la intervención del Ararteko), que queda abierto entonces para solicitar en primer lugar las medidas cautelares correspondientes que impidan el latrocinio, y adicionalmente la nulidad de los actos administrativos conducentes a ellas y las eventuales responsabilidades penales y/o administrativas que resulten es el recurso a los tribunales de justicia.

Si en la vía penal y en la actuación de la fiscalía no se aprecia la plena legitimidad de la asociación citada para actuar, se habrá consumado una vez más un atentado contra nuestro patrimonio cometida desde la impunidad de saberse administración pública y el ocultamiento en el complejo entramado político-administrativo.

Si la presentación de un recurso contencioso-administrativo, de forma añadida a la mera denuncia penal, acarrea unos gastos que la asociación interesada no puede adelantar por carecer de fondos suficientes o no poder arriesgarse a una potencial no condena en costas a la contraparte, quizá lleguemos también a similar conclusión.

VIGESOMOSEGUNDA.- La creación de un cuerpo especial de funcionarios destinados a la inspección y sanción de infracciones contra el patrimonio sería asimismo muy útil. (Y lo mismo la creación en todos los cuerpos policiales de grupos especializados en estas actuaciones, del que por ejemplo carecen tanto la Ertzaintza como las Policías Locales de las capitales vascas en las que si que pudiera resultar exigible, con el consiguiente resultado cuando se solicita su investigación o la persecución de los responsables.).

Evidentemente la composición multidisciplinar, (arquitectos, ingenieros, letrados, especialistas en arte...), constituye además un desideratum ideal que contribuiría ciertamente a garantizar mejor la prevención de las infracciones y su persecución y sanción una vez cometidas.

En cualquier caso, deben agradecerse las propuestas de mejora de la tutela del patrimonio cultural, sobre todo si se formulan desde la perspectiva académica y científica, más que desde la defensa coyuntural de intereses conectados en mayor o menor medida con él, por cuanto los bienes culturales están necesitados de ellas y pueden convertirse en estímulo, se acepten o no, para que la Administración Pública cumpla debidamente en este terreno con las responsabilidades que tiene encomendadas.

Será la mejor manera de proporcionar un futuro a nuestro pasado, de explicarnos mejor cómo somos y de qué manera estamos aquí, y de saciar, en definitiva, nuestra sed, con el agua, siempre nueva, de la vieja fuente, la que siempre ha estado ahí.

INDICE CRONOLOGICO DE **LEGISLACION**

NORMAS INTERNACIONALES

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948.
Convenio de la Haya de 1954 sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.
Declaración de la UNESCO sobre los Principios de la Cooperación Cultural Internacional de 1966.
Convenio de Londres del Consejo de Europa para la protección del patrimonio arqueológico, de 6 de Mayo de 1969.
Convención de París de 1970 sobre la importación, exportación y transferencia ilícita de bienes culturales.
Convención de París de 1972 sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural.
Recomendación de la UNESCO de 1974 sobre la Educación para la Comprensión, la Cooperación y la Paz Internacional y la Educación relativa a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.
Carta Europea del Patrimonio Arquitectónico, del Consejo de Europa, de 1975.
Convención de Granada del Consejo de Europa, de 1975, de salvaguarda del patrimonio arquitectónico.
Recomendación de la UNESCO, de 1976, relativa a la salvaguarda de los conjuntos históricos y su función en la vida contemporánea.
Recomendación de la UNESCO de 1976 sobre el intercambio internacional de bienes culturales.
Acuerdo sobre las Actividades de los Estados en la Luna y Otros Cuerpos Celestes de 1979.
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.
III Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.
Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983.
Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989.
Convención de La Valeta del Consejo de Europa, de 1992, relativa al patrimonio arqueológico.
Resolución 47/135 de 1992 de la Asamblea General de la ONU, Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras de La Laguna de 1994.

Convención-Marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales de 10 de Noviembre de 1994

Resolución 54/160 de 2000 de la Asamblea General de la ONU, Derechos Humanos y Diversidad Cultural.

Convención de París de 2001 sobre la protección del patrimonio cultural subacuático.

Declaración de la UNESCO sobre la Diversidad de Cultural de 2001.

Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de París de 2005.

NORMAS DE LA UNION EUROPEA

Tratado de Roma de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

Carta de Niza de la Unión Europea sobre Derechos Fundamentales.

NORMAS DE OTROS ESTADOS

Constitución de Andorra de 1993.

Constitución de Argentina de 1994.

Constitución de Bolivia de 1994.

Constitución de Brasil de 1988.

Constitución de Bulgaria de 1991.

Constitución de Colombia de 1991.

Constitución de Grecia de 1975.

Constitución de Guatemala de 1985.

Constitución de Italia de 1947.

Constitución de México de 1992.

Constitución de Nicaragua de 1995.

Constitución de Paraguay de 1992.

Constitución de Perú de 1993.

Constitución de Portugal de 1976.

Constitución de la Federación Rusa de 1993.

Ley 68-1251 de 31 de Diciembre de Francia, para favorecer la conservación del patrimonio artístico nacional.

Ley de 2 de Marzo de 1974, de Baden-Wurtemberg, de protección de los bienes culturales.

Ley de 1 de Marzo de 1975 de Italia, de protección del patrimonio arqueológico, artístico e histórico nacional.

Ley de 2 de Agosto de 1982 de Italia de fomento en el ámbito del patrimonio histórico-artístico.

Ley 13/1985, de 6 de Julio, de Bases del Patrimonio Cultural Portugués.
Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua, Ley 28 de 1987.
Ley 4076 de 1995, del Chaco, (Paraguay) de protección del patrimonio cultural y natural.
Decreto del Consejo Flamenco de 17 de Noviembre de 1982, de protección del patrimonio cultural mueble.
Decreto-Ley 164/97 de Patrimonio Cultural Subacuático de Portugal.

NORMAS ESTATALES

Real Decreto-Ley de 1926 sobre la protección y conservación de la riqueza artística.

Ley 29/1933, de 13 de Mayo del Patrimonio Histórico-Artístico Nacional.

Decreto 642/1970, de 26 de Febrero, de Depósito Legal.

Real Decreto-Ley 18/1977, de 4 de Marzo, de restablecimiento de las Juntas Generales de Bizkaia y Gipuzkoa.

Real Decreto-Ley 1611/1977, de 2 de Junio, de restablecimiento de las Juntas Generales de Alava.

Constitución Española de 1978.

Ley 16/1985, de 25 de Junio, de Patrimonio Histórico Español. (L.P.H.E.)

Real Decreto 111/86 de 10 de Enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985 de 25 de Junio, de Patrimonio Histórico Español.

Real Decreto 1680/1991, de 15 de Noviembre, por el que se desarrolla la Disposición Adicional Novena de la L.P.H.E. sobre garantía del Estado para obras de interés cultural.

Ley 25/1994, de 12 de Julio, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552 de la Unión Europea sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

Ley 15/2001, de 9 de Julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y el Sector Audiovisual.

Real Decreto 1164/2002, de 8 de Noviembre, de Conservación del Patrimonio Documental de Valor Histórico.

NORMAS AUTONOMICAS

Ley 3/1984, de Archivos de Andalucía.

Ley 6/1986, de 28 de Noviembre, de Archivos de Aragón.

Ley 10/1986, de 30 de Diciembre, de Organización Bibliotecaria de la Comunidad Valenciana.

Ley 3/1987, de 18 de Marzo, de Medidas de Fomento del Patrimonio Histórico las Islas Baleares.

Ley 10/1989, de 5 de Octubre, de Bibliotecas de Madrid.

Ley 4/1989, de 11 de Octubre, de Bibliotecas de Galicia.

Ley 9/1989, de 30 de Noviembre, de Bibliotecas de Castilla-León.

Ley 3/1990, de 22 de Febrero, de Patrimonio Documental de Canarias.

Ley 4/1990, de 11 de Abril, de Medidas de Fomento del Patrimonio Histórico de la Región de Murcia.

Ley 6/1990, de 11 de Abril, de Archivos y Patrimonio Documental de Murcia.

Ley 4/1990, de 30 de Mayo, del Patrimonio Histórico de Castilla La Mancha.
Ley 1/1991, de 3 de Julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía.
Ley 6/1991, de Archivos de Castilla-León.
Ley 4/1993, de 18 de Marzo, del Sistema Bibliotecario de Cataluña.
Ley 4/1993, de 21 de Abril, de Archivos de la Comunidad de Madrid.
Ley 9/1993, de 30 de Septiembre, de Patrimonio Cultural Catalán.
Ley 10/1994, de 8 de Julio, de Museos de Castilla-León.
Ley 8/1995, de 30 de Octubre, de Patrimonio Cultural de Galicia.
Ley 10/1998, de 9 de Julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid.
Ley 4/1999, de 15 de Marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias.
Ley 1/2001, de 6 de Marzo, de Patrimonio Cultural de Asturias.
Ley 10/2001, de 13 de Julio, de Archivos y Documentos de Cataluña.
Ley 12/2002, de 11 de Julio, Patrimonio Cultural de Castilla-León.
Ley 16/2003, de 22 de Diciembre, del Sistema Andaluz de Bibliotecas y Centros de Documentación.
Ley 8/2004, de 22 de Diciembre, de modificación de la Ley de Patrimonio Cultural de Castilla-León
Ley 7/2004, de 18 de Octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja.
Ley 3/2005, de Archivos de la Comunidad Valenciana.
Decreto 98/1989, de 22 de Septiembre, de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico de interés para el Principado de Asturias.
Decreto 94/1991, de 31 de Octubre, de las Islas Baleares sobre el Inventario de Patrimonio Cultural Mueble.
Decreto 17/1992, de 27 de Febrero, de las Islas Baleares sobre la Red de Técnicas del Patrimonio Histórico.
Decreto 273/1994, de Castilla-León sobre competencias y procedimiento en materia de Patrimonio Histórico Artístico.

NORMAS DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO

Ley Orgánica 3/1979, de 18 de Diciembre, Estatuto de Autonomía del País Vasco.
Ley 27/1983 de 25 de Noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma (Vasca) y los Organos Forales de sus Territorios Históricos.
Ley 5/1989, de 6 de Julio, de Protección y Ordenación de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai.
Ley 4/1990, de 31 de Mayo, de Ordenación del Territorio del País Vasco.
Ley 7/1990, de 3 de Julio, de Patrimonio Cultural Vasco.
Ley 4/1992, de 17 de Julio, de Policía del País Vasco.
Ley 13/1994, de 30 de Junio, de la Comisión Arbitral del País Vasco.

Ley 7/2006, de 1 de Diciembre, de Museos de Euskadi.

Ley 11/2007, de 26 de Octubre, de Bibliotecas de Euskadi.

Decreto 31/1985, de 5 de Marzo, de Traspaso al T.H. de Alava del Servicio de Patrimonio Histórico.

Decreto 242/1993, de 3 de Agosto, de aprobación del Plan Rector de Uso y Gestión de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai.

Decreto 28/1997, de 11 de Febrero, de aprobación de las Directrices de Ordenación Territorial de la C.A.P.V.

Decreto 204/1998, de 28 de Julio, por el que se establecen las normas reguladoras de la reserva de una partida del presupuesto de las obras públicas de la C.A.P.V. y sus T.T.H.H. al objeto de su inversión en la defensa, enriquecimiento, protección, difusión y fomento del patrimonio cultural vasco.

Decreto 306/1998, de 10 de Noviembre, de Declaración de Ruina de Bienes Culturales.

Decreto 341/1999, de 5 de Octubre, sobre las condiciones de traslado, entrega y depósito de los bienes de interés arqueológico y paleontológico descubiertos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Decreto 232/2000, de 21 de Noviembre, Reglamento de Servicios de Archivo y Normas Reguladoras del Patrimonio Documental del País Vasco.

Decreto 317/2002, de 30 de Diciembre, de Rehabilitación del Patrimonio Urbanizado y Edificado.

Decreto 146/2003, de 1 de Julio, de calificación como Bien Cultural de la Zona Arqueológica del poblado romano de Forua.

Decreto 54/2008, de 18 de Marzo, del Consejo Asesor de Museos de Euskadi.

Orden de 19 de Diciembre de 2005, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, de Reglamentación del Sistema de Archivo de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Orden de 15 de Febrero de 2006, de la Consejera de Cultura, de subvenciones para la realización de programas o actividades culturales concretas.

Orden de 27 de Marzo de 2007, de la Consejera de Cultura, sobre el régimen de concesión de subvenciones para la ejecución de programas en bienes integrantes del patrimonio documental no público.

Orden de 4 de Abril de 2007, de la Consejera de Cultura sobre el régimen de concesión de subvenciones para actividades destinadas a la promoción museística y al desarrollo de actividades museísticas relacionadas con el patrimonio y la difusión cultural.

Orden de 3 de Mayo de 2007, de la Consejera de Cultura, de subvenciones a entidades locales y supramunicipales de carácter local con el objeto de poner en funcionamiento y/o consolidar un sistema de archivo propio.

Orden de 3 de Septiembre de 2007, de la Consejera de Cultura, de convocatoria de ayudas para la redacción y modificación de instrumentos de planeamiento urbanístico que afecten a bienes culturales calificados, inventariados o a zonas de presunción arqueológica.

Orden de 3 de Septiembre de 2007, de la Consejera de Cultura, por la que se convocan subvenciones para la defensa, enriquecimiento, protección y fomento del patrimonio cultural calificado e inventariado y se fija el régimen de concesión de las mismas.

Orden de 3 de Septiembre de 2007, de la Consejera de Cultura, por la que se convocan subvenciones para el inventariado de los materiales arqueológicos y/o paleontológicos descubiertos como resultado de la ejecución de intervenciones

autorizadas en yacimientos arqueológicos localizados dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Orden de 9 de Abril de 2008, de la Consejera de Cultura, sobre el régimen de concesión de subvenciones para la ejecución de programas en bienes integrantes del patrimonio documental no público.

Orden de 23 de Abril de 2008, de la Consejera de Cultura, por la que se convocan subvenciones para la defensa, enriquecimiento, protección y fomento del patrimonio cultural calificado e inventariado y se fija el régimen de concesión de las mismas.

Orden de 30 de Abril de 2008, de la Consejera de Cultura, de convocatoria de ayudas para la redacción y modificación de instrumentos de planeamiento urbanístico que afecten a bienes culturales calificados, inventariados o a zonas de presunción arqueológica

Orden de 7 de Mayo de 2008, de la Consejera de Cultura, por la que se convocan subvenciones para el inventariado de los materiales arqueológicos y/o paleontológicos descubiertos como resultado de la ejecución de intervenciones autorizadas en yacimientos arqueológicos localizados dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Orden de 14 de Mayo de 2008, de la Consejera de Cultura, de subvenciones a entidades locales y supramunicipales de carácter local con el objeto de poner en funcionamiento y/o consolidar un sistema de archivo propio.

Orden de 11 de Junio de 2008, de la Consejera de Cultura, por la que se establece el régimen de concesión de subvenciones para la digitalización de fondos documentales de carácter histórico.

NORMAS DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA

Ley Orgánica 13/1982, de 10 de Agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

Ley 14/2005, de 22 de Noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra.

NORMAS DE LOS TERRITORIOS HISTORICOS DE LA C.A.P.V.

Norma Foral 8/1989, de 30 de Junio, de Bizkaia, reguladora del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

Norma Foral 9/1989, de 30 de Junio, de Bizkaia, reguladora del Impuesto de Bienes Inmuebles.

Norma Foral 11/1991, de 17 de Diciembre, de Bizkaia, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio.

Norma Foral 3/1996, de 26 de Junio, de Bizkaia, del Impuesto de Sociedades.

Norma Foral 3/2004, de 7 de Abril, de Gipuzkoa, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo.

Decreto Foral 242/2006, de 26 de Diciembre, de la Diputación Foral de Bizkaia, de concesión de subvenciones para la realización de actividades arqueológicas y paleontológicas que se hagan necesarias como consecuencia de cualquier tipo de obras que afecten a zonas o bienes arqueológicos calificados, inventariados, de presunción arqueológica o que consten en los archivos de la Dirección General de Cultura del Gobierno Vasco como bienes calificables o inventariables y que se hagan necesarias como consecuencia de hallazgos casuales.

Decreto 243/2006, de 26 de Diciembre, de la Diputación Foral de Bizkaia, de concesión de subvenciones para la promoción de investigaciones arqueológicas y paleontológicas.

Decreto Foral 244/2006, de 26 de Diciembre, de la Diputación Foral de Bizkaia, de concesión de subvenciones para la realización de intervenciones constructivas de rehabilitación del patrimonio cultural inmueble.

Decreto Foral 245/2006, de 26 de Diciembre, de la Diputación Foral de Bizkaia, de concesión de subvenciones para la realización de actividades relativas al patrimonio cultural de Bizkaia.

Decreto Foral 246/2006, de 26 de Diciembre, de la Diputación Foral de Bizkaia, de concesión de subvenciones para la realización de actividades relativas al patrimonio etnográfico de Bizkaia.

Decreto Foral 88/2007, de 22 de Mayo, de la Diputación Foral de Bizkaia, por el que se regula la concesión de subvenciones para las intervenciones de conservación, protección, excavación y puesta en valor de Areas Arqueológicas promovidas por los Ayuntamientos y Entes Locales de Bizkaia.

Decreto Foral 268/2007, de 28 de Diciembre, de la Diputación Foral de Bizkaia por el que se regula la concesión de subvenciones para las intervenciones de conservación, protección, excavación y puesta en valor de áreas arqueológicas y bienes culturales promovidas por los Ayuntamientos y Entes Locales del Territorio Histórico de Bizkaia, a lo largo del año 2008.

Decreto Foral 269/2007, de 28 de Diciembre, de la Diputación Foral de Bizkaia, de concesión de subvenciones para la realización de actividades relativas al patrimonio etnográfico de Bizkaia.

Decreto 271/2007, de 28 de Diciembre, de la Diputación Foral de Bizkaia, de concesión de subvenciones para la promoción de investigaciones arqueológicas y paleontológicas.

Decreto Foral 36/2008, de 18 de Marzo, de la Diputación Foral de Bizkaia, de concesión de subvenciones para la realización de actividades relativas al patrimonio cultural de Bizkaia.

Decreto Foral 71/2008, de 6 de Mayo, de la Diputación Foral de Bizkaia, de concesión de subvenciones para la realización de intervenciones constructivas de rehabilitación del patrimonio cultural inmueble.

INDICE CRONOLOGICO DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 4/1981, de 2 de Febrero.
Sentencia 27/1981, de 20 de Julio de 1981.
Sentencia 40/1981 de 28 de Julio.
Sentencia 37/1981, de 16 de Noviembre de 1981.
Sentencia 15/1982, de 23 de Abril.
Sentencia 16/1982, de 28 de Abril.
Sentencia 11/1984, de 21 de Febrero.
Sentencia 76/1988, de 26 de Abril.
Sentencia 103/1988 de 8 de Junio.
Sentencia 17/1991 de 31 de Enero.
Sentencia 115/1991 de 23 de Mayo.
Sentencia 149/1991, de 4 de Julio.
Sentencia 159/1993, de 6 de Mayo.
Sentencia 109/1996 de 13 de Junio.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

Sentencia 519/96, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Sentencia 151/2000, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sentencia 342/03 de 23 de Abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Sentencia 773/04, de 29 de Octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Sentencia 654/05, de 7 de Octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

AUDIENCIA TERRITORIAL DE NAVARRA

Sentencia de 22 de Noviembre de 1984, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona.

RESOLUCIONES DE OTROS ORGANOS

Decisión 5/2006, de 3 de Octubre, de la Comisión Arbitral del País Vasco.

BIBLIOGRAFIA

- ABAD LICERAS J.M. *La protección del patrimonio inmobiliario histórico en el ordenamiento jurídico vasco*. Ed. IVAP. Oñati. 2002.
- ABRAMOVICH V. y COURTIS Ch. “*Los derechos sociales como derechos exigibles*” Rev. Hechos y Derechos. www.derhuman.jus.gov.ar.hechos.
- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA J. *Vizcaya en el siglo XIX: las finanzas públicas de un estado emergente*. Ed. U.P.V.-E.H.U. 1987.
- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA J. (dir.) *Diccionario biográfico de los parlamentarios de Vasconia (1808-1876)*. Ed. Parlamento Vasco. Vitoria-Gasteiz. 1993.
- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA J. (dir) *Diccionario biográfico de los diputados generales, burócratas y patricios de Bizkaia (1800-1876)* Ed. Juntas Generales de Bizkaia. Gernika. 1995.
- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA J. (dir). *La articulación político-institucional de Vasconia. Actas de las “Conferencias” firmadas por los representantes de Alava, Bizkaia, Guipúzcoa y eventualmente de Navarra (1775-1936)*. Ed. Diputación Foral de Bizkaia. Colección de Textos Forales. Vol. VI. Bilbao. 1995.
- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA I. “*Dictamen jurídico en relación con la distribución competencial en materia de patrimonio cultural y juicio de legalidad sobre la distribución diseñada por el Avance del Plan Territorial Sectorial del Patrimonio Cultural Vasco*”. Inédito, cedido por el autor.
- AGIRREAZKUENAGA J. y SERRANO S. *Bilbao desde sus alcaldes*. Ed. Ayuntamiento de Bilbao. 2002. Vol 1.
- AGUILAR CIVERA I. “*La investigación sobre el Patrimonio Industrial. Una revisión bibliográfica*”. Rev. Transportes, servicios y telecomunicaciones, nº1. (2001).
- AIZPUN SANTAFE R. *Naturaleza jurídica de las leyes forales de Navarra*. Ed. Diputación Foral de Navarra. Pamplona. 1952. (Reedición de 1996).
- AJA E. *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*. Alianza Editorial. Madrid. 1999.
- ALDEA EGUILAZ R. *Fueros de Navarra: poder y órganos*. Ed. Diputación Foral de Navarra.1983.
- ALDEKOA I. *Historia de la Literatura Vasca*. Ed. Erein. Donostia. 2004.

ALEGRE AVILA J.M. *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico Español*. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid. 1994.

ALEGRE AVILA J.M. “*La protección jurídica del Patrimonio*”. Jornadas sobre “La Protección del Patrimonio Cultural” organizadas por la Asociación de Técnicos de Museos de Euskalherria. Bilbao. 1999. Ponencia inédita.

ALEXANDRE V. *Yo no soy español*. Deria Editors. Barcelona. 2003.

ALONSO IBAÑEZ M^a.R. *El patrimonio histórico. Destino Público y valor cultural*. Ed. Civitas. 1992.

ALONSO OLEA E. *El concierto economico: origen y formación de un derecho histórico*. Ed. I.V.A.P. Oñati, 1995.

ALONSO OLEA E. *Continuidades y discontinuidades de la Administración Provincial en el País Vasco. 1839-1978. Una esencia de los Derechos Históricos*. Ed. I.V.A.P. 1999.

ALONSO OLEA E. *500 años de Hacienda Foral*. Ed. Ad Concordiam. Bilbao. 2001.

ALONSO ROYANO F. *El régimen foral de Bizkaia histórico y actual*. Ed. Versión. Bilbao. 2001.

ALTAVA LAVALL M.G. “*Las sanciones administrativas en defensa del medio ambiente*”. Revista Galega de Administración Pública, nº31. (Mayo-Agosto 2002).

ALVAREZ ALVAREZ J.L. *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de Junio de 1985*. Ed. Civitas. 1989.

ALVAREZ ALVAREZ J.L. *Sociedad, Estado y Patrimonio Cultural*. Ed. Espasa Calpe. Madrid. 1992.

ALVAREZ-COCA GONZALEZ M^a. J. y LOPEZ GOMEZ P. “*Hacia un Centro de Formación de Archiveros, Bibliotecarios y Museólogos del País Vasco*” en X Congreso de Estudios Vascos. Ed. Eusko Ikaskuntza. Iruñea. 1987.

ALVAREZ CONDE E. “*Algunas consideraciones sobre los órganos de las Comunidades Autónomas*”. Revista de Derecho Público, nº79. (1980).

ALVAREZ URCELAY M. “*Restauración de la casa de Navarra*” en Enciclopedia de Navarra. Tomo II. Ed. Herper S.L. Pamplona. 1989.

AMIN S. *Los desafíos de la mundialización*. Ed. Siglo XXI. México.1997.

ANDERSON B. *Comunidades imaginadas*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México.1992.

- ANDRE ROMERO M.E. “*La medición del impacto del turismo sobre el patrimonio intangible de los pueblos*” en *Diálogo sobre turismo, diversidad cultural y desarrollo sostenible*. Forum de las Culturas. Barcelona. 2004.
- ANGUERA, M^a A., DE JUANA, M. y ORUBE M.M. “*Breve historia de la organización de fondos del Archivo Municipal de Tolosa 1659-1984*” en X Congreso de Estudios Vascos. Ed. Eusko Ikaskuntza. Iruñea. 1987.
- ANGUITA VILLANUEVA L.A. “*La protección jurídica de los bienes culturales en el Derecho Español*” en *Ius et Praxis*, año 10, n^o1. (2004).
- AÑÓN C. “*La actualidad de las nuevas tendencias y preocupaciones en torno al patrimonio cultural*” en *Cursos sobre el Patrimonio Histórico*, vol.I. Ed. Universidad de Cantabria-Ayuntamiento de Reinosa. Reinosa. 1997.
- APRAIZ SAHAGUN A. y MARTINEZ MATIA A. “*Arquitectura industrial en Gipuzkoa*”. www.gipuzkoa.net/archivogipuzkoa.
- ARGOTE R. “*Inmigración en el cine vasco: bofetadas fílmicas a la división tradicional entre ellos y nosotros*” en *Rev. Hermes*, n^o19. (Marzo 2006).
- ARIÑO VILLARROYA A. *Construcción del patrimonio cultural e identidad en la sociedad del riesgo y de la información*. Ed. Universidad de Valencia. 2001.
- ARIZPE L. ¿ *Qué es la cultura* ? www.crim.unam.mx/cultura.
- ARRIETA URTIZBEREA I. (ed) *Activaciones patrimoniales e iniciativas museísticas. ¿ Por quien ? ¿ Para qué ?* Ed. Universidad del País Vasco. Donostia. 2009.
- ARTOLA GALLEGU M. “*El Estado y las provincias vascas 1700-1876*”. IX Congreso de Estudios Vascos. Antecedentes próximos de la Sociedad Vasca actual. Ed. Sociedad de Estudios Vascos. San Sebastián. 1984.
- ARTOLA GALLEGU M. (ed). *Historia de Donostia-San Sebastián*. Ed. Nerea-Ayuntamiento de San Sebastián-Fundación BBVA. Donostia. 2000.
- ASTIGARRAGA J. “*Foralismo e Ilustración en el siglo XVIII*” en *Derechos Históricos y constitucionalismo útil*” HERRERO DE MINON M. y LLUCH E. (eds.) Barcelona. 2001.
- AUSTIN MILLAN T.R. “*Para comprender el concepto de cultura*” en U.N.A.P.Educación y Desarrollo, n^o1. (Marzo. 2000).
<http://members.lycos.co.uk.tomaustin/ant/cultura.htm>
- AVILA ORIVE J.L. *La ordenación del territorio en el País Vasco: análisis, ejercicio y delimitación competencial*. Ed. Civitas. 1993.
- AZKARATE A., RUIZ DE ALEGRIA M.J., y SANTANA A. “*El patrimonio arquitectónico*”. Vitoria-Gasteiz. 2003. www.ehu.es.

BALLESTEROS J. “*Ecoperonalismo y Derecho al medio ambiente*”. Humana Iura, nº 6. (1996).

BARRERO RODRIGUEZ C. *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*. Ed. Civitas. Madrid. 1990.

BARRIO LOZA J.A. (dir). *Bizkaia. Arqueología, urbanismo y arquitectura histórica. Tomo I. Duranguesado Arratia-Nervión*. Ed. Diputación Foral de Bizkaia-Universidad de Deusto. Bilbao. 1990.

BARRIO LOZA J.A. “*La casa del guerrero. Las torres fuertes*” en Etxea. Ed. Diputación Foral de Bizkaia. Bilbao. 2002.

BARRIO LOZA J.A. “*La casa del labrador. Los caseríos*” en Etxea. Ed. Diputación Foral de Bizkaia. Bilbao. 2002.

BASCLE DE LAGREZE G. *Le parlement de Navarre*. París. 1873.

BASSOLS COMA M. “*El medio ambiente y la ordenación del territorio*”. Rev. Documentación Administrativa, nº 190. (1981).

BECK U. ¿ *Qué es la globalización ? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Ed. Paidós. Barcelona. 1998.

BENDALA GALAN M. “*Los conjuntos arqueológicos y sus contextos ante las exigencias de los nuevos tiempos*” en Cursos sobre el Patrimonio Histórico 5. Actas de los XI Cursos sobre Patrimonio Histórico. Ed. Universidad de Cantabria-Ayuntamiento de Reinosa. 2001.

BENGOETXEA J. *La Europa Peter Pan: el constitucionalismo europeo en la encrucijada*. Ed. IVAP. Oñati. 2005.

BENITEZ DE LUGO Y GUILLEN F. *El Patrimonio Cultural Español. Aspectos jurídicos, administrativos y fiscales*. Ed. Comares. Granada. 1995.

BENSUSAN MARTÍN Mª P. *La protección urbanística de los inmuebles históricos*. Ed. Comares.1996.

BIANCHINI F. “*Política cultural y desarrollo de la ciudadanía*”. Rev. Inguruak, nº 9. (1994).

BIBLIOTECA NACIONAL DE AUSTRALIA-UNESCO. *Directrices para la Presevarción del Patrimonio Digital*. 2003. www.unesdoc.unesco.org

BIEL IBAÑEZ P. y HERNANDEZ MARTINEZ A. “*Arquitectura industrial en Aragón: radiografía de un patrimonio en peligro*” en Congreso Vasco de Patrimonio Industrial. Ed. Asociación Vasca de Patrimonio Industrial y Obra Pública. 2001.

BITTENCOURT J. “*Patrimonio Cultural na atualidade- uma historia de possibilidades e tensoes*”. [www. ivt-rj.net/museus-patri/artigo](http://www.ivt-rj.net/museus-patri/artigo).

- BLASCO DE IMAZ C. *Los Fueros. Apuntes guipuzcoanos*. Ed. Ethos. Irún. 1966.
- BOMBIN PEREZ A. “*Las Juntas Generales de Alava en la Edad Moderna*” en Juntas Generales de Alava. Ed. Juntas Generales. Vitoria. 2000.
- BOROFSKY R. “*Posibilidades culturales*” en Informe Mundial sobre la Cultura-2000. Naciones Unidas.
- BROWN L. et al. *La situación del mundo 1999*. Ed. Icaria. Barcelona.1999.
- BREZIGAR B. “*El papel de las lenguas minoritarias en Europa: su situación actual y su futuro*”. Rev. Hermes, nº2. (Julio 2001)
- CABALLERO GONZALEZ J.M. “*La expropiación forzosa en el patrimonio histórico español*”. La Ley, nº 3726. (1995).
- CAMPION A. *Navarra en su vida histórica*. Ed. Ekin. Buenos Aires. 1971.
- CANÇADO TRINDADE A. (Ed). *Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente*. San José de Costa Rica. 1995.
- CARCAMO J. “*La protección del Patrimonio Industrial*”. Jornadas sobre la protección del patrimonio cultural. Diputación Foral de Bizkaia. 1999. Ponencia inédita.
- CARO BAROJA J. *El laberinto vasco (1977-1988)*. Caro Raggio Ed. Madrid. 2003.
- CARRILLO SALCEDO J.A. “*El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana*”. Revista Española de Derecho Internacional, vol.XXV. 1972.
- CASTELLS M. *La era de la información. La sociedad red*. Ed. Alianza. Madrid. 2001.
- CASTELLS ARTECHE J.M. *Actualización del régimen foral de Euskadi*. Ed. Erein. San Sebastián. 1977.
- CASTELLS ARTECHE L. *Fueros y conciertos económicos: la Liga Foral Autonomista de Guipúzcoa (1904-1906)*. Haranburu Editor. San Sebastián. 1980.
- CASTRO J.R. *Catálogo del Archivo General de Navarra*. Ed. Aramburu. Pamplona. 1952.
- CELAYA IBARRA A. *El Fuero de Vizcaya*. Ed. Caja de Ahorros Vizcaína. Bilbao.1975.
- CELAYA IBARRA A. *Derecho Civil Vasco*. Ed. Universidad de Deusto. Bilbao.1993.
- CELAYA IBARRA A. y CELAYA URIBARRI A. *Derecho Autonómico Vasco*. Ed. Universidad de Deusto. Bilbao. 1992.

- CLAVERO SALVADOR B. *España, desde el centralismo a las autonomías*. Ed. Planeta. Barcelona. 1983.
- CLAVERO SALVADOR B. *Fueros Vascos. Historia en tiempos de Constitución*. Ed. Ariel. Barcelona. 1985.
- CLAVERO SALVADOR B. *Manual de Historia Constitucional de España*. Alianza Editorial. Madrid. 1989.
- CLAVERO B. “*Derechos humanos (individuales) y derechos históricos (colectivos)*”, en HERRERO DE MIÑON M. y LLUCH E. (eds.) *Derechos históricos y constitucionalismo útil*. Barcelona. 2001.
- COMISION MUNDIAL SOBRE LA CULTURA Y EL DESARROLLO. Informe “*Nuestra diversidad creativa*”. 1997.
- CONTEL BAREA C. “*Patrimonio documental español*” en *Patrimonio Histórico*. Ed. Universidad de Cantabria-Asamblea Regional de Cantabria. Santander. 1994.
- CONTEL BAREA C. “*El Patrimonio Documental*” en *Jornadas sobre la Protección del Patrimonio Cultural*. Diputación Foral de Bizkaia. 1999. Ponencia inédita.
- CORTINA A. “*El principio de corresponsabilidad en un orden global*” en *Inguruak* nº 29. (Abril 2001).
- DACOSTA MARTINEZ A. *Los linajes de Bizkaia en la Baja Edad Media. Poder, parentesco y conflicto*. Ed. Universidad del País Vasco. Leioa. 2004.
- DE BLAS GUERRERO A. *Nacionalismos y naciones en Europa*. Ed. Alianza Universidad. Madrid.1994.
- DE CASTRO B. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Ed. Universidad de León. 1993.
- DE ESTEBAN J. *Las Constituciones de España*. Ed. Taurus. Madrid. 1987.
- DE LA HUCHA CELADOR F. *Introducción al régimen jurídico de las Haciendas Forales*. Ed. Civitas-La Caixa. Madrid. 1995.
- DE LA ENCINA J. “*Exotismo artístico*” en *Rev. Hermes*. (Marzo 1917).
- DE LA SOTA ABURTO M. *En torno al carácter vasco*. Ed. Ekin. Colección Abiatu. Bilbao. 1991.
- DEL BURGO TAJADURA J.I. *El Fuero: pasado, presente y futuro*. Ed. EUNSA. Pamplona. 1975.
- DEL RIO ALDAZ R. *Las últimas Cortes del Reino de Navarra (1828-1829)*. Haramburu Editor. San Sebastián.1985.

- DE LUCAS J. “*El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente*”. Revista de Derecho Ambiental nº12. (1994).
- DENTICI N. “*Música y lengua vasca*”. Rev. Hermes, nº2. (Julio 2001).
- DIAZ DE DURANA J.R. “*Nacimiento y consolidación de las Juntas Generales de Alava*” en Juntas Generales de Alava. Ed. Juntas Generales. Vitoria. 2000.
- DIEZ DE VELASCO M. *Las organizaciones internacionales*. Ed.Tecnos. Madrid. 1994.
- DIEZ DE SALAZAR FERNANDEZ L.M. y AYERBE IRIBAR M.R. “*Juntas y Diputaciones de Gipuzkoa: documentos. (1550-1553)*” Ed. Juntas Generales de Gipuzkoa. Donostia. 1990.
- DOMENECH B. “*Los Archivos municipales en Bizkaia*”.1992. Trabajo inédito.
- DOMINGUEZ I. “*La sociología de la cultura y el debate sobre la cultura vasca*”. Rev. Inguruak, nº4. (Septiembre 1988).
- DOMINGUEZ I. “*Ciudadanía, participación y cultura en las sociedades avanzadas*”. Rev. Inguruak, nº 9. (1994).
- ECHEGARAY C. *Compendio de las Instituciones Forales de Guipúzcoa*. San Sebastián. 1924.
- ENERIZ OLAECHEA F.J. *La Ordenación del Territorio en la Legislación de Navarra*. Ed. Civitas-IVAP.Oñati. 1991.
- ENRIQUEZ FERNANDEZ J. et al. *Ordenanzas Municipales de Bilbao (1477-1520)*. Ed. Sociedad de Estudios Vascos-Eusko Ikaskuntza. 1996.
- ENRIQUEZ FERNANDEZ J. et al. *Acuerdos y Decretos Municipales de Bilbao (1509-1515)*. Ed. Sociedad de Estudios-Eusko Ikaskuntza. 1994.
- ENRIQUEZ FERNANDEZ J. et al. *Fuentes Jurídicas Medievales del Señorío de Bizkaia*. Ed. Sociedad de Estudios Vascos-Eusko Ikaskuntza. 1994.
- ERKOREKA GERVASIO J.I. *Análisis histórico-institucional de las Cofradías de Mareantes en el País Vasco*. Ed. Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 1991.
- ERKOREKA GERVASIO J.I. “*Reflexiones sobre el alcance y contenido de la competencia que el art. 149-1-28 de la Constitución reserva al Estado en materia de patrimonio cultural, artístico y monumental*” en Revista Vasca de Administración Pública. 1991.
- ESTECHA y MARTINEZ J. M^a. *Régimen Político y Administrativo de las Provincias Vasco Navarras*. Ed. Diputación Foral de Bizkaia-Universidad del País Vasco. Bilbao. 1997.

- ESTEVEZ X. *Historia de Euskalherria*. Ed. Txalaparta. Tafalla. 1996.
- ETXEARRIA MAULEON X. “*El derecho de autodeterminación en la teoría política actual y su aplicación al caso vasco*” en V.V.A.A. *Derecho de autodeterminación y realidad vasca*. Ed. Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 2002.
- ETXEBERRIA MAULEON X. *Sociedades multiculturales*. Ed. Mensajero. Bilbao. 2004.
- FERNANDEZ ALBADALEJO P. *La crisis del Antiguo Régimen en Guipúzcoa, 1766-1833: cambio económico e historia*. Ed. Akal. Madrid. 1975.
- FERNANDEZ DE CASADEVANTE C. *La protección del medio ambiente en el derecho internacional, derecho comunitario europeo y derecho español*. Ed. Gobierno Vasco. Bilbao. 1991.
- FERNANDEZ DE LARRINOA K. “*Los Andoa: nativos de la Amazonía ecuatoriana*” en IX Jornadas de Urdaibai sobre Desarrollo Sostenible. Ed. Gobierno Vasco. Bilbao. 2004.
- FERNANDEZ ALBA A. “*El retorno a la ciudad herida*” en A.A.V.V. *50 años de protección del patrimonio histórico-artístico. 1933-1983*. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid. 1983.
- FERNANDEZ-BACA R. “*Patrimonio histórico, cohesión social e innovación en Andalucía una realidad multicultural*”. www.junta-andalucia.es.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ T.R. *Los derechos históricos de los territorios forales. Bases constitucionales y estatutarias de la Administración Foral Vasca*. Ed. Civitas-Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1985.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ T.R. *Manual de Derecho Urbanístico*. Ed. Abella. 1994.
- FERRANDO J.V. *Edificios ruinosos: supuestos de declaración y procedimiento*. Ed. Civitas. 1994.
- FRANCO DEL POZO M. *El derecho humano a un medio ambiente adecuado*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos nº8 . Ed. Universidad de Deusto. Bilbao. 2000.
- FORNE J. *Las dos caras del nacionalismo*. R&B Ediciones. Donostia. 1995.
- FOSSAS E. y REQUEJO F. (eds) *Asimetría federal y Estado Plurinacional*. Ed. Trotta. Madrid. 1999.
- FUJITA ALARCON F.F. “*El Patrimonio cultural*”. Boletín Andinas nums. 1-2-3. Gabinete de Arqueología Social (GARSOC). Lima. www.unitru.edu.pe/arg.
- GARCIA-AMADOR F.V. *El Derecho Internacional del Desarrollo. Una nueva dimensión del Derecho Internacional Económico*. Ed. Civitas. Madrid. 1987.

GARCIA ARANCON M.R. "La dinastía de Champaña" en Enciclopedia de Navarra. Tomo II. Ed. Herper S.L. Pamplona. 1989.

GARCIA CAMINO I. "Reflexiones sobre el Plan Territorial Sectorial del Patrimonio Cultural de la C.A.P.V. en relación a los bienes arqueológicos". Informe inédito. Abril de 2003.

GARCIA DE CORTAZAR RUIZ DE AGUIRRE F. y MONTERO M. *Diccionario de Historia del País Vasco*. San Sebastián.1983.

GARCIA DE ENTERRIA E. "Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural". Revista Española de Derecho Administrativo, nº 39. (1983).

GARCIA ESCUDERO P.y PENDAS GARCIA B. *El nuevo régimen jurídico del Patrimonio Histórico español*. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid. 1986.

GARCIA PELAYO M. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Ed.Alianza. Madrid. 1985.

GOBIERNO VASCO. *Plan Vasco de la Cultura*. Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 2004.

GOMEZ ISA F. *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*. Ed. Universidad de Deusto. Bilbao. 1999.

GOMEZ ISA F. (dir.) y PUREZA J.M. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Ed. Universidad de Deusto. Bilbao. 2004.

GONZALEZ CEMPELLIN J. M. *Torres de las Encartaciones*. Ed. Diputación Foral de Bizkaia. Bilbao. 2004.

GONZALEZ DE DURANA J.. *Ideologías artísticas en el País Vasco de 1900. Arte y política en los orígenes de la modernidad*. Ed. Ekin. 1992.

GONZALEZ MINGUEZ C. (coord.) *Juntas Generales de Alava. Pasado y presente*. Vitoria-Gasteiz. 1990.

GONZALEZ MINGUEZ C. "Génesis de la Hermandad Provincial de Alava" en Juntas Generales de Alava. Ed. Juntas Generales. Vitoria. 2000.

GORMLEY W.P. *Human Rights and Environment: the need for international cooperation*. Sitjoff/Leyden. 1976.

GOYHENETCHE E. *Historia de Iparralde: desde los orígenes a nuestros días*. Ed. Txertoa. Donostia. 1985.

GUERRA DE HOYOS C. “*Patrimonio cultural y reutilización*”. Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, nº18. (1997).

GUZMAN A. y FERNANDEZ G. “*El patrimonio industrial desde perspectivas multidisciplinares*” en Biblio 3W. Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, vol. VIII, nº 480. (2003).

HAMME M. y ATKINSON P. *Etnografía: métodos de investigación*. Ed. Paidós. Barcelona. 1994.

HAYEK F.A. *Derecho, legislación y libertad*. Ed. Unión Editorial. Madrid. 1985.

HERMET G. *Histoire des nations et du nationalisme en Europe*. Ed. Seuil. Paris. 1996.

HERNANDEZ GIL D. “*Datos históricos sobre la restauración de monumentos*” en 50 años de protección del patrimonio histórico-artístico. 1933-1983. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid. 1983.

HERRERAS MORATINOS B y ZALDUA GOENA J. “*El patrimonio industrial en la conurbación Donostia-Irún*” en Congreso Vasco de Patrimonio Industrial. Ed. Asociación Vasca de Patrimonio Industrial y Obra Pública. 2001.

HERRERO RODRIGUEZ DE MIÑON M. *Idea de los derechos históricos*. Ed. Espasa Calpe. Madrid. 1991.

HERRERO RODRIGUEZ DE MIÑON M. y LLUCH E. (eds.). *Derechos históricos y constitucionalismo útil*. Ed. Fundación BBVA. Barcelona. 2001.

IBAÑEZ M. y ZABALA M. “*Imaginando y creando un futuro para el Patrimonio Industrial Vasco. Doce años de la Asociación de Patrimonio Industrial y Obra Pública*” en Congreso Vasco de Patrimonio Industrial. Ed. Asociación Vasca de Patrimonio Industrial y Obra Pública. 2001.

INNERARITY GRAU Daniel. *¿ Tiene futuro el nacionalismo ?* Rev. Hermes, nº1. (Abril 2001).

INNERARITY GRAU D. *La sociedad invisible*. Ed. Espasa-Calpe. Madrid. 2004.

ISPIZUA, M. “*Equipamientos urbanos colectivos y necesidades culturales*”. Rev. Inguruak, nº 9. (1994).

IÑURRIETA AMBROSIO E. *Cartulario Real a la Provincia de Alava (1258-1500)*. Ed. Sociedad de Estudios Vascos-Eusko Ikaskuntza. Col. Fuentes Documentales del País Vasco. Vol.3. 1983.

IRUJO OLLO M. *Instituciones jurídicas vascas*. Ed. Ekin. Buenos Aires. 1945.

IRUJO OLLO M. *Inglaterra y los vascos*. Ed. Ekin. Buenos Aires. 1945.

- JORDANO FRAGA J. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. Barcelona. 1995.
- JUARISTI LINACERO J. *El linaje de Aitor. La invención de la tradición vasca*. Ed. Taurus. Madrid. 1987.
- JUSTE RUIZ J. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Ed. Mac Graw Hill. Madrid. 1999.
- JUSUE SIMONENA C. y MIRANDA GARCIA F. “*Los vascos: romanización y tardoantigüedad*” en Enciclopedia de Navarra. Tomo I. Ed. Herper S.L. Pamplona. 1989.
- KEATING M. “*Cultura, identidades colectivas y desarrollo*”. Rev. Inguruak, nº 18. (1997).
- KISS A. “*El derecho al medio ambiente de Estocolmo a Sofía*”. Humana Iura, nº6. (1996).
- KYMLICKA W. *Fronteras territoriales*. Ed. Minima Trotta. Madrid. 2006.
- KYMLICKA W. *Ciudadanía multicultural*. Ed. Paidós. Barcelona.1996.
- LACARRA J.M^a. *Estudios de Historia de Navarra*. Pamplona. 1971.
- LAMARCA ITURBE I. y VIRGALA FORURIA E. *Derecho Autonómico Vasco*. Ed.Librería Carmelo. San Sebastián.1991.
- LAPONCE J. *Languages and their territories*. University of Toronto Press. Toronto. 1987.
- LARRAZABAL BASAÑEZ S. *Contribución a una teoría de los Derechos Históricos Vascos*. Ed. IVAP. Bilbao. 1997.
- LARRAZABAL BASAÑEZ S. *Derecho Público de los Territorios Forales*. Ed. IVAP Bilbao. 2005.
- LARRAZABAL BASAÑEZ S. *La Foralidad de Bizkaia*. Ed. Juntas Generales de Bizkaia. Bilbao. 2001.
- LARREA SAGARMINAGA M.A. y MIEZA R.M. (dirs). *Legislación foral del Señorío de Bizkaia 1528-1877*. Ed. Diputación Foral de Bizkaia y Universidad de Deusto. Bilbao. 1992.
- LEGISLACION FORAL BASICA. Ed. Diputación Foral de Bizkaia. Bilbao. 1991.
- LOJENDIO IRURE I. M^a. *La Disposición Adicional Primera de la Constitución Española*. Ed. IVAP. Oñati. 1988.

- LOPERENA ROTA D. *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Ed. Civitas. Madrid. 1996.
- LOPERENA ROTA D. *Los principios del derecho ambiental*. Ed. Civitas. Madrid. 1998.
- LOPEZ BRAVO C. *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*. Ed. Universidad de Sevilla. 1999.
- LOPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos ?*. Ed. Ariel. Barcelona. 2000.
- LOPEZ R. “*Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente*”. Revista Española de Derecho Administrativo, nº95. (1997).
- LOPEZ BURNIOL J. J. “*Lenguas y derechos históricos*” en HERRERO DE MINON M. y LLUCH E. (eds.). *Derechos históricos y constitucionalismo útil*. Barcelona. 2001.
- LOPEZ ISA F. “*El derecho de autodeterminación en el derecho internacional contemporáneo*” en V.V.A.A. *Derecho de autodeterminación y realidad vasca*. Ed. Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 2002.
- LOPEZ QUINTANA J.C. “*Inventario del Patrimonio Cultural Prehistórico de Urdaibai*” en IX Jornadas de Urdaibai sobre Desarrollo Sostenible. Ed. Gob. Vasco. Bilbao. 2004.
- LORENZO F.A. “*Los bienes culturales y los inventarios de bienes de entidades locales en Bizkaia*”. Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, nº 10. 1994.
- MADARIAGA I. “*La casa de los silenciosos. El cementerio*” en Etxea. Ed. Diputación Foral de Bizkaia. Bilbao. 2002.
- MADRAZO P. *Historia y Fueros del País Vasco*. Volumen Navarra I. 1886.
- MAGAN PERALES J.M.A. “*La difícil definición y la escasa protección legislativa del patrimonio industrial. La situación legislativa estatal y autonómica*” en Congreso Vasco de Patrimonio Industrial. Ed. Asociación Vasca de Patrimonio Industrial y Obra Pública. Bilbao. 2001.
- MALIANDI R. “*Derechos humanos y convergencia cultural*”. Rev. Hechos y Derechos. www.derhuman.jus.gov.ar.hechos.
- MARIA Y SERRANO J.F. “*La globalización*”. Cuadernos Cristianisme i Justicia, nº 103. (Diciembre 2000).
- MARTIN MATEO R. “*Economía, desarrollo, ecología y ordenación del territorio*”. Revista de Drecho Urbanístico. Nº 110. 1988.

MARTIJA LEJARRETA E. *Ermitas en el paisaje de Vizcaya*. Ed. Caja de Ahorros Vizcaína. Colección Temas Vizcaínos, nº 85. Bilbao.1982.

MARTINEZ DE BRINGAS A. *Globalización y derechos humanos*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos nº 15. Universidad de Deusto. Bilbao. 2001.

MARTINEZ DE ILARDUYA SAEZ DE ASTEASU M.J. “*Archivos Municipales de Alava. Tomo I. Archivo municipal de Salvatierra. Documentación Medieval (1256-1549)*”. Ed. Diputación Foral de Alava. Vitoria . 1986.

MENDEZ J.E. y CHILLIER G. “*No relativizar los derechos humanos*” en www.derhuman.jus.gov.ar

MENDEZ FONTE R. “*Las activaciones del patrimonio como indicadores de dinámicas sociales*”. Actas IV Congreso Vasco de Sociología. 1998.

MENDEZ RUBIO A. *¿ Qué pasa con la cultura ?*. Rev. Inguruak, nº 21. (1998).

MINA APAT M.C. *Fueros y revolución liberal en Navarra*. Alianza Editorial. Madrid. 1981.

MONREAL ZIA G. *Las instituciones publicas del Señorío de Vizcaya*. Ed. Diputación Provincial de Vizcaya. Bilbao, 1974.

MONTES DEL CASTILLO, A. y GARCIA CASTAÑO F.J. “*Difusión del patrimonio cultural*”. www.ugr.es/

MORELL OCAÑA L. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Ed. Aranzadi. 1996.

MOUFFE CH. (ed) *Dimensions of Radical Democracy : Pluralism, Citizenship and Community*. Ed. Rutledge. Londres. 1992.

MUGICA S. “*Curiosidades Históricas de San Sebastián*” en Cosas memorables de Guipúzcoa. Vol .X. Biblioteca de la Gran Enciclopedia Vasca. Bilbao. 1972.

MUNIATEGI E. “*Sobre la inclusión de los hijos de la inmigración en las sociedades europeas. Los disturbios franceses del 2005*”. Artículo inédito, en vías de publicación, cedido por la autora.

MUÑOZ MACHADO S. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. Ed. Civitas. Madrid.1982-1984.

NICOLSON H. *El Congreso de Viena*. Ed. Sarpe. Madrid. 1985.

NIETO X. “*Hacia la normalización de la arqueología subacuática en España*”. www.junta.deandalucía.es/cultura/iaph/publicaciones/dossier.

OBIETA CHALBAUD J.A. *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*. Ed. Tecnos. Madrid. 1985.

- OJEA QUINTANA, Tomás. “*El problema de los derechos económicos, sociales y culturales*” Rev. Hechos y Derechos. www.derhuman.jus.gov.ar.hechos.
- OLABARRI GORTAZAR I. y ARANA PEREZ I. “*Las atribuciones de las Diputaciones Vascongadas y su fundamento jurídico durante la Restauración*”. en *Los Derechos Históricos del pueblo vasco*. Ed. I.V.A.P. Oñati. 1988.
- OLIVAN PLAZAOLA M. “*Patrimonio cultural, películas cinematográficas y depósito legal*”. Boletín de la Asociación Andaluza de Bibliotecarios, nº 60. www.aab.es.
- ORAA J y GOMEZ ISA F. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*. Ed. Universidad de Deusto. Bilbao. 1997.
- ORDIERES DIEZ I. “*Historia de la restauración: ideología y práctica*” en *Cursos sobre el patrimonio histórico*. Vol.I. Ed. Universidad de Cantabria-Ayuntamiento de Reinosa. Reinosa. 1997.
- OREJAS SACO DEL VALLE A. “*Los Parques Arqueológicos y el paisaje como patrimonio*”. ArqueoWeb, nº 3. (Abril 2001).
- ORELLA UNZUE J.L. *Instituciones de Gipuzkoa y oficiales reales de la provincia (1491-1530)* . Ed. Diputación Foral de Guipúzcoa. Donostia. 1995.
- OROZCO PARDO G. y PEREZ ALONSO E. *La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural o artístico*. Ed. Mac Graw Hill. 1995.
- ORTIZ DE ORRUÑO LEGARDA J.M. y PORTILLO J.M. “*El régimen foral en el siglo XIX: las Juntas Generales de Alava entre 1800 y 1877*” en *Juntas Generales de Alava*. Ed. Juntas Generales. Vitoria. 2000.
- PACKER J. y MYNTTI K. *The protection of ethnic and linguistic minorities in Europe*. Ed. Abo Akademy University.Turku.1993.
- PAGOLA PETRIRENA R. M. “*Europa, mosaico cultural*” en A.A.V.V. *Euskadi en la Unión Europea*. Ed. Fundación Sabino Arana. Bilbao. 1994.
- PALACIOS MENDOZA V. *Patrimonio arquitectónico en la Cuadrilla de Campezo-Montaña Alavesa. Elementos menores*. Ed. Gobierno Vasco-Diputación Foral de Alava-Cuadrilla de Campezo Montaña Alavesa. Vitoria-Gasteiz. 2003.
- PALACIOS MENDOZA V. *Patrimonio arquitectónico en la Cuadrilla de Salvatierra. Elementos menores*. Ed. Gobierno Vasco-Diputación Foral de Alava-Cuadrilla de Salvatierra. Vitoria-Gasteiz. 2002.
- PALACIOS MENDOZA V. *Patrimonio arquitectónico en la Cuadrilla de Laguardia-Rioja Alavesa. Elementos menores*. Ed. Gobierno Vasco-Diputación Foral de Alava-Cuadrilla de Laguardia-Rioja Alavesa. Vitoria-Gasteiz. 2004.
- PALIZA MUNDUATE M. *Manuel M^a Smith Ibarra. Arquitecto (1979-1956)* . Ed. Diputación Foral de Bizkaia. Bilbao. 1988.

- PAREJO ALFONSO L. “*La ordenación territorial: un reto para el Estado de las Autonomías.*”. Revista de Estudios de Administración Local. nº. 226. (1985).
- PASTOR RIDRUEJO J.A.”*La protección internacional de los derechos humanos y la cooperación al desarrollo*”. Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, vol.11. (1994).
- PELAEZ MARON J.M. *La crisis del Derecho Internacional del Desarrollo.* Ed.Universidad de Córdoba. Cordoba. 1987.
- PEREIRA CASTAÑARES J.C. y MARTINEZ LILLO P.A. *Documentos básicos sobre historia de las relaciones internacionales 1815-1991.* Ed. Complutense. Madrid. 1995.
- PEREZ LUÑO A-E. “*Las generaciones de derechos humanos*”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales nº 10. (1991).
- PETSCHEN VERDAGUER S. *Minorías lingüísticas de Europa Occidental: documentos (1492-1989).* Ed. Parlamento Vasco. Vitoria-Gasteiz. 1990.
- PNUD. *Informe sobre Desarrollo Humano. 1998 y 1999.*
- PORRES AZKONA J. *Política y Derecho. Los Derechos Históricos Vascos.* Ed. IVAP. Oñati. 1992.
- PORRES MARIJUAN R. *Las oligarquías urbanas de Vitoria entre los siglos XV-XVIII.* Ed. Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. 1994.
- PORTILLA M J. *Por Alava a Compostela.* Ed. Diputación Foral de Alava. Vitoria. 1991.
- PORTILLO VALDES J.M^a. “*Patrimonio, Derecho y Comunidad Política. La constitución territorial de las Provincias Vascas y la idea de jurisdicción provincial*” en SCHOLTZ J.M. Fallstudien zur spanischen und portugiesischen Justiz Frankfurt. 1994.
- PRIETO SANCHIS L. *Tolerancia y minorías: problemas jurídicos y políticos.* Ed. Universidad de Castilla La Mancha. Cuenca. 1996.
- PULGAR VERNALTE F. “*La difusión del Patrimonio Bibliográfico Vasco*” en I Seminario sobre Patrimonio Bibliográfico Vasco.Gobierno Vasco-Fundación Sancho el Sabio. Vitoria-Gasteiz. 2005.
- QUADRA SALCEDO F. *La trama del arte vasco.* Bilbao. 1919.
- QUINTANA LOPEZ T. *La conservación de las ciudades en el moderno urbanismo.* Ed. IVAP. Oñati. 1981.
- RAMIREZ VAQUERO E. “*Presencia musulmana y genesis del reino de Pamplona*” en Enciclopedia de Navarra. Tomo I. Ed. Herper S.L. Pamplona. 1989.

- RAMÍREZ VAQUERO E. “*Compromisos exteriores y turbulencias internas*” en *Ibidem*. Vol.II.
- RAWLS J. *El liberalismo político*. Ed. Crítica. Barcelona. 2004.
- RAZQUIN LIZARRAGA J.A. *Fundamentos jurídicos del Amejoramiento del Fuero. Derechos Históricos y Régimn Foral de Navarra*. Ed. Gobierno de Navarra. 1989.
- RIVERA A. (dir). *Historia de Alava*. Ed. Nerea. Vitoria-Gasteiz. 2003.
- ROBINSON M. “*Mensaje de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*” en Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo-1998.
- ROCA ROCA E. *El expediente contradictorio de ruina*. Ed. Santillana. Madrid. 1996.
- RODRIGUEZ GARRAZA R. *Navarra de Reino a Provincia*. Ed. EUNSA. Pamplona. 1968.
- ROSALES H. “*De la subjetividad a la cultura*”. www.crim.unam.mx/cultura.
- RUBIO DE URQUIA G. “*El Patrimonio Bibliográfico Vasco*” en I Seminario sobre Patrimonio Bibliográfico Vasco. Ed. Gobierno Vasco-Fundación Sancho el Sabio-Vitoria-Gasteiz. 2005.
- RUIZ VIEITEZ E. *El derecho al ambiente como derecho de participación*. Ed. Ararteko. Zarautz. 1990.
- RUIZ VIEITEZ E. *La protección jurídica de las minorías en la historia europea*. Ed. Universidad de Deusto. Bilbao. 1998.
- SALINAS QUIJADA F. *Estudios de Historia del Derecho Foral de Navarra*. Ed. Diputación Foral de Navarra. Pamplona. 1978.
- SALINERO ALONSO C. *La protección del Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1995*. CEDECS. 1997.
- SALVADOR LOPEZ F. “*Política y planes de preservación en bibliotecas: actitudes, contenido y objetivos*” en I Seminario sobre Patrimonio Bibliográfico Vasco.Gobierno Vasco-Fundación Sancho el Sabio. Vitoria-Gasteiz. 2005.
- SANCHEZ GOYANES E. “*Técnicas urbanísticas de protección del patrimonio cultural en el Derecho Español*”, en *Urbs.Net*. La Revista. Año II. nº3. (Febrero-Marzo de 2001). www.urbs.net
- SANCHEZ MORON M et al. *Los Bienes Públicos. (Régimen Jurídico)*. Ed. Tecnos. Madrid. 1997.

- SANMARTI ROSET J.M. *Las políticas lingüísticas y las lenguas minoritarias en el proceso de construcción europea*. Ed. IVAP. Oñati. 1996.
- SAN SALVADOR DEL VALLE R., GOYTIA PRAT A. y RODRIGUEZ LARRAURI M. *¿Cuál es el papel de la cultura en nuestra entidad local ?* Jornadas de Formación para Responsables Municipales de Cultura. Instituto de Estudios de Ocio. Universidad de Deusto. 1999.
- SANTANA A. “*Patrimonio cultural y turismo: reflexiones y dudas de un anfitrión. Ciudad Virtual de Antropología y Arqueología*”. www.naya.org.ar/congreso/ponencia
- SANTOS DA SOUSA B. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Ed. ILSA.Colombia. 1998.
- SANTOYO MEDIAVILLA J.C. “*La imprenta en el País Vasco: breve panorama histórico*” en I Seminario sobre Patrimonio Bibliográfico Vasco.Gobierno Vasco-Fundación Sancho el Sabio. Vitoria-Gasteiz. 2005.
- SETIEN ALBERRO J.M. *De la ética y el nacionalismo*. Ed. Erein. Donostia. 2003.
- SYMONIDES J. “*Derechos Culturales: una categoría descuidada de derechos humanos*”. www.unesco.org
- SOBRINO ARANZABE J.I. “*La Ley de Patrimonio Cultural Vasco y su conexión con la legislación urbanística*” en Rev. Kobie nº 24. (1997)
- SOBRINO ARANZABE J.I. “*La Ley de Patrimonio Cultural Vasco, la legislación urbanística y su incidencia en las actividades arqueológicas en Bizkaia*” en Rev. Kobie nº 25. (1999)
- SOBRINO ARANZABE J.I. “*El régimen electoral de los órganos forales de los Territorios Históricos*”. Master de Derecho Civil Foral y Derecho Autonómico Vasco. Universidad de Deusto. Bilbao. 1997. Trabajo inédito.
- SOBRINO ARANZABE J.I. “*Algunos retos para la conservación del Patrimonio Industrial Moderno: la experiencia de la C.A.P.V.*” en Congreso Vasco de Patrimonio Industrial. Ed. Asociación Vasca de Patrimonio Industrial y Obra Pública. 2001.
- SOBRINO ARANZABE J.I. “*La protección sostenible del patrimonio cultural vasco*” en IX Jornadas de Urdaibai sobre Desarrollo Sostenible. Ed. Gobierno Vasco. Bilbao. 2004.
- SOSA WAGNER F. “*Espacios naturales protegidos y Comunidades Autónomas*”. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 38. (1985).
- SORAUREN M. *Historia de Navarra, el estado vasco*. Ed. Pamiela. Pamplona. 1998.
- STEEMERS T. “*Política de preservación en archivos*”. www.rau.edu.uy.

- TAMAYO SALAVERRIA V. y C. *Génesis de la Ley de Territorios Históricos. (Fuentes documentales)*. Ed. Diputación Foral de Guipúzcoa. San Sebastián. 1985.
- TAMAYO SALABERRIA V. *Génesis del Estatuto de Gernika*. Ed. IVAP. Oñati. 1991.
- TOMAS Y VALIENTE F. *Manual de Historia del Derecho Español*. Ed. Tecnos. Madrid. 1981.
- TONIATTI R. “*Los derechos del pluralismo cultural en la nueva Europa*” en Revista Vasca de Administración Pública, nº58. (2000)
- TORRADO MORALES S. *El cine vasco en la bibliografía cinematográfica (1968-2007)*. Ed. Universidad de Deusto. San Sebastián. 2008.
- TORRES MOYA R.A. “*El patrimonio audiovisual: un patrimonio vivo*” en Ministerio de Cultura de la República de Colombia. www.mincultura.gov.co
- TOURAINÉ A. “*Iguales y diferentes*” en Informe Mundial sobre la Cultura. Naciones Unidas. 2000. www.crim.unam.mx/cultura/informe.
- UNESCO. *Memoria del Mundo. Directrices*. París. (Edición revisada 2002) .
- URDIAIN MARTINEZ M^a C. *Inventario de documentos del Archivo Provincial de Alava. Tomo I. 1256-1799*. Ed. Diputación Foral de Alava. Vitoria. 1984.
- URDIAIN MARTINEZ, M^a C. “*Estado de la cuestión de los archivos: la Diputación Foral de Alava*” en X Congreso de Estudios Vascos. Ed. Eusko Ikaskuntza. Iruñea. 1987.
- URIBE VARGAS D. *La tercera generación de los derechos humanos y la paz*. Ed. Plaza y Janés. Bogotá. 1996.
- URKIZU P. *Historia del teatro vasco*. Ed. Orain. 1996.
- URZAINQUI MINA T. *Navarra estado europeo*. Ed. Pamiela. Iruñea. 2003.
- VASAK K. “*Le Droit International de Droits de L’Homme*”. Revue des Droits de L’homme. Vol 1. 1972.
- VAZQUEZ DE PRADA M. *Negociaciones sobre los fueros entre Vizcaya y el poder central (1839-1877)*. Ed. Caja de Ahorros Vizcaína. Bilbao. 1984.
- V.V.A.A. *Derechos de los Pueblos indígenas*. Ed. Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 1998.
- V.V.A.A. *I Conferencia Internacional Sobre Políticas Culturales*. Ed. Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 2007.

YANGUAS y MIRANDA J. *Análisis histórico-crítico de los Fueros de Navarra*. Pamplona. 1838.

ZABALA URIARTE A. *Mundo urbano y actividad mercantil, Bilbao 1700-1810*. Ed. Bilbao Bizkaia Kutxa. Bilbao. 1994.

ZABALA URIARTE A. “*Obsolescencia y patrimonio. El patrimonio industrial*” en Congreso Vasco de Patrimonio Industrial. Ed. Asociación Vasca de Patrimonio Industrial y Obra Pública. 2001.

ZALLO R. “*Problemas en la construcción de la cultura vasca*” en A.A.V.V. Euskadi en la Unión Europea. Fundación Sabino Arana. 1994.

ZURITA SAENZ DE NAVARRETE M. *Cien años de Concierto Económico*. Ed. Diputación Foral de Alava. Vitoria-Gasteiz. 1977.