

Apropiación cultural y moda

Cultural appropriation and fashion

MARÍA DEL MAR MAROÑO GARGALLO
Profesora titular de Derecho Mercantil
Universidad de Santiago de Compostela
ORCID ID: 0000-0003-1080-307X

Recibido: 14.12.2024 / Aceptado: 15.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9340

Resumen: La inspiración en otras culturas para el diseño de productos en el sector de la moda ha provocado, en ocasiones, acusaciones de apropiación cultural. En este trabajo se revisan las distintas medidas adoptadas en la protección de las expresiones culturales tradicionales en el Derecho comparado e internacional, para luego examinar la normativa aplicable en el Derecho español. En particular, se analiza en qué medida la regulación de derechos de propiedad industrial, como las marcas, el diseño industrial o las indicaciones geográficas protegidas, puede ser de interés para fortalecer su protección.

Palabras clave: moda, patrimonio cultural, expresión cultural tradicional, folclore, derecho de autor, marcas, diseño industrial, indicación geográfica.

Abstract: The inspiration in other cultures for the design of products in the fashion sector has sometimes led to accusations of cultural appropriation. This paper reviews the different measures adopted for the protection of traditional cultural expressions in comparative and international law, and then examines the regulations applicable in Spanish law. In particular, it analyses to what extent the regulation of industrial property rights, such as trademarks, industrial design or protected geographical indications, may be of interest to strengthen their protection.

Keywords: fashion, cultural heritage, traditional cultural expression, folklore, copyright, trademark, design, geographical indication.

Sumario: I. Introducción. II. Las expresiones culturales tradicionales. III. La protección específica para las expresiones culturales tradicionales en el Derecho comparado e internacional. 1. Medidas de protección establecidas en otras jurisdicciones. 2. Medidas de protección en convenios internacionales IV. La protección de las expresiones culturales tradicionales en el Derecho español. 1. Las expresiones culturales tradicionales ante el Derecho de autor 2. Otras medidas de protección. V. Derechos de propiedad industrial y expresiones culturales tradicionales. 1. Las expresiones culturales tradicionales ante la normativa de marcas. 2. Posibilidades de protección a través de la figura del diseño industrial. 3. La opción de acudir a las normas sobre indicaciones geográficas protegidas.

*Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-112707GB-I00, Moda y bienes inmateriales, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

I. Introducción

1. La ropa con que nos vestimos y los accesorios con los que decidimos complementar nuestra apariencia, son un reflejo de nuestros gustos y, en definitiva, de nuestra personalidad. Pero nuestra elección se ve en gran medida condicionada por el entorno en el que nos movemos: el geográfico, el laboral y, sobre todo, el social y cultural. Porque los conocimientos, las costumbres y usos con los que hemos sido criados, en la colectividad en la que nos integramos, tienen una clara impronta en nuestra vida y, como no podía ser de otra manera, en nuestra forma de vestir.

2. Tales costumbres y usos no constituyen, sin embargo, un compartimento estanco sino algo vivo y en continua evolución que puede verse enriquecido también por el conocimiento de otras culturas. En épocas pasadas, en las que las dificultades en la comunicación y el transporte limitaban los intercambios, se advierte la existencia de influencias entre culturas geográficamente alejadas, propiciadas por las rutas comerciales (piénsese, por ejemplo, en la importancia de la llamada “Ruta de la seda” entre oriente y occidente), que también tuvieron su impacto en el mundo de la moda¹. Este intercambio cultural se ha multiplicado en la actualidad, dados los avances en materia de comunicaciones, propiciando un fenómeno de globalización y flujo cultural determinante de que las tendencias en el vestir tiendan a ser coincidentes en una gran parte del planeta; con empresas de moda que ofertan sus productos en varios continentes, en consonancia con un comercio y unos medios de comunicación y publicidad que fácilmente pueden llegar a casi cualquier parte.

3. Pero ese intercambio cultural o, más bien, esa toma de inspiración en culturas ajenas a la propia ha provocado, en ocasiones, las quejas de la comunidad de origen por determinadas conductas. Hay que tener en cuenta que el sector de la moda tiene gran importancia económica y es altamente competitivo, ofertando un tipo de productos donde la apariencia juega un papel fundamental y cuyos diseños necesita renovar constantemente, dada la costumbre de presentar colecciones nuevas cada año. Los diseñadores han de buscar, así, inspiración para dar fruto a su creatividad y a veces la encuentran en otras culturas ajenas a su entorno inmediato. Y si bien ello podría ser considerado como un homenaje, hecho de forma respetuosa, una influencia intercultural o una puesta en valor de culturas que resultarían “exóticas” a los ojos del ciudadano de otras partes del mundo, semejante práctica puede resultar molesta para los miembros actuales de la comunidad originaria de tal fenómeno cultural, al considerar que se está produciendo un aprovechamiento, o incluso un uso inadecuado de una manifestación de su cultura. Se han alzado entonces voces acusadoras de lo que se ha venido a denominar una apropiación cultural indebida.

4. Llamativos son algunos supuestos reales de los que se han hecho eco los medios de comunicación. En unos casos, destaca especialmente la circunstancia de que el uso comercial realizado puede resultar ofensivo para los sentimientos de la colectividad de origen de la práctica (ya sea porque se ofrece una imagen estereotipada de esa cultura o porque se usan elementos con un valor espiritual o religioso fuera de contexto, con lo que tal uso resulta ofensivo). Ejemplificativo de este tipo de situaciones fue, por ejemplo, lo ocurrido en el año 2013 cuando la firma *Nike* sacó al mercado unos *leggings* deportivos femeninos con patrones que reproducían los diseños de unos tatuajes tradicionales de Samoa que reciben el nombre de *pe'a*. Teniendo en cuenta que portar tales patrones sirve para transmitir un mensaje específico dentro de la comunidad de origen, la opinión pública pronto puso de manifiesto que tal comercialización constituía un uso ofensivo; lo que desembocó en que *Nike* los retirase del mercado y emitiese una disculpa². Similarmente, en el año 2017, la casa *Chanel* puso a la venta, en su colección

¹ *Vid.*, al respecto, B. Pozzo, “Fashion between Inspiration and Appropriation”, *Laws* 2020, 9 (1), 5, pp. 3 y 4, quien destaca no sólo la influencia que tuvo en Europa la cultura oriental, empezando por el uso de materiales como la seda, sino también del fenómeno contrario, en el que oriente recibió la influencia de la cultura occidental.

² *Vid.* B. VÉZINA, “Frenar la apropiación cultural en la industria de la moda mediante la propiedad intelectual”, *Revista de la OMPI*, 4/2019, accesible en https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2019/04/article_0002.html; “Nike Tattoo Leggings Pulled After Deemed Exploitative of Samoan Culture”, *Huffpost*, 15 de Agosto de 2013, en https://www.huffpost.com/entry/nike-tattoo-leggings_n_3763591 (último acceso: diciembre 2024)

de accesorios de primavera-verano, un bumerán de madera con el logotipo de la firma y un precio correspondiente a un producto de lujo; venta por la que también acabó pidiendo disculpas. Y ello porque la comunidad australiana usó las redes sociales para mostrar su rechazo ante lo que se calificó como una apropiación cultural, señalando sentirse humillada y ofendida ante un uso como artículo de lujo de lo que para los aborígenes constituía, en realidad, un arma de supervivencia³.

5. En otros casos, directamente se invoca que la comercialización de productos que incorporan elementos que constituyen manifestaciones culturales suponen una apropiación indebida en cuanto ese uso se hace sin retorno económico equitativo para la comunidad de origen⁴ o, en todo caso, sin mencionar y, por tanto, atribuir el crédito de esa creación a la comunidad originaria. Así, el Estado Mexicano ha manifestado en varias ocasiones su rechazo frente a firmas de moda que, en su opinión, realizaron conductas de apropiación cultural: por ejemplo en 2019 a la casa de moda Carolina Herrera, acusándola de reproducir patrones identitarios de comunidades indígenas para la colección Resort 2020; señalando que tales bordados pertenecían a la comunidad otomí en Tenango de Doria, Hidalgo, mientras que otros serían típicos del istmo de Tehuantepec, Oaxaca, o que una camisa a rayas tomaba el estilo del sarape de Saltillo⁵. Y acusaciones de apropiación cultural también fueron realizadas por el Estado mexicano en 2021 a las casas Zara, Anthropologie y Patowl⁶, o a Shein en 2022⁷.

6. Con tales antecedentes, y más allá de que las firmas de moda puedan decidir voluntariamente adaptar o modificar su conducta ante el poder de la opinión pública, a fin de evitar un daño de imagen o reputacional, la cuestión a dirimir es si esas expresiones culturales reciben protección jurídica ante su comercialización. En particular, si ese comportamiento lo realizan sujetos ajenos a la colectividad en la que la expresión cultural se ha desarrollado; teniendo presente que en este sector tales conductas se suelen materializar mediante la reproducción de elementos tridimensionales (como artesanías), de diseños (patrones y estilos), o incluso mediante la reproducción de signos alusivos a una determinada cultura. A tal efecto, tras delimitar el objeto de la protección (epígrafe II), y perfilar las distintas medidas adoptadas en Derecho comparado y en el plano internacional (epígrafe III); se examinará si estas expresiones culturales reciben algún tipo de protección en el Derecho español (epígrafe IV) y, en particular, en qué medida la regulación de derechos de propiedad industrial, como las marcas, el diseño industrial o las indicaciones geográficas protegidas, puede ser de interés para fortalecer su protección (epígrafe V).

³ Vid., “Chanel se ve obligada a pedir perdón por su bumerán de postre”, *La Vanguardia*, 16 de mayo de 2017, en <https://www.lavanguardia.com/de-moda/moda/20170516/422623324226/chanel-bumeran-indigna-comunidad-australiana.html> (último acceso: noviembre 2024). Cabe citar igualmente las acusaciones de apropiación cultural que se han formulado en varias ocasiones respecto a los desfiles de Victoria’s Secret, vid. HARPER’S BAZAAR SINGAPORE TEAM, “Victoria’s Secret Is Being Accused Of Cultural Appropriation Yet Again”, *Harper’s Bazaar Singapore* en <https://www.harpersbazaar.com.sg/fashion/victorias-secret-cultural-appropriation-native-american> o S. HELLER, “Every time Victoria’s Secret has been accused of cultural appropriation in its annual fashion show”, *Business Insider*, 27 de noviembre de 2017, en <https://www.businessinsider.com/victorias-secret-fashion-show-accused-cultural-appropriation-2017-11> (último acceso: diciembre 2024).

⁴ Se advierte que, o no existe tal retorno o, si existe, resulta ínfimo comparado con el que obtiene la empresa que realiza la conducta de apropiación cultural. Vid. B. Pozzo, “Fashion between Inspiration and Appropriation”, cit., p. 8

⁵ Vid. V. FRIEDMAN, “Carolina Herrera: ¿apropiación cultural u homenaje?”, *The New York Times*, 13 de junio de 2019, en <https://www.nytimes.com/es/2019/06/13/espanol/cultura/carolina-herrera-disenos-mexicanos.html> (último acceso: diciembre 2024).

⁶ Vid., F. RODRÍGUEZ CEBALLOS, “México pide explicación a Zara, Anthropologie y Patowl por apropiación cultural en diseños textiles”, *Fashion Network*, 31 de mayo de 2021, en <https://es.fashionnetwork.com/news/Mexico-pide-explicacion-a-zara-anthropologie-y-patowl-por-apropiacion-cultural-en-disenos-textiles,1306387.html#chanel> (último acceso: diciembre 2024). Y el Comunicado de la Secretaría de cultura, de 28 de mayo de 2021, “La Secretaría de Cultura pide explicación a las marcas Zara, Anthropologie y Patowl por apropiación cultural en diversos diseños textiles” en <https://www.gob.mx/cultura/prensa/la-secretaria-de-cultura-pide-explicacion-a-las-marcas-zara-anthropologie-y-patowl-por-apropiacion-cultural-en-diversos-disenos-textiles> (último acceso, noviembre de 2024).

⁷ A. MARES, “El Gobierno de México señala nuevamente a Shein por apropiación de diseños indígenas”, *Fashion Network*, 10 de julio de 2023, en <https://es.fashionnetwork.com/news/El-gobierno-de-mexico-senala-nuevamente-a-shein-por-apropiacion-de-disenos-indigenas,1535037.html#chanel>; AFP, “México protesta por el uso de un motivo maya por parte de Shein”, *Fashion Network*, 21 de julio de 2022, en <https://es.fashionnetwork.com/news/Mexico-protesta-por-el-uso-de-un-motivo-maya-por-parte-de-shein,1426079.html#chanel> (último acceso: noviembre 2024).

II. Las expresiones culturales tradicionales

7. El papel más activo en demandar una protección específica para este tipo de expresiones culturales ha partido de países que cuentan con comunidades tradicionales o pueblos indígenas, a la par que han luchado por obtener el reconocimiento de una protección eficiente en relación con sus recursos genéticos y conocimientos tradicionales⁸. Y en el contexto de esa búsqueda, la realidad es que la diversidad de textos normativos y trabajos de organizaciones internacionales en la materia⁹, revelan que no hay una única expresión consensuada para referirse a este tipo de expresiones, utilizándose términos como «expresiones del folclore»¹⁰, “expresiones culturales tradicionales”¹¹ o “cultura tradicional y popular”¹², entre otros.

8. Además, tampoco hay una definición única sobre la realidad a proteger¹³. Sin embargo, hay una serie de características que son concurrentes. En primer lugar, se trata de expresiones culturales que pueden ser de distinta naturaleza: desde melodías, danzas, instrumentos musicales, nombres, símbolos, narraciones populares, mitos, dibujos, pinturas, y un largo etcétera en el que también se incluyen, por lo que aquí interesa, las artesanías, incluyendo joyería, costura, textiles y los diseños y “estilos” que en ellas se incorporan. Tales expresiones culturales, además, son fruto de una actividad intelectual creadora, aunque lo normal es que no se pueda identificar a un autor concreto. Ello es así, porque son el resultado de una tradición que ha pasado de generación en generación, en ocasiones mejorándose o adaptándose con el paso del tiempo, por lo que forman parte del patrimonio cultural de esa comunidad o colectivo, siendo expresión de su identidad; aunque, en realidad, constituyen una tradición todavía

⁸ En esa búsqueda de protección se inscriben instrumentos como el Convenio de la ONU sobre diversidad biológica de 1992, entre cuyos objetivos está la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos (arts. 1 y 15), y el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre diversidad biológica, de 2014 [al respecto, *vid.* J. FRAMINÁN SANTAS, “Biodiversidad y propiedad intelectual sobre recursos genéticos”, en A. GARCÍA VIDAL (Dir.), *Derecho de las obtenciones vegetales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2017, pp. 179 a 229 (p. 181 y ss.)]; y cuyo último hito lo constituye el Tratado de la OMPI sobre propiedad intelectual, los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados, de 24 de mayo de 2024, con el establecimiento de un requisito de divulgación del país de origen o de la fuente de los recursos genéticos y, en particular, cuando la invención reivindicada en una solicitud de patente esté basada en conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, de divulgación de los pueblos indígenas o la comunidad local que proporcionaron los conocimientos tradicionales (at. 3).

⁹ Como la UNESCO o la OMPI, y particularmente, en el caso de esta última, a través de la labor desempeñada por el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore.

¹⁰ *Vid.* el artículo 2 de las “Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageable de la OMPI y la Unesco de 1982 (https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000220160_fre; último acceso noviembre 2024); o el art. 2, n° 15 de la Ley n° 64, de 10 de octubre de 2012, sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Panamá, (Gaceta Oficial de 10 de octubre de 2012), disponible en: <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/pa/pa043es.pdf>. (último acceso noviembre 2024). Si bien, el término “folclore” ha despertado sentimientos de rechazo por parte de comunidades indígenas, al considerar que puede transmitir ideas peyorativas, *vid.* BLAKE, *Safeguarding intangible cultural heritage. A practical interpretation of the 2003 UNESCO Convention*, Cheltenham (UK), Edward Elgar, 2023, p. 47.

¹¹ *Vid.* OMPI, *Proyecto actualizado de análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales tradicionales* (WIPO/GRTKF/IC/37/7). En el ámbito de los trabajos desarrollados en la OMPI, se advierte de que los términos “expresiones culturales tradicionales” y “expresiones del folclore” se emplean como sinónimos intercambiables, sin que con ello se pretenda sugerir un consenso entre los Estados miembros de la OMPI respecto a la validez de estos u otros términos, y sin afectar o limitar el uso de otros términos en legislaciones regionales o nacionales. OMPI, *Glosario de los términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales*, 27 de junio de 2023, WIPO/GRTKF/IC/SS/GE/23/INF/4, p. 45

¹² *Vid.* la Resolución de la UNESCO, aprobada en la 32a. sesión plenaria, el 15 de noviembre de 1989, Actas de la Conferencia General, 25ª reunión, París, 16 de noviembre de 1989. Y R. RICIFARI, “Espressioni culturali tradizionali e fashion industry: vecchie questioni e nuove prospettive suggerite dagli standard di corporate social responsibility”, en: N. LANNA (Ed.), *Fashion Law. Diritti e prassi nell'industria della moda tra tradizione e innovazione*, Milan, Wolters Kluwer, 2021, pp. 361 a 391 (p. 363).

¹³ Sobre esta variedad de términos, M. KÜPPERS, *Challenging the public domain. Protection of traditional cultural expressions in the light of retroactive copyright protection*, Colonia, Carl Heymanns, 2018, pp. 11 y ss. Y R. RICIFARI, “Espressioni culturali tradizionali ...”, *cit.*, p. 362.

viva en la comunidad de origen por lo que, los materiales generados en el pasado pueden seguir siendo renovados y versionados en la actualidad¹⁴.

9. Si buscamos un referente en nuestro entorno inmediato, también se pueden utilizar expresiones como folclore o expresión tradicional, pero en el plano jurídico destaca el concepto de “patrimonio cultural”. En el ámbito de la UE, tanto en el Tratado de la Unión Europea (TUE) como en el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se reconoce la preocupación del legislador de la UE por proteger su patrimonio cultural, señalando que “la Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo” (art. 3.3 TUE), y que la acción de la Unión apoyará y completará la acción de los Estados en la “conservación y protección del patrimonio cultural común” (art. 167.2 TFUE). Y respecto a qué podemos entender por patrimonio cultural cabe tener presente, por ejemplo, unas Conclusiones del Consejo de la UE del año 2014, en las que se reconoce que este consta de los recursos heredados del pasado en todas las formas y aspectos: tangibles, intangibles y digitales, y que en él se incluyen, entre otros elementos, las “prácticas, conocimientos y expresiones de la creatividad humana”; y que “el patrimonio cultural se origina a partir de la interacción entre personas y lugares a lo largo del tiempo y está en permanente evolución”¹⁵.

10. Por su parte, en el Convenio marco del Consejo de Europa sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad de 2005¹⁶, que ha sido ratificado por España, se describe el patrimonio cultural como un conjunto de recursos heredados del pasado que las personas consideran, con independencia del régimen de propiedad de tales bienes, como una expresión de valores, creencias, conocimientos y tradiciones propios y en constante evolución, incluyendo aspectos del entorno resultantes de la interacción entre las personas y los lugares a lo largo del tiempo¹⁷.

11. Se observa, pues, que las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore (en este trabajo ambas expresiones serán utilizadas como sinónimos) se caracterizan por que, aun habiendo sido creadas por uno o más individuos, fueron asumidas por la colectividad en que se integran, transmitiéndose de generación en generación, Y sin perjuicio de que en la creación de esa expresión cultural se haya podido tomar inspiración de creaciones desarrolladas en otros entornos geográficos; lo relevante es que se consideren identitarias de la cultura y tradición de ese colectivo humano¹⁸. Tales expresiones culturales son, entonces, la manifestación tangible o intangible de esa creatividad humana; teniendo presente que la cuestión aquí examinada no se produce por la comercialización del objeto “original”, sino por la posibilidad de reproducción ilimitada del bien inmaterial -diseño de la pieza, patrón de los bordados, etc.- al incorporarlo en los productos textiles o complementos de moda.

¹⁴ Sobre las características que concurren en las expresiones culturales tradicionales, *vid.* OMPI, *Proyecto actualizado de análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales tradicionales*, 6 de julio de 2018, WIPO/GRTKF/IC/37/7, pp. 2 y ss.; R. DE ROMÁN PÉREZ, “Manifestaciones de la cultura popular relevantes como obras del espíritu. Artesanía. Folclore. Cuentos y tradiciones populares”, en C. VALDÉS/C. ROGEL, *Cultura popular y propiedad intelectual*, Madrid, Reus, 2011, pp. 29 a 47 (pp. 33 y ss.).

¹⁵ Conclusiones del Consejo, de 21 de mayo de 2014, sobre el patrimonio cultural como recurso estratégico para una Europa sostenible, DOUE C 183, de 14 de junio de 2014, p. 36.

¹⁶ Convenio marco del Consejo de Europa sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad (CETS nº 199), hecho en Faro el 25 de octubre de 2005, ratificado por veinticinco Estados, entre ellos España (BOE 144, de 17 de junio de 2022). *Vid.* <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=199> (último acceso, noviembre de 2024).

¹⁷ Art. 2, a). Este Convenio tiene, entre otros, el objetivo de reconocer la responsabilidad personal y colectiva respecto al patrimonio cultural o subrayar que la finalidad de la conservación del patrimonio cultural y de su uso sostenible es el desarrollo de las personas y la calidad de vida (vid. art. 1).

¹⁸ *Vid.* R. DE ROMÁN PÉREZ, “El folclore como objeto de propiedad intelectual: derechos de los autores y derechos conexos”, *ADI* 32 (2011-2012), pp. 463 a 480 (p. 467), quien pone ejemplos como el del son cubano, con antecedentes africanos, latinoamericanos y europeos.

III. La protección específica para las expresiones culturales tradicionales en el Derecho comparado e internacional

1. Medidas de protección establecidas en otras jurisdicciones

12. La aplicación de la normativa tradicional sobre propiedad intelectual a las expresiones culturales tradicionales normalmente determina que se considere que estas están en el dominio público, ya sea porque no reúnen los requisitos para ser consideradas una obra protegible por Derecho de autor o porque, reuniéndolos, ya han transcurrido los plazos de protección¹⁹. Ante esto, y a falta del establecimiento de algún tipo de protección específica, la expresión cultural podrá ser reproducida por terceros ajenos a la comunidad de origen para fines comerciales.

13. Esto ha determinado que en países deseosos de dotarlas de protección frente a usos que consideran indebidos se hayan adoptado medidas legislativas. En la base de tales iniciativas, destaca la frustración por parte de comunidades o pueblos indígenas ante la aplicación de las normas tradicionales sobre Derecho de autor en la protección del patrimonio cultural; con opiniones que expresan desde quejas relativas a que la mercantilización de las expresiones del folclore puede menoscabar la espiritualidad o la dignidad del patrimonio indígena, a otras que señalan que son un impedimento para que puedan ejercer un control sobre su propia cultura²⁰.

14. En realidad, las primeras medidas nacionales adoptadas para proveer de protección específica a las expresiones culturales tradicionales se enmarcaron en el ámbito de regulaciones relativas a los derechos de autor, como fue el caso de normas como la Ley de Túnez de 1966 o la de Chile de 1970²¹. Así, por ejemplo, en el artículo 6 de la Ley de Túnez núm. 66-12, de 14 de febrero de 1966, relativa a la propiedad literaria y artística²², se establecían unos principios que esencialmente luego fueron reiterados en el artículo 7 de la posterior Ley de Túnez de 1994²³. Esta norma somete toda reproducción de una obra del folclore realizada con la finalidad de su explotación lucrativa, a la exigencia de tener autorización del ministerio responsable de la cultura, previo pago de una tasa en beneficio de un fondo social encargado de la protección de los derechos de autor y derechos relacionados. Conforme al precepto, además, se requiere poseer autorización del ministerio competente para la producción de obras inspiradas en el folclore, así como en el caso de transferencia total o parcial de los derechos de autor sobre una obra inspirada en el folclore o la licencia exclusiva relativa a dicha obra.

15. Una medida central es, pues, lo que se ha venido a denominar una suerte de “dominio público de pago”²⁴, en la que la utilización con fines comerciales de una expresión cultural en dominio

¹⁹ *Vid. infra* epígrafe IV. 1.

²⁰ R. K. PATERSON/D.S. KARJALA, “Looking Beyond Intellectual Property in Resolving Protection of the Intangible Cultural Heritage of Indigenous Peoples”, (2003) *11 Cardozo J Int'l & Comp L*, pp. 633-670 (pp. 634 y 635); E. OYANGE NGANDO, “Fashion as property in traditional culture: a Maasai case study”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, Vol. 13, No. 11, pp. 878 a 883 (pp. 878 y 881), quien señala: “Cultural appropriation occurs where outsiders who unbound by the appreciation of culture, extend to copying and transforming cultural elements to suit them as well as channelling their individual tastes and at times profiteering. The taking of parts of a minority culture by a dominant one and its incorporation into fashion is simplified when the taker has no sense of connection to the concept of tradition and culture itself”.

²¹ Que, en su primera versión, establecía que pertenecía al patrimonio cultural común la obra de autor desconocido, incluidas las expresiones del acervo folclórico, y remitía al reglamento de la Ley para determinar lo que deberían pagar quienes utilicen obras pertenecientes al patrimonio cultural común. *Vid* lo dispuesto en el art. 11.2 de la primera versión de la Ley 17.336, de 2 de octubre de 1970 sobre propiedad intelectual, así como los artículos 2 y 3 de la primera versión de 1971 del Reglamento de dicha Ley.

²² Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/120/wipo_pub_120_1967_02.pdf.

²³ Ley n.º 94-36, de 24 de febrero de 1994, relativa a la propiedad literaria y artística, modificada y completada por la Ley n.º 2009-33 de 23 de junio de 2009.

²⁴ Destaca ANTEQUERA PARILLI que, en tales casos, la naturaleza jurídica de este dominio público “de pago”, en realidad no es la propia del derecho de autor ya que el Estado no recibe la titularidad del derecho sobre las obras del autor, si no que tendrá la naturaleza de una especie de tributo o tasa que puede imponer el Estado a determinadas actividades económicas que se de-

público requiere el pago de una contribución. Esta solución también es recogida en la Ley Tipo de Túnez para Países en Desarrollo sobre Derecho de Autor de 1976, elaborada por un Comité de Expertos Gubernamentales, con la asistencia de la OMPI y de la UNESCO, y que pretendía servir de modelo a los legisladores nacionales²⁵; en otras normas nacionales sobre derecho de autor²⁶; y, asimismo, es una solución que se acoge en el Acuerdo de Bangui de 1977 (ya revisado varias veces, la última en 2015) por el que se establece una Organización Africana de Propiedad intelectual, que dedica su anexo VII a las normas relativas a la propiedad literaria y artística, que se articulan como derechos nacionales independientes²⁷.

16. Sin embargo, la percepción de que las medidas establecidas a través de la normativa de propiedad intelectual no parecían haber sido eficaces, fue determinando la idea de que era preciso adoptar medidas *sui generis* que atendieran a las particulares necesidades de protección de las expresiones culturales tradicionales. Expresivas al respecto son Leyes tipo como la Disposición tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, de 1982, y que fue aprobada por un Comité de Expertos nombrado por los directores generales de la OMPI y la UNESCO²⁸; o, de la Ley Modelo para la Protección de los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales, de la comunidad del Pacífico²⁹, de 2002, y que trataba de servir de inspiración, en este caso, a los países insulares del Pacífico.

17. Por ejemplo, en el caso de la Disposición tipo de 1982, se reconoce en sus observaciones preliminares la importancia del folclore para todas las naciones y, en especial, para los países en desarrollo como base de su identidad cultural; y se señala la necesidad de establecer medidas jurídicas específicas, frente a la postura de países industrializados que las consideran parte del dominio público. Y, en particular, en ella se parte de que, para utilizar expresiones del folclore con fines lucrativos y fuera de su contexto tradicional, se requiera la autorización previa de una autoridad o de la comunidad afectada, que podrá fijar el pago de una contribución por dicha utilización; así como la necesidad de indicar, cuando se use una expresión del folclore, la fuente de forma apropiada, mencionando la comunidad y/o el lugar geográfico del que procede la expresión utilizada. Además, tales medidas se ven complementadas por la previsión de un sistema sancionador para quien las utilice sin la respectiva autorización, o desnaturalizándolas intencionadamente de una forma lesiva para los intereses culturales de la comunidad³⁰.

sarrollen en su territorio. *Vid.* ANTEQUERA PARILLI, *Estudios de Derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus, 2007, p. 536.

²⁵ *Vid.* las secciones 1. 5 bis, 6 y 17 de la Ley tipo.

²⁶ Por ejemplo, en la Ley de derechos de autor del Estado plurinacional de Bolivia, tras establecerse que las obras del Folclore forman parte del patrimonio nacional, se determina que la utilización comercial de obras del patrimonio nacional y del dominio público determinará la obligación de pagar al Estado una determinada participación. Lo recaudado se aplicarán al fomento y difusión de los valores culturales del país; si bien se prevé que una parte será destinada a la comunidad de origen en caso de ser identificada. *Vid.* los arts. 21 a 23 y 58 a 62 de la Ley nº 1322, de 13 de abril de 1992.

²⁷ En este Acuerdo se considera como obras protegibles por derecho de autor las expresiones culturales tradicionales y se establece que la explotación de obras en dominio público estará condicionada a que el explotador se comprometa a pagar por ese concepto al organismo nacional de gestión colectiva de derechos, destinándose a fines sociales y culturales. *Vid.* los art. 4 y 68 de su Anexo VII, disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/details/227>.

²⁸ Aunque en un informe final sobre experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore, preparado por la Secretaría de la OMPI en 2002, se reconocía que esta Disposición tipo no habían tenido una gran influencia en los marcos legislativos de los Estados miembros de la OMPI. *Vid.* WIPO/GRTKF/IC/3/10, p. 11.

²⁹ COMUNIDAD DEL PACÍFICO, *Marco regional para la protección de las conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura*, 2002, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_4/wipo_grtkf_ic_4_inf_2-annex2.pdf (última consulta, en octubre de 2024). En ella se determina que los propietarios tradicionales son los titulares de los derechos culturales reconocidos sobre las expresiones culturales tradicionales (art. 6), se prevé la necesidad de que el usuario ajeno a la comunidad de origen que las quiera utilizar -en lo que aquí interesa- para fines comerciales, cuente con la previa autorización de la comunidad de origen (con la previsión de un pago por tal uso), realice una mención adecuada del origen de tales expresiones, y evite todo uso inadecuado de las mismas. La ley modelo prevé, además, medidas administrativas y la posibilidad de ejercer acciones civiles en caso de incumplimiento de tales previsiones.

³⁰ *Vid.* arts. 3, 5, 6 y ss.

18. Si bien una muestra de cómo algunos países han apostado por implementar una protección específica que atienda a las demandas de los pueblos indígenas³¹, la ofrecen legislaciones como la panameña y la mexicana.

19. En el caso de la República de Panamá, además de exigir en la Ley sobre derechos de autor que, en las obras derivadas de expresiones del folclore, se indique la comunidad o etnia de la cual proviene esa expresión, y su título, si lo tuviere³²; cuenta con una Ley, la n° 20, de 26 de junio de 2000, que establece un régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales³³. En su artículo primero se advierte de que la Ley tiene como finalidad proteger lo que denomina derechos colectivos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas sobre sus creaciones susceptibles de un uso comercial, estableciendo un sistema especial de registro, promoción y comercialización de sus derechos, “a fin de resaltar los valores socioculturales de las culturas indígenas y hacerles justicia social”; y se advierte de que no pueden ser objeto de ninguna forma de exclusividad por terceros no autorizados a través del sistema de propiedad intelectual o industrial, salvo que la solicitud sea formulada por los pueblos indígenas.

20. Entre otros extremos, en esta Ley se establecen como objeto de protección los vestidos tradicionales de varios pueblos indígenas³⁴, y se les reconocen derechos colectivos sobre sus instrumentos de trabajo y arte tradicionales, así como sobre la técnica para su confección, materializados en tallas, cestas tradicionales, chaquiras, o cualquier otra manifestación cultural de carácter tradicional³⁵. Los derechos de uso y comercialización de las manifestaciones culturales basadas en la tradicionalidad de estos pueblos deben regirse por el reglamento de uso de cada pueblo indígena, aprobado y registrado³⁶, y se prohíbe la reproducción industrial, ya sea total o parcial, de los vestidos tradicionales y demás derechos colectivos reconocidos en esta Ley, salvo que se cuente con la oportuna autorización; que deberá ser dada por el Ministerio de Comercio e Industrias, con el consentimiento previo y expreso de los congresos generales y consejos indígenas.

21. Por lo demás, esta Ley modifica el artículo 439 (letra j) *del Código Fiscal*, para impedir la importación de productos no originales, “sean grabados, bordados, tejidos o cualquier otro artículo que imite, en todo o en parte, la confección de los vestidos tradicionales de los pueblos indígenas, (...) y obras artísticas tradicionales de dichos pueblos”; y se introduce un nuevo apartado al art. 16 de la Ley 30 de 1984, *de Contrabando, Defraudación Aduanera y otras disposiciones*, para determinar que será delito de contrabando la “tenencia no manifestada ni declarada ni autorizada transitoriamente, conforme a la legislación aduanera, de productos no originales que imiten, en todo o en parte, la confección de los vestidos tradicionales de los pueblos indígenas de Panamá, así como de materiales e instrumentos musicales y obras artísticas o artesanales de dichos pueblos”.

³¹ En este contexto puede tenerse en cuenta, por ejemplo, la Primera Conferencia Internacional de los Derechos Culturales y Propiedad Intelectual de los Pueblos Indígenas celebrada en Nueva Zelanda en 1993, en la que se realiza la Declaración de Mataatua de los derechos intelectuales y culturales de los pueblos indígenas, con la recomendación de que deben instar la protección y conservación de sus tradiciones intelectuales. Igualmente, en la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, de 13 de septiembre de 2007, se reconoce el derecho de estos pueblos a proteger, mantener y desarrollar su patrimonio cultural, incluidas las expresiones culturales tradicionales (arts. 11 y 31). O la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas de 14 de junio de 2016, y dirigida a los pueblos indígenas de las Américas, en la que se les reconoce el derecho a su propia identidad e integridad cultural, así como a la protección, preservación y desarrollo de su patrimonio cultural.

³² Art. 12 de la Ley de 2012 sobre derechos de autor y derechos conexos. Gaceta Oficial de 10 de octubre de 2012, disponible en: <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/pa/pa043es.pdf>.

³³ Gaceta Oficial No.24,083 de 27 de junio de 2000.

³⁴ En concreto, los utilizados por los pueblos kuna, ngöbe y buglé, emberá y wounaan, naso y bri-bri, tales como Dule mor, Jio y Nahua (art. 3 de la Ley).

³⁵ *Vid.* arts. 4 y 5.

³⁶ *Vid.* el art. 15, si bien, se recogen algunas excepciones a favor de artesanos no indígenas en los arts. 23 y 24 de la norma.

22. También especialmente paradigmático es el caso de la República de México, cuya Constitución establece expresamente el derecho de las comunidades y pueblos indígenas a preservar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, y reconoce “la propiedad intelectual colectiva respecto de dicho patrimonio, en los términos que dispongan las leyes” (art. 2º, A, IV). Este principio inspira lo dispuesto en la Ley de derechos de autor, en la que se establece la protección de las expresiones culturales tradicionales, exigiendo que todo uso comercial de estas cuente con la oportuna autorización³⁷; y especialmente la regulación contenida en la *Ley Federal de protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas* del año 2022³⁸. Esta última norma tiene, entre otros fines, el de reconocer y garantizar lo que denomina un derecho de propiedad de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas sobre los elementos que conforman su patrimonio cultural, sus conocimientos y expresiones culturales tradicionales, así como la propiedad intelectual colectiva respecto de dicho patrimonio; disponiendo que en la interpretación de la ley y resoluciones “se tomarán en cuenta los sistemas normativos indígenas y los instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano en materia de derechos humanos, derechos indígenas y, según sea el caso, derechos de autor y propiedad intelectual, procurando la protección más amplia a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas”³⁹.

23. El derecho que se reconoce a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas nace sin necesidad de un procedimiento administrativo previo y se concibe como inalienable, imprescriptible, irrenunciable, inembargable y de naturaleza colectiva⁴⁰. A las comunidades y pueblos indígenas se les atribuye la facultad de autorizar -con su consentimiento libre, previo e informado- el uso y comercialización de las expresiones culturales tradicionales por parte de terceros; que deberán además ser utilizadas con pleno respeto a sus derechos, dignidad e integridad culturales, y acreditarse el lugar de origen del elemento de que se trate. Se parte, además, de que, salvo acuerdo en contra, toda autorización será onerosa e implicará una distribución justa y equitativa de beneficios, que serán retribuidos a la comunidad de origen. En la Ley se disponen, por lo demás, medidas de protección frente usos no consentidos, como el de “reproducir, copiar o imitar, incluso, en grado de confusión, elementos del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades sin autorización del titular o titulares de los derechos”; estableciendo un régimen sancionador, con medidas administrativas y penales⁴¹.

2. Medidas de protección en convenios internacionales

24. El carácter territorial de los derechos nacionales explica que aquellos países y comunidades que desean una protección específica para las expresiones del folclore planteen la necesidad de contar con instrumentos que permitan extender la protección reconocida más allá de las propias fronteras nacionales. Centrándonos en convenios internacionales de amplio espectro⁴², una revisión de las medidas

³⁷ La Ley federal de derecho de autor de 1966, dedica los artículos 157 a 161 a regular las expresiones culturales tradicionales y dispone su protección contra su explotación sin una autorización por escrito del pueblo o comunidad titular, y contra su deformación, hecha con objeto de causar demérito a la misma o perjuicio a la reputación o imagen de la comunidad o pueblo al cual pertenece.

³⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 2022.

³⁹ Art. 10 y 13.

⁴⁰ Arts. 14 y 15.

⁴¹ Arts. 17, 24, 27 y 69 y ss.

⁴² Sin perjuicio de la existencia de acuerdos regionales, como el Protocolo de Swakopmund sobre la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones del folclore, en el marco de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO), adoptado el 9 de agosto de 2010 y modificado el 6 de diciembre de 2016. Entre los propósitos de este Protocolo, está el de proteger las expresiones del folclore contra la apropiación indebida, el uso indebido y la explotación ilícita más allá de su contexto tradicional; y, respecto de las expresiones del folclore de especial importancia cultural o espiritual para una comunidad, los Estados Contratantes han de establecer medidas adecuadas para garantizar que la comunidad pertinente pueda impedir que, sin su consentimiento libre, previo e informado, se realicen actos tales como su reproducción, comunicación al público o distribución; utilidades que no reconozca de forma apropiada a la comunidad como fuente de estas; cualquier distorsión, mutilación u otra modificación, u otra acción despectiva en relación con las expresiones del folclore; así como la adquisición o el ejercicio de derechos de propiedad intelectual sobre las expresiones del folclore o sus adaptaciones. *Vid.* los

hasta ahora adoptadas exige hacer una referencia al Convenio de Berna, así como los Convenios de la UNESCO sobre patrimonio cultural inmaterial y sobre diversidad cultural.

25. De hecho, un primer intento de reforzar la protección de las expresiones culturales tradicionales fue la introducción en 1967 de un apartado cuarto en el artículo 15 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, enmendado en 1979 (CB); precepto que, en realidad, no contiene ninguna referencia expresa a las expresiones culturales tradicionales⁴³. Esta disposición se aplica a obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor, pero de las que se pueda suponer que es nacional de un país de la Unión. En tales casos, “queda reservada a la legislación de ese país la facultad de designar la autoridad competente para representar a ese autor y defender y hacer valer los derechos del mismo en los países de la Unión”; designación que habrá de ser notificada. El objetivo, en realidad, es facilitar la defensa de los intereses a proteger en otros países, teniendo presente el principio de trato nacional que se fija en este Convenio.

26. Sin embargo, el alcance de este precepto es limitado. De un lado, porque se aplica exclusivamente a obras no publicadas⁴⁴. Pero especialmente porque si ya en el CB se prevé, respecto a las obras anónimas, que el plazo de protección expirará cincuenta años después de que la obra haya sido hecha lícitamente accesible al público (art. 7.3 CB); en cualquier caso, el ámbito de aplicación del Convenio se refiere a obras que, en el momento de su entrada en vigor, no hayan pasado al dominio público en su país de origen por expiración de los plazos de protección (supuesto probable en las expresiones culturales tradicionales) (art. 18.1 CB). Y aunque este no fuera el caso, lo cierto es que los países de la Unión no están obligados a proteger las obras anónimas o seudónimas cuando haya motivos para suponer que su autor está muerto desde hace cincuenta años (art. 7.3 CB)⁴⁵. Y la poca relevancia del precepto se ve confirmada, además, por el hecho de que sólo un país (la India) haya notificado una autoridad designada a los efectos del precepto⁴⁶.

27. Además de ese primer intento, y tras adoptar en 1989 una Recomendación sobre la Salvaguarda de la cultura tradicional y popular, en los años 2003 y 2005 la Conferencia General de la UNESCO aprobó, respectivamente, sendas convenciones: la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial y la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.

28. En lo que atañe a la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003, entre sus finalidades está la salvaguardia, el respeto y la sensibilización sobre la importancia del patrimonio cultural inmaterial. A efectos de la Convención, este se describe 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”; patrimonio que se transmite de generación en generación y “es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno,

arts 16 y ss. Y sobre el Protocolo y su alcance, J. COSTANTINE, “The Swakopmund Protocol for the protection of expressions of folklore: a review of implementation in Rwanda and Tanzania”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2022, vol. 17, nº. 10, pp. 834 a 843 y ss (p. 838 y ss.).

⁴³ Es el examen de la historia de la disposición la que permite determinar que la propuesta de su introducción pretendía esa finalidad. Vid. LÓPEZ MAZA, SEBASTIÁN, “Artículo 15.4”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord), *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 1347 a 1364 (pp.1347 y 1348).

⁴⁴ A efectos del Convenio de Berna se entiende por “obras publicadas” (art. 3.3 CB), las que han sido editadas con el consentimiento de sus autores, cualquiera sea el modo de fabricación de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades, estimadas de acuerdo con la índole de la obra.

⁴⁵ En realidad, el artículo 15.4 se refiere a obras de “autor desconocido”, lo que se considera como un concepto más amplio. Vid. R. RICIFARI, R., “Espressioni culturali tradizionali...”, cit., pp. 366 y 367.

⁴⁶ Vid. https://www.wipo.int/wipolex/fr/treaties/notifications/details/treaty_berne_108 (último acceso) Y sobre la necesidad de revisar el precepto ante su poca utilización vid. OMPI, *Proyecto actualizado de análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales tradicionales*, 2018, WIPO/GTRKF/IC/37/7, Anexo I, p. 28.

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»; lo que se corresponde con el entendimiento de lo que es una expresión cultural tradicional.

29. Sin embargo, en esta Convención lo que se dispone es que incumbe a cada Estado parte adoptar las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial presente en “su” territorio; entendiéndose por salvaguardia “las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos”⁴⁷. Por lo demás, entre sus finalidades está la de sensibilizar sobre la importancia del patrimonio inmaterial y la cooperación y asistencia internacionales; y establece la creación de una Lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad⁴⁸. Pero el Convenio no prevé, sin embargo, obligaciones concretas dirigidas a proteger las expresiones culturales tradicionales fuera del país de origen.

30. Como tampoco se prevén en la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005 que, entre otros objetivos, tiene el de proteger y promover la diversidad de expresiones culturales, entendiéndose por tal la adopción de medidas dirigidas a la “preservación, salvaguarda y enriquecimiento de la diversidad de las expresiones culturales”⁴⁹. En ella se reitera el derecho soberano de los Estados para adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de expresiones culturales en sus respectivos territorios; así como fortalecer la cooperaciones y solidaridad internacionales a fin de reforzar las capacidades de los países en desarrollo para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales.

31. Se concluye, entonces, que actualmente no existe un instrumento internacional de amplia aplicación que establezca obligaciones que respondan a las medidas nacionales anteriormente descritas⁵⁰. Y, sin duda, uno de los aspectos más problemáticos para poder establecer un acuerdo de amplia aceptación es cómo conjugar la pretensión de que la utilización de una expresión cultural tradicional esté bajo el control de la colectividad de origen con la concepción acogida en otros países, que parte de que estas expresiones culturales están en dominio público, como es el caso de la legislación española y que pasamos a examinar.

IV. La protección de las expresiones culturales tradicionales en el Derecho español

1. Las expresiones culturales tradicionales ante el Derecho de autor

32. Ley española de propiedad intelectual (LPI)⁵¹ no prevé ninguna disposición específica en relación con las expresiones culturales tradicionales. Para que una expresión de este tipo pueda gozar de protección será necesario, al igual que ocurre con cualquier otra creación intelectual, que reúna los requisitos de originalidad exigidos.

⁴⁷ Arts. 2, 3 y 11.

⁴⁸ En la que se incluyen algunos supuestos directamente relacionados con la moda, como es el caso del arte de la blusa tradicional con bordado en los hombros (altita) que se identifica como un elemento de la identidad cultural en Rumanía y la República de Moldova. *Vid.* <https://ich.unesco.org/es/RL/el-arte-de-la-blusa-tradicional-con-bordado-en-los-hombros-alti-elemento-de-la-identidad-cultural-en-rumania-y-la-republica-de-moldova-01861> (último acceso, noviembre 2024).

⁴⁹ Art. 4, punto 7 de la Convención.

⁵⁰ Y ello pese a los trabajos que se vienen desarrollando en el seno del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI, debatiendo sobre la protección de las expresiones culturales tradicionales. *Vid.*, al respecto, OMPI, *La protección de las expresiones culturales tradicionales: Proyecto de artículos*, 19 de junio de 2019, WIPO/GRTKF/IC/40/19.

⁵¹ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

33. Cuando hablamos de la apropiación cultural en el ámbito de la moda esto conduce a que, de tratarse de una obra protegible por Derecho de autor, el supuesto típico será el de obras de arte aplicadas; que son descritas en la doctrina como obras con un destino o finalidad práctico industrial, u objetos de uso con forma artística, en tanto se materializan en objetos que desarrollan alguna utilidad práctica en la industria o el comercio (tales como tejidos, relojes, muebles, calzado, etc.)⁵².

34. En España, la posibilidad de que una obra de este tipo pueda ser objeto de derechos de propiedad intelectual viene avalada tanto por la normativa de Derecho de autor, como por la normativa reguladora del diseño industrial. De hecho, la Disposición adicional décima de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial expresamente establece la compatibilidad entre la protección por diseño y la que pueda derivarse, en su caso, de la propiedad intelectual cuando el diseño de que se trate “presente en sí mismo el grado de creatividad y originalidad necesario para ser protegido como obra artística según las normas que regulan la propiedad intelectual”⁵³.

35. La norma traspone lo dispuesto en la anterior Directiva 98/71/CE, de 13 de octubre de 1998, de protección jurídica de los dibujos y modelos comunitarios⁵⁴, que señalaba que se dejaba libertad a los Estados Miembros para fijar el alcance y las condiciones en que se concederá dicha protección “incluido el grado de originalidad exigido”⁵⁵. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 12 de septiembre de 2019, en el asunto *Cofemel*, lejos de posibilitar la aplicación de un criterio de originalidad más exigente, confirmó que el concepto de “obra” constituye una noción autónoma del Derecho de la Unión que debe ser interpretada y aplicada de manera uniforme; suponiendo la concurrencia de dos elementos acumulativos: la existencia un objeto original, en el sentido de que el mismo constituye una creación intelectual propia de su autor, junto con el hecho de que la calificación como obra se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual⁵⁶.

36. Cabe advertir, por lo demás, que tanto en la nueva Directiva (UE) 2024/2823, de 23 de octubre de 2024, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos, como en la reforma recientemente realizada en el Reglamento 6/2002, sobre dibujos y modelos de la UE, se elimina toda referencia a que los Estados puedan fijar el grado de originalidad exigido, sustituyéndose por la determinación de que la acumulación de protecciones será posible “siempre que se cumplan los requisitos del Derecho en materia de derecho de autor”⁵⁷.

⁵² Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al artículo 10”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, pp. 159-197 (p.183); F. CARBAJO CASCÓN, “Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones: formas de tutela de obras aplicadas a la industria”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 55 (enero-abril 2017), pp. 13- 58 (pp. 25 y ss.).

⁵³ Disposición adicional décima de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial. Vid., asimismo el art. 2.7 del Convenio de Berna, y lo dispuesto en el art. 17 de la Directiva 98/71/CE de la UE sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos, así como en el art. 96.2 del Reglamento de la UE (CE) 6/2002 sobre los dibujos y modelos comunitarios.

⁵⁴ Vid. el art. 17 de la Directiva 98/71/CE de 13 de octubre de 1998; y, en similar sentido respecto a los diseños de la Unión Europea, el art. 96.2 del Reglamento (CE) nº 6/2002, de 12 de diciembre de 2001, sobre dibujos y modelos comunitarios, antes de ser modificado por el Reglamento (UE) 2024/2822 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024.

⁵⁵ Esto se tradujo en niveles de exigencia diferentes entre países como España, en el que la jurisprudencia venía aplicando un criterio más estricto de originalidad, frente a otros, como Francia, en que se establece el principio de unidad del arte, siendo suficiente con que la obra sea el fruto de una actividad creativa que revele la personalidad de su autor. Teniendo presente las distorsiones que tal disparidad puede provocar en la competencia [vid. I., HERNANDO COLLAZOS, “Diseño-Moda como expresión cultural: Derechos de Autor y Diseño Comunitario”, *RIIPAC* nº 3/2013, pp. 23 a 52 (pp. 51-52)] se plantearon posturas doctrinales que proponían cambiar el criterio más exigente seguido en la jurisprudencia española y reconocer como original toda obra, incluidas las de arte aplicado, que refleje la personalidad del autor sin exigir una especial altura creativa; junto con la opinión de otros autores que contrargumentaban que aplicar un criterio más débil de originalidad a todo tipo de creaciones y, en particular, a las de arte aplicado, acabaría por convertir el derecho de autor en un “saco sin fondo” (vid. F. CARBAJO CASCÓN, “Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones: formas de tutela de obras aplicadas a la industria”, cit., p. 39 y ss.).

⁵⁶ STJ de 12 de septiembre de 2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV*, asunto C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721, ap. 29.

⁵⁷ Vid. el art. 23 de la Directiva (UE) 2024/2823, así como el nuevo apartado segundo del art. 96 del Reglamento 6/2002, tras ser modificado por el Reglamento (UE) 2024/2822 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024.

37. De lo anterior se deriva que, para que una expresión cultural tradicional pueda considerarse una obra protegible por propiedad intelectual, se deberá aplicar un criterio subjetivo débil, en tanto que bastará con que sea una creación propia del autor, que refleje su personalidad y sea fruto de una decisión libre, no condicionada por características técnicas. Lo que no quiere decir que sea una tarea fácil de determinar, dadas las consideraciones realizadas por el Tribunal de Justicia en el citado asunto *Cofemel*, precisamente en referencia a prendas de ropa. Y es que, aunque el Tribunal reconoce que en la actividad creativa entran en juego consideraciones de carácter estético; advierte, sin embargo, de que el hecho de que un modelo genere, más allá de su finalidad práctica, un efecto estético no permite, por sí mismo, apreciar si dicho modelo constituye una creación intelectual que refleje la libertad de elección y la personalidad de su autor y que cumpla, por tanto, el requisito de originalidad exigido⁵⁸.

38. Pero aun en el caso de que la expresión cultural tradicional pueda ser calificada de obra protegible por Derecho de autor, normalmente será imposible identificar quién es el autor o autores, dado que suelen hundir sus raíces en un pasado lejano. Así las cosas, no puede determinarse si proceden de la aportación de una única persona, de varias o, incluso, de la aportación de distintas generaciones que la fueron perfeccionando. De esta suerte, el autor o autores suelen ser desconocidos y en el ámbito de la propiedad intelectual se parte de un derecho que se reconoce a un sujeto o sujetos determinados o, al menos determinables. En nuestra normativa de Derecho de autor no se reconoce ningún tipo de derecho en favor de colectividades⁵⁹. Se tratará, entonces, de una obra anónima que ya estará en dominio público por haber expirado los plazos de protección⁶⁰.

39. De hecho, en el caso de que hipotéticamente el autor fuese conocido, conforme a la LPI los derechos de explotación de una obra durarán toda la vida del autor y 70 años después de su muerte o declaración de fallecimiento (art. 26 LPI); y, en el caso de las obras anónimas o seudónimas, 70 años contados desde su divulgación lícita o, en caso de que no haya sido divulgada lícitamente, contados desde su creación (salvo que pueda aplicarse el plazo que corresponda desde la muerte o fallecimiento del autor en caso de que se revele la identidad de este, conforme al art. 27 LPI).

40. Al haber transcurrido los plazos anteriormente señalados, decaen los derechos de explotación reconocidos en favor del autor, lo que implica que podrá ser reproducida por cualquiera persona. Si bien, aún se han de respetar dos derechos que nuestro legislador le otorga al autor con carácter indefinido⁶¹: el derecho de paternidad o derecho a ser reconocido como el autor de la obra; así como el derecho a exigir respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. Además, estos derechos podrán ser ejercidos por el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural, cuando el autor no haya designado a una persona para ejercerlos, o no tenga herederos, o se desconozca su paradero⁶².

⁵⁸ Aps. 54 y 55. Para una crítica de esta sentencia *vid.* CARBAJO CASCÓN, “La protección de los diseños de moda en la Unión Europea (entre el diseño industrial y el derecho de autor)”, *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*, Año 23, Número 106, 2020/2021, pp. 139 -162 (pp. 153 y 154). Sobre esta cuestión *vid.* también, J.A. GÓMEZ SEGADÉ, “Apunte sobre el futuro del diseño industrial en la UE”, en J.A. GARCÍA-CRUCES (Coord.), *De iure mercatus. Libro homenaje al Prof Dr. Dr. h. c Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Valencia, Tirant lo blanch, 2023, pp. 825 a 851 (p. 845)

⁵⁹ Se destaca, al respecto, el carácter esencialmente individualista del derecho de autor frente al hecho de que en el caso del folclore sólo pueda hablarse de una suerte de “propiedad intelectual colectiva”. R. ANTEQUERA PARILLI, *Estudios de Derecho de autor y derechos afines*, cit., p. 505.

⁶⁰ Lo que la diferencia de las obras huérfanas pues estas, aunque también son obras de las que se desconoce el autor, todavía no están en dominio público, razón por las que surgen problemas respecto a la posibilidad de su explotación. *Vid.* A. MARTÍN VILLAREJO, “Integridad e identidad de las obras procedentes de la cultura popular. Derechos morales sobre las obras de dominio público. Legitimación para el ejercicio de los derechos morales”, en C. VALDÉS/C. ROGEL, *Cultura popular y propiedad intelectual*, Madrid, Reus, 2011, pp. 63 a 93 (pp. 74 y 75).

⁶¹ Art. 41 LPI en relación con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del art. 14 LPI.

⁶² Arts. 15 y 16 LPI.

41. Es cierto que el objetivo perseguido con tales derechos en el caso de las obras del folclore puede ser de difícil consecución si se entiende que el interés protegido es el personal del autor, pues en la mayor parte de los casos este no podrá ser identificado lo que, además, hará complicado determinar cuándo se produce un perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. Sin embargo, se ha señalado que el fundamento de la protección de estos derechos puede también estar conectado a la tutela del interés colectivo de preservación del acervo cultural de la humanidad: el de integridad, al evitar que se desnaturalice la creación y que la sociedad pueda tener acceso a ella en su auténtica expresión, mientras que el fundamento de amparar el derecho de paternidad estaría tanto en permitir reconocer la labor de los creadores como en evitar prácticas parasitarias de apropiación indebida⁶³.

42. Ejemplificativo al respecto resulta un caso dirimido en Francia, ante el *Tribunal de Grande instance* de París, mediante sentencia de 3 de diciembre de 2015. El asunto que motivó la resolución judicial fue la demanda planteada por la firma de moda *Antik Batik* contra la empresa *I.M. Production*, alegando que había lanzado al mercado unas prendas de ropa que copiaban sus diseños vulnerando su derecho de propiedad intelectual. Sin embargo, *I.M. Production* contrargumentó que, en la elaboración de esos diseños, se había inspirado en la vestimenta tradicional del pueblo de Santa María Tlahuitolpec en Oaxaca (México) y que, por tanto, no podía ser una copia de *Antik Batik*. Y la realidad es que el tribunal francés concluyó que ni *I. M. Production* ni *Antik Batik* gozaban de la autoría del diseño, que era un producto cultural de la comunidad mixe⁶⁴. De esta suerte, la expresión cultural anterior al menos fue el detonante que sirvió para negar la originalidad de esas obras posteriores, en las que se silenció la circunstancia de estar inspiradas en ella.

43. La opción de proteger expresiones culturales tradicionales por Derecho de autor vendrá referida, entonces, a la posible creación de obras totalmente nuevas, partiendo de que el patrimonio cultural es algo vivo, en continua evolución; obras cuya protección podrá ser reivindicada en cualquiera de los países de la Unión de Berna en base al principio de trato nacional que recoge este Convenio.

44. Y, en el ámbito de creación de obras nuevas, también se sitúa la opción de que se creen obras que resulten de una transformación de una expresión cultural que ya está en dominio público. Esto último exigirá que la obra original sea adaptada o modificada al punto de derivar en una obra diferente (art. 21 LPI). La opción de la transformación de obras anteriores se manifiesta como un instrumento incentivador de la creatividad, permitiendo mantener vivo y renovado el acervo cultural⁶⁵. En cualquier caso, de reunir la nueva obra los requisitos de originalidad exigidos, el derecho se reconocería al autor y no a una colectividad de personas, lo que vuelve a poner de manifiesto el contraste individualista del Derecho de autor frente a los que propugnan dotar a estas creaciones intelectuales de una protección *sui generis*.

45. Por lo demás, se podría conjeturar sobre la aplicación de la previsión recogida en el artículo 129.1⁶⁶ LPI a una expresión del folclore. Conforme a este precepto, toda persona que divulgue lícita-

⁶³ I. ESPÍN ALBA, “Flamenco, folclore y dominio público”, en M. CASTILLA (Coord.), *El flamenco y los derechos de autor*, Madrid, Reus, 2010, pp. 39 a 75 (p. 67 y 68).

⁶⁴ Sentencia del *Tribunal de grande instance de Paris*, 3e chambre, 4e section, 3 de diciembre de 2015, n° 15/03456. El Tribunal también descartó la existencia de competencia desleal por imitación parasitaria, desde que tanto una como otra empresa se habían inspirado en la ropa tradicional mexicana.

⁶⁵ Al respecto, *vid.* A. MARTÍN VILLAREJO, “Integridad e identidad de las obras procedentes de la cultura popular”, *cit.*, p. 83 y ss., que recoge diversas posturas sobre la posibilidad de la transformación de una obra popular en dominio público. Por lo demás, cabe destacar que se han expresado temores respecto a la posibilidad de conceder derechos patrimoniales respecto a obras que sean meras modificaciones de la original en dominio público, con propuestas como la conveniencia de prever que sean protegibles sólo las verdaderas transformaciones; teniendo presente que, en ese caso, no se trataría tanto de proteger el interés del autor, como de amparar el interés de la comunidad en relación con su acervo cultural. Con mayor precisión, S. NAVAS NAVARRO, “Integridad y transformación de obras que se encuentran en el dominio público. En torno a su apropiación en exclusiva por terceros”, en C. ROGEL (Coord.), *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, Madrid, Reus, 2019, pp. 223 a 251 (p. 238 y 240).

⁶⁶ En el artículo 129.2 LPI se establece una previsión relativa a obras no protegibles por el libro I de la LPI -esto es, por derechos de autor-, por lo que también podría ser de interés, si bien no para el ámbito aquí analizado dado que se dirige a es-

mente una obra inédita que esté en dominio público tendrá sobre ella los mismos derechos de explotación que hubieran correspondido a su autor; si bien por un plazo de veinticinco años contados desde la divulgación (art. 130 LPI). El presupuesto es que se trate de una expresión cultural que reúna los requisitos para ser considerada como una obra protegible por propiedad intelectual y que se encuentre inédita⁶⁷, pues la finalidad de la norma es facilitar que se den a conocer al público obras que hasta el momento no estuvieron a su alcance, enriqueciendo el patrimonio cultural⁶⁸. Sin embargo, parece un supuesto poco probable en el caso de las expresiones culturales objeto de este estudio, que normalmente serán obras de arte aplicado utilizadas en el seno de la comunidad de origen y ya divulgadas⁶⁹. A lo anterior se suma que la aplicación del precepto exige que se trate de una divulgación lícita, esto es, en la que se respete la autoría e integridad de la obra⁷⁰, aunque dado que se trata de obras en dominio público, se ha propuesto entender que se cumplirá este requisito cuando la divulgación se produzca respetando el ordenamiento jurídico; lo que no ocurriría en casos en que se haya accedido indebidamente a la obra⁷¹.

46. La conclusión entonces es que, en cualquier caso, en aplicación de la LPI las expresiones culturales tradicionales están mayoritariamente en el dominio público, ya sea porque no reúnen los requisitos para ser considerada una obra en el sentido de la legislación de Derechos de autor ya sea porque, reuniéndolos, ha transcurrido el plazo de protección⁷². El sistema de propiedad intelectual ampara el derecho de los creadores, pero este acaba cediendo pues se prioriza el interés general de facilitar el acceso a la cultura. Se ha destacado, al respecto, que conceder derechos de propiedad intelectual demasiado fuertes -y qué decir si son perpetuos- puede inhibir el crecimiento cultural, congelando la cultura en un determinado estadio, desde que la creación intelectual se suele apoyar en el enriquecimiento que aporta el conocimiento y utilización de otras creaciones anteriores⁷³. Y es que, efectivamente, un dominio público amplio y libremente accesible conforma un patrimonio cultural mundial disponible para todos, y con potencialidad para seguir evolucionando sobre la base de un amplio abanico de influencias previas.

tablecer un derecho exclusivo de editores para autorizar la reproducción, distribución y comunicación pública de ediciones de tales obras, pero “siempre que puedan ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales” (art. 129.2 LPI). Al respecto, *vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 129”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., pp. 1773 y ss. (p. 1778).

⁶⁷ El requisito del carácter inédito se interpreta en el sentido de que no se haya puesto a disposición del público de ninguna forma (*Vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículo 129”, cit., pp. 1774 y 1775); aunque también hay autores que entienden incluidas las obras que, no habiéndose publicado, se han dado a conocer a través de un acto fugaz que no ha permitido que la obra esté accesible posteriormente (*vid.* R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras inéditas en dominio público y propiedad intelectual*, Granada, Comares, 2023, p.42 y ss.).

⁶⁸ Sobre el fundamento de este precepto, R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras inéditas en dominio público y propiedad intelectual*, cit., pp. 7 y ss.

⁶⁹ Cabe tener en cuenta, por lo demás, que si la obra fuese encontrada en una excavación arqueológica quedaría excluida de la aplicación de este precepto, conforme razona, R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras inéditas en dominio público y propiedad intelectual*, cit., pp. 24 y ss.

⁷⁰ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Artículo 129», cit., p. 1776.

⁷¹ R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras inéditas en dominio público y propiedad intelectual*, cit., pp. 54 y ss.

⁷² Sobre el concepto de dominio público *vid.*, A. GARCÍA VIDAL, “Dominio público, bienes demaniales y bienes patrimoniales de la Administración: relación con los bienes inmateriales protegidos por el Derecho mercantil”, en L. PAREJO ALFONSO/A. PALOMAR OLMEDA (Dir.), *Derecho de los bienes públicos*, II, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 55 a 110 (pp. 59 y 67); G. MÍNARO ALEJANDRE, “Artículo 41”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., pp. 845 y a 855 (p. 846); y en relación concreta con las expresiones culturales tradicionales *vid.* I. ESPÍN ALBA, “Flamenco, folclore y dominio público”, cit., pp. 58 y ss., así como el documento OMPI, *Nota sobre los significados de la expresión “dominio público” en el sistema de propiedad intelectual, con referencia especial a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore*, de 24 de noviembre de 2010, WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8.

⁷³ *Vid.* R. K. PATERSON/D.S. KARJALA, “Looking Beyond Intellectual Property in Resolving Protection of the Intangible Cultural Heritage of Indigenous Peoples”, cit. p. 649 y ss., que señalan “Our culture greatly benefits when Picasso brings elements of African art into his own or Van Gogh does the same with Japanese art”. Por lo demás, en un documento presentado en 2002 por la Delegación Permanente de la Comisión Europea en nombre de la Comunidad Europea y sus Estados miembros a la tercera sesión del *Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore* de la OMPI (WIPO/GRTKF/IC/3/11, 16 de mayo de 2002), se argumentaba que en Europa han cohabitado muchas culturas diferentes y, a pesar de que se ha fomentado el libre acceso y la libre circulación del folclore, esto no ha tenido efectos negativos; al contrario ha estimulado el intercambio cultural y fomentado las identidades regionales al punto de que las expresiones auténticas del folclore se han vuelto inherentemente más conocidas y tienen un mayor valor económico

2. Otras medidas de protección

47. El artículo 46 de la Constitución española 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. Esa labor de conservación y promoción se articula, primeramente, a través de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español⁷⁴, norma que, aunque centrada especialmente en la protección de los concretos bienes muebles o inmuebles que forman parte del patrimonio histórico español, también considera incluido en dicho patrimonio los bienes que integren el patrimonio cultural inmaterial.

48. En concreto, al regular el patrimonio etnográfico, se dispone que forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles e inmuebles y “los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales”, siendo bienes muebles de carácter etnográfico 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”, gozando también de protección aquellos conocimientos o actividades que procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizados por una determinada comunidad⁷⁵.

49. Sin embargo, a nivel nacional en el año 2015 se promulgó la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial; norma que tiene en cuenta los desarrollos en este ámbito en el plano internacional y, en particular, la Convención de la UNESCO, del año 2003, para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Esta Ley tiene por objeto regular la acción general de salvaguardia que deben ejercer los poderes públicos sobre los bienes que integran el patrimonio cultural inmaterial, entendiendo por tales los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos, reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural (*vid.* arts. 1 y 2 de la Ley).

50. Las medidas de protección previstas se enfocan en el papel de las administraciones públicas velando por el respeto y conservación, entre otros extremos, de los soportes materiales en que descansen los bienes inmateriales objeto de salvaguardia; evitando su exportación o expoliación; así como en la adopción de medidas dirigidas a la difusión, promoción y sensibilización de ese patrimonio⁷⁶.

51. Y a similar objetivo se dirigen las normas autonómicas de patrimonio cultural. Es el caso, entre otras, de normas como la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano, la Ley del Principado de Asturias 1/2001, de 6 de marzo, de Patrimonio Cultural, la Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León, o la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del patrimonio cultural de Galicia. En virtud de esta normativa, y en relación directa con productos textiles, han sido declarados bienes de interés cultural de carácter inmaterial, por ejemplo, los “trajes de aldeana y porruanu llaniscos” (en el principado de Asturias)⁷⁷, el “bordado popular Salmantino en la Sierra de Francia” (en la Comunidad de Castilla-León)⁷⁸, o la “tradición del bordado de Lorca” (Comunidad Autónoma de Murcia)⁷⁹.

⁷⁴ Esta Ley tiene por objeto la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español; integrado por los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico; así como por los bienes que integren el Patrimonio Cultural Inmaterial “de conformidad con lo que establezca su legislación especial” (art. 1)

⁷⁵ Arts. 46 y 47 de la Ley.

⁷⁶ Arts. 4 y ss. de la Ley

⁷⁷ Decreto 60/2017, de 20 de septiembre, de la Consejería de Educación y cultura del Principado de Asturias por el que se declaran Bien de Interés Cultural inmaterial los “Trajes de aldeana y de porruanu llaniscos” (BO del Principado de Asturias, nº 239, de 16 de octubre de 2017. *Vid.* <https://www.portalinmaterial.cultura.gob.es/pci-ccaa/asturias/trajes-aldeana-porruanu.html>

⁷⁸ Acuerdo 147/2022, de 23 de junio, de la Junta de Castilla y León, por el que se declara “El bordado popular salmantino en la Sierra de Francia”, Bien de Interés Cultural. *Vid.* <https://www.portalinmaterial.cultura.gob.es/pci-ccaa/castilla-y-leon/bordado-sierra.html>

⁷⁹ Decreto n.º 5/2014, de 14 de febrero, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por

52. Se puede alegar que las expresiones culturales pueden no haber sido creadas para ser explotadas económicamente, o que la forma de conservar esa cultura es establecer los medios para que cualquier uso o desarrollo de estas se haga bajo la supervisión y autorización de la comunidad de origen; pero este claramente no es el enfoque existente en la normativa española, que mira a su conservación, conocimiento y revalorización.

53. El principio de libre competencia no se ve restringido mediante el reconocimiento de ningún derecho de carácter colectivo ni exigiendo ningún tipo de autorización previa y pago de compensación económica por la utilización de expresiones culturales tradicionales; sin perjuicio de la protección que estas puedan recibir a través de la aplicación de normas generales, como las que reprimen los actos de engaño (por ejemplo, en la hipótesis de que en la comercialización de un producto se dé a entender que este procede, o ha sido elaborado, por la comunidad de origen de la expresión cultural sin ser cierto) y la deslealtad en la competencia.

54. En particular, conviene recordar que conforme al artículo 11 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley; y, no existiendo un derecho de exclusiva, la deslealtad sólo podrá venir dada por la forma en que se produce la imitación. Y sólo habrá deslealtad si, a la vista de las circunstancias particulares concurrentes, se produce alguno de los concretos supuestos previstos en el precepto (riesgo de asociación, aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno, o imitación sistemática); pero no con el fundamento de evitar una supuesta apropiación de una expresión cultural tradicional, sino de evitar conductas que, aun partiendo del principio de que la imitación de las prestaciones ajenas es libre, alteren el sistema de competencia basado en los propios méritos y el normal funcionamiento del mercado⁸⁰.

V. Derechos de propiedad industrial y expresiones culturales tradicionales

55. Ante el panorama hasta ahora dibujado, y con planteamientos tan dispares en la protección de las expresiones culturales, es relevante valorar si los derechos de propiedad industrial pueden ayudar a prestar una protección a las expresiones culturales tradicionales⁸¹. En concreto, determinar en qué medida estos derechos pueden servir de vehículo para contribuir a un fortalecimiento de su protección o, al menos, ofrecer instrumentos para impedir prácticas que se pudieran considerar inadecuadas. Este análisis lo realizaré desde la perspectiva de la legislación española y de la Unión Europea, centrándome en los tres derechos de propiedad industrial que resultan de mayor interés al valorar el uso de expresiones culturales en el ámbito de la moda: las marcas, el diseño industrial y las indicaciones geográficas protegidas

el que se declara bien de interés cultural inmaterial a favor de “La Tradición del Bordado de Lorca” (BORM nº 40, martes 18 de febrero de 2014).

⁸⁰ *Vid.*, entre otras, STS de 26/04/2017, ECLI:ES:TS:2017:1629, STS (Sala de lo Civil) núm. 306/2017, de 17 de mayo (ECLI: ES:TS:2017:1910) o la STS de 25/06/2021, ECLI:ES:TS:2021:2577. Y, en la doctrina, P. PORTELLANO Díez, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 44 y ss.; E. BOET SERRA, “Los actos de imitación servil en la Ley de competencia desleal”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 213, 1994, pp. 505 a 574; E. M^a DOMÍNGUEZ PÉREZ, “Comentario al art. 11 de la LCD. Actos de imitación”. en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Cizur menor, Aranzadi, 2011, pp. 279 a 316; F. CARBAJO CASCÓN, “Imitación de diseños de moda en España”, *Centro de Estudios en Diseño y Comunicación* (2021/2022), cuaderno 128, pp. 17 a 35 (p. 27 y ss.).

⁸¹ Se han señalado diversos inconvenientes en la utilización de los sistemas de propiedad industrial como forma de proteger las expresiones culturales tradicionales; tales como el concepto mismo de “titularidad” propio de los derechos de propiedad intelectual (y poco compatible con las ideas de responsabilidad y de custodia de los sistemas consuetudinarios), el sometimiento de estos derechos a plazos limitados de protección, la necesidad de dar cumplimiento de formalidades de registro o el problema de acceder a un asesoramiento jurídico competente, entre otros inconvenientes. *Vid.* OMPI, *Proyecto actualizado de análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales tradicionales*, 6 de julio de 2018, cit., pp. 8 y 9.

1. Las expresiones culturales tradicionales ante la normativa de marcas

56. El Derecho de marcas presenta el atractivo de conferir un derecho de utilización en exclusiva en el tráfico económico, dotado de una potente protección, y con la posibilidad de ser mantenido en el tiempo mediante la sucesiva renovación del registro de la marca. A lo anterior se añade, la existencia de convenios internacionales consolidados que facilitan solicitar la protección en terceros países; y, en el ámbito concreto de la UE, la existencia de la propia marca de la UE, que permite, con un solo registro, obtener una protección que se extiende a todo el territorio de la Unión.

57. Por lo demás, la existencia de marcas de uso colectivo, como las marcas colectivas y las marcas de garantía o certificación, pueden responder a la pretensión de que el uso comercial de un determinado elemento se reserve a los miembros de la colectividad de origen; pudiendo además utilizarse el reglamento de uso de la marca, para fijar y ayudar a conservar -sin perjuicio de posibles actualizaciones dado el carácter vivo de la cultura- las prácticas tradicionales en la elaboración de un determinado producto. Así por ejemplo, en la Oficina de Propiedad intelectual de Canadá, consta registrada como marca de certificación una marca figurativa que incorpora las palabras “Genuine Cowichan” (TMA469023), solicitada para distinguir prendas de vestir (entre otros, suéteres, chalecos, ponchos, sombreros, gorros, guantes, o bufandas), registrada por el *Cowichan Band Council* (de la Tribu *Cowichan*, en la Isla de Vancouver), señalándose que la marca sirve para certificar que los productos han sido tejidos según los métodos tribales tradicionales⁸².

58. Con todo, el Derecho de marcas es una opción sólo en casos donde la comunidad esté interesada en explotar comercialmente una determinada expresión cultural. No hay que olvidar que el fundamento del Derecho de marcas está en permitir que los operadores cuenten con elementos de diferenciación, que les sirvan para identificar sus prestaciones en el tráfico económico. Por tanto, lo que se protege como marca es un signo apto para cumplir esa función distintiva y, en particular, en relación con los productos o servicios para los que se solicita el registro. De esta suerte, será necesario que los productos o servicios designados con el signo protegido sean comercializados en el territorio respectivo donde se ostenta el Derecho de marca -nacional, o de la Unión Europea-, a riesgo de que la marca pueda ser declarada caducada por falta de uso. Y será precisamente la percepción del consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, nacional o de la Unión Europea, la que se tomará en consideración a la hora de realizar valoraciones en la aplicación de prohibiciones absolutas y relativas de registro, o de usos que se realicen en el tráfico por parte de terceros; por lo que tendrá relevancia el grado de conocimiento que de tales expresiones culturales tenga el consumidor de la UE.

59. A lo anterior se suma la necesidad de no incurrir en ninguna de las prohibiciones de registro establecida en la normativa marcaria. Y, de hecho, estas prohibiciones presentan interés para analizar en qué medida el Derecho de marcas aporta instrumentos para evitar apropiaciones de las expresiones culturales; apropiaciones que se ven especialmente posibilitadas desde que se admite el registro como marca de signos de muy distinta naturaleza: no sólo denominativos, si no también figurativos, tridimensionales, de patrón, etc.

60. Relevante a este respecto puede resultar ya, de principio, la prohibición de registrar signos “que puedan inducir al público a error, por ejemplo, sobre la naturaleza, la calidad o el origen geográfico del producto o servicio” [art. 5.1, g) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (LM) y art. 7.1, g) del Reglamento (UE) 2017/1001, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (RMUE)]. Tal será el caso en supuestos en los que se pretenda registrar como marca un signo que pueda inducir al público destinatario a error, vinculando el origen o la calidad de los productos o servicios con la comunidad de origen de la expresión cultural, no siendo ese el caso.

⁸² <https://ised-isde.canada.ca/cipo/trademark-search/0792174?lang=eng> (último acceso, noviembre de 2024). Y sobre la tribu *Cowichan*: <https://cowichantribes.com/about-cowichan-tribes> (último acceso, noviembre de 2024).

61. Además si el signo que se trata de registrar consiste en todo o en parte en la propia expresión cultural tradicional, también cabe plantearse si podría ser de aplicación la prohibición de registrar signos contrarios al orden público y a las buenas costumbres, recogido en el artículo 7.1, f) del RMUE y el artículo 5.1, f) LM.

62. Esta prohibición parte de dos conceptos jurídicos indeterminados que es necesario precisar con carácter previo. De un lado, el concepto de orden público, que se considera integrado por los principios fundamentales y los valores básicos del orden político y social de la Unión Europea, o por los principios o valores del Estado o Estados miembros afectados, como es el caso de los principios democráticos o la dignidad de la persona, debiendo de poder fijarse su contenido por fuentes fiables y objetivas⁸³. Y, por otra parte, el concepto de buenas costumbres, y que se entienden referidas a los valores y normas morales fundamentales aceptadas por una determinada sociedad⁸⁴; lo que hace necesario tener en cuenta el contexto social, con los factores culturales, religiosos o filosóficos que puedan concurrir, para poder evaluar, de manera objetiva, lo que la sociedad considera moralmente aceptable en ese momento. Y siendo distintos los criterios para determinar uno u otro supuesto, se advierte que pueden existir casos donde se solapen ambos.

63. En lo que respecta a los signos contrarios al orden público, la realidad es que su aplicación en la hipótesis de que se pretenda registrar un signo que reproduzca en todo o en parte una expresión cultural tradicional es complicada, dado que no se hace una interpretación extensa de este concepto. Esto es, no toda infracción de una norma constituye necesariamente un acto contrario al orden público. Es necesario que el carácter contrario al orden público afecte a un valor fundamental, conforme al sistema de valores establecido en el ordenamiento jurídico de referencia⁸⁵.

64. En apoyo de su aplicación en supuestos donde se pretendan registrar expresiones culturales tradicionales, se ha apuntado la posibilidad de argumentar que, en el caso de la UE, en el artículo 167.2 del TFUE se prevé que la acción de la Unión apoyará y completará la acción de los Estados en la “conservación y protección del patrimonio cultural común”⁸⁶.

65. Aunque aquí el problema no es tanto la conservación del patrimonio, si no el riesgo de detraer del dominio público -y por tanto de libre utilización- determinados elementos que se consideren que deben permanecer libres -teniendo presente la posibilidad de renovación del registro de una marca-. De hecho, en puridad, lo que se prohíbe es el registro de signos contrarios al orden público y, en este caso, lo que fundamentaría la apreciación de ser contrario al orden público no es el signo en sí (en tanto que este denote unos valores o mensajes opuestos al orden público), sino su registro como marca por detraerlo del dominio público o por permitir su registro por parte de personas ajenas a la comunidad de origen.

⁸³ Vid. C. FERNÁNDEZ-NOVOA, “La prohibición de registrar como marcas los signos contrarios al orden público o a las buenas costumbres”, *ADI* 36 (2015-2016), pp. 30 a 122 (pp. 87 y 118); L. A. MARCO ARCALÁ, “Las nuevas orientaciones en torno a los signos ofensivos contrarios a las buenas costumbres en la jurisprudencia reciente del TJUE [Comentario a la Sentencia C-240/18 P (Sala Quinta), *Constantin Film Produktion GmbH v. EUIPO*, de 27 de febrero de 2020 (caso Fack Ju Göhte)]”, *ADI* 41 (2020-2021), pp. 393 a 412 (p. 404 y ss). Vid. asimismo, los ap. 75 y ss. de las Conclusiones del Abogado General Sr. MICHAL BOBEK, presentadas el 7 de julio de 2019, en el asunto C240/18 P, ECLI:EU:C:2019:553; o la Resolución de la EUIPO de 11 de junio de 2024 de denegación de una solicitud de marca de la UE, nº de solicitud 018947774.

⁸⁴ STJ de 27 de febrero de 2020, *Constantin Film Produktion GmbH c. EUIPO*, asunto C-240/18 P, ECLI:EU:C:2020:118, ap. 39.

⁸⁵ Ap. 71 y ss. de la STG de 12 de diciembre de 2019, *Santa Conte c. EUIPO*, asunto T-683/18, ECLI:EU:T:2019:855.

⁸⁶ Vid. L. OLTEANU, «Riding on the Coat-Tails of Traditional Cultural Expressions», cit., p. 880. Esta autora también alude al Convenio de Faro que, a su entender, podría tenerse en cuenta si todos los Estados miembros lo suscriben, dado que, conforme a dicho Convenio las partes contratantes se comprometen a tener en cuenta el carácter específico e intereses del patrimonio cultural al elaborar políticas económicas; y garantizar que estas políticas respetan la integridad del patrimonio cultural sin comprometer sus valores intrínsecos (art. 10 del Convenio de Faro); L. OLTEANU, *ibid*, p. 870.

66. Hay que decir que la argumentación de que se esté detrayendo indebidamente un determinado elemento del dominio público ha sido apuntada en la doctrina, como posible vía para la aplicación de esta prohibición de registro respecto a una expresión cultural tradicional⁸⁷. En particular, a la vista de una sentencia de 6 de abril de 2017 del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), relativa a solicitudes de marca respecto a obras protegidas por derecho de autor que, al expirar el plazo de protección, caen en el dominio público. En ella el Tribunal interpreta la aplicación de la causa de denegación de la letra f) de la Directiva de marcas 2008/95/CE [relativa a las marcas “contrarias al orden público o a las buenas costumbres”, actualmente recogida en el art. 4.1, f) de la vigente Directiva (UE) 2015/2436 (DM)], y concluye que el registro de un signo solo puede denegarse sobre la base de la excepción de orden público si el signo consiste exclusivamente en una obra perteneciente al dominio público y el registro de dicho signo constituye una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad⁸⁸.

67. En realidad, si el legislador desea impedir el registro como marca de las expresiones culturales tradicionales debería establecerse una prohibición de registro específica⁸⁹, como la que se establece, por ejemplo, en relación con “las marcas que incluyan insignias, emblemas o escudos distintos de los contemplados en el artículo 6 *ter* del Convenio de París y que sean de especial interés público, a menos que su registro haya sido autorizado por la autoridad competente” [letra i) del artículo 7.1 RMUE y 5.1, n) LM]. Es cierto que en la DM se permite que los Estados miembros puedan disponer en su normativa interna que se deniegue el registro de una marca en los casos en que pueda prohibirse su uso en virtud de una normativa distinta del Derecho de marcas del Estado miembro de que se trate o de la Unión [art. 4.3, a) DM]⁹⁰; lo que posibilitaría impedir tal registro si así se prevé en otra normativa, como podría ser una reguladora del patrimonio cultural. Y que, igualmente, en la DM se permite que los Estados miembros puedan disponer que se deniegue el registro de una marca que incluya “un signo de alto valor simbólico, en particular, un símbolo religioso” [art. 4.3, b) DM]; por lo que, de haberse incorporado al Derecho interno, esta previsión podría ser de interés en casos de expresiones culturales de alto valor simbólico o de carácter religioso. Pero no se oculta que, si el objetivo es impedir el registro como marca, al menos de las expresiones culturales más representativas, se debería dar la opción de introducir una prohibición que se refiera expresamente a tales expresiones culturales, siguiendo el modelo de la recientemente aprobada Directiva de la UE sobre protección jurídica de los dibujos y modelos, a la que haremos referencia en el epígrafe siguiente.

68. Por lo demás, en relación con esta prohibición de registro, ciertamente lo que no cabe descartar es que esta pueda ser de aplicación respecto de signos que reproduzcan en todo o en parte una expresión cultural tradicional, de considerarse que se trata de un signo contrario a las buenas costumbres. Ello podrá ocurrir si, tras un análisis del caso concreto, se determine que el signo podrá resultar, por ejemplo, blasfemo, discriminatorio, u ofensivo para el público destinatario de la UE⁹¹.

⁸⁷ Vid. B. T. JÜTTE / A. TRAPOVA, “The protection of cultural heritage by designs”, en I. STAMATOUDI, (Ed.) *Research Handbook on Intellectual Property and Cultural Heritage*, Cheteham (UK), Edward Edgar, 2022, pp. 94 a 112 (p. 105).

⁸⁸ Vid. el ap. 100 de la sentencia del Tribunal de la AELC de 6 de abril de 2017, *Municipality of Oslo*, asunto E-5/16.

⁸⁹ Por ejemplo, en el marco de la Comunidad Andina, el art. 136 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena del 19 de septiembre de 2000) dispone que no podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afecte indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando “g) consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso”. Sobre esta disposición *vid.* la interpretación prejudicial emanada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el 12 de noviembre de 2015, en el proceso 187-IP-2015, así como M. C. ARANA COUREJOLLES, “Protección de los Elementos Culturales y Expresiones Tradicionales de las Comunidades Indígenas y Locales: La prohibición de registro de marca del literal g) del artículo 136° de la Decisión 486”, *Revista Derecho & Sociedad*, n° 49, 2017, pp. 119-128.

⁹⁰ Previsión que en Derecho español se incorpora en el artículo 5.1, f) LM.

⁹¹ STJ de 27 de febrero de 2020, *Constantin Film*, asunto C-240/18 P, cit., ap. 41 y ss. Teniendo presente que el público pertinente puede ser más amplio que aquél al que se destinan los productos o servicios. *Vid.* STG de 5 de octubre de 2011, *PAKI Logistics GmbH c. EUIPO*, asunto T-526/09, ECLI:EU:T:2011:564, ap. 15 y 18. Como expresión de la necesidad de valorar

69. Finalmente, en el supuesto de que se registre un signo que reproduzca en todo o en parte una expresión del folclore, cuando ya terceros la venían utilizando en el tráfico, aún cabría plantearse la hipótesis de instar la nulidad de la marca por ser un registro efectuado de mala fe [art. 51.1, b) LM, 59.1, b) RMUE]; aunque para ello será preciso apreciar una intención desleal por parte del solicitante de la marca, que pueda determinarse por medios objetivos. Según la jurisprudencia del TJUE, esta causa de nulidad se aplica cuando de indicios pertinentes y concordantes resulta que el titular de una marca de la Unión “no ha presentado la solicitud de registro con el objetivo de participar de forma leal en el proceso competitivo, sino con la intención de menoscabar, de un modo no conforme con las prácticas leales, los intereses de terceros, o con la intención de obtener, sin tener siquiera la mira puesta en un tercero en particular, un derecho exclusivo con fines diferentes a los correspondientes a las funciones de la marca, sobre todo a la función esencial de indicación de origen”⁹².

2. Posibilidades de protección a través de la figura del diseño industrial

70. Además del Derecho de marcas, y dado que nuestro interés se centra en el uso de expresiones culturales tradicionales en el ámbito de la moda, pronto se advierte la necesidad de revisar la normativa relativa al diseño industrial que, precisamente, tiene por objeto “la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto que se derive de las características, en particular líneas, contornos, colores, formas, texturas y/o materiales, del producto en sí o de su decoración, incluidos el movimiento, la transición o cualquier otra forma de animación de esas característica” [art. 3.1 del Reglamento (CE) 6/2002, de 12 de diciembre de 2001, sobre dibujos y modelos de la UE (RDMUE) y art. 2.3 de la Directiva (UE) 2024/2823, de 23 de octubre de 2024, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos (DDM)]; y que confiere a su titular un derecho de utilización en exclusiva en el tráfico económico.

71. El diseño industrial es protegido a nivel nacional [Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (LDI)] y, como en el caso de las marcas, existen acuerdos internacionales que facilitan solicitar la protección en terceros países. Pero, además, a través del RDMUE se regulan los dibujos y modelos de la UE, que permiten obtener una protección que se extiende a todo el territorio de la Unión; y no solo mediante el registro del diseño, sino también confiriendo protección al diseño no registrado. Aunque ciertamente, en este último caso, la protección no es tan sólida -se protege sólo frente a la copia del diseño- y es de menor duración temporal, pero sin duda la ausencia de trámites registrales para obtener una protección en todo el territorio de la UE resulta un activo importante para las comunidades locales de donde proceda la expresión cultural tradicional.

72. Por lo demás, el derecho de diseño se otorga sobre una creación intelectual que puede recibir protección, aunque no reúna los requisitos de originalidad propios de derechos de autor, siempre que cumpla los requisitos de novedad y carácter singular fijados en la normativa sobre diseño industrial; lo que resulta de interés para expresiones culturales que no puedan ser protegidas por propiedad intelectual.

el caso concreto puede verse la Práctica común sobre esta prohibición de registro, elaborada por la Red Europea de Propiedad intelectual, y que sirve de referencia para la EUIPO, la Oficina de Propiedad Intelectual del Benelux y las oficinas de propiedad intelectual de los Estados miembros, y en la que se ofrecen ejemplos de signos que incorporan símbolos religiosos, y que en unos casos se considera que podrían verse afectados por esta prohibición de registro y en otros no. *Vid* la Comunicación común de la EUIPO sobre «Marcas contrarias al orden público y a las buenas costumbres», de abril de 2024, accesible en: https://www.tmdn.org/network/documents/10181/2569797/CP14_Common_Communication_es.pdf/ea63a567-8449-4ab6-86a7-3d9be4a891d8 (último acceso, 22 de octubre de 2024).

⁹² STJ de 12 de septiembre de 2019, Koton Mağazacılık Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ c. EUIPO, asunto C-104/18 P, ECLI:EU:C:2019:724, ap. 46 y ss. y STJ de 11 de junio de 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG c. Franz Hauswirth GmbH, asunto C-529/07, ECLI:EU:C:2009:361, ap. 53. Y sobre la posibilidad de invocar la realización de un registro de mala fe en relación con las expresiones culturales tradicionales. L. OLTEANU, («Riding on the Coat-Tails of Traditional Cultural Expressions»), p. 882 y 883.

73. Con todo, la duración temporalmente limitada del derecho de exclusiva sobre el diseño (en el caso del diseño registrado cinco años, renovables por períodos de cinco hasta un máximo de veinticinco, y tres años, si el diseño no es registrado), impide que este derecho de propiedad industrial pueda responder a las expectativas de los que pretenden una protección sin límite de tiempo para las expresiones culturales tradicionales. Además, el diseño puede ser solicitado por personas físicas o jurídicas, pero en todo caso es un derecho que parte de un autor o autores determinados, o sus causahabientes (arts. 14 y 19 LDI y arts. 15 y 18 RDMUE); y esto implica que estén identificados, lo que nos reconduce a diseños que sean de reciente creación. A lo que se añade que, en el ámbito del diseño, no se regula una figura de uso colectivo, similar a las marcas colectivas o de garantía del Derecho de marcas; sin perjuicio de que el derecho pueda ser objeto de licencias.

74. Los anteriores inconvenientes no impiden, sin embargo, que el análisis del Derecho de diseño sea relevante también, para determinar en qué medida esta normativa ofrece vías para evitar apropiaciones indebidas de una expresión cultural tradicional, mediante la pretensión de proteger por diseño elementos que la reproduzcan total o parcialmente. Evidentemente, una primera opción sería reivindicar la titularidad del diseño conforme a lo dispuesto en los arts. 16 LDI y 15 RDMUE. Pero esta es una vía que sólo pueden ejercer las personas legitimadas conforme a estos preceptos, que exigirá determinar que quien haya presentado la solicitud de registro -o divulgado en la UE el diseño si no está registrado- no tenía derecho a ello; y no prosperaría de tratarse una creación intelectual independiente del tercero.

75. Ante las dificultades que esto pueda implicar, otra opción es cuestionar que el diseño en el que se materializa la expresión cultural reúna los requisitos para ser protegido por diseño industrial, y que se concreten en la necesidad de que sea nuevo y tenga carácter singular.

76. Un diseño es nuevo cuando ningún otro dibujo o modelo idéntico haya sido hecho accesible al público, antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro (o de prioridad, en su caso); o, tratándose de diseño no registrado, antes del día en que haya sido hecho público por primera vez⁹³. Mientras que el carácter singular implica que es necesario que la impresión general que produzca ese diseño en el usuario informado, difiera de la impresión general que le produce cualquier otro diseño que haya sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro (o de prioridad, en su caso) o, tratándose de un diseño no registrado, antes del día en que el dibujo o modelo haya sido hecho público por primera vez⁹⁴.

77. Ante esto, la pretensión por parte de un tercero de proteger como diseño la apariencia de un producto que reproduce todo o parte una expresión cultural tradicional, se podrá ver frustrada por falta de novedad o de carácter singular en una comparativa con el diseño en el que se materializa la expresión cultural anterior. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que, al fijar el criterio de cuándo un diseño ha sido hecho accesible al público, tanto en relación con el requisito de la novedad como del carácter singular, no se atiende sin más a que este haya sido hecho accesible en cualquier parte del mundo, sino que tanto en la LDI como en el RDMUE se establece que esa accesibilidad sólo se produce cuando el diseño haya sido publicado, expuesto, comercializado o divulgado de algún otro modo antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro (o de prioridad, en su caso) o, tratándose de un diseño no registrado, antes del día en que el dibujo o modelo haya sido hecho público por primera vez, “salvo que estos hechos, razonablemente, no hayan podido llegar a ser conocidos en el curso normal de los negocios por los círculos especializados del sector de que se trate que operen en la Unión Europea”⁹⁵.

⁹³ Identidad que abarca supuestos en los que ambos diseños difieran sólo en detalles irrelevantes. *Vid.* el art. 6 1 LDI y el art. 5.1 RDMUE.

⁹⁴ Debiendo valorarse, para determinar si posee o no carácter singular, el grado de libertad del autor al desarrollarlo. *Vid.* el art. 7 LDI y el art. 6.1, a) y b) RDMUE.

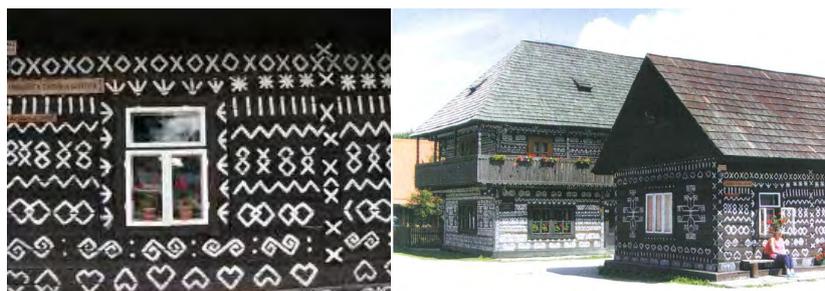
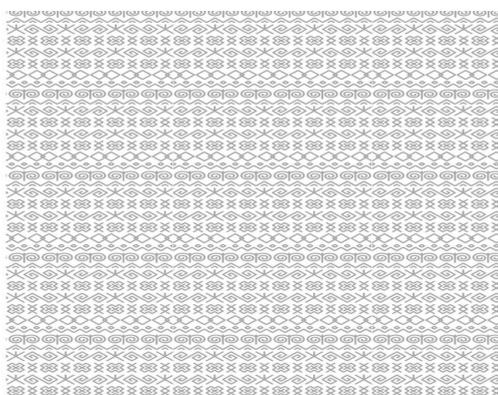
⁹⁵ Art. 9 LDI y artículo 7.1 RDMUE. Como ha destacado la doctrina, al no exigir una novedad mundial, se trata de una nota claramente favorable a los intereses comerciales de la UE. *Vid.* C. LENCE REIJA, *La protección del diseño en el derecho español*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 44 y 45.

78. A la vista de lo anterior, se podría argumentar que el diseño posterior es una creación independiente (no una copia), que se creó desconociendo el original. De ahí el interés, en la protección de estas expresiones culturales, de cumplir ese requisito de accesibilidad, y poder constatar que el diseño en el que se incorpora la expresión cultural haya podido ser razonablemente conocido en el curso normal de los negocios por los círculos especializados del sector de que se trate, que operen en la UE⁹⁶.

79. Para ello se deberá acreditar esa divulgación anterior, que puede haberse realizado fuera de la Unión Europea⁹⁷, y que podrá haberse producido por diferentes medios: desde su exhibición en exposiciones, la comercialización de productos que lo incorporan, su inclusión en catálogos, su publicación en revistas o mediante su difusión por internet⁹⁸. En cualquier caso, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una vez constatada la divulgación del diseño anterior, le corresponde a quien impugna esa divulgación probar las circunstancias del supuesto concreto que habrían razonablemente impedido su conocimiento por parte de los círculos especializados del respectivo sector en el ejercicio normal de los negocios; y sin que, además, la norma exija ningún umbral cuantitativo determinado para constatar que existe un conocimiento efectivo de la divulgación. Si bien no se considerará cumplido este requisito, si los círculos especializados del sector de que se trata sólo pudieron descubrirlo por casualidad⁹⁹.

80. Respecto a la posibilidad de que una expresión cultural anterior pueda impedir la protección de un diseño posterior, cabe tener en cuenta, por ejemplo, una Resolución de la División de anulación de la Oficina Europea de Propiedad Intelectual (EUIPO), de tres de octubre de 2012, que anuló el registro del diseño de la Unión número 001989088-0001, solicitado como patrón de superficie y que se representaba como ilustra la imagen de la derecha.

El solicitante alegó, entre otros extremos, que el diseño carecía de novedad y carácter singular teniendo presente la ornamentación presente en un edificio de madera de Čičmany, que se construyó hace cien años y que los símbolos geométricos simples repetidos son típicos del patrón Čičmany; aportando, además, diversas fotografías.



⁹⁶ El Tribunal de Justicia ha destacado que el Reglamento no contiene restricciones sobre la naturaleza de la actividad de las personas físicas o jurídicas a las que puede considerarse comprendidas en los círculos especializados del sector interesado y, en particular, que los comerciantes que no hayan participado en la concepción del producto referido no pueden ser excluidos en principio del círculo de las personas a las que se puede considerar integrantes de esos círculos especializados. STJ de 13 de febrero de 2014, H. Gautzsch Großhandel GmbH & Co. KG c. Münchener Boulevard Möbel Joseph Duna GmbH, asunto C479/12, ECLI:EU:C:2014:75, ap. 27.

⁹⁷ STJ de 13 de febrero de 2014, H. Gautzsch Großhandel GmbH & Co. KG c. Münchener Boulevard Möbel Joseph Duna GmbH, asunto C479/12, ap. 34.

⁹⁸ Vid. M.T. ORTUÑO BAEZA, «El requisito de la novedad», en: A. GARCÍA VIDAL (Coord.), *El diseño comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 65 a 210 (pp.102 y ss).

⁹⁹ Aps. 54 y 73 de la STG de 14 de marzo de 2018, Crocs, Inc. c. EUIPO, asunto T-651/16, ECLI:EU:T:2018:137; y el ap. 29 de la STG de 21 de mayo de 2015, Senz Technologies BV c. EUIPO, asuntos acumulados T-22/13 y T-23/13, ECLI:EU:T:2015:310.

81. Y lo relevante de este caso es que se declaró la invalidez del diseño por falta de carácter singular teniendo presente, no sólo que para este tipo de diseños la libertad del autor es ilimitada -lo que hace esperable que las diferencias con un diseño anterior sean significativas-, sino también el hecho de que es legítimo esperar que el usuario informado esté familiarizado con los símbolos nacionales y el patrimonio cultural reconocido de Eslovaquia (en este caso, los patrones específicos que están pintados en las paredes exteriores de las casas en el pueblo de Čičmany) , uno de los Estados miembros de la UE, en cuyo territorio se solicita protección.

82. Además de la opción de que la expresión cultural anterior pueda obstaculizar que se reconozca que el diseño solicitado reúna los requisitos de novedad y carácter singular, también puede plantearse la aplicación de otros impedimentos para el registro. En lo que se refiere a la invocación de la prohibición de proteger diseños que sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres (art. 12 LDI y art. 9 RDMUE); cabe realizar consideraciones similares a las hechas cuando se analizó esta prohibición de registro en el ámbito del Derecho de marcas, a las que me remito¹⁰⁰. Si bien es preciso destacar que en la nueva DDM se establece la posibilidad de introducir una nueva prohibición de registro que afecta de forma específica a las expresiones culturales.

83. Aunque en la propuesta inicial de la Comisión para el texto de la nueva Directiva no se establecía nada al respecto¹⁰¹, en un texto transaccional de la Presidencia sobre la propuesta de referencia, se añadió un nuevo motivo de denegación de registro, que finalmente se recoge en el apartado tercero del artículo 13 DDM. En dicho precepto se permite que los Estados miembros puedan disponer que se deniegue el registro de un dibujo o modelo cuando contenga una reproducción total o parcial de elementos pertenecientes al patrimonio cultural que sean de interés nacional. Esta prohibición de registro se complementa, además, con la previsión, al regular las causas de nulidad de un diseño nacional registrado, de que cualquier Estado miembro podrá disponer que el derecho sobre el dibujo o modelo se declare nulo cuando este contenga una reproducción total o parcial de elementos pertenecientes al patrimonio cultural que sean de interés nacional (art. 14.2 DDM).

84. Se observa que el objetivo es impedir la protección de diseños que incorporen una reproducción total o parcial de elementos pertenecientes al patrimonio cultural “que sean de interés nacional”, por lo que se deduce que el objeto de protección se refiere al patrimonio cultural del respectivo Estado, con la finalidad de evitar el registro y la apropiación indebidos de tales elementos.

85. En el considerando número 26 de la DDM se da una base interpretativa sobre qué ha de entenderse por “elementos pertenecientes al patrimonio cultural”, al señalar que han de interpretarse en el sentido de la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972¹⁰², o -y en lo que aquí interesa-, “en la medida en que constituyan una manifestación concreta del patrimonio cultural inmaterial, en el sentido de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en su 32.ª reunión, celebrada el 17 de octubre de 2003, y que incluyen, por ejemplo, monumentos o grupos de edificios, artefactos, artesanía o trajes”.

86. Se trata, en realidad, de una medida en protección del patrimonio cultural cuya adopción se deja en manos de los Estados miembros de la UE, desde que será decisión de éstos el incorporarla o no en sus leyes nacionales (tienen de plazo para trasponer la DDM hasta el 9 de diciembre de 2027); sin

¹⁰⁰ *Supra* epígrafe V. 1.

¹⁰¹ En el año 2020, el Consejo de la UE adoptó unas Conclusiones sobre la política en materia de propiedad intelectual e industrial y la revisión del sistema de dibujos y modelos industriales en la Unión, pidiendo a la Comisión que presentara propuestas al respecto; solicitud que fue reiterada por el Parlamento europeo. El 28 de noviembre de 2022 la Comisión presentó una propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos [COM(2022) 667 final], así como una propuesta de Reglamento que modifique el vigente RDM [COM(2022) 666 final].

¹⁰² En la que se entiende como “patrimonio cultural”, los edificios, los conjuntos de construcciones y los lugares (vid. el art. 1 de la Convención).

que, además, se haya introducido este motivo de prohibición de registro y de nulidad en el marco del RDMUE (pese a que paralelamente a la aprobación de la DDM, se introdujo un paquete de modificaciones en el texto de este). De ahí que siga teniendo una relevancia esencial para las expresiones culturales de la UE y de terceros países, el hecho de confiar en que no quepa alegar la falta de conocimiento de la expresión cultural tradicional por parte de los círculos especializados del respectivo sector, a efectos de establecer la falta de novedad o carácter singular en el diseño posterior y así impedir su protección por diseño industrial.

3. La opción de acudir a las normas sobre indicaciones geográficas protegidas

87. Finalmente, en una revisión de lo que pueden aportar los derechos de propiedad industrial en la protección de las expresiones culturales tradicionales, no puede dejar de valorarse la figura de la indicación geográfica protegida.

88. En el ámbito de la Unión Europea se regula desde hace más de veinte años el uso de indicaciones geográficas, aunque hasta fechas recientes únicamente respecto de productos vitivinícolas, de bebidas espirituosas y de productos agrícolas y alimenticios. Esto provocaba un panorama donde, junto a Estados miembros que no preveían una protección específica para las indicaciones geográficas de productos de naturaleza no agrícola, otros sí la contemplaban¹⁰³. En particular, varios países de la Unión formaban parte del Arreglo de Lisboa relativo a las denominaciones de origen y su registro internacional, que no diferencia entre la distinta naturaleza de los productos que pueden ser designados por una denominación protegida, dando pie a la protección de productos artesanales o industriales.

89. Sin embargo, y tras adherirse al Acta de Ginebra que revisó el Arreglo de Lisboa (adoptada el 20 de mayo de 2015)¹⁰⁴, la UE aprobó en 2023 el Reglamento (UE) 2023/2411, de 18 de octubre de 2023, relativo a la protección de las indicaciones geográficas de productos artesanales e industriales (en adelante, RIGAI); y que, salvo determinados preceptos, todavía no será aplicable hasta el 1 de diciembre de 2025. Como se señala en los considerandos del RIGAI, la protección debe tener por objetivo abarcar una amplia variedad de productos artesanales e industriales como, entre otros, piedras naturales, joyería, textiles, encaje o cueros y pieles¹⁰⁵.

90. En el nuevo Reglamento no se regulan dos categorías de indicaciones a proteger, como ocurre en el caso de la normativa de la UE sobre productos vitivinícolas y productos agrícolas y alimenticios, que diferencia entre denominaciones de origen e indicaciones geográficas. Hay que tener en cuenta que el concepto de denominación de origen es más restringido, en tanto que exige que el producto haya sido íntegramente producido y elaborado en la zona de origen y poseer una calidad o características que se deban fundamental o exclusivamente a un medio particular, con los factores naturales y humanos in-

¹⁰³ En España, salvado el caso particular de la Ley gallega 9/1985 de protección de las piedras ornamentales [sobre esta norma, M. AREÁN LALÍN, “*Extensión de las denominaciones de origen a las piedras ornamentales*”, *ADI* 11, 1985-1986, págs. 575 y ss.; M. BOTANA AGRÁ/M. M. MAROÑO GARGALLO, “*Las piedras ornamentales como objeto protegible por denominación de origen. (Comentario a la sentencia 211/1990, de 20 de diciembre, del Tribunal Constitucional)*”, *ADI* 14, 1991-1992, pp. 207 y ss.] no se preveía una protección a través de la figura de la denominación de origen o de la indicación geográfica protegida para productos no agrícolas. Sobre la situación existente en España y en otros países de la UE respecto a la protección de estas indicaciones geográficas en relación con productos industriales o artesanales *vid.* P. MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, *La regulación de las denominaciones de origen no agrícolas en España y en contexto comparado*, OEPM/EOI, 2024, en: https://www.oepm.es/export/sites/portal/comun/documentos_relacionados/sobre_oepm/publicaciones/La_regulacion_de_las_DO_no_agricolas_en_Espana.pdf (último acceso: noviembre 2024), pp. 27 y ss.

¹⁰⁴ Decisión (UE) 2019/1754 del Consejo de 7 de octubre de 2019 relativa a la adhesión de la Unión Europea al Acta de Ginebra del Arreglo de Lisboa relativo a las Denominaciones de Origen y las Indicaciones Geográficas.

¹⁰⁵ Incluyéndose en el concepto de “producto artesanal e industrial” tanto los productos hechos de forma manual (ya sea totalmente a mano, o con ayuda de herramientas manuales o digitales, o por medios mecánicos, siempre que la contribución manual sea un componente importante del producto acabado), como los producidos de forma normalizada, incluida la producción en serie y mediante el uso de máquinas (art. 4.1 del RIGAI).

herentes a él¹⁰⁶. Y en el caso de productos artesanales e industriales puede ser complicado cumplir tales requisitos, especialmente en lo que atañe a la influencia de los factores naturales de la zona en las características del producto. En todo caso, el concepto de indicación geográfica es un concepto más amplio que permite englobar denominaciones de productos que cumplirían los requisitos para ser reconocidos como denominación de origen.

91. En concreto, en el RIGAI se establece que para que el nombre de un producto artesanal o industrial pueda acogerse a la protección como indicación geográfica, el producto deberá ser originario de un lugar, región o país específicos y, al menos, una de sus fases de producción deberá tener lugar en la zona geográfica definida. Además, será preciso que, ya sea su calidad, ya sea su renombre, u otra característica determinada, se pueda atribuir fundamentalmente a ese origen geográfico¹⁰⁷. Con todo, el nombre a proteger podrá ser un nombre geográfico del lugar de producción del producto, o bien “un nombre utilizado en el tráfico económico o en el lenguaje común para describir o referirse al producto en la zona geográfica definida” (art. 9.1, a) RIGAI); lo que es relevante porque permite proteger denominaciones tradicionalmente vinculadas al producto, aunque no sean de carácter geográfico.

92. En los considerandos del RIGAI se recuerda que la elaboración de productos con una fuerte vinculación a una zona geográfica específica depende muchas veces del saber hacer local y suele basarse en la utilización de métodos de producción locales arraigados en el patrimonio cultural y social de la región de origen de dichos productos; y, en particular, que “la protección específica de las indicaciones geográficas se reconoce con el objetivo de conservar y desarrollar el patrimonio cultural en el sector agrario y en el de la artesanía y la industria” (considerando 7^a del RIGAI). Por lo demás, se reconoce que el sistema de protección de estas indicaciones geográficas tiene, entre otros objetivos, “un desarrollo económico local que contribuya a la protección del saber hacer y del patrimonio común” (art. 2 RIGAI). En este punto hay que situar la necesidad de constatar que el producto posee una calidad, un renombre u otra característica determinada “que se pueda atribuir fundamentalmente a su origen geográfico”¹⁰⁸. Si en ese vínculo con la zona de origen no son determinantes factores naturales allí existentes, está claro que deberán serlo las prácticas humanas desarrolladas en la zona en la elaboración del producto, responsables de la presencia de esa característica o de su reputación.

93. Por lo demás, el derecho de uso de las indicaciones geográficas protegidas es de naturaleza colectiva, pues está abierto a todos los operadores cuyos productos reúnan las condiciones requeridas; y, además, es un derecho de propiedad industrial de duración indefinida, al menos mientras la colectividad de origen siga comercializando el producto en tales condiciones (art. 32 del RIGAI). La protección, basada en un sistema de registro, se extiende a todo el territorio de la UE y está abierta a indicaciones de terceros países; lo que presenta especial interés si a través de la indicación geográfica se trata de fortalecer la protección de una expresión cultural de fuera de la Unión Europea.

94. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la utilización de una indicación geográfica protegida será accesible a todo productor que se asiente en la zona y cuyos productos reúnan las característi-

¹⁰⁶ *Vid.* el art. 46 del Reglamento (UE) 2024/1143, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativo a las indicaciones geográficas para vinos, bebidas espirituosas y productos agrícolas, así como especialidades tradicionales garantizadas y términos de calidad facultativos para productos agrícolas y el art. 96.1, a) del Reglamento (UE) 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios.

¹⁰⁷ Art. 6 RIGAI. Y, en similar sentido, se expresa la definición de indicación geográfica establecida en el art. 22 del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, contenido en el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

¹⁰⁸ En el art. 4 RIGAI, se define el término “tradicional” señalando que «en relación con un producto originario de una zona geográfica, que existe un uso histórico probado por los productores en una comunidad durante un período de tiempo que permita su transmisión entre distintas generaciones». Por su parte, al fijarse las condiciones que han de figurar en el pliego de condiciones del producto, entre estas, figura «una descripción de los métodos de producción y, en su caso, de los métodos tradicionales y las prácticas concretas utilizadas» (art. 9.1, f RIGAI).

cas exigidas, mientras que las expresiones culturales tradicionales se vinculan con un colectivo humano, con independencia de que parte de este se pueda desplazar a otro territorio.

95. Por lo demás, la utilización de la figura de la indicación geográfica con el fin utilitarista de fortalecer la protección que reciben las expresiones culturales tradicionales se ve limitada principalmente por el hecho de que las indicaciones geográficas se amparan en tanto que son signos distintivos de productos, esto es, elementos de diferenciación frente a productos comparables que no poseen las características que posee el producto con indicación geográfica, por estar vinculado a ese origen geográfico. De ahí que el objeto de la protección sea el nombre protegido, y no las técnicas de elaboración ni la apariencia del producto, lo que debe tenerse en cuenta si el objetivo pretendido es evitar que se reproduzcan expresiones culturales tradicionales plasmadas en bordados o artesanías¹⁰⁹.

96. Así se deriva claramente del RIGAI al establecer que las indicaciones geográficas inscritas estarán protegidas frente a todo uso comercial directo o indirecto “de la indicación geográfica” en relación con productos no amparados por el registro, cuando dichos productos sean comparables o cuando el uso del nombre se aproveche del renombre de la indicación geográfica protegida, lo debilite, diluya o perjudique (art. 40.1, a RIGAI). Aunque esto no quiera decir que, en su protección, únicamente se pueda prohibir el uso de la denominación registrada, porque las indicaciones geográficas también están protegidas frente a todo uso indebido, imitación o evocación, incluso si el nombre protegido se traduce, se indica el verdadero origen de los productos o servicios, o se acompaña de expresiones tales como “estilo”, “tipo”, “método”, “producido como en”, “imitación”, “sabor”, “fragancia”, “parecido” o similar (art. 40.1, b RIGAI). Y la protección alcanza además a impedir cualquier otro tipo de indicación falsa o engañosa en cuanto a la procedencia, el origen, la naturaleza o las cualidades esenciales del producto que se emplee en el embalaje interior o exterior, en el material publicitario o en documentos o información proporcionados en interfaces en línea relativas al producto, así como la utilización de envases que por sus características puedan crear una impresión errónea en cuanto a su origen (art. 40.1, c RIGAI); permitiendo también prohibir cualquier otra práctica que pueda inducir a error al consumidor en cuanto al verdadero origen del producto (art. 40.1, d RIGAI)

97. El hecho que el objeto de la protección es la indicación geográfica fue recordado por el Tribunal de Justicia en una sentencia de 17 de diciembre de 2020, en relación con una denominación de origen para un queso -el queso *Morbier*-, que podemos aplicar aquí por analogía¹¹⁰. Al Tribunal se le planteó la cuestión de si la reproducción de la forma o de la apariencia de un producto amparado por una denominación registrada puede constituir una práctica prohibida. Y, en su respuesta, el Tribunal partió de la premisa de que el objeto de la protección es la denominación registrada y no el producto amparado por esta; y, en particular, que con su protección no se pretende impedir por parte de terceros la utilización de técnicas de fabricación o la reproducción de una o de más características indicadas en el pliego de condiciones de un producto amparado por una denominación registrada, por figurar en dicho pliego de condiciones, para hacer otro producto no amparado por el registro¹¹¹.

98. Sentado lo anterior, no obstante, hay que reconocer que tampoco se puede afirmar de forma tajante que, en ningún caso, elementos de la apariencia del producto pueden ser determinantes para que se aplique la protección prevista. Y así se deriva del propio pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el citado asunto *Morbier*. Porque partiendo del presupuesto de que las indicaciones geográficas amparadas están estrechamente vinculadas con el producto que designan, y de que estas indicaciones están protegidas contra “cualquier otra práctica que pueda inducir a error al consumidor en cuanto al verdadero origen

¹⁰⁹ En este sentido, P. MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, *La regulación de las denominaciones de origen no agrícolas en España y en contexto comparado*, cit. p. 102.

¹¹⁰ El alcance de la protección que reciben es prácticamente el mismo, cfr. el art. 40 RIGAI y el art. 26 del Reglamento (UE) 2024/1144.

¹¹¹ STJ de 17 de diciembre de 2020, asunto C-490/19, Queso Morbier, ECLI:EU:C:2020:1043, ap. 36

del producto”; concluyó el Tribunal que tal disposición permitiría prohibir la reproducción de la forma o de la apariencia característica de un producto amparado cuando, a la vista de las circunstancias concurrentes, tal reproducción pueda inducir al consumidor europeo, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, a creer que el producto en cuestión está amparado por esa denominación registrada¹¹².

99. Incluso cabría plantearse si la reproducción de aspectos de la apariencia del producto podría suponer una evocación de la indicación protegida. No en vano, en una sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 31 de octubre de 2013¹¹³, se consideró que se producía evocación por la reproducción de la forma del producto -también un queso-; si bien se trataba de un supuesto muy particular, en el que la denominación protegida era una denominación tradicional -no geográfica- alusiva a la propia forma del producto (el “Queso de Tetilla”).

100. Conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia, lo determinante para apreciar que exista evocación de una indicación geográfica es que, a la vista de la práctica de que se trate, en la mente de un consumidor europeo medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, se cree un vínculo suficientemente directo y claro con el producto designado por esta (premisa que es recogida en la definición del término evocación en el art. 40.2 RIGAI). Esto ha llevado al Tribunal a considerar que tal situación puede producirse no sólo en casos de uso de denominaciones con proximidad fonética, gráfica o conceptual con la registrada; si no también por el uso de otro componente del etiquetado o envasado como pueden ser símbolos figurativos¹¹⁴.

101. Hasta ahora, el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado respecto a si la reproducción de elementos de la apariencia del producto puede determinar una evocación de la denominación protegida. De hecho, no aprovechó la oportunidad de hacerlo en el asunto *Morbier*; pese a que sí abordó esa cuestión el Abogado General en sus conclusiones¹¹⁵. Y en ellas, el Sr. Pitruzzella señala que, aunque en principio la respuesta ha de ser negativa, al admitirse la posibilidad de una evocación puramente conceptual de las denominaciones registradas, no puede excluirse que, en determinados casos excepcionales, esta pueda producirse cuando el consumidor se encuentre ante un producto con una forma o una apariencia que reproduzcan total o parcialmente la de un producto comparable amparado por una denominación protegida¹¹⁶.

102. Y es que partiendo de que para que se produzca la evocación de una indicación geográfica lo determinante es que, a la vista de la práctica de que se trate, en la mente de un consumidor se cree un vínculo suficientemente directo y claro con el producto amparado por la indicación registrada, admitiéndose que pueda producirse una evocación exclusivamente conceptual; no puede excluirse de forma absoluta esa posibilidad. Pero debe insistirse en que, de poder hipotéticamente apreciarse, se tratará de un supuesto excepcional donde ese resultado se pueda producir a la vista de unas muy concretas circunstancias concurrentes; y que la pertinencia de tal interpretación es incluso más peligrosa en casos como el de los productos industriales o artesanales donde la apariencia es un elemento esencial, por lo que serán fundamentales las apreciaciones del Tribunal de Justicia al respecto. Porque cuando se habla de apariencia del producto, de su diseño, la reserva de uso en exclusiva de una determinada forma se produce por aplicación de la normativa sobre diseño industrial; y si hablamos de una técnica de elaboración, por derecho de patentes; siendo ambos derechos de duración limitada en el tiempo y sometidos al

¹¹² *Vid. los ap. 37 y ss.*

¹¹³ SAP de Alicante, núm. 419/2013, de 31 de octubre, ECLI:ES:APA:2013:3968.

¹¹⁴ Ap. 32 de la STJ de 2 de mayo de 2019, asunto C-614/17, Queso Manchego, ECLI:EU:C:2019:344.

¹¹⁵ Conclusiones del Abogado General SR. Giovanni Pitruzzella, de 17 de septiembre de 2020, en el asunto C-490/19, ECLI:EU:C:2020:730

¹¹⁶ En particular, a su juicio, tendrían que concurrir varios requisitos: el elemento reproducido debería figurar en el pliego de condiciones de la indicación geográfica como una característica distintiva del producto amparado; el elemento reproducido no debe estar intrínsecamente vinculado con un proceso de producción que, como tal, deba permanecer a la libre disposición de todo productor; la existencia o no de evocación deberá establecerse de forma particular en cada caso, teniendo presente cualquier otro elemento concurrente que ayude a determinar si se produce o no la evocación; debiendo, además, a su entender, demostrarse la existencia de una intención parasitaria. *Vid. aps. 40 y ss. de sus Conclusiones.*

cumplimiento de determinados requisitos (novedad y carácter singular, y novedad, actividad inventiva y aplicación industrial, respectivamente). Una aplicación de esta posibilidad que no sea excepcionalmente restrictiva produciría una indeseable limitación de la libre competencia.

103. Resulta, por ello, que el uso de indicaciones geográficas como medio de amparar expresiones culturales tradicionales que consistan en diseños o artesanías se debe tomar en consideración, no para impedir el uso por parte de terceros de tales patrones o artesanías, sino buscando otros efectos positivos. Así, el sistema de indicaciones geográficas puede utilizarse para contribuir a su protección, por ejemplo, ayudando a preservar las prácticas tradicionales para las generaciones futuras, al ser descritas en el pliego de condiciones de la indicación geográfica, que deberá ser cumplido por parte de los productores de la zona en la elaboración de los productos amparados¹¹⁷; y ello sin perjuicio de poder incorporar nuevas técnicas o prácticas, lo que favorece la renovación de un patrimonio cultural que se debe considerar vivo y en continua evolución.

104. Además, estos signos distintivos cumplen una función condensadora del *goodwill* o reputación. Esto es predicable tanto de las marcas¹¹⁸ como de las indicaciones geográficas¹¹⁹ y, en este último caso, además con el factor de transmitir la idea -apreciada por el público- de vínculo con el territorio, la tradición y la cultura. No es por ello desdeñable el papel que pueden jugar las indicaciones geográficas para ayudar a fortalecer la reputación de los productos originales y permitir que el público los identifique claramente en su decisión de compra frente a productos similares no producidos por la comunidad de origen.

¹¹⁷ Vid. POZZO, B., «Fashion between Inspiration and Appropriation», cit., p. 18

¹¹⁸ C. FERNÁNDEZ -NÓVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 76 y ss.

¹¹⁹ M.M. MAROÑO GARGALLO, *La protección jurídica de las denominaciones de origen en los derechos español y comunitario*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 98; J. GUILLÉN CARRAU, *Denominaciones geográficas de calidad. Estudio de su reconocimiento y protección en la OMC, la UE y el Derecho español*, Valencia, Tirant lo blanch, 2008, p. 407; P. MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, *Denominaciones de origen e indicaciones geográficas*, Valencia, Tirant lo blanch, 2016, p. 54.