

El derecho a la cultura y el disfrute del patrimonio cultural

Marcos Vaquer Caballería | Universidad Carlos III de Madrid

URL de la contribución <www.iaph.es/revistaph/index.php/revistaph/article/view/4715>

RESUMEN

El derecho a la cultura apenas ha tenido desarrollo legal ni aplicación judicial en España. En este artículo se ensaya una construcción de sus sujetos, objeto y contenido, prestando particular atención al derecho a disfrutar del patrimonio cultural. Desde esta óptica, propone un repaso crítico de los límites a la propiedad intelectual para favorecer el acceso a la cultura, del dominio público intelectual, de los deberes de los propietarios de bienes muebles e inmuebles del patrimonio cultural y de las nuevas aportaciones que suponen la protección jurídica del paisaje y del patrimonio cultural inmaterial.

Palabras clave

Derecho a la cultura | Derechos culturales | Dominio público intelectual | Paisaje | Patrimonio cultural inmaterial |



Museo Reina Sofía. Plaza de Sánchez Bustillo | foto Rubén Vique

The right to culture and to enjoy cultural heritage

ABSTRACT

The right to culture has hardly had legal development or judicial enforcement in Spain. This article attempts to draw the subjects, object and contents of this particular right, paying special attention to the right to enjoy cultural heritage. With this purpose, it proposes a critical review of the limits to copyright to favor access to culture, the intellectual public domain, the duties of the owners of movable and immovable goods of cultural heritage and the new perspectives of legal protection of landscape and intangible cultural heritage.

Key words

Cultural rights | Intellectual public domain | Landscape | Intangible cultural heritage |

Cómo citar: VAQUER CABALLERÍA, M. (2020) El derecho a la cultura y el disfrute del patrimonio cultural. *Revista PH* [en línea], n.º 101, 2020, pp. 48-73 <www.iaph.es/revistaph/index.php/revistaph/article/view/4715> DOI 10.33349/2020.101.4715

Enviado: 23/06/2020 | **Aceptado:** 21/07/2020 | **Publicado:** 10/10/2020

1

Escribo este artículo atendiendo una amable invitación de Benito Burgos y la dirección de la revista *PH* que acepté hace meses y que no puedo desatender ahora sin ser descortés, pero también confinado en casa por causa de la pandemia del coronavirus COVID-19 y, por tanto, con acceso a muy pocas referencias bibliográficas en papel. Así que escribo en parte “de memoria”. En estas condiciones y ante la necesidad de omitir algunas citas que serían de rigor, he optado por prescindir de todas ellas y limitarme a hacer algunas referencias a la bibliografía incluida al final del artículo. Agradezco a Fernando Bondía sus generosos comentarios en lo tocante a la propiedad intelectual, materia en la que él es un reputado especialista y yo un lego, por lo que me han sido de gran utilidad y los sesgos o errores que subsistan en el texto solo a mi son atribuibles.

2

En la base de datos de Aranzadi, la búsqueda de jurisprudencia de todos los órdenes, órganos y tiempos que examine el art. 44 de la Constitución (derecho a la cultura) arroja un total de 16 sentencias tras más de cuarenta años de vigencia del precepto. El contraste es muy elocuente, no solo con derechos más tradicionales y nucleares del Estado de Derecho como la tutela judicial efectiva del art. 24, que ofrece 2.878 pronunciamientos, sino también con otros derechos económicos, sociales y culturales como el derecho a la salud del art. 43, que arroja 233 resultados, o el derecho a la vivienda del art. 47, con 323 resultados.

3

Por ello Amoedo Souto lo califica como un derecho “atrofiado” y critica su “poquedad” (AMOEDO SOUTO, 2014).

4

Yo mismo lo hice así en mi libro de 1998 y aprovecho esta ocasión para matizar aquella aproximación.

“Que no se fijen en las materias, sino en la forma que les doy”

Michel de Montaigne, *Ensayos* (1580)

INTRODUCCIÓN O PROVOCACIÓN. EL VALOR CONSTITUCIONAL DE LA CULTURA Y EL DERECHO A SU DISFRUTE¹

El artículo 44.1 de la Constitución española proclama que “Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.” Este es el derecho constitucional menos aplicado en nuestro país². Y puede contribuir a explicarlo que haya recibido escasos desarrollo legislativo y atención doctrinal³, como veremos en estas páginas.

Por su ubicación sistemática, por su genealogía y por simple desconsideración solemos caracterizarlo como un derecho de prestación⁴. Sin embargo, el propio tenor literal del precepto nos emplaza a un análisis algo más rico y matizado, dado que no afirma “los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, *a* la que todos tienen derecho”, sino “... *a la* que todos tienen derecho”. Luego la Constitución española no proclama solo un derecho de acceso a la cultura, sino un más amplio derecho a la cultura.

En mi opinión, el derecho a la cultura es un derecho de goce o de disfrute, al igual que lo son los vecinos derechos al medio ambiente (art. 45) y a la vivienda (art. 47). El acceso es condición necesaria, pero no suficiente para el disfrute. Y la efectividad de ese disfrute requiere sin duda de prestaciones públicas, pero también de cierta libertad. Máxime en el caso de la cultura, que no solo forma parte del *medio* de la persona –como la naturaleza o la vivienda– sino que también es parte de la *personalidad*.

Esta dualidad se expresa perfectamente en la Constitución española: la creatividad literaria, artística, científica y técnica de la persona es protegida como un derecho fundamental individual de libertad en el art. 20 junto a otras formas de expresión de la personalidad, mientras que el acervo cultural que configura nuestro medio ambiente artificial es protegido como un patrimonio común en el artículo 46, después de afirmar el art. 45 nuestro derecho al medio ambiente en su primer apartado y de particularizarlo el segundo en lo referente al medio natural y antes de proteger en el art. 47 la vivienda, que es el espacio reservado al desarrollo de la intimidad de la vida individual y familiar.

Es más, para la axiología de nuestro texto constitucional, la cultura es uno de los cuatro grandes órdenes de la vida individual y colectiva de las personas (junto al político, el social y el económico: preámbulo y art. 9.2 y 48 CE). Es, desde luego, un objeto de la actividad del Estado (de ahí el mandato dirigido a los poderes públicos para promoverla y tutelarla) pero también un

fenómeno que le precede y que lo determina. Como bien observó Häberle, el Estado es un fenómeno cultural. Cada Estado es producto de una determinada cultura –en el sentido más amplio o antropológico de este término– y, por tanto, el Estado pertenece a la cultura y no al revés. Está al servicio de la cultura y no al revés. En los términos del art. 149.2 CE: “el Estado considerará el servicio a la cultura como deber y atribución esencial”. Y aunque la ubicación de este precepto pudiera hacer pensar que solo afecta al Estado central, la esencia cultural de que hablamos se proyecta sobre el Estado todo, en sus tres niveles territoriales básicos: también las Comunidades Autónomas se determinan por sus características históricas y culturales (art. 143.1 CE) y los municipios institucionalizan comunidades locales en régimen de autogobierno corporativo (art. 140 CE)⁵.

En suma, podemos concluir que la cultura es, para nuestra Constitución, un orden valorativo autónomo, que no debe ser subordinado ni al Estado ni tampoco al resto de órdenes de la vida social, como el económico⁶. Autonomía de la cultura, pues, tanto frente al Estado como frente al mercado, al servicio de la cual debe ponerse el propio Estado⁷.

Se comprende, así, que la cultura sea un bien jurídico-constitucional de primer orden y que podamos hablar, siguiendo a Pizzorusso, de una *Constitución cultural* en referencia al bloque o conjunto armónico de preceptos que la regulan. De donde se sigue que –al igual que he defendido en otros lugares respecto de otros derechos sociales, como el derecho a la vivienda– deba hacerse una interpretación sistemática del derecho a la cultura. Una interpretación superadora de la tónica que lo encierra en el art. 44 del Capítulo III del Título I para caracterizarlo solo como un derecho de prestación y rebajar su eficacia directa como derecho subjetivo, al menos en sentido pleno, porque de conformidad con lo dispuesto en el art. 53.3 no puede ser directamente alegado ante los Tribunales, sino solo a través de lo que disponga su legislación de desarrollo. Este insatisfactorio razonamiento insiste, pues, en el viejo axioma liberal de que no hay derecho sin acción y se cierra, en fin, con la constatación de que existe un *corpus* escaso de legislación de desarrollo de las prestaciones culturales, como en general de los servicios personales, porque son servicios cuya prestación es libre y, por tanto, cuyo contenido apenas puede determinarse legalmente, de forma que las leyes deben centrarse en los aspectos organizativos y procedimentales de los servicios, sin penetrar en el núcleo libre de su contenido. La conclusión de esta frustrante forma de razonar es evidente: diga lo que diga la Constitución, no existe ningún derecho a la cultura, sino solo derechos de configuración legal o reglamentaria a disfrutar de determinadas prestaciones culturales.

La interpretación sistemática que propongo, en cambio, no se complace en reiterar las limitaciones del art. 44 de la Constitución, sino que indaga en las potencialidades de su conexión lógica con otros preceptos de la Constitución

5

De ahí que el artículo 25.2 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, para dibujar la imagen característica de la autonomía local, garantice a los municipios el ejercicio de competencias propias en materia de “promoción de la cultura y equipamientos culturales”.

6

En Italia, la Corte Costituzionale tiene afirmado este carácter primario y autónomo del valor cultural tutelado en el artículo 9 de la Constitución italiana, que “impide subordinar el interés estético cultural a cualquier otro, incluido el económico” (Sentencia de 27 de junio de 1986, n.º 151).

7

A la exposición de las implicaciones jurídicas de la autonomía de la cultura frente al Estado (de la que se sigue un deber de abstención, pero también una misión de éste), le dediqué amplios esfuerzos en 1998. Sobre la necesaria autonomía jurídica de la cultura frente a la economía me detuve en 2013 y volveré más adelante en estas páginas.

8

El Tribunal Constitucional ha resuelto esta paradoja negando la condición de derecho subjetivo susceptible de amparo al acceso a la cultura de los presos, que califica como mero “mandato de orientación dirigido a los poderes públicos” en la STC 11/2006, de 16 de enero, FJ 1º. En contra, puede verse la opinión de Amoedo Souto (AMOEDO SOUTO, 2014).

9

En este sentido se ha pronunciado el Comité DESC en su Observación General n.º 21, sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, cuando ha afirmado que “la expresión ‘toda persona’ se refiere tanto al sujeto individual como al sujeto colectivo. En otras palabras, una persona puede ejercer los derechos culturales: a) individualmente; b) en asociación con otras; o c) dentro de una comunidad o un grupo.”

dedicados a proteger el mismo bien jurídico (la cultura), como por ejemplo el art. 3.3, el 9.2, el 20.1.b), el 25.2, el 46 y el 149.2 de la Constitución. Esta interpretación pretende superar la incongruencia en que creo que incurren quienes sostienen que el derecho a la cultura no es un derecho subjetivo, sino solo un principio rector de la política social y económica, para lo cual no dudan en desafiar al constituyente, que dijo “derecho” sin que haya motivo para pensar que fuera una licencia poética ni un *flatus vocis*, y que incluso lo introdujo entre los derechos fundamentales de libertad en su art. 25.2 cuando, después de garantizarle al que estuviere cumpliendo condena de prisión los mismos derechos fundamentales que a las demás personas, con algunas excepciones, se cuidó de añadir: “En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.” Entonces, ¿debo delinquir para poder tener un derecho constitucional a la cultura?⁸

LAS DIMENSIONES DEL DERECHO A LA CULTURA

A continuación, intentaré caracterizar brevemente al derecho a la cultura por su sujeto, por su objeto y por su contenido.

Por su sujeto, el derecho a la cultura es (a) un derecho humano, (b) tanto individual como colectivo.

a) En cuanto a lo primero, si la cultura forma parte de la personalidad, el derecho a la cultura debe ser un derecho de la personalidad, del que es titular toda persona con independencia de su *status* civil o político. Las declaraciones internacionales de derechos –a cuya luz debemos interpretar los derechos constitucionales: art. 10.2 CE– confirman esta interpretación. Empezando por el art. 27.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que proclama 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.” Y un similar “derecho de toda persona” reconoce el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

b) Y en cuanto a lo segundo, ya he aludido más atrás a esta dualidad: son sujetos culturales tanto los individuos (titulares del derecho de libertad de creación y producción literaria, artística, científica y técnica del art. 20.1.b) CE) como los pueblos (titulares del patrimonio cultural según el art. 46)⁹. El individualismo de la *cultura-personalidad* y el colectivismo de la *cultura-medio* mantienen un fluido y fructífero diálogo. La contraposición entre individualismo y colectivismo pertenece al orden económico y no debería contaminar al orden cultural, porque la creatividad es una cualidad individual ejercida y



Prestación y participación en el derecho a la cultura: cola de acceso a la exposición de Dalí en el MNCARS, en 2013 | foto Rubén Vique

potenciada en la colectividad. Los derechos patrimoniales, en tanto que atribuyen facultades de apropiación privativa de los bienes o de sus frutos con exclusión de las demás personas, deben entrar en esa dialéctica, pero los derechos culturales no debieran.

Por su objeto, el derecho a la cultura se proyecta tanto sobre la *cultura-personalidad* (la creación cultural) como sobre la *cultura-medio* (el patrimonio cultural). Con esta dualidad no pretendo contraponer creación y patrimonio ni, por tanto, sostener una concepción inanimada ni cerrada del patrimonio. Más bien al contrario, pretendo insertarlos en una relación integradora. Entre el proceso creativo y el acervo generado por la creación hay, sin duda, una relación de retroalimentación en la que el patrimonio inspira la creación y la creación vivifica y enriquece permanentemente al patrimonio. “La persona que lee está lista en todo momento para volverse una persona que escribe”, afirma Walter Benjamin en *El autor como productor*. Las manifestaciones del (mal) llamado “patrimonio cultural inmaterial” demuestran muy bien esta fecunda relación, porque los bienes que lo integran se manifiestan mediante actividades más que mediante cosas, por lo que están siendo permanentemente re-creadas por los pueblos que las crearon.

Lo único que pretendo es exponer una dualidad que está presente en la Constitución, entre los art. 20.1.b) y 46, sobre la que se proyecta el derecho a la cultura del art. 44. El art. 20.1.b) protege la creación cultural como un derecho fundamental de libertad, una libertad pública. Y el art. 46 protege al patrimonio cultural de los pueblos de España, al que destaca por su singular valor dentro del medio ambiente de la persona. Puede, pues, concluirse que

el derecho a la cultura tiene por objeto tanto a la creación (y producción) cultural, como al acervo por ella acumulado o patrimonio cultural.

Ahora bien, ¿qué expresiones de la humanidad son culturales? O, más concretamente, ¿qué es la cultura (como objeto de derechos subjetivos)? En su observación general n.º 21, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de Naciones Unidas ha definido la cultura como “un concepto amplio e inclusivo que comprende todas las expresiones de la existencia humana. (...) El Comité considera que la cultura, a los efectos de la aplicación del párrafo 1 a) del artículo 15, comprende, entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas. La cultura refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades”.

10

La verdad y la belleza serían los valores de esta concepción de la cultura, que reúne la cultura racional y la estética. Esta concepción hunde sus raíces en el pensamiento idealista prerromántico alemán, que exploré en 1998. Sin embargo, no sólo sigue plenamente vigente en los ordenamientos jurídicos europeos, sino que me parece además idónea para acoitar nuevos conceptos como los de “paisaje” o de “patrimonio cultural inmaterial” de que me ocuparé al final de este artículo.

11

En sentido análogo al aquí defendido, la Convención de la UNESCO sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005 define en su art. 4 las “expresiones culturales” como “las expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades que poseen un contenido cultural”. Y “contenido cultural” “se refiere al sentido simbólico, la dimensión artística y los valores culturales que emanan de las identidades culturales o las expresan”.

Sin perjuicio de su interés descriptivo, esta aproximación creo que fracasa en su ánimo definitorio. Diluir el derecho a la cultura en tamaño magma temático solo contribuye a debilitarlo. Una cosa es que la cultura “no deb[a] entenderse como una serie de expresiones aisladas o compartimientos estancos”, como también afirma la Declaración y comparto, y otra muy distinta que la necesaria abstracción del concepto de cultura degenera en su imprecisión. En mi opinión, el concepto jurídico de cultura es abstracto, pero preciso, y es holístico, pero no omnicompreensivo. La imprecisión –un mal del que adolecen particularmente los derechos culturales– es enemiga de la efectividad de los derechos.

En 1998 ya expuse ampliamente que el concepto de cultura no puede ser el mismo para el Derecho (en particular, cuando la considera como objeto de derechos subjetivos) que para la antropología. Y propuse definir la cultura de la que nos hablan los art. 20.1.b), 44 y 46 de la Constitución como el conjunto de las manifestaciones de la creatividad humana a las que la sociedad reconoce un valor intelectual o estético¹⁰. Es el valor –y no un elenco más o menos amplio de materias– el criterio determinante de la acepción jurídica del concepto¹¹. Luego puede haber cultura *en* la religión, en el deporte, en el entorno natural, en la comida, en el vestido y en la vivienda; pero ni la religión, ni el deporte, ni el entorno natural, ni la comida, ni el vestido, ni la vivienda *son* cultura a estos efectos, sino bienes jurídicos diferentes, objeto de otros derechos.

Por último y por lo que se refiere ya a su contenido, el derecho a la cultura estaría incompleto si no incluyera una dimensión de libertad, otra prestacional y otra de participación. Hace ya tiempo que García de Enterría constató que no cabía construir barreras artificiosas entre los derechos de libertad, de prestación y de participación porque muchos bienes jurídicos requerían de los tres para ser eficazmente protegidos.

El derecho a la educación es bien ilustrativo de esta tridimensionalidad. Su conexión lógica con el derecho a la cultura, así como la de ambos con la dignidad humana son evidentes. Por ello, los convenios internacionales de derechos humanos los tratan seguidamente, sin solución de continuidad ni diferencia de eficacia jurídica. En nuestro texto constitucional, en cambio, el derecho a la educación merece la consideración de derecho fundamental y una configuración mucho más prolija por el art. 27, dentro del cual hay derechos de libertad (las libertades de enseñanza, de elección de la formación religiosa y moral acorde a las convicciones y de creación de centros docentes privados y la autonomía universitaria: ap. 1, 3, 6 y 10), de prestación (mandato a los poderes públicos de crear centros docentes: ap. 5) y de participación (en la programación de la enseñanza y en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos: ap. 5 y 7).

Y algo similar debe ocurrir, desde luego, con la cultura. En su derecho a la cultura, las personas deben gozar de (1.º) libertad para crear y producir sus creaciones y para acceder y disfrutar de las de otros, (2.º) la procura de las condiciones y los medios adecuados para acceder a la cultura y la remoción de los obstáculos para su disfrute efectivo, y (3.º) la posibilidad de participar tanto en la vida cultural en sí misma, como también en los asuntos públicos a ella referida. Así se infiere de la interpretación sistemática de los art. 9.2, 20.1.b), 23.1, 44 y 129.1 de la Constitución¹². En las páginas que siguen, aflorarán algunas manifestaciones de estas facultades de libertad, prestación y participación del derecho a la cultura.

EL DERECHO A DISFRUTAR DEL PATRIMONIO CULTURAL

Desde Giannini, todos los juristas ocupados de esta materia repetimos como un *mantra* que los bienes culturales son bienes públicos, como objeto de fruición. Y la propia Constitución se hace eco de esta concepción cuando su art. 46 atribuye el patrimonio histórico, cultural y artístico a “los pueblos de España”, con independencia de quién sea el titular dominical sobre los bienes que lo integran.

Sin embargo, como ha argumentado Prieto de Pedro (1995), el Derecho de la cultura tomó forma en los ordenamientos jurídicos occidentales bajo el signo de la Ilustración, entre los siglos XVIII y XIX. Eran los tiempos del liberalismo



Icono del informe de evaluación del V Encuentro Cultura y Ciudadanía, de 2019

12

Esta interacción entre facultades de libertad, de prestación y de participación aparece bien dibujada en la ya citada Observación General n.º 21 del Comité DESC cuando llama a los Estados partes a adoptar medidas concretas para que se respeten derechos de libertad tales como “elegir libremente su propia identidad cultural”, “pertenecer o no a una comunidad”, “la libertad de expresión en el idioma o los idiomas que elija” o “la libertad de creación”, otros de prestación como “tener acceso a su patrimonio cultural”, que incluye “el derecho a recibir enseñanza no solo acerca de su propia cultura sino también las de otros”, y otros de participación como el de “participar libremente de manera activa e informada, y sin discriminación, en los procesos importantes de adopción de decisiones que puedan repercutir en su forma de vida y en los derechos que les reconoce el párrafo 1a) del artículo 15.”

13

Para el pensamiento revolucionario liberal, ninguna propiedad más justa y perfecta que la intelectual, pues era fruto del esfuerzo creativo de la persona y, por tanto, plenamente coherente con la concepción de la propiedad de Locke. Varios Estados norteamericanos como New Hampshire o Massachusetts proclamaron en 1783 sus *copyright statutes*, en cuyo preámbulo se lee que “no hay propiedad que pertenezca al hombre de forma más peculiar que la que es producida por el trabajo de su mente”. Y en Francia, Le Chapelier defendió la Ley revolucionaria francesa de 13-19 de enero de 1791 proclamando que la propiedad intelectual constituía “la más sagrada, la más legítima, la más inatacable, y (...) la más personal de las propiedades” porque era el fruto del trabajo de quienes cultivan el pensamiento, “producto de su genio”, pero también advertía que, transcurridos algunos años desde su muerte, “la propiedad del público comienza, y todo el mundo debe poder imprimir, publicar las obras que han contribuido a iluminar el espíritu humano”. En dicho Decreto-Ley, la duración de los derechos de herederos o cesionarios tras la muerte del autor era de cinco años, que dos años después se ampliaron a diez, después a veinte y así hasta hoy.

14

En efecto, la definición de la propiedad intelectual contenida en el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, como un derecho de explotar y disponer de la obra “sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”, parafrasea al artículo 349 del Código civil y no alude a la función social de la propiedad del art. 33.2 de la Constitución. En todo caso, la consideración de los derechos de autor como una propiedad especial es controvertida, puesto que incluyen facultades “morales” además de las patrimoniales o “de explotación”, pero sigue siendo la de nuestro Derecho positivo (arts. 428 y 429 C.c.).

jurídico, caracterizado por un fuerte individualismo. Y debemos añadir que, para institucionalizar los bienes y derechos de este nuevo orden jurídico, se acudió al acervo mucho más avanzado y desarrollado del Derecho económico o patrimonial, como acredita la misma terminología empleada: los derechos privativos de los autores sobre sus obras adoptaron la forma de una “propiedad” especial, de carácter temporal, a cuyo término estas pasaban al “dominio” público¹³, mientras que los bienes culturales en general, con independencia de su titularidad dominical, fueron conformando el “patrimonio” cultural.

Esta configuración facilitó la consolidación del Derecho de la cultura, pero también lo ha lastrado desde entonces, tanto porque ha dificultado su emancipación conforme demanda su singularidad, como porque lo ha mantenido hasta hoy sesgado hacia el individualismo. Basta comprobar que la libertad de creación y producción literaria, artística, científica o técnica es consagrada como un derecho fundamental, mientras que el derecho a la cultura o la conservación y enriquecimiento del patrimonio cultural de los pueblos de España son relegados a la incierta eficacia de los principios rectores del Capítulo III del Título I de la Constitución. O que las creaciones colectivas que configuran el patrimonio etnográfico o inmaterial han sido las últimas en recibir atención y protección legales. O cuántos preceptos le dedica nuestra Ley de Propiedad Intelectual a los derechos individuales sobre la creación literaria y artística y cuántos al dominio público: La especialidad de la propiedad intelectual la hace acreedora de un cuerpo legal prolijo, compuesto de más de doscientos artículos, mientras que la especialidad del dominio público intelectual merece un solo –y escueto– artículo. Y no nos puede extrañar, dado que la concepción de la propiedad manejada en esta Ley sigue estando más cerca del Código civil de 1889 que de la Constitución de 1978¹⁴. Sin embargo, rige en el marco de la segunda y debe ser interpretada de conformidad con ella.

Pero la autonomía de la cultura, como valor distinto de la economía, no solo afronta dificultades históricas, sino también de carácter objetivo o institucional. Porque ambos órdenes estimativos son distintos y autónomos, pero no independientes sino conexos.

Su disparidad se observa en que un bien cultural unitario puede corresponderse con varios bienes patrimoniales. Así ocurre frecuentemente en los conjuntos históricos, pues están conformados por multitud de fincas, o si el bien inmueble en sentido cultural incorpora elementos adicionales a los del bien inmueble en sentido patrimonial¹⁵. También se observa en que el valor cultural y económico de una misma obra pueden diferir mucho entre sí: una obra menor puede alcanzar un elevado valor de mercado, porque su escasez puede provenir de causas distintas de su mérito artístico o su relevancia histórica, como la notoriedad de su autor o la circunstancia de que ya haya muerto.

Pero la conexión entre ambos órdenes también aparece cuando las mismas cosas y actividades son portadoras de valor cultural y económico. Expresado en otros términos: los bienes culturales y los bienes económicos con frecuencia comparten soportes, sobre los que concurren entonces derechos culturales de disfrute público con derechos patrimoniales de explotación privativa: los de propiedad intelectual sobre la obra –la forma o *corpus mysticum*– y los de propiedad ordinaria sobre la cosa –la materia o *corpus mechanicum*–. Y en tales casos, el ordenamiento jurídico tiene que establecer límites a los derechos patrimoniales para dar cabida a los derechos culturales, haciendo un ejercicio de ponderación cuyo punto de equilibrio suele ser problemático. Veámoslo.

Los límites de la propiedad intelectual: en particular, su límite temporal y el dominio público intelectual

Las obras o “creaciones originales literarias, artísticas o científicas” protegidas por la propiedad intelectual (art. 10.1 LPI), de un lado, son una emanación de la personalidad de su autor y, de otro lado, pueden integrar (si su interés lo justifica) el patrimonio cultural de los pueblos de España¹⁶. En cuanto a lo primero, la Ley de Propiedad Intelectual atribuye al autor un elenco de “derechos de carácter personal y patrimonial” (art. 2) y, en cuanto a lo segundo, introduce diversos incentivos a la divulgación de las obras y ciertos límites a los derechos para favorecer la divulgación de dicho acervo cultural y el acceso del público a él.

En efecto y pese a la caracterización individualista que antes he hecho de nuestra legislación sobre propiedad intelectual, la Ley contiene un elenco de límites a los derechos de propiedad intelectual en consideración a los intereses generales (seguridad, procedimientos y actos oficiales, etc.) y a los derechos de terceros (personas con discapacidad, derecho de información, etc.). Entre ellos, destaca a los efectos de este trabajo el límite del art. 40 de la Ley, por cuya virtud “Si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo”.

Aparece aquí una delimitación teóricamente interesante de la propiedad intelectual por contraste con el derecho a la cultura del artículo 44 de la Constitución. Una vez muerta la persona, su personalidad sigue proyectándose sobre su memoria, pero va diluyéndose con el paso del tiempo (STC 43/2004, de 23 de marzo, F.J. 5.º). En este contexto, la licitud o no de impedir la divulgación de la obra por parte de sus derechohabientes requerirá un

15

Según el artículo 14 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, a sus efectos tienen la consideración de bienes inmuebles, “además de los enumerados en el artículo 334 del Código Civil, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su exorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos”. Aunque estos elementos guardan relación con los inmuebles “por incorporación” y “por destino” a que se refiere el art. 334 C.c. en sus ordinales 3º y 4º, parece que pueden diferir de ellos, como se cuida de advertir expresamente el inciso inicial reproducido.

16

La Ley del Patrimonio Histórico Español prohíbe declarar bienes de interés cultural las obras de los autores vivos si no es con su consentimiento o mediante su adquisición por la Administración (art. 9.4), lo que no significa, claro está, que no formen parte de dicho patrimonio, sino sólo que están excluidas de su máxima categoría de protección.

17

Esta diferencia de trato parece justificada porque la obra es, para el autor, una emanación o expresión de su personalidad, pero ya no para sus derechohabientes en el ejercicio de ciertos derechos morales. Respecto de ellos, parte de la doctrina especializada entiende que, más que un derecho propio, ejercen una potestad-función en interés ajeno. Ahora bien, dicho interés ajeno no se puede identificar sólo con el interés del autor, cuando parece claro que también está concernido el interés general cultural, ya que el art. 16 prevé que sean subsidiariamente las Administraciones públicas las legitimadas y el art. 40 prevé incluso que estas actúen contra aquellos en tutela del derecho a la cultura.

18

El precepto es un pálido reflejo del movimiento internacional de la open science, que promueve el acceso abierto a los resultados de la investigación científica, sobre todo la producida con fondos públicos. En su 40ª conferencia general de 2019, la UNESCO recibió el encargo de desarrollar un proyecto de recomendación sobre la ciencia abierta. En el Derecho de la Unión Europea, las nuevas excepciones sobre minería de textos y datos con fines de investigación científica introducidas por la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, pueden favorecer su expansión. Así lo ha valorado el informe final de la Open Science Policy Platform de la Comisión Europea, titulado *Progress on open science: Towards a Shared Research Knowledge System* (pág. 16).

19

Como ha notado Fernando Bondía (BONDÍA ROMÁN, 2013), el embrollo es aún mayor porque la propia Ley de la Ciencia modificó la Ley Orgánica de Universidades (art. 80.5) que ahora atribuye a la Universidad, y la Ley de Economía Sostenible (art. 54.2) amplía a los organismos públicos de investigación y centros de investigación en general dependientes de la AGE, los derechos patrimoniales no sólo de propiedad industrial (lo que ya estaba pre-

juicio de ponderación en el que se sopesa (1.º) el tiempo transcurrido desde la muerte del autor, (2.º) si este expresó o no su voluntad de no divulgar su obra y las razones en las que la motivó y (3.º) el interés histórico, artístico o científico de la obra. Si el autor no se opuso a la divulgación de la obra, si lo hizo por motivos que han decaído o perdido relevancia, o si sobre ellos debe prevalecer el interés general del acceso a la cultura, el juez debería adoptar las medidas adecuadas para posibilitar su divulgación.

Ahora bien, no pueden obviarse los límites de este límite: (1.º) su sujeto pasivo está limitado a los derechohabientes del autor, dejando intacto el derecho del autor en vida¹⁷, (2.º) su objeto está limitado a la no divulgación de la obra, dejando intactas las demás facultades de los derechohabientes del autor y, por lo que hace a su sujeto activo, (3.º) las medidas a adoptar están reservadas al juez, no pudiendo gozar la Administración pública de su autotutela al servicio del interés general cultural, como sería propio y normal en su estatuto jurídico, y (4.º) se requiere un interés legítimo para que los particulares puedan interesar las medidas, lo que implica que la legitimación activa es bastante amplia (no es preciso alegar un derecho o interés directo) pero no hay acción pública. Así las cosas, no me sorprende no encontrar ni una sola aplicación judicial de este precepto en las bases de datos de jurisprudencia.

Otro límite a la propiedad intelectual directamente dirigido a procurar el acceso a la cultura (en este caso, la cultura científica) lo constituye el deber de publicar una versión digital en acceso abierto de las obras resultantes de toda actividad investigadora financiada mayoritariamente con fondos de los presupuestos generales del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación¹⁸. Pero, de nuevo, la eficacia de la disposición es inmediatamente puesta en entredicho por ella misma, en este caso, por el último apartado del precepto, que introduce un equívoco inciso según el cual “lo anterior se entiende sin perjuicio de los acuerdos en virtud de los cuales se hayan podido atribuir o transferir a terceros los derechos sobre las publicaciones, y no será de aplicación cuando los derechos sobre los resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación sean susceptibles de protección”.

Sabido es que todas las cláusulas “sin perjuicio” son ambiguas, pero esta es además imprecisa, puesto que no es claro si su inciso inicial habilita a los autores a atribuir o transferir derechos exclusivos de explotación sobre la obra, ni cuándo son susceptibles de “protección” los derechos sobre los resultados de la investigación¹⁹. Me inclino por entender que tal deber no puede quedar frustrado por una interpretación lata de su apartado 6.º y, por tanto, que los derechos que cabe atribuir o transferir a su amparo o bien no son exclusivos, o bien son temporales (pudiendo durar hasta doce meses), o

bien no alcanzan a toda la obra sino solo a la concreta forma de publicación contratada (su tenor literal se refiere a “derechos sobre las publicaciones”, no sobre las obras o creaciones), por lo que no impiden la publicación de la obra en acceso abierto exigida por la Ley²⁰.

Mayor potencialidad a favor del acceso público al patrimonio cultural tiene la limitación temporal de los derechos de propiedad intelectual y el consecuente ingreso de las creaciones en el dominio público.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley de Propiedad Intelectual, “los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento”²¹. A tenor del art. 15, en el mismo plazo se extingue asimismo el derecho moral a la divulgación (que es fuente de aquellos) pero no los derechos a la paternidad y la integridad de la obra, que pueden ejercerse perpetuamente²². Y según el art. 41, transcurrido ese lapso de tiempo, “la extinción de los derechos de explotación de las obras determinará su paso al dominio público”, de modo que “las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra, en los términos previstos en los apartados 3.º y 4.º del artículo 14”.

Como se ve, el dominio público es perfectamente compatible con la subsistencia de ciertas facultades o potestades ejercidas por los derechohabientes del autor, porque su ejercicio no solo conviene a la memoria del autor, sino también al interés general cultural: el acceso a la cultura será más pleno si se respeta la integridad de las obras y se reconoce su autoría. Es más,

visto en el art. 21 de la Ley de Patentes) sino también de propiedad intelectual sobre las obras creadas por su personal en el ejercicio de las funciones que les son propias. En mi opinión, esto no deroga el deber de publicar en abierto esos resultados de la investigación, pero sí plantea dudas sobre si el sujeto obligado es el autor o es la Universidad o centro de investigación titular *ex lege* de los derechos de explotación.

20

Por el contrario, Santiago Cavanillas (CAVANILLAS MÚGICA, 2012) ha defendido que el apartado 6º del precepto significa que nos encontramos ante un régimen de Derecho dispositivo.

21

Los derechos conexos de otros sujetos distintos del autor y los derechos de este sobre ciertos tipos determinados de obras tienen otra duración o reglas especiales de cómputo en las que no nos detendremos aquí.

22

La doctrina discute si subsisten y se transmiten *mortis causa* los derechos morales, aunque no sea una transmisión sucesoria, sino *sui generis* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2017) o si estos son personales y se extinguen a la muerte del autor (BONDÍA ROMÁN, 2013), por lo que la legitimación para su ejercicio post *mortem auctoris* es una situación de poder (una potestad) atribuida por la Ley a ciertos sujetos privados o públicos. No entraré en la cuestión, por prudencia y porque es ajena al argumento de este trabajo.

BIBLIOTECA DIGITAL HISPÁNICA Bienvenidos - Benvinguts - Ongi etorri - Benvidos - Welcome - Bienvenue
BIBLIOTECA NACIONAL DE ESPAÑA Contacto | Ayuda | Alertas | API

Libros, manuscritos, partituras, fotografías... Todos los campos

Busque en el texto de los documentos [Búsqueda avanzada >](#)

[Inicio](#) [Descubrir colecciones](#) [Acerca de la digitalización](#)

Bienvenido al portal libre y gratuito de documentos digitalizados de la Biblioteca

Con el apoyo de: [red.es](#) [Telefónica](#)

Nuevas incorporaciones: **NUEVOS AUTORES EN DOMINIO PÚBLICO**

©2019 BNE - Pº de Recoletos 20-22 28071 Madrid Telf.: (34) 91 580 78 00 [Aviso legal](#)

En 2020, han pasado al dominio público las obras del poeta Antonio Machado y del historiador del arte Ricardo de Orueta, memorable Director General de Bellas Artes en la II República. La Biblioteca Nacional da acceso a obra suya digitalizada en su Biblioteca Digital Hispánica

23

Es cierto que, antes, nuestra Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 la extendía en España hasta ochenta años después de la muerte del autor. Pero también lo es que dicha Ley establecía diversas reglas de caducidad de los derechos e ingreso en el dominio público si la obra no se inscribía en el registro o no se publicaba de nuevo por su propietario durante veinte años. Es decir, que 80 años era sólo la duración máxima y condicionada a una actitud activa por parte de los titulares de los derechos.

24

Las patentes sobre las invenciones también son transmisibles *mortis causa*, pero duran veinte años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de su solicitud, según lo dispuesto en los arts. 10.1 y 58 de su Ley.

25

Madison defendió en *The Federalist* (n.º 43) el poder otorgado por la Constitución “para promover el progreso de la ciencia y las artes útiles asegurando, por un tiempo limitado, a los autores e inventores el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos” con estas palabras: “la utilidad de este poder difícilmente será cuestionada. El derecho de los autores ha sido solemnemente declarado en Gran Bretaña como un derecho del common law. El derecho sobre las invenciones útiles parece pertenecer por la misma razón a los inventores. El interés público coincide en ambos casos con las demandas de los individuos”. Pero la protección otorgada por la *Copyright Act* de 1790 en virtud de este poder sólo duraba 14 años, prorrogables por otros 14.

26

Por el contrario, algún autor de la doctrina civilista defiende la prolongación de los derechos de explotación. Es el caso de Ragel, por ejemplo, en la obra coordinada por Rogel en la que este último aboga directamente por su perpetuidad (RAGEL SÁNCHEZ, 2005; ROGEL VIDE, 2005).

transcurridos más de setenta años desde la muerte del autor es discutible que el interés prevalente para la protección de estos extremos siga siendo la memoria de aquel y no la cultura. En todo caso, a ambos conviene: como ya he destacado, la tensión entre individuo y colectividad propia de los derechos patrimoniales no tiene por qué reproducirse en los derechos culturales.

En lo que aquí importa, puede concluirse que existe en España un ingente patrimonio cultural que es de dominio público y uso general por ministerio de la Ley. Sin embargo, tampoco pueden dejar de advertirse sus restricciones.

En primer lugar, la duración de los derechos privativos de explotación de las obras se prolonga mucho más allá de la muerte de su autor. Desde que el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886 la estableció en la vida del autor más cincuenta años²³, la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 ampliaba su duración *post mortem auctoris* a sesenta años y la Directiva 93/98/CEE y el Texto Refundido de la Ley de 1996 lo han hecho hasta los actuales setenta años²⁴. Como se ve, la ponderación entre derechos privativos e interés general de disfrute público se va decantando, paso a paso, a favor de los primeros.

La duración de los derechos de explotación durante toda la vida del autor e incluso algunas décadas más puede ser una justa remuneración de su trabajo y también convenir al interés general cultural, como medida de fomento de la creatividad²⁵. Como nota Bercovitz en sus *Comentarios* a la Ley (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2017), que la protección de la Ley no dependa de la divulgación, sino que exista desde la creación de la obra, constituye un incentivo para proceder a la divulgación lo más tempranamente posible, para aprovechar mejor el derecho de exclusiva. Ahora bien y por el contrario, la incondicionalidad de su duración desincentiva su divulgación, ya que la protección legal dura lo mismo si se divulga la obra que si no. Y la amplia extensión del plazo llega a desnaturalizar la idea misma de temporalidad de la propiedad intelectual: ya no solo porque setenta años son entre dos y tres generaciones de descendientes, si los hubiere, sino porque es raro que el interés comercial por la explotación de una obra literaria, artística o científica se mantenga tanto tiempo. En los pocos casos en que tal cosa ocurre, el conflicto de intereses en juego ya tiene un cariz distinto: de un lado, los derechos de explotación suelen haber sido cedidos a una industria cultural y, de otro, la amplia y prolongada difusión de dicha obra es indicia-ria de un valor cultural que debería ser tutelado. Mientras que si la obra lleva tiempo agotada o descatalogada y es inaccesible al público, la oposición a su libre acceso y utilización no creo que exprese ningún interés legítimo que deba tutelar la ley, sino un ejercicio antisocial del derecho²⁶.

El eminente civilista francés Jean Carbonnier lo expresó mucho antes y con mucha más rotundidad: “respecto de algunas propiedades incorpóreas (las

del escritor, del artista, del inventor), que han podido ser consideradas como 'progresivas' y que a los ojos de un socialista moderado pueden prefigurar lo que todas las propiedades serán algún día, algo fundado sobre el trabajo creador, no absoluto ni perpetuo, hay que señalar de qué modo la noción ha hecho aumentar los monopolios parásitos que han renacido en el Derecho francés después de 1789" (CARBONNIER, 1974).

En segundo lugar, ya habíamos advertido que la regulación del dominio público intelectual es muy lacónica. Lo único que la Ley de Propiedad Intelectual nos dice sobre su régimen de utilización y protección es que las obras "podrán ser utilizadas por cualquiera", lo que significa que estamos ante un dominio público afecto al uso general²⁷. Más en particular, podemos afirmar, empleando el lenguaje clásico, que las obras del dominio público intelectual son *res communes omnium* o, utilizando otro lenguaje más contemporáneo y a la moda, que configuran un *procomún*.

Como ha notado Rams, ni la legislación ni la doctrina administrativista nos hemos ocupado apenas de la singularidad del dominio público intelectual. Más aún, nuestra teoría general del dominio público lo encaja mal.

Hace tiempo que la doctrina científica discute el sentido de la "titularidad pública" sobre el dominio público en general: si se trata de una titularidad dominical o de un título jurídico-público atributivo de un poder de intervención de carácter causal, fiduciario o funcional, distinto de la propiedad. La Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas parece decantarse por la concepción dominical, que creo inspirada por los bienes económicos y fácilmente aplicable a ellos, pero que se adapta peor a otros, como algunos recursos naturales o los bienes culturales. Téngase en cuenta, de un lado, que el dominio público intelectual excluye cualesquiera derechos privados de explotación, no solo de los particulares sino también de la propia Administración y, de otro lado, que la imprescriptibilidad y una alienabilidad muy restringida la predica el art. 28 de la Ley de Patrimonio Histórico Español de los bienes no solo de titularidad pública, sino también de las confesiones religiosas. Asoman aquí, otra vez, la diferencia a que me he referido más atrás entre el orden económico y el cultural y las limitaciones de la histórica asimilación institucional que se ha hecho del segundo al primero.

A este conjunto de bienes culturales, tan importante por su volumen, no le es aplicable buena parte del régimen legal general del dominio público contenido en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas: aunque una ley les otorga el carácter de demaniales, ni puede la Administración otorgar títulos concesionales o autorizatorios para su utilización privativa por algún particular, ni tienen objeto su desafectación, su adscripción ni su mutación demanial, ni tampoco ejercer las prerrogativas de deslinde ni de recuperación posesoria para su protec-

27

Con la única excepción del derecho temporal de explotación que adquieren sobre las obras inéditas de dominio público quienes las divulguen (art. 129 LPI). Una excepción lógica, ya que incentivar la divulgación de obras que sigan inéditas tanto tiempo después de su creación es un medio eficaz de promover el derecho a la cultura.

28

El artículo 14 de la ya citada Directiva 2019/790 manda a los Estados miembros disponer que, cuando una obra de arte visual esté en el dominio público, cualquier material resultante de su reproducción no esté sujeto a propiedad intelectual, a menos que sea original en la medida que sea una creación intelectual de su autor.

29

Como advierte Gemma Minero en su comentario al art. 41 LPI (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2017), varios son los medios por los que se puede obstaculizar el acceso a estas obras, como la oposición del propietario del ejemplar único de la obra, en su caso, o la aplicación de medidas tecnológicas para impedir los usos no autorizados de obras digitales. La Administración, como veremos en el apartado siguiente, puede imponer su acceso público si las declara BIC, pero dicha posibilidad está restringida a las que tengan una singular relevancia histórico-artística.

30

Una propuesta ambiciosa, en esta línea, es el Portal Digital de la Cultura Navarra regulado en el artículo 8 de la Ley Foral 1/2019, de 15 de enero, de Derechos Culturales de Navarra. La Ley manda integrar en él, con criterios de accesibilidad universal, no sólo la información de los centros de depósito cultural, sino también la relativa a los bienes integrantes del patrimonio cultural, incluyendo “visitas virtuales de aquellos lugares, edificios o espacios que se consideren de particular relevancia cultural, especialmente cuando el acceso físico a los mismos esté sujeto a restricciones específicas”. La misma Ley manda digitalizar los documentos, las colecciones y los fondos bibliográficos de archivos, museos y bibliotecas, respectivamente, así como también de los fondos documentales y bibliográficos de titularidad privada integrantes del patrimonio cultural (arts. 12 a 14) y sujeta a todas las publicaciones propias de las administraciones e instituciones públicas de Navarra a los principios de cultura libre y procomún, mediante licencias que incorporen los fundamentos del *copyfarleft* (art. 31).

ción. Menores particularidades presentan los montes, las aguas o las costas y, sin embargo, han merecido una cuidada atención del legislador especial.

Dada la inmaterialidad de las obras del ingenio de que tratamos y su afectación perpetua al uso general, deberían especificarse las técnicas y atribuirse las potestades necesarias para su protección: su investigación, su documentación, su vigilancia con legitimación a la administración cultural para combatir su apropiación²⁸ y/o su ocultación al público²⁹ y, sobre todo, la atribución a dicha administración de los medios idóneos para ponerlas a disposición del público en acceso libre y gratuito, haciendo efectivo el derecho de todos a la cultura.

Esa última es, en efecto, la principal función pública a cumplir con el dominio público intelectual: procurar el acceso del público. Y las tecnologías de la información y la comunicación hoy disponibles permitirían cumplirla de forma masiva a la par que poco gravosa para los propietarios de los soportes, con un coste relativamente bajo. La décima orientación principal de un plan de acción para la aplicación de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural de 2001, incluida en su anexo II, llama a los Estados miembros a “fomentar el acceso gratuito y universal, mediante las redes mundiales, a toda la información que pertenezca al dominio público”. Muchos centros de depósito cultural han hecho un notable esfuerzo para digitalizar sus colecciones y darles acceso telemático, pero me parece evidente que las administraciones públicas podrían –deberían– hacer mucho más para difundir el dominio público intelectual, en particular aquel cuyos soportes están en manos privadas³⁰.

En tercer y último lugar, no solo la Ley es restrictiva del dominio público, sino también parece serlo su aplicación judicial: “La jurisprudencia viene reconociendo la presunción *iuris tantum* de que las obras que se emiten en los locales o establecimientos en los que se llevan a cabo actos de difusión musical son obras en relación a las cuales la SGAE (y las restantes entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual) gestiona los derechos de sus autores”, de manera que la parte que alegue el dominio público sobre una obra deberá levantar la carga procesal de probarlo y no al revés, como hizo con éxito en el caso de la Sentencia por la que cito, la n.º 226/2019 del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Gijón, de 10 de septiembre.

Todas estas debilidades son síntomas de un problema mayor y es que nos falta construir una teoría jurídica cabal del dominio público intelectual, que sea consistente con la ampliación del campo de los bienes jurídicos que supone la teoría de los bienes culturales³¹ y capaz de integrar sus distintos componentes en un régimen jurídico común caracterizado por (1.º) su inapropiabilidad privativa y afectación al uso general³² y por (2.º) la legitimación de la Administración cultural para su guarda o tutela. En mi opinión, este

enorme caudal de bienes abierto al uso y disfrute generales no solo está formado por las obras de las que me he ocupado hasta ahora, sino que tiene dos grandes afluentes:

a) Las obras de autor cuyos derechos de explotación se han extinguido y que, por tanto, *están* en el dominio público por el paso del tiempo. A ellas es a las que se refiere el art. 41 de la Ley de Propiedad Intelectual, a las que podemos asimilar las invenciones cuya patente haya caducado.

b) Las obras, públicas o comunitarias, que están excluidas de la protección de la propiedad intelectual y *son* de dominio público por disposición legal (sea expresa o implícita). Me refiero a:

b.1) Las disposiciones generales, los actos administrativos y las resoluciones judiciales, así como sus respectivos proyectos, deliberaciones y actos preparatorios, que están excluidos de la propiedad intelectual por el art. 13 de su Ley. Tales disposiciones generales o particulares pueden expresar ideas de una forma original (e incluso literariamente bella, aunque esto cada vez ocurra menos). Pese a que su forma puede ser una creación original y a que pueden tener uno o varios autores identificables, la ley no atribuye su propiedad intelectual ni a ellos ni tampoco al Estado, sino que la excluye expresa y perpetuamente por su afectación al uso general: mientras dure su vigencia o eficacia jurídica, para preservarla, y después por razones históricas (esto es, culturales)³³.

En efecto, al uso general están afectadas las disposiciones generales en virtud del principio constitucional de publicidad de las normas (presupuesto de la sujeción de todos al ordenamiento jurídico: art. 9, aps. 1 y 3, CE) y las resoluciones judiciales en virtud del principio de publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120 CE). También los actos administrativos con carácter general, conforme al principio de transparencia, si bien existen excepciones (como los secretos oficiales o comerciales, por ejemplo) que pueden impedir el acceso a ellos de forma temporal, pero no permanente porque tienen vocación de publicidad, como patrimonio cultural que son (pues forman parte del patrimonio documental desde su misma creación, según el art. 49.2 LPHE).

b.2) Las ideas y los conocimientos, las lenguas, los usos y manifestaciones artísticas de carácter etnográfico o “patrimonio cultural inmaterial” que son creación de comunidades o pueblos, con frecuencia durante generaciones, por lo que no tienen uno o varios autores individuales identificables. Eso, de suyo, excluye su propiedad intelectual por el individualismo característico de nuestra legislación en la materia³⁴. En el Derecho internacional y en el comparado, varias son las calificaciones jurídicas que cabe dar a estas obras³⁵. El legislador español no los ha proclamado expresamente de dominio público³⁶ ni, menos aún, ha articulado para ellos un régimen especial de gestión que

31

En palabras de Luis Díez-Picazo, el Derecho de cosas tradicional se ha configurado como un “estatuto jurídico de los bienes económicos”. Consecuentemente, “sólo algunos tipos de creaciones intelectuales -no todos- se toman en consideración (...) Hay, por consiguiente, una tipicidad estricta de las creaciones intelectuales susceptibles de ser convertidas en bienes inmateriales y con ello en objeto de derechos” reales: las obras del ingenio, las invenciones industriales y los signos distintivos (DÍEZ-PICAZO, 2008). Así son las cosas en el Derecho patrimonial, pero si hablamos de Derecho sin más, incluimos el Derecho del patrimonio cultural y sumamos los derechos culturales a los derechos reales, entonces esta tipicidad necesariamente se amplía.

32

Según el *Glosario de los términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales* de la OMPI (WIPO/GRTK/IC/40/INF/7): “En general, se considera que una obra forma parte del dominio público si no existe una restricción jurídica sobre su uso por parte del público” (GLOSARIO, 2020).

33

Esta dualidad de valores se observa bien en su publicación oficial, desde que el BOE ha añadido a su colección ordinaria otra llamada *Gazeta: colección histórica*. La primera da publicidad a disposiciones y actos como condición de su eficacia, la segunda como patrimonio cultural.

34

Sin perjuicio, claro está, de la propiedad intelectual sobre las obras derivadas (art. 11 LPI) o los derechos conexos (Libro II LPI) que puedan tener ciertas personas.

35

Sobre las dificultades y la diversidad existentes en el Derecho internacional y comparado para proteger este patrimonio, pueden

verse el informe *La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: esquema de las opciones políticas y los mecanismos jurídicos* de la OMPI (PROTECCIÓN, 2004), o las consideraciones que hace Marie Cornu (CORNU, 2020).

36

La legislación de patrimonio cultural guarda silencio al respecto y la de propiedad intelectual es poco concluyente ya que, aunque parece distinguir en su artículo 129 entre las obras que están en dominio público y las obras “no protegidas”, su reunión en el mismo precepto y su análogo tratamiento podrían apoyar la tesis aquí defendida. La diferencia radicaría en que las primeras están en dominio público por el transcurso del tiempo, mientras que las segundas son de dominio público por disposición legal.

37

Una de las opciones descritas en el informe de la OMPI citado más arriba (par. 51) es el conocido modelo del “*domaine public payant*”, esto es, el dominio público oneroso (o “de pago”). Por otra parte, el Derecho español conoce otras inspiradoras manifestaciones de derechos comunitarios de explotación sobre bienes de dominio público, como ocurre con los bienes comunales en el régimen local.

38

Una de las misiones de los centros de depósito cultural es, obviamente, la difusión pública de sus colecciones en condiciones de accesibilidad, tanto en el sentido técnico como en el físico y el económico. Así lo establece, por ejemplo, el Reglamento de los Museos de Titularidad Estatal y del Sistema Español de Museos aprobado por Real Decreto 620/1987, de 10 de abril, que configura la difusión como un área básica de los museos, con la finalidad de su acercamiento a la sociedad (art. 19), y regula su visita pública con un régimen de acceso que incluye la gratuidad al menos cuatro días al mes, uno por semana (arts. 21 y 22). Por su parte, el Reglamento de Bibliotecas Públicas del Estado y del Sistema Español de Bibliotecas aprobado por Real Decreto 582/1989, de 19 de mayo, dispone el acceso siempre libre y gratuito a las bibliotecas

podiera reservar algunos derechos comunales de explotación y/o retribución a su comunidad portadora³⁷. Sin embargo y en ausencia de algún pronunciamiento legal expreso, su condición demanial puede inferirse de su exclusión de la propiedad intelectual y de algunas medidas de protección como la prevista en el art. 10 de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de las Illes Balears, cuando afirma que “Las administraciones públicas deben velar, en el ámbito de sus competencias, para que las personas que no tienen legitimación no se apropien indebidamente del patrimonio cultural inmaterial a través del reconocimiento de derechos de propiedad intelectual o industrial, ni puedan utilizar ni malversar los elementos con usos no apropiados.”

A falta de otra categoría jurídica que exprese y preserve mejor su inapropiabilidad y su puesta bajo la tutela administrativa, las ideas y los conocimientos y las creencias, las lenguas, los usos y las artes tradicionales son un dominio público afecto al uso general, como lo son el aire o el agua del mar y de los ríos.

Las reglas de acceso público a los bienes integrantes del patrimonio histórico: deberes de los propietarios y funciones de la Administración

La Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español contempla asimismo distintas reglas dirigidas a favorecer el disfrute por el público de los bienes que lo integran, habida cuenta que son “de los pueblos de España” a decir de nuestra Constitución. Y lo hace –de nuevo se nos aparece aquí el Derecho de la cultura construido sobre el Derecho económico-patrimonial– a partir de la configuración legal de la propiedad sobre las cosas que soportan tales bienes: cuando son de titularidad privada, la ley delimita el derecho de su propiedad con deberes que hagan posible el goce público de los bienes, mientras que cuando son de titularidad pública, la ley preserva tal titularidad excluyendo su privatización (art. 28.2). Y en todo caso, promueve su reunión, gestión y difusión en servicios públicos –los archivos, bibliotecas y museos– de acceso público (art. 62)³⁸.

La delimitación de la propiedad sobre los bienes declarados BIC por su singular relevancia incluye el deber de permitir no solo la inspección de la Administración de tutela del patrimonio cultural, sino también su estudio a los investigadores que lo soliciten razonadamente y su visita pública, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señaladas (art. 13.2). Sobre el cumplimiento de dicho deber apenas tenemos noticias³⁹. En el caso de los bienes muebles incluidos en el inventario general, el deber de visita pública se sustituye por el de prestarlos para exposiciones temporales por periodos de hasta un mes por año (art. 26.6).

Obviamente, estos deberes deben estar justificados en la función social de la propiedad, ser proporcionados a ella y respetar el contenido esencial de este

derecho, así como los demás derechos de las personas. Así, por ejemplo, la imposición de la visita pública de los bienes que sean domicilio de su dueño o poseedor afecta a los derechos fundamentales de la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio y, por ello, la Ley prevé que pueda ser dispensada total o parcialmente o la sustituye directamente por el préstamo a exposiciones en el caso de los bienes muebles inventariados.

Por lo demás, la vigilancia del cumplimiento de estos deberes es una función administrativa, a cuyo servicio la Administración cultural tiene legalmente atribuida la potestad inspectora, como ya se ha dicho, pero también la expropiatoria (expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, en este caso por “un uso incompatible con sus valores”: art. 37.3) y la sancionadora (art. 76.1.a). Como vemos, la Administración sí goza de autotutela para imponer el interés general sobre estos derechos de propiedad y no tiene que acudir a la tutela judicial, a diferencia de lo que hemos constatado en el epígrafe anterior respecto del art. 40 de la Ley de Propiedad Intelectual.

En el caso particular del patrimonio bibliográfico, la definición legal de este patrimonio excluye las obras literarias, históricas, científicas o artísticas de las que conste la existencia de al menos tres ejemplares en las bibliotecas o servicios públicos, que la Ley presume para todas las obras editadas a partir de 1958 (art. 50.1) porque mediante Decreto de 1957 se instituyó el depósito legal hoy regulado en la Ley 23/2011, de 29 de julio, que es una prestación patrimonial de Derecho público de ejemplares de publicaciones en cualquier soporte para “preservar el patrimonio bibliográfico, sonoro, visual, audiovisual y digital”⁴⁰.

En suma, con mayor o menor intensidad según los casos, la legislación española de patrimonio histórico⁴¹ delimita el contenido de la propiedad sobre los bienes que lo integran configurando deberes o prestaciones al servicio de la función social que cumple, que es la de permitir el disfrute público de los bienes culturales.

Nuevas perspectivas para el colectivismo: la protección del paisaje y la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial

Las últimas generaciones de leyes relacionadas con el patrimonio cultural están reequilibrando la balanza entre los intereses individuales, colectivos y públicos en torno al patrimonio cultural o, si se quiere, entre propiedad privada y patrimonio público o común. No porque ataquen ni menosprecien a la propiedad privada o a los intereses individuales, sino porque tienen por objeto nuevos conjuntos de bienes que son colectivos por naturaleza y, en consecuencia, prestan mayor atención a los intereses colectivos en torno al patrimonio y a su disfrute común, compensando en parte la postración a la

públicas del Estado (art. 18) y el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la AGE y de sus OO. PP. y su régimen de acceso, también sienta la regla general de libre acceso a los archivos incluidos en su ámbito de aplicación (arts. 23 y 26). El lector me excusará por no extenderme con todas las disposiciones autonómicas concordantes.

39

Salvo alguna, en el sentido mediático del término, provocada por la resistencia a permitir el acceso al Pazo de Meirás (declarado BIC con la categoría de sitio histórico mediante Decreto 229/2008, de 30 de diciembre, de la Xunta de Galicia) por parte de sus propietarios, lo que parece ser que provocó la imposición de una multa administrativa (https://elpais.com/ccaa/2017/09/09/galicia/1504967090_153564.html).

40

Para las películas cinematográficas, el apartado 2º del mismo precepto rebaja a uno el número de ejemplares, el mismo que el artículo 6.2 de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine obliga a los beneficiarios de ayudas públicas a entregar a la Filmoteca Española y, en su caso, a las filmotecas de las comunidades autónomas.

41

Aquí me he hecho eco de la legislación estatal porque el análisis de la autonómica extravasaría el propósito y las dimensiones de este estudio.



Versatilidad del paisaje: vista desde la logia de Son Marroig (Mallorca) | foto ubacher49

42

Como afirmó la seminal STC 102/1995, de 26 de junio, la de paisaje es “una noción estética, cuyos ingredientes son naturales -la tierra, la campiña, el valle, la sierra el mar- y culturales, históricos, con una referencia visual, el panorama o la vista”, por lo que “no es sólo una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinto en cada época y cada cultura” (FJ 6º).

43

El paisaje ha sido protegido con una ley específica en Cataluña (Ley 8/2005, de 8 de junio), Galicia (Ley 7/2008, de 7 de julio) y Cantabria (Ley 4/2014, de 22 de diciembre). En el resto de comunidades autónomas, su protección se distribuye por la legislación de ordenación territorial y urbanística, de evaluación ambiental, de espacios naturales y/o de patrimonio histórico.

que los había relegado nuestro ordenamiento por razones históricas que ya he expuesto. Y por ello mismo, están dotando de mayor protagonismo y de nuevos contenidos a las dimensiones prestacional y participativa del derecho a la cultura.

Es el caso de los paisajes, cuya relevancia jurídica ha impulsado el Convenio Europeo del Paisaje, que España firmó en 2000 pero no ratificó hasta siete años después. El Convenio de Florencia proclama en su preámbulo que “el paisaje contribuye a la formación de las culturas locales y que es un componente fundamental del patrimonio natural y cultural europeo” y apuesta seguidamente por una concepción del paisaje no jerarquizada e integradora de naturaleza y cultura, cuando lo define en su artículo 1.º como “cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos”. Con independencia de cuáles sean los elementos -naturales y/o artificiales- que lo formen, el paisaje se define como una percepción colectiva y es, por tanto, un concepto cultural⁴². Un concepto sutil que completa nuestra idea de la cultura-medio, hasta ahora enclavada en monumentos, sitios y conjuntos pero ahora desplegada por “cualquier parte del territorio”.

No es este el lugar para analizar el desarrollo legislativo que se está dando a esta nueva sensibilidad cultural hacia el territorio⁴³. Baste recordar, por ejem-



Versatilidad del paisaje: alineación de fachadas en El Cabanyal (Valencia) | foto Javi Vte Rejas

plo, que todo plan, programa o proyecto que pueda tener efectos significativos sobre el medio ambiente –y, en particular, los de ordenación territorial y urbanística– debe someterse a una evaluación ambiental que deberá considerar, entre otros factores, “el paisaje [y] los bienes materiales, incluido el patrimonio cultural”, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, y que el procedimiento para llevar a cabo dicha evaluación es decididamente plural y participativo.

La legislación del patrimonio cultural inmaterial, en segundo lugar, ha ampliado esta nueva perspectiva. Y su impulso se debe también a un instrumento internacional, en este caso la Convención de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003, pero que España ha ratificado y desarrollado en su Derecho interno con relativa celeridad, mediante la aprobación de la Ley estatal 10/2015, de 26 de mayo, y alguna ley autonómica⁴⁴.

En mi opinión –que ya expuse con mayor detenimiento en 2005– el rasgo genuinamente característico del patrimonio cultural llamado “inmaterial” no es tal inmaterialidad, sino el carácter colectivo o difuso de los bienes que lo integran⁴⁵. De forma similar, Marie Cornu sostiene que este término de patrimonio inmaterial casa mal con la realidad que nos ocupa, que comprende elementos materiales, mientras que es la colectividad quien lo constituye, quien lo instituye como patrimonio, quien le da su unidad (CORNU, 2020).

44

Como la Ley 18/2019, de 8 de abril, de Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de las Illes Balears, ya citada más atrás.

45

Así lo define el artículo 8.1.c) de la Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha: “Manifestaciones culturales vivas asociadas a un grupo humano y dotado de significación colectiva”. Y el Plan Nacional de Salvaguarda del PCI adopta igualmente una definición “en la que el patrimonio cultural inmaterial es toda manifestación cultural viva asociada a significados colectivos compartidos y con raigambre en una comunidad. (...) Es un patrimonio inherente a la comunidad portadora y como consecuencia puede considerarse el ethos de un pueblo” (PLAN, 2015: 7).

46

De ahí que la ley balear citada dos notas atrás acierte a proclamar como principio “la consideración de la dimensión cultural inmaterial de los bienes muebles e inmuebles que sean objeto de protección como bienes culturales” [art. 8 i)].

Es un error contraponer un patrimonio cultural “material” a otro “inmaterial”, como se desprende de la Convención de la UNESCO para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial de 2003 y la legislación española (la Leyes 6/1985 y 10/2015). Prefiero la aproximación integradora de la Constitución española de 1978 y del Convenio de Faro de 2005 sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad, por ejemplo. Como reconoce el erudito preámbulo de la Ley 10/2015, “en esencia, en todos los bienes culturales hay un componente simbólico no tangible y ... la imbricación entre lo material e inmaterial es profunda y, en muchos casos, inescindible.” Paradójicamente, esta inescindibilidad de la materia se da en algunas manifestaciones del patrimonio “inmaterial”, como el Misteri d’Elx o la Plaza Jemaa el Fna de Marrakech, más intensamente que en otras del patrimonio “material”, como la literatura o la música protegidas por el patrimonio bibliográfico.

Todo el patrimonio cultural es inmaterial y público, decía más atrás recordando la conocida doctrina de Giannini. Es inmaterial como concepto de valor, si bien todo él se expresa o relaciona con soportes materiales. Quienes afirman que la diferencia específica de un determinado conjunto patrimonial es su inmaterialidad, condenan al resto del patrimonio cultural a una materialidad que lo desmerece⁴⁶. Y es “de los pueblos de España”, por lo que puede afirmarse que es público: si no en el sentido de su titularidad dominical, sí al menos como objeto de disfrute general. Pues bien, lo característico o singular de estos bienes que reunimos en el subconcepto de “patrimonio cultural inmaterial” es que, además, no son la obra de uno o un número determinado de autores, sino la creación colectiva de un pueblo o una comunidad, habitualmente durante generaciones. Y eso favorece que sean particularmente dinámicos y que sus expresiones sensibles o materiales sean múltiples.

Tanto la Convención como la Ley reconocen este rasgo (aunque admitan la posibilidad excepcional de alguna manifestación individual) cuando lo definen como “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”. Y como expone el preámbulo de la Ley española, “los bienes inmateriales también poseen un ‘locus’ espacial, pero éste puede presentar ámbitos y alcances más difusos en tanto en ellos prima la comunidad portadora de las formas culturales que los integran, así como su carácter dinámico y su capacidad de ser compartido”.

En efecto, este carácter colectivo o difuso explica que “se transmit[a] de generación en generación” y que sea “recreado constantemente por las comunidades y grupos”, como acierta a exponer a continuación la Convención y provoca que tanto su declaración como su gestión deban ser necesaria-

mente procesos participativos. A tenor de lo dispuesto en el art. 15 de la Convención: “En el marco de sus actividades de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, 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.”

Esta idea inspira asimismo el Convenio Marco del Consejo de Europa sobre el Valor del Patrimonio Cultural para la Sociedad celebrado en Faro el 27 de diciembre de 2005, en cuyo preámbulo los Estados signatarios se declaran “convencidos de la necesidad de lograr que toda la sociedad participe en el proceso continuo que supone la definición y gestión del patrimonio cultural” y se obligan, en consecuencia, en su art. 12 a impulsar la participación de todos “en el proceso de determinación, estudio, protección, conservación y presentación del patrimonio cultural”. Nótese, además, que el Convenio de Faro no se aplica solo al patrimonio cultural “inmaterial” sino que proyecta su voluntad socializadora sobre todo el patrimonio cultural, sobre la base de su reconocimiento de “la necesidad de que la persona y los valores humanos ocupen un lugar central dentro de un concepto más amplio e interdisciplinar de patrimonio cultural”. El Convenio reemplaza a las cosas por las personas en el núcleo axiológico del concepto de patrimonio cultural.

La Ley española de 2015 también proclama la participación como un principio en su art. 3 d) (“con el objeto de respetar, mantener e impulsar el protagonismo de los grupos, comunidades portadoras, organizaciones y asociaciones ciudadanas en la recreación, transmisión y difusión del patri-



Forma y materia en el patrimonio cultural llamado inmaterial: flamenco | foto Instituto Cervantes de Tokio



Forma y materia en el patrimonio cultural llamado inmaterial: festival de los patios de Córdoba | foto Susana Herreros

monio cultural inmaterial”), si bien solo lo desarrolla en algunas reglas específicas que garantizan la participación ciudadana en el procedimiento de declaración de manifestación representativa del patrimonio cultural inmaterial. Esta participación puede formalizarse en la iniciativa de la declaración mediante una “petición motivada” (sin perjuicio de que el procedimiento siempre se inicie de oficio) y debe además sustanciarse en un trámite preceptivo de audiencia pública (art. 12.4). Así que la Ley determina las formas de participación activa de las “comunidades portadoras del bien” en la declaración de las manifestaciones representativas, pero no en su gestión, como hemos visto que también proponían tanto la UNESCO como el Consejo de Europa.

Y es que la protección de estas manifestaciones del patrimonio cultural no se limita a las técnicas tradicionalmente utilizadas con el patrimonio inmueble y mueble del patrimonio histórico, que hemos visto que descansan en buena medida en la imposición de deberes o prestaciones a los propietarios de las cosas y la atribución de potestades de vigilancia y control a las administraciones públicas. Estas técnicas sirven asimismo para la salvaguardia de este patrimonio (art. 4), pero su carácter difuso exige complementarlas con otras de carácter prestacional (servicios públicos) y de fomento (subvenciones, ayudas y beneficios fiscales) para la investigación, la documentación, la difusión, la transmisión y la promoción de sus manifestaciones y la educación y sensibilización a la población sobre su valor (art. 6 a 8). Pero la Ley apenas concreta estos mandatos, cuya determinación remite a un ins-

trumento de planificación: el Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (art. 13).

El Plan va mucho más allá que la Ley al considerar la participación de las comunidades puesto que la trata no ya como preceptiva, sino también vinculante: “La decisión y opinión de la colectividad portadora debe ser premisa ineludible y previa a cualquier iniciativa. El patrimonio inmaterial no es conservable ni reproducible más que por sus propios protagonistas, que son sus titulares, debiendo decidir ellos sobre el cambio o la permanencia de sus manifestaciones. De ahí que toda política cultural vinculada a la salvaguarda del PCI deba ser debatida con y aceptada por las personas creadoras y portadoras de sus manifestaciones” (p. 28). El plan es solo un instrumento ejecutivo carente de eficacia normativa, lo que rige es la Ley. Pero las enfáticas proclamaciones acerca de la titularidad colectiva y el derecho de participación de las comunidades hechas en los convenios internacionales y desarrolladas en el plan pueden servir de parámetro interpretativo de la Ley, para entender (1.º) que el trámite de audiencia a las comunidades portadoras es esencial en los procedimientos administrativos sobre declaración y gestión de manifestaciones del PCI, por lo que su omisión o defectuosa sustanciación podría acarrear su nulidad, y (2.º) que su resultado limita el margen de apreciación de la Administración para resolver, aspectos ambos controlables por los jueces.

En suma, el patrimonio cultural “inmaterial” plantea radicalmente al Derecho varios retos que no son por completo nuevos, pero tampoco están por completo resueltos aún. Me voy a centrar aquí en los retos que plantean los sujetos, el objeto y el contenido de los derechos subjetivos sobre dicho patrimonio, porque esa es la perspectiva específica de este estudio, pero otro tanto cabría hacer con las potestades administrativas para su salvaguardia (la distribución de competencias, su carácter discrecional o reglado, etc.).

El primero es que los titulares del patrimonio no son los individuos, sino colectivos o grupos que conforman una comunidad cultural. Que no solo los individuos sino también los grupos en los que se integran tienen derechos es algo que ya proclama el art. 9.2 de nuestra Constitución. El Derecho debe reconocer capacidad y legitimación para ciertas relaciones jurídicas a comunidades carentes de personalidad jurídica. El Derecho económico –siempre por delante– lo tiene ampliamente institucionalizado y practicado (las UTE, las comunidades de bienes), pero el Derecho de la cultura no tanto. Además, atribuir capacidad jurídica a una comunidad cultural exige afrontar los problemas de la indeterminación, el pluralismo y la variabilidad del colectivo de individuos que la forma. Se comprende, así, que le resulte más fácil a nuestro legislador reglar la participación puntual de dichas comunidades en el procedimiento administrativo de declaración de una manifestación representativa, que su participación continuada en su gestión y en las responsabilidades de ella derivadas.

Ya he defendido más atrás que las ideas y los conocimientos, los usos y tradiciones, las lenguas o las manifestaciones del folclore son -hoy por hoy, en España- un dominio público afectado al uso general.

En segundo lugar, tampoco está exenta de problemas la identificación de las manifestaciones representativas del PCI, puesto que son asimismo complejas y evolutivas. El acto administrativo de su declaración produce un efecto jurídico de fijación que se aviene mal con su mutabilidad y que podría alterarla. Y el tercer reto ya ha quedado también apuntado y es que el título jurídico de las comunidades sobre las manifestaciones no es patrimonial, sino cultural. En efecto, esas comunidades no tienen sobre los bienes un derecho de propiedad ni ningún otro derecho real⁴⁷, sino un derecho a la cultura cuyas concretas facultades de libertad, de prestación y de participación, como vemos, todavía no están perfectamente configuradas. ¿Cómo ejercen los individuos su libertad de pertenecer o no a una comunidad?, ¿pueden las comunidades impedir u oponerse eficazmente a las falsas atribuciones de autoría y a las deformaciones, las alteraciones o los atentados contra la manifestación de que se trate?, ¿deben poder obtener alguna retribución de su explotación por terceros? y ¿cómo participan en la gestión de las acciones administrativas de salvaguardia? Cuestiones espinosas que suscitan los principios y derechos que proclaman las leyes que las evitan responder.

Llegados a este punto de la exposición, ya podemos recapitular que estos nuevos regímenes legales (de los paisajes y del patrimonio cultural inmaterial) complementan a los anteriores y más consolidados históricamente (de la propiedad intelectual y el patrimonio histórico), perfeccionan la concepción necesariamente holística de la cultura y confirman algo que he reiterado en este trabajo: que, a diferencia del orden económico, en el orden cultural los individuos y la comunidad no compiten ni se excluyen por la apropiación de los recursos, sino que participan variablemente en su creación y colaboran de forma plural en su conservación y enriquecimiento.

Ahora bien, estos novedosos regímenes legales también están cuajados de incertidumbres y de riesgos, porque el paisaje y el patrimonio cultural “inmaterial” son bienes tan complejos y sutiles como vulnerables. Nuestro deber es apuntarlos igualmente: la protección del paisaje –es decir, del territorio como percepción– no debe caer en el puro esteticismo contemplativo ni contribuir a que nuestra sociedad urbana siga alienándose del territorio como hábitat, mientras que la protección del patrimonio cultural “inmaterial” debe evitar los riesgos de fosilizarlo, de sacralizarlo o de desnaturalizarlo al servicio de intereses económicos (turísticos) o políticos (patriótico-nacionalistas) antes que culturales. Una vez más, la autonomía de la cultura en peligro. Pero eso ya es materia para otros trabajos.

BIBLIOGRAFÍA

- AMOEDO SOUTO, C. A. (2014) El derecho de acceso a la cultura en España: diagnóstico y propuestas de estrategia jurídica. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, 2014, pp. 295-327
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) (2017) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2017
- BONDÍA ROMÁN, F. (2013) Propiedad intelectual y docencia universitaria. *Revista Actualidad Civil*, n.º 5, 2013
- CARBONNIER, J. (1974) *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*. Trad. de Luis Díez-Picazo. Madrid: Tecnos, 1974
- CAVANILLAS MÚGICA, S. (2012) Propiedad intelectual y ciencia en la Ley de Economía Sostenible y en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 41, 2012, pp. 13-36
- CORNU, M. (2020) À qui appartient le patrimoine culturel inmatériel? En CSERGO, J.; HOTTIN, C.; SCHMIT, P. (dir.) *Le patrimoine culturel inmatériel au seuil des sciences sociales*. París: Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2020
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. III. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*. 5ª ed. Madrid: Civitas, 2008
- GARCÍA CÍVICO, J. (2009) ¿Emanciparse de qué? Truffaut de madrugada. Fundamento, obstáculos y eficacia del derecho de acceso a la cultura. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 12, 2009, pp. 29-69
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981) La significación de las libertades públicas para el Derecho administrativo. *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 1, 1981
- GIANNINI, M. S. (1976) I beni culturali. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, anno XXVI, 1976, pp. 3-38
- GLOSARIO de los términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales (2016) [en línea] Ginebra: OMPI, 5 de diciembre de 2016 <https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=360536> [Consulta: 22/06/2020]
- HÄBERLE, P. (1982) *Kulturstaatllichkeit und Kulturverfassungsrecht*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1982
- LOZANO HERRERO, B. (2019) El Convenio de Faro: Perspectivas para la aplicación de la participación social en el estudio y defensa del patrimonio inmaterial. *Revista de Estudios Europeos*, n.º 73, 2019, pp. 148-163
- PIZZORUSSO, A. (1984) Los principios de protección de la persona y del ambiente. La "Constitución cultural". Capítulo XIII. En *Lecciones de Derecho constitucional*. Vol. 1. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984
- *PLAN Nacional de Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial* (2015) [en línea] Madrid: Secretaría General Técnica, Subdirección General de Documentación y Publicaciones, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2015 <<https://sede.educacion.gob.es/publiventa/plan-nacional-de-salvaguarda-del-patrimonio-cultural-inmaterial/patrimonio-historico-artistico/20710C>> [Consulta: 22/06/2020]
- PRIETO DE PEDRO, J. (1995) *Cultura, culturas y Constitución*. 2ª reimp. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995
- PRIETO DE PEDRO, J. (2002) Cultura, economía y Derecho, tres conceptos implicados. Pensar Iberoamérica. *Revista de cultura* [en línea], n.º 1, 2002 <<https://www.oei.es/historico/pensariberoamerica/ric01a04.htm>> [Consulta: 18/06/2020]
- *La PROTECCIÓN de las expresiones culturales tradicionales/ expresiones del folclore: esquema de las opciones políticas y los mecanismos jurídicos* (2004) [en línea] Ginebra: OMPI, 27 de agosto de 2004 <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_7/wipo_grtkf_ic_7_4.pdf> [Consulta: 22/06/2020]
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2005) La propiedad intelectual como propiedad temporal. En RAGEL SÁNCHEZ, L. F.; ROGEL VIDE, C. (coord.) *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*. Madrid: Reus, 2005, pp. 17-32
- RAMS ALBESA, J. (2005): Las obras en dominio público. En ROGEL VIDE, C. (coord.) *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*. Madrid: Reus, 2005, pp. 165-185.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.; BONDÍA ROMÁN, F. (1997) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Civitas, 1997
- ROGEL VIDE, C. (2005) A modo de apéndice: argumentos a favor de la perpetuidad de la propiedad intelectual. En RAGEL SÁNCHEZ, L. F.; ROGEL VIDE, C. (coord.) *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*. Madrid: Reus, 2005, pp. 325-335
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2013) La relación entre cultura y mercado en el Derecho de la Unión Europea: de la excepción a la diversidad cultural. *Cuadernos de Derecho de la cultura*, n.º 2, 2013
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2005) La protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial. *Museos.es* [en línea], n.º 1, 2005 <<http://www.culturaydeporte.gob.es/dam/jcr:316434b1-cfda-4014-8b25-4b5cdb2073df/s2-7proteccionjuridica.pdf>> [Consulta: 20/06/2020]
- VAQUER CABALLERÍA, M. (1998) *Estado y cultura. La función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1998