



RIIPAC

REVISTA SOBRE PATRIMONIO CULTURAL:
REGULACIÓN,
PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

Nº 1
NOVIEMBRE 2012

Presentación del número inaugural
HERNANDO, Isabel

ARTICULOS

- **Las marcas como medida de protección y difusión del Patrimonio Cultural – Bienes Inmateriales.**
ASTIZ SUÁREZ, Enrique
- **La identificación de los agentes de la Propiedad Intelectual de los bienes culturales inmateriales y la "OMPI"**
LABACA ZABALA, M^a Lourdes
- **Patrimonio Documental y Documentos Públicos**
SÁNCHEZ BLANCO, Angel
- **Notas sobre la protección de los bienes culturales inmateriales desde el derecho mercantil**
RODRÍGUEZ ALVAREZ, María Pilar
- **La protección de los Conocimientos Tradicionales y de los recursos genéticos en la OMPI y en el CBD**
SUKHWANI, Asha

COMUNICACIONES - RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- **La artesanía alimentaria en la legislación autonómica reciente**
URKOLA IRIARTE, Miren Jasone
- **Reseña Bibliográfica: AA. VV. El copyright en cuestión, Diálogos sobre propiedad intelectual. Coord. Javier Torres Ripa y José Gómez Hernandez, Bilbao, edición Universidad Deusto, serie Derecho, vol. 93, 2011.**
LABURU, Arantza

NOVEDADES: EVENTOS - ENLACES RECOMENDADOS

- **Directivas, Propuestas de Directivas y otros enlaces**
HERNANDO, Isabel

editado por
eumed.net

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

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

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

Las opiniones expuestas en los distintos trabajos y colaboraciones son de exclusiva responsabilidad de los autores

Directora

Isabel Hernando
isabel.hernando@ehu.es

Secretaria

Maria Lourdes Labaca
marialourdes.labaca@ehu.es

Promotor

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

Editor Ejecutivo

Juan Carlos Martínez Coll

ISSN

2255-1565

© Edición Digital
2012. Asociación ARAXES

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

www.eumed.net/rev/riipac

Comité Director y Científico

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

Comité Científico

ABELLAN DE LA ROSA, Cristóbal Vogúmil.
Catedrático de Historia de la Música. Conservatorio Superior de Música de Murcia.
BAJO - FERNANDEZ, Miguel.
Catedrático Derecho Penal, Universidad Autónoma Madrid. Abogado
BAKAIKOA -AZURMENDI, Baleren,
Catedrático de Economía Aplicada UPV/EHU. Director de GEZKI.
BLUME, Peter.
Professor of Legal Informatics. Faculty of Law, University of Copenhagen, Denmark
BURILLO - MOZOTA, Francisco.
Catedrático de Prehistoria. Universidad Zaragoza.
BURKERT, Herbert.
Professor of Public Law, Information and Communication Law and President of the Research Centre for Information Law University of St.Gallen, Switzerland. Fellow, Berkman Center for Internet and Society, Harvard University.
BUSTINDUY - FERNANDEZ, Pilar.
Profesora Titular de Restauración de Arte Contemporaneo. UPV/EHU
CASARES - RODICIO, Emilio.
Catedrático de Musicología Universidad Complutense de Madrid, Director del Instituto Complutense de Ciencias Musicales.
CLARK, Robert.
Professor University College Belfield . Solicitor. Arthur Cox Law Firm. Ireland.
CRUCES - BLANCO, Esther.
Doctora en Historia. Cuerpo Facultativo de Archiveros. Directora del Archivo Histórico Provincial de Málaga.
DESANTES - REAL, Manuel.
Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad de Alicante.
DÍAZ -GONZALEZ, Joaquín.
Director del Centro Etnográfico Fundación Joaquín Díaz, Catedrático Honorario de la Cátedra Estudios sobre la Tradición, Universidad Valladolid.
GERSTENBLITH, Patty.
Distinguished Research Professor, DePaul University College of Law, Chicago, IL
GRAÑA- ROMAY, Manuel.
Catedrático Ciencia de la Computación e Inteligencia Artificial, UPV/EHU
HINOJOSA - TORRALVO, Juan José.
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad Málaga.
HOEREN, Thomas.
Professor Doctor in Information, Media and Business Law , Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht- Zivilrechtliche Abteilung. Westfälische Wilhelms-Universität Münster (DE).
LE STANC, Christian.
Professor of Private Law. Department of IP law –CDE-FNDE. Faculté de Droit – Université de Montpellier (F).
LOPEZ - ZAPATA, Emilio.
Catedrático Arquitectura y Tecnología de Computadores. Universidad Malaga.
LLOPIS - TAVERNER, Juan.
Catedrático de Organización de empresas .Universidad Alicante.
LLOYD, Ian.
Professor and Research Fellow to ILAWS at Southampton Law School UK .
MORENO - MARCHAL, Joaquín.
Profesor Titular de Tecnología Electrónica, Universidad Cádiz.
PEREZ-PRAT DURBAN, Luis.
Catedrático Derecho Internacional Público, Universidad Pablo de Olavide.
PURI, kamal.
Professor of IP, the Queensland University of Technology (QUT)'s Faculty of Law (AU). Foundation Director of the WIPO-QUT Master of Intellectual Property Law Program. Barrister & Solicitor (NZ).
QUEL - LOPEZ, Francisco Javier.
Catedrático Derecho Internacional Público, UPV/EHU
RODRIGO - RUIZ, Marco Antonio.
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario UPV/EHU
RUIZ - MATA, Diego.
Catedrático Arqueología. Universidad Cádiz .
SAARENPAÄ, Ahti.
Professor of Private Law and Director of the Institute for Law and Informatics in the Faculty of Law at the University of Lapland, Finland.
SÁNCHEZ – BLANCO, Angel.
Catedrático Derecho Administrativo, Universidad Málaga.
SUAREZ - FERNANDEZ, Carlos.
Catedrático Derecho Penal, UPV/EHU

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

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

- I. EJES TEMATICOS
- II. SECCIONES DE LA REVISTA
- III. ESTRUCTURA DE LOS ARTICULOS
- IV. ESTRUCTURA DE LAS COMUNICACIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS
- V. CRONOGRAMA Y FRECUENCIA DE PUBLICACION ELECTRONICA
- VI. POLITICA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, DE USO y CITACION RIIPAC

I.- EJES TEMATICOS

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

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

II.- SECCIONES DE LA REVISTA

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

III. - ESTRUCTURA DE LOS ARTICULOS

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

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

IV .- ESTRUCTURA DE LAS COMUNICACIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

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

Ejemplo:

Lourdes Labaca

UPV/EHU

marialourdes.labaca@ehu.es

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

V. CRONOGRAMA Y FRECUENCIA DE PUBLICACION ELECTRONICA

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

El cronograma de RIIPAC será el siguiente:

RECEPCION	CONTRIBUCIONES ACEPTACION	PUBLICACIÓN
Septiembre Marzo	Octubre Abril	Noviembre Mayo

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

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

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

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

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

Presentación del número inaugural

<i>HERNANDO, Isabel</i>	7
-------------------------------	---

ARTICULOS

- Las marcas como medida de protección y difusión del Patrimonio Cultural – Bienes Inmateriales. <i>ASTIZ SUÁREZ, Enrique</i>	9
- La identificación de los agentes de la Propiedad Intelectual de los bienes culturales inmateriales y la "OMPI" <i>LABACA ZABALA, M^a Lourdes</i>	33
- Patrimonio Documental y Documentos Públicos <i>SÁNCHEZ BLANCO, Angel</i>	74
- Notas sobre la protección de los bienes culturales inmateriales desde el Derecho mercantil <i>RODRÍGUEZ ALVAREZ, María Pilar</i>	86
- La protección de los Conocimientos Tradicionales y de los recursos genéticos en la OMPI y en el CBD <i>SUKHWANI, Asha</i>	107

COMUNICACIONES - RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- La artesanía alimentaria en la legislación autonómica reciente <i>URKOLA IRIARTE, Miren Jasone</i>	136
- Reseña Bibliográfica: AA. VV. El copyright en cuestión, Diálogos sobre propiedad intelectual. Coord. Javier Torres Ripa y José Gómez Hernandez, Bilbao, edición Universidad Deusto, serie Derecho, vol. 93, 2011. <i>LABURU, Arantza</i>	163

NOVEDADES: EVENTOS - ENLACES RECOMENDADOS

- Directivas, Propuestas de Directivas y otros enlaces <i>HERNANDO, Isabel</i>	166
--	-----

PRESENTACION DEL NUMERO INAUGURAL

Con este número se inicia la revista *RIIPAC* que surge como ejecución de una idea que se gesta en un grupo de académicos y profesionales con perfiles y personalidades muy dispares, unidos por una misma iniciativa e ilusión creativa: la creación de una revista sobre la interacción entre el Patrimonio Cultural y el Ordenamiento Jurídico, haciendo un especial énfasis en la Propiedad Intelectual e Industrial.

RIIPAC se plantea como un instrumento de trabajo peculiar y diferenciado en el que se estiman fundamentales tanto las aportaciones legales y jurisprudenciales originadas en los múltiples y dispares ámbitos nacionales como las procedentes de las diversas experiencias culturales de los protagonistas y profesionales del Patrimonio Cultural.

En *RIIPAC* se valora al Patrimonio Cultural no sólo como una herencia a conocer, comprender, respetar y preservar sino también como un presente de inspiración, creación y desarrollo.

Desde esta perspectiva y como aglutinador de los esfuerzos del grupo de trabajo, en este primer número inaugural de *RIIPAC*, los artículos giran sobre la interacción entre los Bienes Inmateriales y la Propiedad Intelectual e Industrial y en torno a la consideración del Patrimonio Cultural y la Propiedad Intelectual como claves y herramientas necesarias para desarrollar el talento innovador.

En este número se integran los artículos aportados por Don Enrique Astiz, "Las Marcas como medida de Protección y Difusión del Patrimonio Cultural – Bienes Inmateriales", Doña Pilar Rodríguez, "Notas sobre la protección de los Bienes Culturales Inmateriales desde el Derecho Mercantil", Doña Asha Sukhwani, "La protección de los Conocimientos Tradicionales y de los Recursos Genéticos en la OMPI y en el CBD", Don Angel Sánchez, "Patrimonio Documental y Documentos Públicos" y Doña Lourdes Labaca, "La Identificación de los agentes de la Propiedad Intelectual de los Bienes Culturales Inmateriales y la "OMPI", basados en las Ponencias presentadas en cursos celebrados sobre Patrimonio Cultural y Propiedad Intelectual durante el presente año 2012.

Un primer curso celebrado en Mayo de 2012 en la Escuela de Patrimonio Histórico de Nájera focalizado en la incidencia de la Propiedad Intelectual e Industrial en los Bienes Inmateriales y titulado "*Patrimonio Cultural – Propiedad Intelectual. Protección y Difusión de Bienes Inmateriales*" <http://ipce.mcu.es/pdfs/ProgBienesInmateriales.pdf> y un segundo realizado en Julio de 2012 dentro de los Cursos de verano de la Universidad de Cádiz, titulado "*Patrimonio Cultural y Propiedad Intelectual como motores de la innovación y el desarrollo*" <http://celama.uca.es/63cv/seminario/b14>.

Igualmente, en este primer número de *RIIPAC*, como parte de los conocimientos tradicionales, se publica en el apartado de comunicaciones la aportación de Doña Miren Jasone Urkola titulada "La Artesanía Alimentaria en la legislación autonómica reciente" consistente en un artículo de gran interés por su relevancia social y actualidad.

Para finalizar, deseamos agradecer a todas las instituciones y personas que con su apoyo, esfuerzo y dedicación han hecho posible la realización del presente número inaugural. De forma especial, deseamos igualmente manifestar nuestro agradecimiento a todas las personas integrantes del *Comité Científico* que con su confianza y desinterés han contribuido a la gestación y presentación de *RIIPAC*.

A todos muchas gracias

Isabel HERNANDO
Directora de *RIIPAC*

**Número 1.
Noviembre 2012**

www.eumed.net/rev/riipac



LAS MARCAS COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN Y DIFUSIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL – BIENES INMATERIALES¹

Enrique ASTIZ SUÁREZ

Abogado. Agente de la Propiedad Industrial.

Director Departamento Contencioso y Litigios de CLARKE, MODET & Cía., S.L.

Resumen. Con de este breve estudio vemos como la Propiedad Industrial es relevante para el mantenimiento y desarrollo, para la conservación de su integridad, y para que no sea objeto de adulteraciones por parte de terceros que pudieran afectar a su esencia, y a los valores y tradición que representan, el patrimonio cultural y los bienes inmateriales que lo conforman.

Interesa recordar el enorme valor patrimonial que tiene la Propiedad Industrial en cuanto a la financiación de las actividades necesarias para el sostenimiento de estos bienes inmateriales.

Las distintas modalidades de la Propiedad Industrial se dividen en tres grandes grupos: signos distintivos, creaciones de forma e invenciones.

Los derechos de Propiedad Industrial sólo se obtienen, son válidos y se pueden hacer efectivos, si se ha procedido a su registro de acuerdo con lo establecido en las leyes de cada país. Sin registro, no hay derecho, siendo ésta una diferencia fundamental con la Propiedad Intelectual.

Las MARCAS son todo signo o medio que distingue cualquier producto o servicio de otros idénticos o similares de un tercero.

Las PATENTES son invenciones nuevas que impliquen una actividad inventiva, y que sean susceptibles de aplicación industrial.

Los MODELOS DE UTILIDAD son invenciones que, siendo nuevas e implicando una actividad inventiva, consisten en dar a un objeto una configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja apreciable en su uso o fabricación.

¹ Ponencia presentada en las Jornadas sobre “Patrimonio cultural - Propiedad Intelectual. Protección y difusión de bienes inmateriales” del Instituto del Patrimonio Cultural de España, celebradas en Nájera, 24 – 25 de mayo 2012.

Los DISEÑOS INDUSTRIALES son la apariencia de un producto que se derive de las características de las líneas, contornos, colores, forma textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación. Teniendo que ser nuevos, y con carácter singular.

Interesa destacar, además, las características comunes a todas ellas y que básicamente son:

- Que otorgan un monopolio legal.
- Que se adquieren mediante su inscripción.
- Que está limitadas a un tiempo y a un país o territorio.
- Que son transmisibles.

A continuación, pasamos a citar la normativa concerniente a la defensa del Patrimonio Cultural y de los bienes inmateriales:

La primera norma es la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, que junto a otras normas estatales relacionadas, y las legislaciones autonómicas, encontramos toda la legislación interesada en la materia.

La conclusión de esta legislación es el concepto de “protección” que debería ser interpretado en un sentido amplio y no restrictivo. Abarcando la protección legal frente a terceros, su protección contra utilizaciones indebidas que mermen su valor y, la Propiedad Industrial que debiera registrarse para su defensa.

Por último, nuestra conclusión fundamental de este estudio se basa en la importancia trascendental que tiene una correcta protección de los signos distintivos propios de cada elemento integrante del Patrimonio Cultural e inmaterial.

KEYWORDS: Propiedad Industrial, Valor patrimonial, Marcas, Signos distintivos, Protección, Patrimonio histórico, Patrimonio inmaterial, Patrimonio cultural

Abstract. With this brief study we can see how Industrial Property is relevant to the maintenance and development, for the preservation of their integrity, and to be free from adulterations by third parties that may affect its essence, and the values and traditions that represent, cultural heritage and intangible assets that comprise it.

It is important to remember that Industrial Property has an enormous patrimonial value as far as financing the necessary activities for the maintenance of these intangibles.

The different types of Industrial Property are divided into three main groups: distinctive signs, shape creations and inventions.

Industrial property rights are only obtained, are valid and can be made effective if your registration has been carried out in accordance with the provisions of the

laws of each country. No registration, no right, and this is a fundamental difference with the Intellectual Property.

Trademarks are signs or means that distinguish products or services from others identical or similar of a third party.

Patents are new inventions which involve an inventive step and are susceptible of industrial application.

Utility models are inventions which, being new and involving an inventive step, consist in giving an object a configuration, structure or construction that results in a significant advantage in its use or manufacture.

Industrial designs are the appearance of a product resulting from the features of the lines, contours, colors, shape, texture or materials of the product itself or its ornamentation. Having to be new and with unique character.

Is also interesting to note the common characteristics to all of them, which are basically:

- Granting a legal monopoly.
- Acquired by registration.
- It is limited to a time and a country or territory.
- Are transmissible.

Next, we will quote the regulations concerning the protection of cultural heritage and intangible assets:

The first rule is the Law 16/1985 of June 25, of the Spanish Historical Heritage, which together with other related state laws, and regional laws, find all legislation on the subject concerned.

The conclusion of this legislation is the concept of "protection" that should be interpreted broadly and not restrictive, covering legal protection against third parties, protection against misuses that diminish their value, and the industrial property that should be register for their defense.

Finally, our main conclusion of this study is based on the fundamental importance of correct protection of distinctive signs of each component of the Intangible Cultural Heritage.

KEYWORDS: Industrial Property, Patrimonial Value, Trademarks, Distinctive signs, Protection, Historic Heritage, Immaterial Heritage, Cultural Heritage

1).- Introducción; importancia en general de la Propiedad Industrial y su relevancia patrimonial:

Se podría pensar a priori que la propiedad industrial no tiene mucha relación con lo que es y representa el patrimonio cultural y los bienes inmateriales que

lo conforman, pero, como veremos a lo largo de este breve estudio, en nuestra opinión si es algo de relevancia para su mantenimiento y desarrollo, para la conservación de su integridad y para que no sea objeto de adulteraciones por parte de terceros que pudieran afectar a su esencia y a los valores y tradición que representan.

También interesa poner de manifiesto, al inicio de este estudio, que no se va a tratar en el mismo del potencial o posible carácter en su caso de obras artísticas o arquitectónicas, del intelecto humano ni, por consiguiente, de la protección que como tales obras artísticas o de otro tipo le correspondería o merecería el patrimonio cultural y los bienes inmateriales que lo integran.

Sentado lo anterior, tenemos que resaltar de forma general la importancia trascendental que tiene la propiedad industrial y su correcta protección en el ámbito de las actividades de cualquier empresa, partiendo de la base de que lo que ofrecen las empresas en el mercado, del tipo que sean, son productos, servicios o tecnología y que, siendo esto así, lo que puede garantizar el éxito de estas actividades es precisamente la protección que se ostente sobre dichos productos, servicios o tecnología, protección que se obtiene precisamente por medio de la propiedad industrial.

Y, en este punto, también interesa recordar el enorme valor patrimonial que tiene la propiedad industrial en cualquiera de sus modalidades.

Hay muchas empresas o entidades que todavía no son plenamente conscientes de que para cualquier empresa industrial, comercial o de servicios, sus activos de propiedad industrial son el patrimonio más importante del que disponen para el desenvolvimiento de su actividad empresarial, ya que representa todo aquello que le puede otorgar una exclusividad en el mercado y una diferenciación con respecto al resto de empresas del mismo sector.

Hay que recordar también que la propiedad industrial es una de las llamadas propiedades especiales, recogidas como tales en la legislación civil o común de cada país, pero reguladas siempre en sus leyes especiales. Leyes de Patentes, Leyes de Marcas y Leyes de los Diseños Industriales), y otorgan un grado de propiedad equivalente a la propiedad inmobiliaria o a la propiedad sobre bienes muebles.

Conviene resaltar que cualquier esfuerzo que se haga, con lo costoso que ello resulta, tanto a nivel de I+D o de I+D+I como publicitarios o de promoción perdería automáticamente cualquier sentido si todos estos derechos, que no dejan de representar ventajas competitivas en el mercado, no fuesen debida y suficientemente protegidos.

Afortunadamente, parece evidente que esta necesidad está cada vez más presente en la mentalidad del empresariado por lo menos en los países con un grado de desarrollo suficiente.

Y aunque estos conceptos tienden a olvidarse, hay que pensar que el mundo económico-empresarial de hoy en día, buena parte del valor de cualquier

empresa o entidad del tipo que sea surge del conocimiento de la misma en el mercado, de su prestigio y reputación en la sociedad en general o en el ámbito de actividad en la que se desenvuelve, y parte de ese reconocimiento viene dado por lo que podríamos llamar sus “signos externos”: sus productos, su tecnología, sus diseños especiales. Y también, como veremos luego, cuanta más protección tengan para dichos signos externos, más provecho y más partido les podrán sacar.

Todo aquel que no potencie sus marcas o sus desarrollos tecnológicos, pierde un importantísimo valor patrimonial de su negocio, por mucha calidad que tengan sus productos. La marca es precisamente aquello que hace que unos productos o servicios se distingan de otros similares en el mercado, y las invenciones es aquello que hacen que unos productos sean únicos, y todo ello hace que esos productos tengan un importante valor añadido y, como consecuencia, hace que tengan una reputación en el mercado y que el cliente potencial los reconozca y los demande en el mercado.

Y aunque podría pensarse a priori que estos conceptos previos no tendrían que ser de aplicación al caso concreto del patrimonio cultural y sus bienes inmateriales que, evidentemente, no se integran normalmente en entidades con ánimo de lucro “per se”, ello no obsta para que en muchas de sus manifestaciones externas puedan llegar a tener o de hecho ya tienen un relativo carácter comercial y, desde luego, merece y necesita en todas esas manifestaciones externas una protección adecuada para la consecución de sus fines últimos e incluso para su mantenimiento y financiación, así como para impedir que cualquier tercero pretenda apropiarse en su propio beneficio de algo tan inherente a la historia y tradición cultural.

No se puede olvidar en efecto y para finalizar este aspecto de la cuestión que, en cuanto a la financiación de las actividades necesarias para el sostenimiento de estos bienes inmateriales, los activos en propiedad industrial pueden ser de gran utilidad, bastando para ello recordar, a modo de ejemplo, el caso de determinadas sociedades deportivas que en buena parte se financian y sostienen gracias precisamente a la explotación comercial de su imagen, es decir, de sus marcas.

2).- Breves apuntes sobre las distintas figuras de la Propiedad Industrial y sus características comunes:

Aunque quizás puedan ser conceptos conocidos por todos o que puedan ser obvios en determinada medida, conviene recordar cuales son las distintas modalidades de la Propiedad Industrial que se dividen en tres grandes grupos o familias: **SIGNOS DISTINTIVOS**, **CREACIONES DE FORMA** e **INVENCIONES**, y en qué consisten cada una de ellas.

Como punto fundamental y preliminar, hay que recordar, porque ello, según nuestra experiencia, no es tan evidente para la generalidad, que **los derechos de Propiedad Industrial sólo se obtienen y son válidos y se pueden hacer efectivos si se ha procedido a su registro** de acuerdo con lo establecido en las leyes de cada país o territorio.

Es decir, que no basta con crear una marca o con desarrollar una invención, sino que para que se puedan alegar derechos frente a terceros hay que proceder a su registro, ya que en caso contrario se convierten en “res nullius”, en algo que no es propiedad de nadie y, por lo tanto, pueden ser o registrados por terceros o utilizables por la generalidad.

Es decir, **sin registro no hay derecho (se trata de un registro constitutivo), siendo esta una de las diferencias fundamentales con la propiedad intelectual**, en la cual el registro no es constitutivo del derecho sino meramente declarativo, no siendo imprescindible el registro (aunque si recomendable) para el nacimiento del derecho y su ejercicio frente a terceros.

Pues bien, como decíamos antes, existen tres grandes grupos de modalidades de propiedad industrial, **los signos distintivos** (marcas y nombres comerciales, ya que los rótulos de establecimiento fueron suprimidos por la última Ley de Marcas de 2.001), **las invenciones** (patentes de invención y modelos de utilidad) y **las creaciones de forma** (diseños industriales, que engloban las antiguas figuras de los modelos industriales y los dibujos industriales).

Se definen las citadas modalidades de la siguiente forma:

MARCA: Es todo signo o medio que distingue o sirve para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona de productos o servicios idénticos o similares de un tercero. Con la marca se distingue pues, la denominación o signo identificador de un producto o de un servicio en el mercado, el signo por el cual el consumidor o adquirente del producto o servicio lo reconoce, lo identifica y lo demanda.

NOMBRE COMERCIAL: Es todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares.

PATENTE DE INVENCION: es aquella invención nueva que implique una actividad inventiva y que sea susceptible de aplicación industrial. La patente de invención es por lo tanto el conjunto de características técnicas de un producto o de la forma o procedimiento de fabricación del mismo que supone un avance o mejora sobre lo ya conocido en el sector técnico del que se trate.

MODELO DE UTILIDAD: son las invenciones que, siendo nuevas e implicando una actividad inventiva, consisten en dar a un objeto una configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación.

DISEÑO INDUSTRIAL: recoge de forma conjunta las antiguas figuras de los modelos y dibujos industriales. Se define como la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto que se derive de las características de las líneas, contornos, colores, forma textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación. Tiene que ser nuevo y tener carácter singular.

Eso sí, interesa destacar, aunque sea brevemente, las características comunes que reúnen todas las modalidades de propiedad industrial, y que son las siguientes:

1ª).- Monopolio legal: Todas las modalidades de propiedad industrial otorgan a su titular un monopolio legal de utilización exclusiva de lo que es su objeto. Esto se reconoce en todas las legislaciones del mundo. Este monopolio legal tiene dos vertientes fundamentales: el reconocimiento al derecho exclusivo para el uso de lo que ha sido objeto de protección, y el derecho excluyente que consiste en tener la facultad de impedir que cualquier tercero pueda utilizar algo idéntico o confundible sin consentimiento del titular.

2ª).- Adquisición de los derechos mediante la inscripción o registro: Este aspecto de la cuestión ya se ha apuntado anteriormente, debiéndose de recordar que los derechos de propiedad industrial sólo se obtienen y son válidos y se pueden hacer efectivos si se ha procedido a su registro de acuerdo con lo establecido en las leyes de cada país o territorio. Es decir, que no basta con crear una marca o con desarrollar una invención, sino que para que se puedan alegar derechos frente a terceros hay que proceder a su registro, ya que en caso contrario se convierten en “res nullius”, en algo que no es propiedad de nadie y que, por lo tanto, puede ser registrado por terceros o disponible por la generalidad del público.

3ª).- Temporalidad: Los derechos otorgados son temporales y se otorgan por plazos determinados. En el caso de los signos distintivos (marcas y nombres comerciales) se conceden por diez años a contar desde la fecha de solicitud; eso sí, son renovables por iguales periodos tantas veces como se quiera. Los diseños industriales tienen un plazo de validez de cinco años, pero son renovables hasta un máximo de vida legal de veinticinco años. A partir de dicha fecha (o en caso de no renovación) entran en el dominio público. En cuanto a las invenciones, los modelos de utilidad tienen un plazo de duración de 10 años y las patentes de invención de veinte años, no renovables, por lo que transcurridos dichos plazos, pasan a ser de dominio público.

4ª).- Territorialidad: En la propiedad industrial rige el principio de territorialidad, es decir, que la propiedad industrial sólo existe como tal a favor de su titular si se ha procedido a su registro en cada país o territorio en la que se pretenda hacer valer. Ello significa que la protección y la exclusiva que de ella se deriva se obtiene única y exclusivamente para aquel país o territorio en el que el derecho ha sido inscrito y registrado, por lo que un registro en España, Portugal o Francia, por ejemplo, sólo vale para cada uno de estos países, ni siquiera para la Unión Europea en su conjunto. Hay que desterrar la idea de que al existir actualmente en Europa un mercado único, la protección obtenida en España, en Portugal, o en cualquier otro país de forma individual es válida para cualquier país de la Unión Europea, ya que el principio de la libre circulación de mercancías, tiene un límite, una frontera, la propiedad industrial. En efecto, en un mercado sin fronteras como es el de la Unión Europea, sigue subsistente una frontera totalmente legal y reconocida, la de la propiedad industrial. Y si alguien pretende exportar sus productos o servicios a algún país miembro, puede encontrarse con que no podrá hacerlo si, por ejemplo, en Francia o en el Reino Unido existe una marca registrada idéntica o confundible con la española o portuguesa para distinguir productos o servicios

idénticos o similares, o exista una patente que cubra la fabricación de un determinado producto.

5ª).- Transmisibilidad: Otra característica fundamental de la propiedad industrial, de cualquiera de sus modalidades, es que es transmisible por cualquier medio de los previstos en Derecho. Una marca, o un diseño industrial, pueden ser pues objeto de compraventa, de licencia (exclusiva o no exclusiva, para la totalidad de los productos o solo para parte de ellos, para la totalidad del territorio o solo para una parte del mismo, etc.), darse en garantía (constitución de hipotecas mobiliarias) y, por consiguiente, y volviendo al inicio de la presente ponencia, tiene por lo tanto un valor patrimonial muy importante.

Una vez expuestas estas ideas generales sobre la propiedad industrial y su importancia, pasamos a continuación a estudiar la normativa específica que, con relación al Patrimonio Cultural y los bienes inmateriales, se pueda haber promulgado y esté en vigor, fundamentalmente en lo que pueda tener relación o conexión con la protección de sus símbolos frente a terceros.

3).- Referencias normativas específicas y breves comentarios con respecto a las mismas:

La primera norma que tenemos que citar es la ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Como se consigna en su Preámbulo, en la misma se consagra una nueva definición del Patrimonio Histórico, ampliándose notablemente su extensión; en ella quedan comprendidos los bienes muebles e inmuebles que lo constituyen, el Patrimonio Arqueológico y el Etnográfico, los Museos, Archivos y Bibliotecas de titularidad estatal, así como el Patrimonio Documental y Bibliográfico, sin que se establezcan limitaciones derivadas de su propiedad, uso, antigüedad o valor económico. En su artículo 1.1 se define como objeto de esta Ley la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español. Y en artículo 1.2 se establece que lo que integra el Patrimonio Histórico Español son los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico., incluyéndose también el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como lo sitios naturales, jardines y parques que tengan valor artístico, histórico o antropológico.

Viendo el tenor general de esta Ley, se puede apreciar que la protección a la que se refiere el artículo 1.1 podría entenderse como la “protección estricta”, la protección encaminada a la mera conservación “física” de los bienes y a disponer medidas contra los ataques “físicos” contra los mismos y de restricciones para las ventas de exportación; y, por otra parte, del contenido del artículo 1.2 anteriormente mencionado y del resto de los preceptos y tenor literal de esta norma, también se deduce que, lamentablemente, nada se señala en cuanto a la existencia misma de los bienes inmateriales que indudablemente pueden formar parte del patrimonio Histórico y, por

consiguiente, tampoco se señala nada en cuanto a su protección y conservación.

Y como normas estatales relacionadas con esta materia, también podemos citar los Reales Decretos por los que se constituyen y organizan el Consejo Jacobeo, el Real Patronato de la Ciudad de Toledo y el Real Patronato de la Ciudad de Cuenca, todos ellos sin incidencia real en cuanto al tratamiento o consideración directa de los bienes inmateriales.

Nos tenemos pues que referir a las distintas legislaciones autonómicas, al ser ésta una materia transferida, para poder hacernos una idea del tratamiento y consideración de las bienes inmateriales.

Para ello, vamos a seguir un orden alfabético por Comunidades Autónomas, haciendo una breve reseña de las normas autonómicas vigentes y de algunos aspectos reseñables de las mismas con relación al tema que estamos tratando.

3.1.- Ley 14/2007, de 26 de noviembre de 2.007, del Patrimonio Histórico de Andalucía:

En su artículo 1, se define que su objeto es, entre otros, establecer el régimen jurídico del Patrimonio Histórico de Andalucía con el fin de garantizar su tutela, **protección**, conservación, salvaguardia y difusión y asegurar su transmisión a las generaciones futuras. En su artículo 2 se establece que la Ley es de aplicación al Patrimonio Histórico Andalúz, **que se compone de todos los bienes de la cultura, materiales e inmateriales**. Vemos pues que en esta Ley de Andalucía se mencionan expresamente los conceptos fundamentales de protección y de bienes inmateriales, aunque posteriormente poco se regule de ellos.

3.2.- Ley 3/1999, de 10 de marzo de 1.999, del Patrimonio Cultural de Aragón:

En su artículo 1 se establece que esta Ley tiene por objeto **la protección**, conservación, acrecentamiento, investigación, difusión, promoción, fomento y formación para la transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Cultural Aragonés y de los bienes que lo integran. Y en su artículo 2 se indica que el patrimonio Cultural Aragonés está integrado **por todos los bienes materiales e inmateriales** relacionados con la historia y la cultura de Aragón. Como en el caso anterior, se mencionan expresamente los conceptos fundamentales de protección y de bienes inmateriales, pero también con escasa regulación al respecto de estos últimos.

3.3.- Ley 1/2001, de 6 de marzo de 2.001, del Patrimonio Cultural del Principado de Asturias:

En su artículo 1, y en la misma línea que las anteriores leyes citadas, se establece que la Ley tiene por objeto la conservación, **protección**, investigación, enriquecimiento, fomento y difusión del Patrimonio Cultural de Asturias. En este mismo artículo, en su segundo apartado, se dispone que integran el Patrimonio Cultural de Asturias todos los bienes muebles e inmuebles relacionados con la historia y la cultura de Asturias. No se dice nada por lo tanto de los bienes inmateriales ya que este artículo 1.2 se limita a citar los bienes tangibles, en contraposición con los intangibles o inmateriales, dejando pues sin protección a los bienes de este tipo. Es más, y si lo anterior no fuese suficientemente claro, se precisa en el artículo 1.4 que las normas de esta Ley se entenderán referidas a bienes de naturaleza material, muebles e inmuebles; y únicamente al final de este apartado, se señala que las normas de la Ley se entenderán así mismo aplicables a bienes de naturaleza no material en aquellos casos en que expresamente se señale dicho aspecto. Se trata por lo tanto de una norma absolutamente regresiva en cuanto a la protección de los bienes inmateriales, que son excluidos expresamente del ámbito de aplicación de la Ley, excepto en los casos en los que se señale otra cosa.

3.4.- Ley 4/1999, de 15 de marzo de 1.999, del Patrimonio Histórico de Canarias:

Esta Ley establece en primer lugar una diferencia con las anteriores al señalar que sus disposiciones se aplicarán con independencia de la titularidad pública o privada de aquello que integre su patrimonio histórico, precisión que no se incluía en las normas anteriormente citadas. En su artículo 1.3 se dispone que si finalidad, entre otras, es la **protección** del patrimonio histórico de Canarias. Y en su artículo 2 se indica que dicho patrimonio histórico está constituido por los bienes muebles e inmuebles que tengan interés histórico, arquitectónico, artístico, arqueológico, etnográfico, paleontológico, científico o técnico, por lo que igual que en el caso anterior de Asturias se produce una innecesaria limitación, aunque posteriormente se indica que los bienes inmateriales de la cultura popular y tradicional también formarán parte del patrimonio histórico canario.

3.5.- Ley 11/1998, de 13 de octubre de 1.988, del Patrimonio Cultural de Cantabria:

En esta ley, en su artículo 3.1, se establece que el Patrimonio Cultural de Cantabria está constituido por todos los bienes relacionados con la cultura e historia de Cantabria, mereciendo por ello una protección y defensa especiales. Y en el artículo 3.2 se dispone que integran dicho patrimonio cultural los bienes muebles, inmuebles e **inmateriales** de interés histórico, artístico, arquitectónico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico y técnico, así como los conjuntos urbanos, los lugares etnográficos, las áreas de protección arqueológica, los espacios industriales y mineros, así como los sitios naturales, jardines y parques que tengan valor artístico, histórico o antropológico y paisajístico. Vemos pues que el concepto de protección se

expresa de forma diferente a los casos anteriores y que si se recogen expresamente los bienes inmateriales pero de forma a mi entender excesivamente casuística y casi diríamos que anecdótica.

3.6.- Ley 4/1990, de 30 de mayo de 1.990, del Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha:

En esta Ley, en su artículo 1 se establece que objeto de la misma es la **protección**, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico de Castilla-la Mancha. Y en su artículo 2, la definición de aquello que forma parte de dicho patrimonio histórico se limita a los inmuebles y muebles de interés histórico, artístico, arqueológico, paleontológico, etnográfico, científico o técnico de interés para Castilla-la Mancha, incurriéndose por lo tanto en la **omisión de la cita de los bienes inmateriales** y en el exceso de casuística ya señalado con respecto a Cantabria.

3.7.- Ley 12/2002, de 11 de julio de 2.002, del Patrimonio Cultural de Castilla y León:

En su artículo 1.1 se establece que la Ley tiene por objeto el conocimiento, **protección**, acrecentamiento y difusión del Patrimonio Cultural de Castilla y león, así como su investigación y transmisión a las generaciones futuras. En el artículo 1.2 se dispone que integran dicho patrimonio cultural los bienes muebles e inmuebles de interés artístico, histórico, arquitectónico, paleontológico, arqueológico, etnológico, científico o técnico, y también el patrimonio documental, bibliográfico y lingüístico, así como las actividades y **el patrimonio inmaterial de la cultura popular y tradicional**. Además, el artículo 1.3 señala que los bienes más relevantes del Patrimonio Cultural de Castilla y León **deberán ser declarados de interés cultural o inventariados**, lo que supone una mayor garantía en cuanto a su defensa y protección y un primer paso en la línea que se propugnará más adelante para la mejor protección de esta clase de bienes inmateriales.

3.8.- Ley 9/1993, de 30 de septiembre de 1.993, del Patrimonio Cultural catalán:

En esta Ley se resalta sobremanera el concepto de “protección” ya que aparece tal término no sólo en su artículo 1.1 cuando se define como objeto de la Ley la **protección**, la conservación, el acrecentamiento, la investigación, la difusión y el fomento del patrimonio cultural catalán, sino también en su artículo 3.1 cuando se señala que la Administración de la Generalidad, los consejos comarcales y los ayuntamientos velarán por la integridad del patrimonio cultural catalán, **tanto público como privado** (introduciéndose aquí la precisión de ambos tipos de titularidades), **y por la protección**, la conservación, el acrecentamiento, la difusión y el fomento de este patrimonio. Por otra parte, en el artículo 1.3 se establece que también forman parte del patrimonio cultural catalán (además de los bienes muebles e inmuebles

reseñados en el artículo 1.2) **los bienes inmateriales integrantes de la cultura popular y tradicional y las particularidades lingüísticas**. Vemos pues que se trata de una norma que en su finalidad recoge todo lo importante y necesario.

3.9.- Ley 2/1999, de 29 de marzo de 1.999, del patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura:

En su artículo 1.1 se dispone que su objeto es la **protección**, conservación, engrandecimiento, difusión y estímulo del Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura. Y su artículo 1.2 señala que dicho patrimonio histórico está constituido por todos los bienes, **tanto materiales como intangibles**, que, por su valor, tengan interés para Extremadura. Como curiosidad y también por ser de interés, conviene resaltar que se señala también en su artículo 1.3 que se considerarán de interés para Extremadura todos aquellos bienes relacionados con el apartado anterior que estén radicados, hayan sido descubiertos, producidos o recibidos, tengan una vinculación histórica o cultural con la Comunidad Autónoma o alcancen una significación propia para la región lo que, en algún caso determinado, podría suponer algún conflicto territorial con otra Comunidad Autónoma o incluso con algún país extranjero. Vemos pues que se recoge lo fundamental, es decir el concepto de protección y se señalan los bienes inmateriales como intangibles.

3.10.- Ley 8/1995, de 30 de octubre de 1.995 del Patrimonio Cultural de Galicia:

En la misma línea que la mayoría de las legislaciones autonómicas, el artículo 1.2 de esta ley dispone que la misma tiene por objeto la **protección**, conservación, acrecentamiento, difusión y fomento del patrimonio cultural de Galicia, así como su investigación y transmisión a generaciones futuras. Por otra parte, el artículo 1.1 establece que dicho patrimonio cultural está constituido por **todos los bienes materiales e inmateriales** que, por su reconocido valor propio, hayan de ser considerados como de interés relevante para la permanencia e identidad de la cultura gallega a través del tiempo. Y el artículo 17 señala que aquellos bienes del patrimonio cultural de Galicia que, sin llegar a ser declarados de interés cultural, posean especial singularidad (lo que no deja de ser una expresión muy vaga e indeterminada) serán incluidos en el Catálogo del patrimonio cultural de Galicia y gozarán por ello de la protección para los bienes catalogados en esta ley. Es decir, que se establece la constitución de un catálogo en el que deberán figurar los bienes de interés cultural y aquellos otros de especial singularidad. Podemos pues decir que se trata de una norma que cumple lo que podríamos denominar como requisitos mínimos exigibles.

3.11.- Ley 12/1998, de 21 de diciembre de 1.998, del Patrimonio Histórico de las Illes Balears:

Su artículo 1.1 dispone que su objeto es la **protección**, la conservación, el enriquecimiento, el fomento, la investigación y la difusión del patrimonio histórico de las islas Baleares. Su artículo 1.2 establece que dicho patrimonio está integrado por “**todos los bienes y valores de la cultura**”, lo que no deja de ser en nuestra opinión una mención excesivamente vaga e indeterminada que no se sabe muy bien a que se refiere exactamente. Por otra parte, más adelante, en su artículo 22, se señala la obligación de conservar, mantener y custodiar los bienes integrantes del patrimonio histórico por sus propietarios, titulares de derechos reales y poseedores, lo que supone un reconocimiento explícito de la posibilidad de titularidad tanto pública como privada.

3.12.- Ley 7/2004, de 18 de octubre de 2.004, del patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de la Rioja:

Se trata de una Ley muy “proteccionista” en el buen sentido de la palabra, es decir, una Ley cuya finalidad fundamental (o preocupación fundamental) parece ser en efecto el conseguir la mayor protección posible para los bienes integrantes del patrimonio cultural e histórico de La Rioja. Así, en su artículo 1, dispone que la Ley tiene por objeto la **protección**, conservación, rehabilitación, mejora y fomento, así como el conocimiento, investigación y difusión del patrimonio cultural, histórico y artístico de la Rioja, cualquiera que sea su régimen jurídico, **titularidad**, estado de conservación u otras circunstancias concurrentes. Y, en la misma línea y como refuerzo de la protección deseada, el artículo 24 establece que los poderes públicos garantizarán la protección, conservación, rehabilitación, mejora y fomento del patrimonio cultural de La Rioja. Por otra parte, en su artículo 2.1 se reconoce expresamente la posibilidad de existencia de bienes inmateriales, al establecerse que el patrimonio cultural, histórico y artístico de La Rioja está constituido por todos los bienes muebles o inmuebles..., y también por **los bienes inmateriales** relativos a actividades, creaciones, conocimientos y prácticas tradicionales, manifestaciones folklóricas, conmemoraciones populares, toponimia tradicional de términos rústicos y urbanos y las peculiaridades lingüísticas del castellano hablado en esta Comunidad Autónoma. Se consideran también bienes inmateriales (artículo 2.4) aquellos conocimientos, actividades, prácticas, saberes, técnicas tradicionales y cualesquiera otras expresiones que procedan de modelos, técnicas, funciones y creencias propias de la vida tradicional riojana.

3.13.- Ley 10/1998, de 9 de julio de 1.998, del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid:

Esta ley de la Comunidad de Madrid rompe un tanto la práctica habitual en las otras normas autonómicas de la materia, ya que en su artículo 1.1 dispone que la Ley tiene por objeto “el enriquecimiento, **salvaguarda** y tutela del Patrimonio Histórico ubicado en la Comunidad de Madrid”. Vemos pues que no se tulipa la expresión “**protección**” común a las demás normas, sino la más ambigua de “**salvaguarda**” que de alguna forma parece limitar un tanto su alcance. Y en este mismo artículo 1.1 se exceptúa expresamente de su objeto y alcance el patrimonio cultural que sea de titularidad estatal, lo que parece algo evidente y por tanto de innecesaria mención. En el artículo 1.3 se mencionan los bienes inmateriales de forma más bien tangencial ya que al describirse aquello que integra el patrimonio cultural, y después de citar los bienes muebles e inmuebles, el patrimonio documental y otra serie de elementos, se finaliza con la expresión “...y aquellos bienes inmateriales que conforman la cultura popular, folclore, artes aplicadas y conmemoraciones tradicionales”. Realmente, no da la impresión de que se les otorguen excesiva importancia a los bienes inmateriales.

3.14.- Ley 4/1990, de 11 de abril de 1.990, del Fomento del Patrimonio Histórico-Artístico de la Región de Murcia:

En su artículo 1.1 se establece que la Ley tiene por objeto la **protección**, conservación, acrecentamiento, investigación, conocimiento, difusión y fomento del patrimonio cultural de la Región de Murcia. En el artículo 1.2 se dispone que el patrimonio cultural de la Región de Murcia está constituido por los bienes muebles, inmuebles e **inmateriales** que, independientemente de su titularidad pública o privada, merecen una protección especial por su valor histórico, artístico, arqueológico, paleontológico, etnográfico, documental o bibliográfico, técnico o industrial, científico o de cualquier otra naturaleza cultural. Y resaltando el aspecto de los bienes inmateriales, en su artículo 1.3 se definen los mismos como las instituciones, actividades, prácticas, usos, representaciones, costumbres, conocimientos, técnicas y otras manifestaciones que constituyan formas relevantes de expresión de la cultura de la Región de Murcia. Vemos pues que esta Ley de la Región de Murcia recoge los aspectos fundamentales de todas las demás, es decir el concepto de protección y la inclusión de los bienes inmateriales.

3.15.- Ley Foral 14/2007, de 4 de abril de 2.007, del Patrimonio de Navarra:

En su artículo 1 se establece que la Ley tiene por objeto la **protección**, conservación, recuperación, acrecentamiento, investigación, divulgación y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Cultural de Navarra. En el artículo 2.2 se dispone que forman parte del patrimonio cultural de Navarra los **bienes inmateriales** relativos a la cultura de Navarra, en particular los bienes integrantes de la cultura popular y tradicional Navarra y sus respectivas peculiaridades lingüísticas. Esta norma foral sigue pues la línea general del resto de legislaciones autonómicas.

3.16.- Ley 7/1990, de 3 de julio de 1.990, de Regulación del Patrimonio Cultural Vasco:

En su artículo 1 se establece que la Ley tiene por objeto la defensa, enriquecimiento y **protección**, así como la difusión y fomento del Patrimonio Cultural Vasco. En su artículo 2.1 se describe aquello que integra dicho patrimonio cultural señalando que son *“todos aquellos bienes de interés cultural por su valor histórico, artístico, urbanístico, etnográfico, científico, técnico y social...”*, por lo que no se hace la distinción de la mayoría de las otras legislaciones autonómicas de bienes muebles, inmuebles e inmateriales, quedando por consiguiente la duda si habrán de entenderse protegidos por esta Ley los bienes de carácter inmaterial.

3.17.- Ley 4/1998, de 11 de junio de 1.998, del Patrimonio Cultural Valenciano:

Vamos a estudiar con un poco más de detenimiento esta Ley del patrimonio Cultural Valenciano (en adelante PCV), ya que consideramos que se trata de una Ley pionera en el ámbito autonómico estatal por la que la Generalitat Valenciana, en el ámbito de sus competencias, regula lo relativo a su patrimonio histórico, artístico, monumental, arquitectónico, arqueológico y científico.

En lo que aquí nos interesa y es objeto del presente estudio, creemos oportuno resaltar el contenido de alguno de sus preceptos y, en particular, de los siguientes:

.- Artículo 9.1, en el que se establece, como cláusula general, que <<Los poderes públicos garantizan la **protección**, conservación y acrecentamiento del patrimonio cultural valenciano, así como el acceso de todos los ciudadanos a los bienes que lo integran, mediante la aplicación de las medidas que esta Ley prevé para cada una de las diferentes clases de bienes>>.

.- Artículo 15.1, por el que se crea el Inventario General del PCV, adscrito a la Consellería competente en materia de cultura, como instrumento unitario de **protección** de los bienes muebles, inmuebles e **inmateriales** del patrimonio cultural cuyos valores deban ser especialmente preservados y conocidos. Es decir, con esta norma, se crea el Inventario en el que ya se indica que servirá como protección, entre otros, a los bienes de carácter inmaterial como lo puede ser la propiedad industrial o lo que sea objeto de ella.

.- Y en este mismo artículo, pero en su apartado 15.2.5, entre lo inscribible en dicho Inventario General, ya se citan expresamente <<**Los Bienes Inmateriales de Relevancia Local**, cuyo valor y representatividad para los ámbitos comarcales y locales, haga conveniente su inscripción en la sección 5ª del inventario>>.

.- El artículo 26.1.D, al definir los Bienes Inmateriales, establece que <<Pueden ser declarados de interés cultural las actividades, creaciones, conocimientos,

prácticas, usos y técnicas representativos de la cultura tradicional valenciana, así como aquellas manifestaciones culturales que sean expresión de las tradiciones del pueblo valenciano en sus manifestaciones musicales, artísticas o de ocio, y aquellas que han sido objeto de transmisión oral y las que mantienen y potencian el uso del valenciano>>.

.- Finalmente, el artículo 45 de esta Ley, en su apartado 1, establece que <<Aquellas actividades, creaciones, conocimientos, prácticas, usos y técnicas que constituyen las manifestaciones más representativas y valiosas de la cultura y los modos de vida tradicionales de los valencianos serán declarados bienes de interés cultural. Igualmente podrán ser declarados bienes de interés cultural los bienes inmateriales que sean expresiones de las tradiciones del pueblo valenciano en sus manifestaciones musicales, artísticas, gastronómicas o de ocio, y en especial aquellas que han sido objeto de transmisión oral, y las que mantienen y potencian el uso del valenciano>>.

Entendemos que esta Ley valenciana es la más completa de las autonómicas anteriormente citadas y la que profundiza más en la protección del patrimonio cultural y de los bienes inmateriales.

4).- Conclusiones sobre el alcance y contenido de las anteriores Leyes de carácter autonómico:

Hemos visto que en prácticamente en todas y cada una de estas leyes, aparece siempre el concepto de “**protección**” (aunque en algún caso se sustituye esta expresión por el de “*salvaguarda*”, como sucede en el caso de Madrid). Este concepto de “protección”, en nuestra opinión, debe de ser interpretado en su sentido más amplio y no restrictivo, es decir, no ha de limitarse a la pura protección “física” del patrimonio cultural, a la defensa contra los ataques contra su integridad material, sino que por el contrario debiera de extenderse, en beneficio de la mayor eficacia de las leyes y de su finalidad última, a la protección más amplia que también abarca su protección legal frente a terceros, su protección contra utilizaciones indebidas o inconsistentes que mermen el valor del referido patrimonio cultural y de sus bienes inmateriales, y, por lo tanto y también en lo que aquí nos interesa, a la propiedad industrial que pudiera registrarse para la mejor defensa de este patrimonio cultural. Somos conscientes de que en muchos de los casos, es posible que no se haya tenido en cuenta a la hora de promulgar estas leyes este aspecto fundamental de la protección de los bienes inmateriales de los patrimonios culturales de cada una de las Comunidades Autónomas, pero ello no impide, como indicábamos anteriormente, que una interpretación amplia y no restrictiva de las respectivas leyes así lo permita.

Por otra parte, los llamados bienes inmateriales (o en algunos caso bienes intangibles), no están recogidos expresamente en alguna de las normas comentadas, lo cual es un olvido ciertamente preocupante y que debería ser resuelto lo antes posible.

Y, además. Se comprueba que todas estas normas autonómicas, o la gran mayoría de las mismas, siguen un patrón común y no han merecido a primera vista una gran profundización en la materia por parte de los respectivos legisladores, que, en muchos casos, se han limitado a reproducir otras normas ya existentes en otras Comunidades autónomas, sin buscar una mejora de las mismas. Y en este sentido, se echan a faltar elementos que consideramos fundamentales (y que de alguna manera sí se recogen en la Ley valenciana) como los inventarios y registros de los bienes culturales inmateriales.

Estas normas no dejan de ser lo que podríamos denominar como “normas marco” o leyes de intenciones que requerirían la promulgación de leyes específicas para proteger elementos concretos que serían merecedores de la mayor protección posible, lo que no se ha llevado a cabo excepto en algún caso muy concreto que comentaremos a continuación.

5).- Breves apuntes sobre leyes específicas de protección de los bienes inmateriales:

5.1.- Ley 7/2006 de Ordenación de la Ruta de Don Quijote:

En este punto, podemos citar la existencia de la Ley 7/2006, de 20 de diciembre de 2006, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de Ordenación de la Ruta de Don Quijote. Esta Ruta de Don Quijote es evidentemente una manifestación cultural de carácter inmaterial de una gran importancia no sólo para la propia Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, sino también para todo el conjunto del Estado español.

En su exposición de motivos, se señala, entre otras cosas, que “*no existe una normativa que regule con carácter general el uso de la Ruta y permita protegerla*”. Pues bien, se perdió una oportunidad magnífica para darle mayor contenido y protección a la referida Ruta, al limitarse la misma a la delimitación de la Ruta de Don Quijote (artículo 1) y a la colaboración en el mantenimiento del patrimonio natural e histórico castellano-manchego (artículo 3.e). en efecto, esta Ley se limita a describir la Ruta y sus distintos puntos fundamentales, a la planificación y uso de la ruta y al régimen de policía y potestad sancionadora. Pero nada se dice en la misma en cuanto a su protección “legal”, a la protección de sus signos identificadores, al régimen de exclusiva del uso de dichos signos identificadores, es decir, en cuanto a la que antes llamábamos “protección amplia”, sino que se limita a la mera protección “física”, lo que consideramos por todo lo dicho anteriormente absolutamente insuficiente.

5.2.- Ley 13/2005 del Misteri d'Elx:

Ya señalábamos anteriormente que la Ley 4/1998 del patrimonio Cultural Valenciano nos parecía la más completa y aprovechable de las autonómicas comentadas, ya que además, como Ley “marco”, dejaba abierta la posibilidad

de adoptar leyes específicas relativas a elementos concretos integrantes del patrimonio cultural e inmaterial valenciano.

Pues bien, es por ello que, posteriormente, se promulgó una Ley específica relativa al MISTERI DE ELCHE, que de alguna manera vino a completar esta Ley general, particularizando la situación concreta del MISTERI, siendo también una Ley absolutamente pionera, no sólo en el ámbito específico de la Comunidad Valenciana, sino a nivel estatal. Y siendo también un ejemplo de consenso en su tramitación parlamentaria, en la que por encima de las luchas habituales de los partidos políticos, primó ante todo la defensa de ese patrimonio inmaterial de Elche que es su MISTERI.

La Ley 13/2005, de 22 de diciembre, de la Generalitat, del Misteri d'Elx, vino a recoger las necesidades del MISTERI, plasmando en una norma jurídica con rango de Ley dichas necesidades y lo que ya se había plasmado, con carácter teórico y de forma general, en la Ley 4/1998 del Patrimonio Cultural Valenciano, cuyos artículos más relevantes a los efectos que nos ocupan señalábamos anteriormente.

Esta Ley del MISTERI, evidentemente, no se centra únicamente en los aspectos que aquí son objeto de estudio, es decir, en la protección de sus signos, sino que va mucho más lejos; es, por decirlo de alguna manera, la norma constituyente del MISTERI, es la que plasma de forma jurídica la realidad inmemorial y organizativa del MISTERI.

Pero, en lo que aquí nos ocupa, si se puede afirmar que es una Ley pionera y que aborda temas que hasta ahora se habían dejado de lado o se habían “olvidado” en otras leyes o reglamentaciones con objetivos o finalidades similares.

Vamos pues a continuación a resaltar aquellos aspectos de la Ley 13/2005 más relevantes a los efectos de lo que aquí nos ocupa.

Ya en su Preámbulo, en el punto II del mismo, se anuncian aspectos interesantes en tanto en cuanto se afirma, hablando del MISTERI o, para ser más exactos, de LA FESTA (que es la otra acepción por la que se conoce el MISTERI), que *<<sus únicas y excepcionales características la han convertido en seña de identidad y patrimonio de los ilicitanos y del pueblo valenciano, tesoro histórico español y bien cultural de la humanidad. Todo esto recomienda la redacción de un texto legal específico para garantizar su conservación>>*. Y, en el siguiente párrafo, después de anunciar lo anterior, se continúa afirmando que *<<La Generalitat, el Ayuntamiento de Elche y la Iglesia Católica, desde su responsabilidad histórica, teniendo en cuenta que en este momento se dan las circunstancias idóneas, conviene en apoyar la iniciativa de articular una Ley de la Festa d'Elx, mediante la creación de un patronato, donde todas estas instituciones estén representadas, aseguren la preservación, pervivencia y enriquecimiento del mencionado Misteri d'Elx>>*.

Con estas declaraciones que podríamos denominar como programáticas, ya se está vislumbrando cual es el objetivo de esta Ley, que no es otro que

reglamentar todo lo relacionado con el MISTERI para, con ello, asegurar su protección y pervivencia.

Esto se ve de forma meridianamente clara en el artículo 1.1 de la Ley que delimita el objeto de la misma y que dispone que <<**La presente Ley tiene como objeto adoptar las máximas medidas de protección y promoción a favor de la Festa o Misteri d'Elx, Bien de Interés Cultural, tesoro del patrimonio cultural y seña de identidad del pueblo ilicitano y de todos los valencianos**>>. Por lo tanto, en su primer artículo, ya la Ley anuncia claramente sus intenciones y resalta que la finalidad fundamental de esta Ley es precisamente la protección de la Festa o MISTERI; y este concepto de “protección”, como decíamos anteriormente en las consideraciones generales, ha de entenderse en su sentido más amplio y menos restrictivo, no sólo por lógica jurídica y por interés en la defensa de lo que es y representa el MISTERI, sino, y sobre todo, por la interpretación del contenido íntegro de esta Ley 13/2005 del Misteri.

Seguidamente, en su artículo 2, al exponer las finalidades del Patronato, se refuerza lo ya anunciado como principio general en el artículo 1.1 y se dispone que <<**El Patronato del Misteri d'Elx es la entidad encargada de la protección, mantenimiento y celebración anual de la Festa de acuerdo con la tradición. El Patronato velará por la promoción y difusión de su conocimiento, así como la salvaguardia de los elementos patrimoniales muebles, inmuebles e inmateriales que participan en la celebración del Misteri; todo ello sin perjuicio de las competencias de la Administración de la Generalitat en materia de patrimonio cultural, y de las de la Iglesia Católica en las cuestiones litúrgicas y religiosas**>>. Se refuerza por lo tanto lo ya señalado en el artículo 1 de la Ley, al insistir en el término “protección” y añadiendo al propio tiempo entre las finalidades del Patronato la salvaguardia de los elementos patrimoniales inmateriales, es decir, tanto la propiedad intelectual como la propiedad industrial.

Y a los efectos que aquí nos ocupan, todo lo necesario de cara a la plasmación legal de la protección se recoge en el artículo 47 de la Ley, cuando dispone en su apartado primero, que <<**El Consell de la Generalitat, por Decreto, determinará los símbolos del Misteri que tendrán la consideración de emblemas de la Generalitat a los efectos de lo dispuesto en la legislación de protección respecto a los emblemas de las instituciones públicas**>>.

Y, en su apartado segundo, se añade en este artículo 47 de la Ley que <<La facultad para autorizar el uso de los referidos símbolos corresponderá a la Junta Rectora>>.

Por consiguiente, con esta norma, se otorga a todos los símbolos del MISTERI la consideración o categoría de emblemas de la Generalitat, con la indicación expresa que esta declaración se hace a los efectos de lo dispuesto en la legislación para la protección de los emblemas de las instituciones públicas.

¿Qué se consigue con esta afirmación? Para ello tenemos que acudir a la legislación general de marcas, es decir, a la **Ley 17/2001 de Marcas**, ley evidentemente de carácter estatal y no autonómico, que regula todo lo relativo

a las marcas en España y, entre otros aspectos, en lo aquí relevante, las prohibiciones absolutas de registro de las marcas, las prohibiciones no subsanables y que hacen que cualquier signo inscrito en contra de dichas prohibiciones sea radicalmente nulo si llegase a ser concedido y que también hace que el organismo administrativo encargado de la tramitación y registro de las marcas, la Oficina Española de Patentes y Marcas, en su examen previo con respecto a la registrabilidad de las solicitudes que se le presenten, pueda detectar de oficio la existencia de una prohibición absoluta y, en consecuencia, proceder a la denegación de la marca indebidamente solicitada.

Pues bien, el artículo 5.1.i) de esta Ley de Marcas, establece que *“No podrán registrarse como marcas los signos que reproduzcan o imiten el escudo, la bandera, las condecoraciones y otros emblemas de España, sus Comunidades Autónomas, sus municipios, provincias u otras entidades locales, a menos que medie la debida autorización”*.

Pues bien, con el sencillo recurso del artículo 47 de la Ley del Misteri de declararse por parte del Consell de la Generalitat como emblemas de la Generalitat los símbolos del MISTERI que se consideren necesarios, reconvierten dichos símbolos en objeto de protección especial y reforzada de la Ley de Marcas y, por la vía del artículo 5.1.i) anteriormente citado, impedir automáticamente que cualquier persona no autorizada pueda proceder a su solicitud y/o registro como marca.

A los mismos efectos y en el mismo sentido, se puede decir que los motivos de denegación absolutos previstos en el Reglamento (CE) 40/94 de la Marca Comunitaria son equivalentes a los de la Ley española de marcas en el artículo 5.1.i) al que acabamos de hacer mención; en efecto, el artículo 7.1.h) e i) del Reglamento Comunitario contempla que será objeto de denegación absoluta la marca que por falta de autorización de las autoridades competentes, deban ser denegadas en virtud del artículo 6 ter del Convenio de la Unión de París, así como las que incluyan insignias, emblemas o escudos distintos de los contemplados en el anterior precepto y que sean de especial interés público, a menos que su registro haya sido autorizado por la autoridad competente. Y el artículo 6 ter del Convenio de la Unión de París contempla precisamente la prohibición general de registro sin autorización de los signos y emblemas propios de cada país y sus regiones. Por todo ello, y en virtud de este precepto, también se podría declarar la nulidad absoluta de cualquier marca comunitaria que pudiese solicitarse en imitación de los signos y emblemas del MISTERI.

Es por ello que el artículo 47 de la Ley del Misteri nos parece una norma muy “inteligentemente buscada” para reforzar la protección de los símbolos propios del MISTERI.

Porque, una vez realizada tal declaración y comunicada, en su caso, tanto a la Oficina Española de Patentes y Marcas (administración encargada del registro de las marcas en España) como a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI, administración encargada del registro de las marcas comunitarias), al convertirse en emblemas objeto de protección absoluta,

cualquier solicitud de marca que se realizase que pudiese ser confundible con dichos signos del MISTERI habría de ser denegada de oficio.

Y por ello consideramos que esta Ley del Misteri es absolutamente irreprochable en su finalidad y objetivos, y es la que debería servir de guía al resto de Comunidades autónomas para conseguir la protección necesaria e imprescindible para sus bienes inmateriales y para la exclusividad de sus signos. Porque, como decíamos al inicio del presente estudio, esta puede y debe de ser no sólo la protección imprescindible para evitar que cualquiera pueda aprovecharse de elementos que son del acervo común, sino también puede representar una importante fuente de financiación de las actividades de los distintos organismos encargados de la salvaguarda de estos elementos patrimoniales inmateriales.

6).- Algunos ejemplos de registros de marcas sobre bienes inmateriales de carácter cultural y su trascendencia a estos efectos:

Como decíamos en el punto anterior, el ejemplo de la Ley del Misteri es el que se debe de seguir, porque independientemente de que se registren unas u otras marcas, el respaldo legal que les otorga a las marcas del Misteri refuerza su validez y defensa frente a terceros.

Ahora bien, nos consta la existencia de algunos registros de marcas solicitados por organismos autonómicos para proteger determinados de sus símbolos. Así, por ejemplo, la Dirección General de Patrimonio Cultural de la Junta de Extremadura, el Patronato del Patrimonio Cultural de Cacabelos, o la Junta de Castilla-La Mancha, reproduciéndose a continuación alguna de dichas marcas.





En el mismo sentido, algunos Monasterios, como el de Santo Domingo de Silos, el de San Jerónimo, el de La Oliva, el del Paular o el de Santo Toribio de Liébana, entre otros, también han registrado algunos de sus signos identificadores y característicos como marcas, y como ejemplo valgan los siguientes:



También algunos Patronatos, como el de la Alhambra y el Generalife, el de la cueva de Nerja, el de la pasión, el del Carnaval de la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, o el del Misteri de Elche, incluyéndose a modo de ejemplo las siguientes:





PATRONAT NACIONAL DEL
MISTERI D'ELX

Establecido lo anterior, ello en cualquier caso no impide que por los organismos pertinentes se lleve a cabo una política de protección específica de sus signos fundamentales, ya que una cosa es esta protección absoluta que acabamos de mencionar en el apartado anterior obtenida por vía de disposición normativa específica, y otra es reforzar dicha protección con una política activa de protección de los signos, de registro a favor de cada organismo que no sólo tendrá la función de impedir que terceros no autorizados puedan intentar efectuar los correspondientes registros sino que, sobre todo, permitirá disponer de los derechos conferidos por la legislación marcaria, los derechos de exclusiva que se dimanen de la misma y, reforzando el aspecto patrimonial al que nos referíamos al principio de este estudio, permitiendo a cada respectivo organismo autorizar el uso a terceros de los símbolos correspondientes, controlando dicho uso en las condiciones que se establezcan, no sólo económicas (que ya de por sí es importante y puede suponer una fuente de financiación adicional) sino también de garantías en cuanto a la seriedad y solvencia del uso que se le vaya a dar a dichos símbolos.

7).- La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14/10/2005:

Un significativo ejemplo de la necesaria protección de la Propiedad Industrial se extrae del conflicto que surgió años atrás entre el Patronato del Misteri de Elche y dos sociedades mercantiles que editaron y pusieron en el mercado unas grabaciones musicales bajo el título "MISTERI D'ELX".

Como no se produjo acuerdo entre las partes, por el Patronato se inició una demanda civil ante los Juzgados de Valencia solicitando se declarara que por las demandadas se habían realizado actos de infracción de marcas así como también actos de competencia desleal, solicitándose la cesación de comercialización de la grabación, su retirada del mercado y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

La Sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de los de Valencia desestimó la demanda contra una de las demandadas (el estudio de grabación) pero la estimó en su integridad contra la otra demandada, que era la que editaba y comercializaba la grabación.

Esta sentencia fue apelada por la parte demandada, y por la Audiencia Provincial (Sección 9ª), en su Sentencia de 14 de Octubre de 2.005, se estimó en parte el recurso de la demandada, al eliminar de la condena inicial lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios; pero en lo fundamental, esta sentencia ratifica lo dicho anteriormente en cuanto a la importancia de la propiedad industrial, ya que la condena y la cesación de comercialización de la grabación musical se obtiene, precisamente, por el hecho de tener registrada a su favor el Patronato la correspondiente marca para amparar discos y grabaciones musicales (clase 9).

Y sin esta protección de marcas, el Patronato no habría podido impedir el uso inconsentido de la denominación “MISTERI D’ELX”.

Es por ello que debemos insistir, como conclusión fundamental de este estudio, en la importancia trascendental que puede llegar a tener una correcta protección de los signos distintivos propios de cada elemento integrante del patrimonio cultural e inmaterial de cada Comunidad autónoma; y que para ello, son necesarios cambios y, sobre todo, ampliaciones de las normas que actualmente rigen los patrimonios culturales, en las líneas apuntadas anteriormente, reforzando la protección de los bienes inmateriales y promoviendo que los mismos sean considerados como signos y/o emblemas propios de cada Comunidad, para de esta forma conseguir la mayor protección posible que, sin olvidar la llamada “protección física” debe también alcanzar a la “protección jurídica plena”.



LA IDENTIFICACIÓN DE LOS AGENTES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LOS BIENES CULTURALES INMATERIALES Y LA “OMPI”¹

M^a Lourdes LABACA ZABALA ²

Resumen: Definimos los Bienes Culturales Inmateriales y su protección, tanto a nivel internacional como nacional y regional. Así también, desarrollamos la protección que concede la OMPI-WIPO a las manifestaciones culturales tradicionales desde sus orígenes hasta la actualidad, y finalmente, nos ocupamos de la concreción de los agentes de la Propiedad Intelectual de los Bienes Culturales Inmateriales en base a la normativa desarrollada hasta la actualidad y el Proyecto de articulado de Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales y Folclore.

Palabras claves: Bienes Culturales Inmateriales- Propiedad Intelectual- OMPI-WIPO- Agentes de la Propiedad Intelectual- UNESCO – Expresiones Culturales Tradicionales

Abstract: Approach concerning the Immaterial Cultural Heritage definition and its international, national and regional protection. The contribution includes the OMPI-WIPO protection granted to the traditional cultural expressions. And finally, the contribution deals with the rules developed for the identification of the Intellectual Property Agents – Beneficiaries of the Immaterial Cultural Heritage included the OMPI –WIPO Draft Project for Protection of Traditional Cultural Expressions and Folklore.

Keywords: Immaterial Cultural Heritage- Intellectual property- WIPO- Intellectual Property Agents Beneficiaries – UNESCO- Traditional Cultural Expressions - Folklore

¹ Conferencia presentada en la 63 Edición de los Cursos de Verano de Cádiz de 2012, Curso B14: Patrimonio Cultural y Propiedad Intelectual como motores de la Innovación y el Desarrollo”.

² Profesora Agregada de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco marialourdes.labaca@ehu.es

SUMARIO: I.- Bienes Culturales Inmateriales. 1.- Normativa Internacional, nacional y autonómica. 1.1.- Normativa Internacional La UNESCO. 1.2.- Normativa Nacional. 1.3.- Normativa Autonómica. II.- La protección de las Manifestaciones Culturales Inmateriales por parte de la OMPI-WIPO. 1.- Desarrollo normativo. 2.- Conceptos Fundamentales. 3.- Características de las expresiones culturales tradicionales o folclore. 4.- Descripción funcional de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore. 5.- Patrimonio cultural y desarrollo económico. 6.- ¿Qué relación existe entre “conocimientos tradicionales y propiedad intelectual”? 7.- Protección de la Propiedad Intelectual. 8.- ¿Qué relación existe entre la Protección de la Propiedad Intelectual y la Preservación y Salvaguardia del Patrimonio cultural? 9.- Marco jurídico y política cultural. 10.- Opciones jurídicas: tendencias y experiencias nacionales, regionales e internacionales. 11.- Pasos prácticos para el establecimiento de orientaciones generales. 12.- ¿Y el futuro? III.- Los Agentes de la Propiedad Intelectual de los Bienes Culturales Inmateriales. IV.- Bibliografía.

I- Bienes Culturales Inmateriales

La *Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial*³ aprobada en París el día 17 de octubre de 2003 y ratificada por el Estado español el año 2006 define el Patrimonio Cultural Inmaterial en su art. 2 en los siguientes términos:

“Los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas – junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que le son inherentes- que las Comunidades, los Grupos y en algunos casos los Individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este Patrimonio Cultural Inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por la Comunidades y Grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentido de identidad y continuidad”.

Destaca además la importancia que adquiere la “Comunidad” como portadora, creadora y poseedora de sus manifestaciones inmateriales y que:

“Las Comunidades, en especial las indígenas, los grupos y en algunos casos los individuos desempeñan un importante papel en la producción, la salvaguardia, el mantenimiento y la recreación del Patrimonio Cultural Inmaterial, contribuyendo con ello a enriquecer la diversidad cultural y la creatividad humana”.

³ Aprobada por parte de La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, denominada en adelante “la UNESCO”, en su 32^a reunión, celebrada en París el veintinueve de septiembre al diecisiete de octubre de 2003. Ver: unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540s.pdf. (en adelante *Convención de 2003*).

Se afirma en la Convención de 2003 que son “finalidades” de la misma: a- “La salvaguardia del patrimonio Cultural Inmaterial, b- *El respeto del patrimonio cultural inmaterial de las Comunidades, Grupos e Individuos de que se trate*, c- *La sensibilización en el plano local, nacional e internacional a la importancia del patrimonio cultural inmaterial y de su reconocimiento recíproco*, d- *La cooperación y asistencia internacional*”⁴.

Señala que “se manifiesta el Patrimonio Cultural Inmaterial” en los siguientes ámbitos: a- *Las tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial*, b- *Las artes del espectáculo*; c- *Los usos sociales, rituales y actos festivos*; d- *Los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo*; e- *Las técnicas artesanales tradicionales*⁵.

Se entiende por “salvaguardia”, las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del Patrimonio Cultural Inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión –básicamente a través de la enseñanza formal y no formal- y revitalización de este Patrimonio en sus distintos aspectos⁶.

Por lo que concierne a la *Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en el Plano Internacional*, dispone la Lista representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad⁷, hace referencia a la Lista del Patrimonio Cultural Inmaterial que requiere medidas urgentes de salvaguardia⁸ y establece los Programas, Proyectos y Actividades de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial⁹.

También se recoge la “Cooperación y la Asistencia Internacional”, los “Objetivos de la Asistencia Internacional”¹⁰, las “Formas de Asistencia Internacional”¹¹, los “Requisitos para la prestación de Asistencia Internacional”¹², las “Solicitudes de Asistencia Internacional”¹³ y el “Papel de los Estados Partes beneficiarios”¹⁴.

⁴ Art. 1 de la Convención de 2003.

⁵ Art. 2.2 de la Convención de 2003.

⁶ Art. 2.3 de la Convención de 2003.

⁷ Art. 16 de la Convención de 2003.

⁸ Art. 17 de la Convención de 2003.

⁹ Art. 18 de la Convención de 2003.

¹⁰ Art. 19 de la Convención de 2003.

¹¹ Art. 21 de la Convención de 2003.

¹² Art. 22 de la Convención de 2003.

¹³ Art. 23 de la Convención de 2003.

¹⁴ Art. 24 de la Convención de 2003.

En cuanto a la *Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en el plano Nacional*, establece las “Funciones de los Estados Partes”, los “Inventarios”¹⁵, “Otras medidas de salvaguardia”¹⁶, la “Educación, Sensibilización y fortalecimiento de las Capacidades”¹⁷ y la “Participación de las Comunidades, Grupos e Individuos”¹⁸.

Destacar el sistema de protección que presenta alejándose de la tradicional idea de “conservar” que generalmente se contiene en el Patrimonio Cultural Material y se posiciona a favor de: - Realizar inventarios de actualización regular; - Crear órganos gestores competentes, como instituciones de documentación con facilidades de acceso público; - Fomentar el estudio científico y técnico; - Crear o fortalecer instituciones de formación en gestión del Patrimonio Cultural Inmaterial: educación, sensibilización; - Adoptar medidas para garantizar el acceso a la ciudadanía.

Como características que podemos deducir de la Definición de la Convención de 2003 sobre Patrimonio Cultural Inmaterial podemos destacar que las manifestaciones del citado patrimonio: - Se transmite de generación en generación; - Es recreado constantemente por las Comunidades y Grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia; - Infunde a las Comunidades y los grupos un sentimiento de identidad y de continuidad; - Promueve el respeto a la diversidad cultural y la creatividad humana; - Es compatible con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos existentes; - Cumple con los imperativos de respeto mutuo entre Comunidades, Grupos e Individuos y de desarrollo sostenible.

La Convención de 2003 es el quinto instrumento normativo adoptado por la UNESCO para proteger el Patrimonio Cultural Inmaterial y tiene como misión principal el respeto al Patrimonio Cultural Inmaterial tratando de sensibilizar sobre su importancia.

Obliga a los Estados Partes a adoptar medidas en el ámbito nacional encaminadas a garantizar la viabilidad de su Patrimonio Cultural Inmaterial, exigiendo la cooperación a nivel regional e internacional con el fin de lograr este objetivo.

Propone como medidas de salvaguardia: “*La definición, la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión y revitalización*” del Patrimonio Inmaterial. Destacamos también la necesidad que se desprende de la Convención de “*identificar, definir e inventariar los diversos elementos del patrimonio presentes*”

¹⁵ Art. 11 de la Convención de 2003.

¹⁶ Art. 12 de la Convención de 2003.

¹⁷ Art. 14 de la Convención de 2003.

¹⁸ Art. 15 de la Convención de 2003.

en cada territorio de un Estado Parte con la participación de las Comunidades, los Grupos y las Organizaciones no gubernamentales pertinentes”.

Dispone que los Estados Partes están obligados a “adoptar medidas para garantizar la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial y confeccionar inventarios nacionales de su patrimonio Cultural Inmaterial”. Así también es necesario que los Estados Partes “adopten una política encaminada a realzar la función del Patrimonio Cultural Inmaterial en su sociedad y a crear programas de planificación; a designar o crear organismos competentes para salvaguardar su Patrimonio Cultural Inmaterial, y, fomentar estudios científicos, técnicos y artísticos, metodologías de investigación para salvaguardar el Patrimonio Cultural Inmaterial, sobre todo, aquel patrimonio que se encuentra en peligro”.

Es necesario que se adopten medidas de orden jurídico, técnico, administrativo y financiero por parte de los Estados Partes con el fin de: - Favorecer la creación o el fortalecimiento de instituciones de formación en la gestión del Patrimonio Cultural Inmaterial, la transmisión de este patrimonio en los foros y escenarios destinados a su manifestación y expresión; - Garantizar el acceso al Patrimonio Cultural Inmaterial, respetando al mismo tiempo los usos consuetudinarios por los que se rige el acceso a determinados aspectos del citado patrimonio. - Crear instituciones de documentación sobre el Patrimonio Cultural Inmaterial y facilitar el acceso a las mismas.

Para garantizar la viabilidad del Patrimonio Cultural Inmaterial se han previsto determinadas Medidas de Salvaguardia nacionales e internacionales.

En relación con la *Medidas Nacionales*, señala que cuando un Estado pasa a ser miembro de la Convención debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia del patrimonio en su territorio. Deberá “identificar y definir los distintos elementos de su patrimonio inmaterial con la participación de las Comunidades, los Grupos y las Organizaciones no gubernamentales. Para ello, deberá confeccionar inventarios de su patrimonio. Además, y con el fin de garantizar la salvaguardia de su patrimonio, tratará de lograr una participación activa, lo más amplia posible de las Comunidades, los Grupos y, si procede, los individuos, que crean, mantengan y transmitan dicho patrimonio, y de asociarlo activamente a la gestión del mismo. Deberá también promover la función que cumple este patrimonio en la sociedad y velará por el reconocimiento, respeto y el desarrollo del Patrimonio Cultural Inmaterial en la sociedad.

Dentro de las *Medidas de Salvaguardia Internacional*, corresponde a los Estados Partes adoptar las medidas necesarias para proceder a la salvaguardia del patrimonio, debiendo garantizar el intercambio y entendimiento entre los distintos Estados en un clima de cooperación y ayuda

mutua. Se crea también la Lista representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad con la que se trata de dar a conocer mejor el citado patrimonio, haciendo que se tome conciencia de su importancia y propiciando formas de diálogo que respeten la diversidad.

1.- Normativa Internacional, nacional y autonómica

1.1.- Normativa Internacional La UNESCO

La transcendencia y reconocimiento de los Bienes Culturales Inmateriales se produjo por parte del Gobierno de Japón cuando nombró el año 1950 “*Tesoros Nacionales Vivientes*” o “*Portadores de Bienes Culturales Intangibles*” importantes a los grupos o sujetos que poseían ciertos conocimientos, destrezas y técnicas, esenciales para la continuidad de las manifestaciones de la cultura tradicional del país.

Posteriormente, a partir de los años 70 se produjeron distintas iniciativas encaminadas a la protección y el conocimiento del Patrimonio Cultural Inmaterial¹⁹, se promulgó la Declaración de México de 1982²⁰, se celebró la Conferencia Internacional de la UNESCO en la que se aprobó la “*Recomendación sobre la Salvaguarda de la Cultura Tradicional Popular*”²¹. Esta Recomendación contiene distintos Considerandos²², y seguidamente pasa a definir qué se entiende por “*cultura tradicional y popular*” en los siguientes

¹⁹ En los años 70 se promovieron distintas iniciativas dirigidas a la protección y el conocimiento de las distintas lenguas africanas, de las tradiciones orales y otras manifestaciones importantes.

²⁰ La Declaración de México de 1982 redefinió el término Patrimonio Cultural incluyendo las obras tangibles e intangibles. Se entendió que a través de estas manifestaciones un pueblo expresaba “*las lenguas, las creencias, los rituales, además de los sitios y los monumentos, de la literatura, las obras de arte, los archivos y las bibliotecas*”.

²¹ Se celebró el año 1989 una Conferencia internacional en la UNESCO en la que se aprobó una “*Recomendación sobre la salvaguarda de la Cultural Tradicional Popular*” que se definía como: “El conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de comunidad en cuanto expresiones de su identidad cultural, social.....”. En esta Recomendación de la UNESCO adoptada por la Conferencia General en su 25ª sesión en París, el día 15 de noviembre de 1989, no se hace referencia a los bienes que forman parte del Patrimonio cultural, sino a la cultura tradicional y popular, y puede destacarse que se constituyó en un claro precedente de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio cultural inmaterial de 2003. Esta Recomendación no tenía carácter vinculante pero no pocos Estados Miembros se inspiraron en ella para la adopción de medidas legislativas y administrativas para confeccionar el inventario de su Patrimonio Cultural Inmaterial.

²² En uno de los Considerandos de la Recomendación de 1989 dispone: “Recomienda a los Estados Miembros que apliquen las disposiciones que a continuación se expresan, relativas a la salvaguardia de la cultura tradicional y popular, adoptando las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias, conforme a las prácticas constitucionales de cada Estado, para que entren en vigor en sus respectivos territorios los principios y medidas que se definen en la citada Recomendación”.

términos: *“El conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundada en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía la arquitectura y otras artes”*²³.

Por lo que concierne a *“la identificación de la cultura tradicional y popular”* señala que: *“En cuanto expresión cultural, debe ser salvaguardada, por y para el grupo (familiar, profesional, nacional, regional, religioso, étnico, etc.) cuya identidad expresa”*. Dispone así mismo que, los Estados Miembros deberían alentar las investigaciones adecuadas a nivel nacional, regional e internacional con el fin de cumplir determinados resultados²⁴.

En cuanto a la *“Conservación de la cultura tradicional popular”* señala que bajo ese término se hace referencia a: *“La documentación relativa a las tradiciones vinculadas a la cultura tradicional y popular, y en su objetivo, en caso de no utilización o de evolución de dichas tradiciones, consiste en que los investigadores y los portadores de la tradición puedan disponer de datos que les permitan comprender el proyecto de modificación de la tradición. A pesar de que la cultura tradicional y popular viva, dado su carácter evolutivo, no siempre permite una protección directa, la cultura que fue objeto de una fijación debería ser protegida con eficacia”*²⁵.

²³ Recomendación de la UNESCO adoptada por la Conferencia General en su 25ª sesión en París, el día 15 de noviembre de 1989.

²⁴ Los resultados que se pretenden lograr son: a.- Elaborar un inventario nacional de instituciones interesada en la cultura tradicional y popular, con miras a incluirlas en los siguientes registros regionales y mundiales de instituciones de éste índole; b.- Crear sistemas de identificación y registro (acopio, indización, transcripción) o mejorar los ya existentes por medio de manuales, guías para la recopilación, catálogos modelo, etc, en vista de la necesidad de coordinar los sistemas de clasificación utilizados por distintas instituciones; c- Estimular la creación de una tipología normalizada de la cultura tradicional y popular mediante la elaboración de: 1- Un esquema general de clasificación de la cultura tradicional y popular, para la orientación a nivel mundial; 2- Un registro general de la cultura tradicional y popular; y, 3- Unas clasificaciones regionales de la cultura tradicional y popular especialmente mediante proyectos piloto sobre el terreno.

²⁵ Con el fin de cumplir con éste cometido convendría que los distintos Estados Miembros: a- Estableciesen servicios nacionales de archivos donde la cultura tradicional y popular recopilada pudiera almacenarse adecuadamente y quedar disponible; b- Estableciesen un archivo nacional central que pudiera prestar determinados servicios (indización central, difusión de la información sobre materiales de la cultura tradicional y popular y normas para el trabajo relativo a ella, incluida su salvaguardia); c- Creasen museos o secciones de cultura tradicional y popular en los museos existentes donde ésta pueda exponerse; d- Privilegiasen las formas de presentar las culturas tradicionales y populares que realizan los testimonios vivos o pasado de esas culturas (emplazamientos históricos, modos de vida, saberes materiales o inmateriales); e- Armonizasen los métodos de acopio y archivo; f- Impartiesen a recopiladores, archivistas,

Por lo que a la “Conservación” se refiere dispone que: *“se trata de proteger las tradiciones vinculadas a la cultura tradicional y popular y de sus portadores, entendiendo que cada pueblo posee derechos de su propia cultura y que su adhesión a esa cultura suele perder vigor bajo la influencia de la cultura industrializada que difunden los medios de comunicación de masas. Por ello, es necesario tomar medidas para garantizar el estado y el apoyo económico de las tradiciones vinculadas a la cultura tradicional popular tanto dentro de las colectividades de las que proceden como fuera de ellas”*²⁶.

Se hace necesaria la “Difusión” de la cultura tradicional y popular, por ello, se debe *“Sensibilizar a la población sobre la importancia de la cultura tradicional y popular considerado éste como elemento de identidad cultural. Con el fin de que la sociedad tome conciencia del valor de la cultura tradicional y popular, así como, de la necesidad de conservarla, es esencial proceder a una amplia difusión de los elementos que constituyen ese patrimonio cultural”*. Señala como peligroso en el citado ámbito que: *“se debe evitar toda deformación a fin de salvaguardar la integridad de las tradiciones”*²⁷.

documentalistas y otros especialistas en la conservación de la cultura tradicional y popular, una formación que abarque desde la conservación física hasta el trabajo analítico; g- Suministrasen medios para confeccionar copias de seguridad y de trabajo de todos los materiales de la cultura tradicional popular, y copias para las instituciones regionales, garantizando así a la comunidad cultural el acceso a los materiales recopilados.

²⁶ Para lograr éste objetivo sería necesario que los Estados Miembros: a- Elaborasen e introdujesen en los programas de estudio, escolares y extraescolares, la enseñanza y el estudio de la cultura tradicional popular de forma apropiada, destacando el respeto y teniendo en cuenta no sólo las culturas rurales o de las aldeas, sino también las creadas en las zonas urbanas por los diversos grupos sociales, profesionales, institucionales, etc, para fomentar así un mejor entendimiento de la diversidad cultural y de las diferentes visiones del mundo, especialmente las de quienes no participan en la cultura dominante; b- Garantizar el derecho de acceso de las diversas comunidades culturales a su propia cultura tradicional y popular, apoyando también su labor en las esferas de la documentación, los archivos, la investigación, etc. Así como en la práctica de las tradiciones; c- Estableciesen un Consejo Nacional de la Cultura Tradicional y Popular sobre una base interdisciplinar u otro organismo coordinador similar donde estuviesen representados los diversos grupos interesados; 1- Prestasen apoyo moral y financiero a los individuos e instituciones que estudien, den a conocer, fomenten o posean elementos de la cultura tradicional o popular; 2- Fomentasen la investigación científica relativa a la salvaguardia de la cultura tradicional y popular.

²⁷ Con el fin de favorecer una difusión adecuada, señala que convendría a los Estados Miembros: a- Fomentar la organización de eventos nacionales, regionales e internacionales, como ferias, festivales, películas, exposiciones, seminarios, coloquios, talleres, cursos de formación, congresos, etc., y apoyasen la difusión y publicación de sus materiales, documentos y otros resultados; b- Estimulasen una mayor difusión del material de la cultura y popular en la prensa, la edición, la televisión, la radio y en otros medios de comunicación de masas nacionales y regionales, por ejemplo, por medio de subvenciones, de la creación de empleos para especialistas de la cultura tradicional y popular en esos sectores, del archivo correcto de los materiales de la cultura tradicional y popular acopiados por los medios de comunicación de masas y de la creación de Departamentos de cultura tradicional y popular en esos organismos; 1- Estimulasen a las regiones, municipios, asociaciones y demás grupos que se ocupan de la cultura tradicional y popular a crear empleos de jornada completa para especialistas de la

Por lo que concierne a la “*Protección*” de las manifestaciones de la cultura tradicional y popular que se traduce en manifestaciones de la creatividad intelectual individual y colectiva, se considera que es merecedora de la misma protección que reciben las producciones intelectuales.

Se entiende que esta protección es indispensable para desarrollar, perpetuar y difundir en mayor medida este patrimonio tanto en el país como en el extranjero, sin atentar contra los intereses legítimos²⁸.

Finalmente, se hace necesaria la intensificación de la “*Cooperación internacional*” y los “*intercambios culturales*”, mediante la utilización conjunta de los recursos humanos y materiales, para realizar programas de desarrollo de la cultura tradicional y popular encaminados a lograr su reactivación y para los trabajos de investigación realizados por especialistas de los Estados Miembro en otro Estado Miembro²⁹.

cultura tradicional y popular que se encarguen de alentar y coordinar las actividades de ésta en la región; 2- Apoyasen los servicios existentes, y creasen otros nuevos para la producción de materiales educativos (películas de vídeo basadas en trabajos prácticos recientes), y estimulasen su uso en las escuelas, los museos y en los festivales y exposiciones, tanto nacionales e internacionales; 3- Facilitasen informaciones adecuadas sobre la cultura tradicional y popular por medio de los centros de documentación, bibliotecas, museos y archivos, así como de boletines y publicaciones periódicas especializadas en la materia; 4- Facilitasen la celebración de reuniones e intercambios entre particulares, grupos e instituciones interesadas en la cultura tradicional y popular, tanto a nivel nacional como internacional teniendo en cuenta los acuerdos culturales bilaterales; 5- Alentasen a la comunidad científica internacional a adoptar un Código de ética apropiado en lo relativo a los contactos con las culturas tradicionales y el respeto que se les debe.

²⁸ Además de la protección a través de la propiedad intelectual de las expresiones del folklore, existen distintas categorías que estaban ya protegidas y que deberían seguir estándolo en el futuro en los centros de documentación y los servicios de archivo dedicados a la cultura tradicional y popular. Para lograr este objetivo sería necesario que los Estado Miembros: a- Por lo que respecta a los aspectos de Propiedad Intelectual, deben destacarse además de la atención que les han prestado las autoridades competentes en la material, los trabajos que se han desarrollado por parte de la UNESCO y la OMPI sobre la propiedad intelectual, reconociendo al mismo tiempo que esos trabajos se refieren únicamente a un aspecto de la protección de la cultura tradicional y popular y que es urgente adoptar medidas específicas para salvaguardarlas; b- En lo que se refiere a los demás derechos implicados, es necesario: 1- Proteger a los informadores en su calidad de portadores de la tradición (protección de la vida privada y de la confidencialidad); 2- Proteger los intereses de los compiladores velando por que los materiales recogidos fuesen conservados en archivos, en buen estado y en forma racional; 3- Adoptar las medidas necesarias para proteger los materiales recogidos contra su utilización abusiva, intencional u otra; 4- Reconocer a los servicios de archivo la responsabilidad de velar por la utilización de los materiales recogidos.

²⁹ Con el fin de lograr este nuevo objetivo, sería necesario o conveniente que los Estados Miembro: a- Cooperasen con las asociaciones, instituciones y organizaciones internacionales y regionales que se ocupan de la cultura tradicional y popular. b- Cooperasen en las esferas de conocimiento, la difusión y la protección de la cultura tradicional y popular, especialmente mediante: 1- El intercambio de información de todo tipo y de publicaciones científicas y técnicas; 2- La formación de especialistas, la concesión de becas y viajes y el envío de

Posteriormente, el año 1990 la UNESCO pone en marcha el programa de “*Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad*”³⁰ y se instituyó el *Programa de Tesoros Humanos Vivos*³¹. El año 1994 se creó en

personal científico y técnico y de material; 3- - La promoción de proyectos bilaterales y multilaterales en la esfera de la documentación relativa a la cultura tradicional y popular contemporánea. 4- La organización de reuniones de especialistas, cursos de estudios y grupos de trabajo acerca de determinados temas y, en especial, la clasificación y catalogación de los datos y expresiones de la cultura tradicional y popular y la actualización de los métodos y técnicas de investigación moderna; 5- La cooperación estrecha con miras a asegurar, en el plano internacional, a los diferentes derechohabientes (comunidades, personas físicas o morales) el goce de los derechos pecuniarios morales y los denominados conexos derivados de la investigación, la creación, la exposición, la interpretación, la grabación y/o la difusión de la cultura tradicional popular; 6- Se garantice el derecho de cada Estado Miembro a obtener que los otros Estados Miembros les faciliten copias de los trabajos de investigación, documentos, videos, películas u otros, realizados en su territorio; 7- Se abstuviesen de todo acto encaminado a deteriorar los materiales de la cultura tradicional y popular, disminuir su valor o impedir su difusión y utilización, ya se encuentren dichos materiales en su país de origen o en el territorio de otro Estado; 8- Adoptasen las medidas necesarias para salvaguardar la cultura tradicional popular contra todos los riesgos humanos o naturales a los que está expuesta, comprendidos los derivados de conflictos armados, ocupación de territorios o cualquier desorden público de otro tipo.

³⁰ El año 1990 la UNESCO pone en marcha el Programa de “*Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad*”³⁰ y su finalidad era: “Proteger los valores importantes como la diversidad cultural, las raíces de identidad de las comunidades, los recursos de su imaginación y su creatividad o el papel de la memoria viva y oral, sobre todo en culturas ágrafas. En la primera reunión de esta convocatoria España logra que *El Misterio de Elche* se proclame como Obra Maestra del Patrimonio de la Humanidad (2001) y años más tarde *La Patum de Berga* (2005)”.

³¹ el año 1994 se instituyó el *Programa de Tesoros Humanos Vivos* que tenía por objetivo “fomentar la creación de sistemas nacionales que otorgaran un reconocimiento oficial a los depositarios y ejecutantes de las tradiciones, dotados de gran talento, alentándoles a transmitir a las nuevas generaciones sus conocimientos y técnicas relacionadas con elementos específicos del Patrimonio Cultural Inmaterial”. Dispone que son Tesoros Humanos Vivos “Los individuos que poseen en grado sumo los conocimientos y técnicas necesarias para interpretar o recrear determinados elementos del Patrimonio Cultural Inmaterial”. Los Estados Miembros eligen a estas personas basándose en el valor de estos elementos como testimonio del genio creador humano, su arraigo en las tradiciones culturales y sociales, su carácter representativo de una Comunidad determinada, así como el hecho de que estén en peligro de desaparición. A través del Programa de Tesoros Humanos Vivos se trata de incitar a los Estados Miembros a otorgar un reconocimiento oficial a los depositarios de una tradición dotados de talento así como a garantizar la transmisión de sus conocimientos y técnicas a las jóvenes generaciones. Para crear un sistema nacional de Tesoros Humanos vivos es necesario adoptar disposiciones legales o reglamentarias; identificar por medio de inventarios y los elementos que integran el Patrimonio Cultural Inmaterial así como a sus depositarios, y crear una Comisión de expertos en la materia. Se entiende que esta Comisión será la encargada de recomendar las candidaturas y de atender al puesta en marcha del sistema, sobre todo en lo que hace referencia a la transmisión del conocimiento y de las técnicas. La UNESCO proporcionará a los Estados Nacionales de Tesoros Humanos Vivos para la creación de nuevos sistemas nacionales la asistencia financiera y/o técnica a través de su Programa de Participación y de las contribuciones extrapresupuestarias de los Estados Miembros, aparte de la financiación

Francia el Título de Maestros Artistas” y el “Consejo de Oficios Artísticos”³², también en Filipinas se instituyó el título de “*Tesoro Nacional Vivo*” y se creó la “*Comisión nacional para la Cultura y las Artes*”³³, el año 1997-8 se aprobó el “*Programa de Proclamación de las Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad*”³⁴.

Antes de concluir el año 1999 los expertos llegaron a la conclusión de que era necesario crear un instrumento legal vinculante en el ámbito de la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial y señalaron que la Recomendación de 1989 se había centrado demasiado en la “*documentación*” pero no se había desarrollado debidamente la “*protección de las tradiciones y las costumbres vivas*”, ni en “*las comunidades y los grupos depositarios de esas costumbres tradicionales*”.

El año 2001 fue aprobada en la 31 Reunión de la Conferencia General de la UNESCO celebrada en París el día 2 de noviembre, la *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*³⁵. Un año más tarde

presupuestaria ordinaria. Con el fin de crear nuevos sistemas nacionales de Tesoros Humanos Vivos, la UNESCO propone unas directrices y da a conocer algunos sistemas existentes.

³² El año 1994 y teniendo en consideración los Tesoros Nacionales Vivos de Japón, se creó en Francia el título de “Maestro Artista” y el “Consejo de Oficios Artísticos”, con el fin de proteger y desarrollar los conocimientos excepcionales de los artesanos del sector privado. Los Maestros Artistas se escogen cada dos años y para ello se tendrá en consideración los expedientes de las candidaturas y se actuará de acuerdo con determinados criterios preestablecidos. Nombrados estos Maestros Artistas se les encomienda la misión de transmitir sus conocimientos a los aprendices durante un periodo de 3 años. Para ello, el Ministerio de Cultura otorga a los Maestros Artesanos una asignación anual durante este periodo. Los Tesoros Humanos Vivos están obligados a transmitir sus conocimientos y técnicas a las federaciones futuras en régimen de aprendizaje o por cualquier otro método de enseñanza. A nivel económico, reciben una asignación mensual vitalicia que les permite cumplir con sus responsabilidades y una subvención inicial.

³³ Se trata a través de este título de “difundir y salvaguardar los conocimiento y técnicas tradicionales en el ámbito de la arquitectura, la literatura, las artes gráficas y plásticas, la decoración, el arte textil y la cerámica”.

³⁴ A través de la misma se establece una distinción internacional y a través de un sistema de Listas se trata de “divulgar, exaltar y salvaguardar determinados elementos del Patrimonio Cultural Inmaterial”. Este Programa se inspiró inicialmente en la Lista de la Convención del Patrimonio Mundial y posteriormente se ha desarrollado en la línea de la Convención de 2003.

³⁵ En el articulado de la citada Declaración de 2001 se señala que la *diversidad cultural* se constituye en Patrimonio común de la humanidad, que la diversidad cultural se constituye en un factor de desarrollo, que se constituye en un Derecho Humano, que la diversidad cultural debe ser accesible a todos, que el patrimonio cultural es fuente de creatividad y mercancía distinta de todas las demás, que deben adoptarse políticas culturales y aplicarlas utilizando para ello los medios que considere más adecuados, que debe reforzarse la creación y difusión a escala mundial de los bienes culturales reforzando la cooperación y la solidaridad entre países, que deben constituirse relaciones entre el sector público y privado, así como con la sociedad civil con el fin de garantizar la preservación y promoción de la diversidad cultural, y se señala la función de la UNESCO en el presente ámbito. Finalmente se dispone que los Estados Miembros se comprometen a tomar las medidas necesarias para difundir la presente Declaración y fomentar su aplicación efectiva creando un Plan de Acción para aplicar la

(2002), la III Mesa Redonda de Ministros de Cultura sobre “El patrimonio cultural inmaterial, espejo de la diversidad cultural” apoyó la *Declaración de Estambul sobre el Patrimonio Cultural Inmaterial*³⁶. Así, los Ministros de cultura participantes y representados en Estambul ven necesario y urgente pasar a la acción, para ello, adoptan distintas acciones³⁷.

presente Declaración con el fin de lograr distintos objetivos. Para ello, se incide en la cooperación con el fin de lograr distintos objetivos.

³⁶ La *Declaración de Estambul sobre el Patrimonio Cultural Inmaterial* celebrada los días 16 y 17 de septiembre de 2002. En este texto se utiliza por primera vez el término “*Patrimonio Cultural Inmaterial*”, se destaca la vulnerabilidad de las manifestaciones culturales inmateriales en el medio social y económico actual e insiste en el respeto por los contextos en los que se desarrolla. Concluida la Tercera Mesa Redonda adoptan los Ministros de Cultura participantes distintas posiciones comunes. Por todo ello, los Ministros de cultura participantes y representados en Estambul ven necesario y urgente pasar a la acción, por ello, adoptan distintas acciones: - Señalan que las múltiples manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial forman parte de los elementos determinantes de la identidad cultural de los pueblos y comunidades, además de constituir una riqueza común de toda la humanidad; - Entienden que el patrimonio cultural inmaterial forma un conjunto de prácticas, saberes y representaciones “vivas y continuamente recreadas” gracias a los cuales las personas y comunidades pueden expresar, en todos los planos, su concepción del mundo mediante sistemas de valores y referencias éticas. Entienden que este patrimonio cultural inmaterial genera un sistema de valores de pertenencia y continuidad en las comunidades, y se considera uno de los principales factores que impulsan la creatividad y la creación cultural. Por ello, debería primar un planteamiento global de tal forma que se tuviese en consideración el vínculo dinámico y la fuerte influencia recíproca existente entre el patrimonio material e inmaterial; - Consideran que la salvaguardia y transmisión del patrimonio inmaterial reside en la voluntad y la intervención efectiva de los que están a él vinculados. Con el fin de garantizar la continuidad de este proceso, los gobiernos tienen el deber de adoptar medidas que propicien la participación democrática de todos los agentes interesados; - Destacan la extrema vulnerabilidad como característica del patrimonio cultural inmaterial que está amenazado de desaparición o marginación por fenómenos como los conflictos, la intolerancia, la mercantilización excesiva, la urbanización incontrolada o el declive de las zonas rurales, entre otros, por lo que se exige una acción decidida de los distintos gobiernos que respete los contextos en que se expresa y difunde dicho patrimonio; - Afirman que el proceso de mundialización, al tiempo que hace pesar graves amenazas de uniformización sobre este patrimonio, puede facilitar su difusión, mediante tecnologías de la información y la comunicación, creando con ello el patrimonio electrónico digno de salvaguarda. Destacar que la mundialización puede favorecer la aparición de un conjunto de referencias comunes a toda la humanidad y fomentar así valores de solidaridad y tolerancia que se traduzcan en una mejor comprensión del otro y un mayor respeto a la diversidad; - Con el fin de lograr un verdadero desarrollo sostenible se hace necesaria una visión integrada del desarrollo, basado en la promoción de valores y prácticas que están presentes en el patrimonio cultural inmaterial. Este patrimonio, al igual que la diversidad cultural del que emana, es garantía del desarrollo sostenible y de la paz.

³⁷ - Se comprometen a fomentar activamente los Principios enunciados en la Declaración de la UNESCO sobre la diversidad cultural; - Acuerdan elaborar políticas encaminadas a inventariar, salvaguardar, promover y transmitir el patrimonio cultural inmaterial, mediante la información y la educación especialmente. Entienden que deben adoptarse medidas para garantizar el reconocimiento de las manifestaciones del patrimonio inmaterial dentro de los Estados, siempre y cuando éstas respeten los Derechos Humanos universalmente reconocidos; - Los Estados tratarán de estimular la investigación y documentación, de crear inventarios y registros, de promulgar medidas legislativas y establecer mecanismos adecuados de protección, garantizar,

El Comité Regional para Asia y el Pacífico celebró su 7ª Asamblea en Shanghai el año 2002 dedicándola a Museos, Patrimonio Inmaterial y la Globalización. Destacan que es necesario realizar un enfoque interdisciplinar de la diversidad cultural que conduzca a la unión entre el patrimonio mueble e inmueble, tangible e intangible, natural y cultural en un contexto holísticos, y consideran que los museos pueden servir de vehículo para la documentación, preservación y promoción de este patrimonio.

En la Asamblea se firmó la denominada “*Carta de Shanghai*” en la que se reafirma la importancia significativa de la creatividad, las particularidades de los pueblos, los grupos y comunidades entre las cuales sus valores, tradiciones, lenguas, historia oral, manifestaciones festivas... se reconocen y promueven en la disciplina museística y en la gestión del patrimonio. Se considera que la citada Carta es una aportación importante y se tuvo en consideración a la hora de elaborarse el Convenio de la UNESCO de 2003 para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural inmaterial.

Se propuso en la Carta que “*desde los museos se desarrollasen herramientas de documentación y normas para el tratamiento holístico del patrimonio, se iniciaran metodologías para generar inventarios del patrimonio cultural inmaterial con la participación de la comunidad y se realizaran esfuerzos para tratar de preservar, presentar e interpretar el Patrimonio Inmaterial en coherencia con los rasgos culturales locales*”. Todas estas cuestiones se plantearon con el fin de fomentar el entendimiento intercultural y el intercambio para la promoción de la paz y la armonía social. Se dispone en la Carta que se apoyarán los esfuerzos de la UNESCO para la salvaguarda y promoción del Patrimonio Cultural Inmaterial.

Tras el reconocimiento de las Comunidades y Grupos que supone que son los sujetos que identifican, ejecutan, recrean y transmiten el Patrimonio

mediante la educación y la sensibilización la difusión de los valores y el significado del patrimonio cultural inmaterial y fomentar el reconocimiento y la protección de sus custodios, así como la transmisión de los conocimientos y las experiencias; - Consideran necesario y apropiado consultar y hacer participar a todos los interlocutores, gobiernos, comunidades locales y regionales, colectivos científicos, instituciones educativas, sociedad civil, sector público y privado y medios de comunicación, en estrecha colaboración con los exponentes y depositarios de todas las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial; - Apoyan la iniciativa adoptada por la UNESCO de proclamar las obras maestras del patrimonio cultural oral e inmaterial de la humanidad; - Solicitan a la UNESCO que promueva la instauración de nuevas formas de cooperación internacional, estableciendo mecanismos de reconocimiento, inventarios de prácticas idóneas y de creación de redes, obteniendo recursos y fomentando consultas entre países que comparten determinadas manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial; - Con el fin de lograr la solidaridad internacional, se tratará de prestar especial atención a países como Afganistán, que sufran las consecuencias de la pobreza, conflictos o crisis, prestando asistencia e instando a la UNESCO a que estudie la posible creación de un fondo especial para este fin.

Cultural Inmaterial o vivo se concluye el día 17 de octubre de 2003 con la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial.

Se establece en la citada Convención que el Patrimonio Cultural Inmaterial o patrimonio vivo es la muestra más evidente de la diversidad cultural y su conservación, una garantía de creatividad permanente.

A partir del año 2001 se ha procedido a realizar "*Proclamaciones de las Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad*"³⁸. Se ha procedido a la Proclama durante los años 2001 y 2003 de 47 obras maestras que han sido proclamadas por la UNESCO³⁹.

A través del programa de Proclamación se han premiado Obras maestras de todas las regiones del mundo, con el fin de lograr la divulgación, la promoción de las mismas y poner de relieve que la diversidad del Patrimonio Cultural Inmaterial corresponde a toda la humanidad.

1.2.- Normativa Nacional

El Preámbulo de la Constitución de 1978 declara la voluntad de la Nación española de proteger "a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los Derechos Humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e Instituciones". El desarrollo de este precepto se produce a través de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español que introduce el reconocimiento legal del patrimonio etnográfico⁴⁰.

Destaca MARTÍNEZ que el art. 1.2 de la Ley de Patrimonio Histórico Español instituyó el interés etnográfico y el valor antropológico como atributos

³⁸ La Proclama durante los años 2001 y 2003 de 47 obras maestras que han sido proclamadas por la UNESCO³⁸, siendo la última Proclama el año 2005 al entender que a partir de la Convención de 2003 entre en vigor no habrá más Proclamas.

³⁹ Destacar que la Proclamación premia: - Las expresiones populares y tradicionales, como por ejemplo, el Misterio de Elche en España; - Los espacios culturales, los que se produce una concentración de actividades culturales populares y tradicionales, como narración de historias, rituales, mercados, festivales, de forma que fija o periódica como los ritos diarios, procesiones anuales. Y que los principales objetivos de la Proclamación son: a- Sensibilizar a la opinión y movilización para reconocer la importancia del patrimonio oral e inmaterial y la necesidad de salvaguardarlo y revitalizarlo; b- Evaluar e inventariar el Patrimonio Inmaterial mundial; c- Alentar a los países a crear inventarios nacionales del Patrimonio Inmaterial y proporcionar medidas legislativas y administrativas para su protección; d- Fomentar la participación de los artistas tradicionales y creadores locales en la tarea de identificación y revitalización del Patrimonio Inmaterial. La Proclamación alienta a los gobiernos, a las organizaciones no gubernamentales y a las Comunidades locales a identificar, salvaguardar, revitalizar y promover su Patrimonio Inmaterial. También pretende alentar a los Individuos, los Grupos, las Instituciones y las Organizaciones a contribuir a su gestión, preservación, protección y promoción.

⁴⁰ MARTÍNEZ, L. P. "La tutela legal del Patrimonio Cultural Inmaterial en España: valoración y perspectivas", en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. I, nº 7, junio 2011, pp. 123-150.

definitorios del carácter patrimonial de los bienes, pero restringe su aplicación a los de orden tangible, muebles e inmuebles, en coherencia con la tradición jurídica española y los motivos expuestos en el Preámbulo. Continúa el autor señalando que “así una parte importante de los elementos de la cultura material no protegibles anteriormente por carecer de interés histórico o artístico devienen así bienes jurídicamente tutelados. Además, la Ley reconoció su entidad diferenciada, singularizándolos como “patrimonio especial” con el nombre de “*patrimonio etnológico*” respecto de las restantes masas de bienes intangibles del Patrimonio Histórico español y consagrados en los artículos 46 y 47⁴¹.

En el Título VI de la Ley de 1985 bajo el título “*Del patrimonio etnológico*” dispone que: - Art. 46: Forman parte del Patrimonio Histórico español los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales. - Art. 47.1.- Son bienes inmuebles con carácter etnográfico, aquellas edificaciones e instalaciones cuyo modelo constitutivo sea expresión de conocimientos adquiridos, arraigados y transmitidos consuetudinariamente y cuya factura se acomode, en su conjunto o parcialmente, a una clase, tipo o forma arquitectónicos utilizados tradicionalmente por las Comunidades o Grupos humanos⁴². 47.2.- Son 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 consuetudinariamente⁴³. 47.3.- Se considera que tienen valor etnográfico y gozarán de la protección administrativa aquellos conocimientos o actividades que procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizadas por una determinada Comunidad. Cuando se trate de conocimientos o actividades que se hallen en previsible peligro de desaparecer, la Administración competente adoptará las medidas oportunas conducentes al estudio y documentación de estos bienes⁴⁴.

⁴¹ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 125.

⁴² Art. 47.1 de la Ley de 1985: “Son bienes inmuebles con carácter etnográfico, y se regirán por lo dispuesto en los Títulos II y IV de la presente Ley, aquellas edificaciones e instalaciones cuyo modelo constitutivo sea expresión de conocimientos adquiridos, arraigados y transmitidos consuetudinariamente y cuya factura se acomode, en su conjunto o parcialmente, a una clase, tipo o forma arquitectónicos utilizados tradicionalmente por las Comunidades o Grupos humanos”.

⁴³ Art. 47.2 de la Ley de 1985: “Son bienes muebles de carácter etnográfico, y se regirán por lo dispuesto en el Título III y IV de la presente Ley, todos aquellos objetos que constituyen la manifestación o el producto de actividades laborales, estéticas y lúdicas propias de cualquier grupo humano, arraigadas y transmitidas consuetudinariamente”.

⁴⁴ Art. 47.3 de la Ley de 1985: “Se considera que tienen valor etnográfico y gozarán de la protección administrativa aquellos conocimientos o actividades que procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizadas por una determinada Comunidad. Cuando se trate de conocimientos o actividades que se hallen en previsible peligro de desaparecer, la

Una de las notas características del Patrimonio Etnográfico es su *carácter vivo* por expresarse mediante manifestaciones de orden inmaterial⁴⁵. Pero no estamos ante una noción folclorista del patrimonio, arcaizante, ahistórica y esencialista, como acredita la reiterada mención a la tradición y a la transmisión consuetudinaria en la regulación de los bienes inmuebles (art. 47.1), muebles (art. 47.2) e intangibles del Patrimonio Etnológico (art. 47.3) y la propia alusión a la cultura tradicional del pueblo español que se consagra en el art. 46⁴⁶.

En cuanto al “*sistema de protección*” queremos resalta que la Ley “se aleja de la tradición de idea de conservar propia del Patrimonio Cultural Material y se centra en: Realizar inventarios de actualización regular; Crear órganos gestores competentes, como instituciones de documentación con facilidades de acceso al público; Fomentar el estudio científico y técnico; Crear o fortalecer las instituciones de formación en gestión del Patrimonio Cultural Inmaterial, como pueden ser la educación y la sensibilización; y, Adoptar medidas para garantizar el acceso a la ciudadanía”⁴⁷.

Destacar que el legislador español en la Ley de 1985 recoge exclusivamente los valores antropológicos y etnológicos como interés cualificado. La figura de sitio histórico, sólo permite proteger indirectamente una fracción muy limitada de los elementos que pueden integrar el Patrimonio Cultural, las tradiciones populares, vinculadas a un lugar o paraje natural. Por lo que podemos concluir que, “respecto al régimen específico y las medidas de tutela directa la Ley se dispone a favor de los conocimientos y actividades inmateriales del Patrimonio Etnológico, resultan poco satisfactorias, además, que los bienes intangibles del Patrimonio Etnológico no disfruten de tutela jurídica sino meramente administrativa, al no formar parte de la definición legal de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico español del art. 1.2⁴⁸, y que los mecanismos de tutela administrativa previstos en el art. 47.3 de la Ley de 1985 cuya prescripción se circunscribe a los bienes intangibles amenazados de extinción, resulta muy pobres, limitándose a la práctica del estudio y la documentación de las manifestaciones culturales en cuestión”⁴⁹.

Por todo ello podemos concluir señalando que en definitiva el legislador restringió la protección del Patrimonio Etnológico a través de vías indirectas

Administración competente adoptará las medidas oportunas conducentes al estudio y documentación de estos bienes”.

⁴⁵ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 126. Esta característica se desprende del art. 46 de la Ley española de 1985 que prefiguró con años de antelación la categoría de Patrimonio Inmaterial.

⁴⁶ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 126.

⁴⁷ Plan Nacional de Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, octubre 2011.

⁴⁸ ALONSO IBÁÑEZ, M. del R. en *El patrimonio histórico, Destino público y valor cultural*, 1992, p. 140.

⁴⁹ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 127.

mediante la protección jurídica del sustrato material asociado⁵⁰. Destacar que la noción de Patrimonio Etnográfico que se desprende de la Ley de 1985 resulta limitada en relación al sentido amplio de Patrimonio Inmaterial que se contiene en la Convención de 2003 de la UNESCO⁵¹.

1.3.- Normativa Autonómica

La normativa autonómica española en materia de Patrimonio Cultural Inmaterial se ha desarrollado a partir de la Ley 16/1985, de 25 de junio de Patrimonio Histórico-Artístico español⁵². Se han promulgado distintas Leyes Autonómicas sobre patrimonio cultural en el que se han incluido los proyectos e iniciativas que se van a desarrollar en el ámbito del patrimonio cultural inmaterial. En cada Comunidad Autónoma se han presentado iniciativas que deben ser impulsadas por parte de las distintas administraciones públicas autonómicas competentes, así como por las instituciones, asociaciones, fundaciones y organismos que deben procurar la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial en su territorio.

Los legisladores autonómicos trataron de mejorar la protección que debían recibir los bienes intangibles-inmateriales en las definiciones jurídicas de patrimonio que desarrollaron en las distintas Leyes autonómicas. Así la Ley 7/1990, de 3 de julio del Patrimonio Cultural Vasco⁵³, La Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía⁵⁴, la Ley 12/1998, de 21 de

⁵⁰ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 127.

⁵¹ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 126. Para cuestiones del Patrimonio Cultural Inmaterial, ver: PÉREZ GALÁN, B. "Los usos de la cultura en el discurso legislativo sobre patrimonio cultural en España. Una lectura antropológica sobre las figuras legales de protección", en *Revista de Antropología Experimental*, Número 11, 2011, pp. 11-30. PLATA GARCÍA, F. y RIOJA LÓPEZ, C. "El efecto dominó en el patrimonio etnológico", en CARRERA GARCÍA, G. y DIETZ, G., coordinadores., *Patrimonio inmaterial y gestión de la diversidad*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005, pp. 181-195. AGUSO TORRICO, J. "Patrimonio etnológico: recreación de identidades y cuestiones de mercado", *ibid.*, pp. 197-213, VELASCO MAILLO, M. "El patrimonio cultural como sistema de representación y como sistema de valor", en C. R. FERNÁNDEZ LIESA H. M. Dirs. *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Constitución y Leyes S. A., Madrid, 2009, pp. 35-70; GARCÍA GÓMEZ, J. *Estudios sobre el Derecho del Patrimonio Histórico*, Fundación Registral, Madrid, 2008, p. 472; MINGOTE CALDERÓN, J. L. "A propósito de la terminología que define al 'patrimonio etnológico en la legislación española", en *Patrimonio Cultural y Derecho*, Número 8, 2004, pp. 75-115; A. Moncusí Ferré, *op. cit.*; F.

⁵² BOE de 29 de junio de 1985.

⁵³ Art. 2.1 dispone: "Integran el patrimonio cultural todos aquellos bienes de interés culturales por su valor histórico, artístico, urbanístico, etnográfico, científico, técnico y social, y que por tanto son merecedores de protección y defensa".

⁵⁴ Art. 2.1. señala: "El Patrimonio Histórico Andaluz se compone de todos los bienes de la cultura, en cualquiera de sus manifestaciones, en cuanto se encuentra en Andalucía y revelen un interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnológico, documental, bibliográfico, científico o técnico para la Comunidad Andaluza".

diciembre, del Patrimonio Histórico de las Illes Balears⁵⁵ resolviendo la cuestión mediante el recurso a definiciones unitarias y holísticas del patrimonio, comprensivas de la totalidad de los bienes culturales, sin distinción entre tangibles e intangibles, y calificados por la posesión de valores o intereses patrimoniales⁵⁶.

Otras Leyes autonómicas incluyeron los Bienes Patrimoniales Inmateriales en la definición general de patrimonio, como la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio cultural Catalán⁵⁷, aunque en un párrafo aparte en relación con los que contenían los bienes tangibles. Estos bienes inmateriales considerados patrimonio cultural catalán se describen mediante una relación no exhaustiva de elementos y con remisión expresa a la definición de cultura popular y tradicional de la Ley 2/1993, de 5 de marzo, de Fomento y Protección de la Cultura Popular y Tradicional y de Asociacionismo Cultural, norma que define la “cultura tradicional y popular” como “el conjunto de las manifestaciones de la memoria y la vida colectiva de Cataluña, tanto pasadas como presentes (art. 2.1)⁵⁸ aportando una relación de elementos integrantes más amplia en el art. 2.2”.

La Ley de Patrimonio Cultural de Galicia, Ley 8/1995, de 30 de octubre incluyó los bienes intangibles en una “definición unitaria de Patrimonio cultural que distingue las tres dimensiones de los bienes que lo integran –muebles, inmuebles e inmateriales- y se apoya en el análisis de intereses o valores patrimoniales para determinar su calificación patrimonial”⁵⁹. El modelo gallego

⁵⁵ Art. 1.2 afirma: “El patrimonio histórico de las Illes Balears se integra de todos los bienes y valores de la cultura, en cualquiera de sus manifestaciones, que revelan un interés histórico.... Etnológico....

⁵⁶ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. pp. 128-129.

⁵⁷ Art. 1.2. dispone: “El conjunto cultural catalán está integrado por todos los bienes muebles o inmuebles relacionados con la historia y la cultura de Cataluña que por su valor histórico, artístico... etnológico.... Merecen una protección y una defensa especial, de manera que puedan ser disfrutados por los ciudadanos y puedan ser transmitidos en las mejores condiciones las futuras generaciones. También forman parte del patrimonio cultural catalán los bienes inmateriales integrantes de la cultura popular y tradicional y las particularidades..., de acuerdo con la Ley 2/1993, de 5 de marzo, de fomento y protección de la cultura popular y tradicional y del asociacionismo cultural”.

⁵⁸ Art. 2.1. establece: “A efectos de la presente Ley, se entiende por cultura popular tradicional el conjunto de las manifestaciones de la memoria y la vida colectiva de Cataluña. 2- La cultura popular y tradicional incluye todo cuanto se refiere al conjunto de manifestaciones culturales, tanto materiales como inmateriales, como son las fiestas y las costumbres, la música y los instrumentos, los bailes y las representaciones, las tradiciones festivas, las creaciones literarias, las técnicas y los oficios y todas aquellas manifestaciones que tiene carácter popular y tradicional, como también las actividades tendentes a difundirlas por todo el territorio y a todos los ciudadanos”.

⁵⁹ Art. 1.1 señala: “El patrimonio cultural de Galicia está constituido por todos los bienes materiales e inmateriales que, por su reconocido valor propio, hayan de ser considerados de interés relevante para la permanencia e identidad de la cultura gallega a través del tiempo.

“amplia el universo de bienes jurídicamente protegibles con pleno rigor sistemático, sin perder precisión analítica ni ambición holística y en perfecta consonancia con la tradición jurídica y científica del patrimonio”⁶⁰.

Otras Leyes que han seguido el sistema gallego son: la Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés, la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura, la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid. Por su parte, han seguido el modelo catalán, la Ley 4/1998, de 11 de junio del Patrimonio Cultural Valenciano, la Ley 10/1998, de 8 de julio de Patrimonio Histórico de Madrid, la Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias, la Ley 12/2002, de 11 de julio, del Patrimonio Cultural de Castilla y León, la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja, y la Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra.

Por su parte, la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria, la Ley 1/2001, de 6 de marzo, del Patrimonio Cultural del Principado de Asturias, y la Ley 4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia constituyen variantes propias, holístico-analítica (Cantabria) y analítica-descriptiva las de Asturias y Murcia⁶¹.

En España las legislaciones autonómicas que se han ido promulgando han sido anteriores a la Convención de la UNESCO de 2003, por lo que han incluido la mayoría de ellas el Patrimonio Inmaterial bajo el Título de Patrimonio etnológico o etnográfico, destacándose los valores relacionados con la tradición y la identidad.

Como consecuencia de todo ello, las políticas culturales relacionadas con la protección del Patrimonio Cultural impera una “visión monumental, singular, estética e historicista del patrimonio y una concepción de protección adaptada a estos valores”. La protección se sigue relacionando con la idea de “custodia, mantenimiento y conservación perenne” de estos objetos que deben transmitirse intactos a las nuevas generaciones. Por ello, no es suficiente con que se cambie el concepto de patrimonio, es necesario que cambie también las medidas y actuaciones que se ejercen sobre los elementos culturales patrimonializados y los actores que intervienen en los procesos relacionados con ellos⁶².

Integran el patrimonio cultural de Galicia los bienes muebles, inmuebles e inmateriales de interés artísticos,..... etnológico.....

⁶⁰ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 129.

⁶¹ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. pp. 130-131. Para ver el patrimonio inmaterial y su relación con el patrimonio etnopatrimonio en las Leyes autonómicas, ver del autor, pp. 131 y ss.

⁶² CARRERA, G. ob. Cit. 2009, pp. 18-40.

Por ello, la mayor parte de las actuaciones realizadas por parte de las Comunidades Autónomas se han desarrollado dentro de los siguientes ámbitos: identificación, conocimiento, investigación y valorización del Patrimonio Inmaterial. Sería necesario que se avanzara en otras líneas como la capacitación técnica e institucional con el fin de garantizar la salvaguarda de este Patrimonio Cultural Inmaterial en cada una de las Comunidades Autónomas.

II.- La protección de las Manifestaciones Culturales Inmateriales por parte de la OMPI-WIPO

La OMPI-WIPO⁶³ se creó el año 1967, cuenta con 185 Estados miembros y tiene su secretaria en Ginebra, Suiza. Su misión es promover la “*Innovación y la Creatividad*” al servicio del desarrollo económico, social y cultural de todos los países, por medio de sistemas internacionales de propiedad intelectual equilibrado y eficaz.

Es el organismo del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas dedicado al uso de la propiedad intelectual, dentro de la que podemos incluir, las patentes, los derechos de autor, las marcas y diseños... como medio de estimular la innovación y la creatividad.

Desarrolla funciones en distintos ámbitos: ámbito de servicios⁶⁴, ámbito legislativo⁶⁵, infraestructuras⁶⁶ y desarrollo⁶⁷.

La OMPI lleva dedicándose al estudio de las relaciones entre “la propiedad intelectual y la protección, promoción y preservación de las expresiones culturales tradicionales (también denominadas “expresiones de folclore”)” varios decenios, y desarrolla un intenso Programa en esta área en materia de formación de políticas, asistencia jurídica y dotación de medios⁶⁸.

⁶³ OMPI-WIPO: (Organización Mundial de Propiedad Intelectual-World Intellectual Property Organization). En adelante, OMPI.

⁶⁴ Administra sistemas que facilitan la obtención de protección a nivel internacional para las patentes, las marcas, los diseños y las denominaciones de origen, y la solución de controversias de propiedad intelectual.

⁶⁵ Contribuye a desarrollar el marco jurídico internacional de la propiedad intelectual en concordancia con las necesidades de la sociedad a medida que éstas evolucionan.

⁶⁶ Crean redes de colaboración y plataformas técnicas, entre las que figuran bases de datos y herramientas gratuitas para el intercambio de información, a fin de compartir conocimientos y simplificar las transacciones de propiedad intelectual.

⁶⁷ Fortalece las capacidades de uso de la propiedad intelectual a favor del desarrollo económico y colabora con los Estados miembros y sectores interesados para dar a conocer más adecuadamente la propiedad intelectual y cultivar su respeto a escala mundial. Así también, proporciona estadísticas y análisis económicos, y contribuye a hallar soluciones basadas en la propiedad intelectual para afrontar los desafíos mundiales.

⁶⁸ Propiedad intelectual y Expresiones Culturales Tradicionales o Folclore”, ver: Folleto 1, publicación nº 913 (S), en: <http://es.scribd.com/doc/6445427/Propiedad-intelectual-y->

Esta relación entre expresiones culturales y propiedad intelectual “entraña problemas complejos y estimulantes”⁶⁹. Las expresiones de las culturas tradicionales o expresiones del folclore distinguen y reflejan “los valores y convicciones de las -comunidades indígenas y otros tipos de comunidades”-.

Los problemas que se plantean como consecuencia del multiculturalismo y la diversidad cultural, especialmente en las sociedades en las que concurren comunidades indígenas y de inmigrantes requieren políticas “dirigidas a mantener la armonía entre la protección de las expresiones culturales, ya sean tradicionales o de otro tipo, y el intercambio libre de experiencias culturales”. También se detecta el problema de llegar al equilibrio entre “la aspiración de preservar las culturas tradicionales y el deseo de estimular la creatividad basada en la tradición como contribución al desarrollo económico sostenible”.

Con el fin de hacer frente a estos retos puede plantear cuestiones profundas como: ¿A quién pertenece, si es que pertenece al alguien, el patrimonio cultural de una Nación? ¿Qué relación existe entre la protección de la propiedad intelectual y el fomento de la diversidad cultural? ¿Qué políticas en materia de propiedad intelectual satisfacen mejor las necesidades de un “dominio público” creativo y multicultural? ¿De qué modo, en caso de que proceda, deben los sistemas actuales de propiedad intelectual reconocer las normas y protocolos consuetudinarios? ¿Cuándo un “préstamo” de una cultura tradicional se considera inspiración legítima y cuándo se trata de una adaptación o copia improcedente?, ¿Existe relación entre la “preservación” del patrimonio cultural y la “protección” de la propiedad intelectual de expresiones culturales tradicionales y, de ser así, en qué consiste?

[expresiones-culturales-tradicionales-o-del-folclore-Folleto-N-1](#). Este Folleto está basado en muchos “Documentos, Estudios y Otros materiales” preparados y consultados en el contexto de la labor de la OMPI, los cuales están disponibles en la Secretaría y en <http://www.wipo.int/tk/cultural/index.html>. Los principales documentos que se han utilizado son, entre otros: - Secretaría de la OMPI: “*Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual. Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales*” (1998-1999). - Secretaría de la OMPI: “*Análisis consolidado de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales*”, Documento de información nº 1. - Secretaría de la OMPI, “*Informe final sobre las expresiones nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore*”, (Documento WIPO/GRTKF/IC/3/10). - Secretaría de la OMPI, “*Análisis consolidado de la protección de las expresiones culturales tradicionales*”, (Documento WIPO/GRTKF/IC/5/3). - Secretaría de la OMPI, “*Las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: opciones políticas y jurídicas*”, (Documento WIPO/GRTKF/IC/6/3). - JANKE, TERRI, “*Cuidar la cultura: estudios de casos sobre propiedad intelectual y expresiones culturales tradicionales*”, preparado para la OMPI. - Centro de Comercio Internacional (UNCTAD/OMC) y Secretaría de la OMPI, “*Marketing Crafts and Visual Arts: The Role of Intellectual Property- A practical Guide*”.

⁶⁹ Folleto nº 1, ob. cit. p. 2.

En el Folleto nº 1 “se definen los conceptos fundamentales, se planean consideraciones políticas en materia jurídica y cultura, y se exponen los principales opciones jurídicas basándose en las corrientes nacionales, regionales e internacionales, en relación a la protección de las expresiones culturales tradicionales”⁷⁰.

1.- Desarrollo normativo

Se procede a la “modificación” del Convenio de Berna⁷¹ para la protección de las obras literarias y artísticas, en el que se estableció un mecanismo para la protección internacional de obras no publicadas y anónimas. Según los artífices de esta modificación que se concreta en el art. 15.4.a) del Convenio, su fin es “proporcionar protección internacional a las expresiones del folclore o expresiones culturales tradicionales”⁷².

Se han desarrollado distintas actuaciones por parte de la OMPI, se adoptó el año 1876 la “*Ley Tipo de Túnez sobre Derecho de Autor para Países desarrollados*” que incluye una protección *sui generis* para las expresiones del Folclore⁷³ y se elaboró un Modelo *sui generis* para la protección de la propiedad intelectual de las “expresiones culturales tradicionales”⁷⁴. Los años

⁷⁰ Folleto nº 1, ob. cit. p. 2.

⁷¹ Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 9 de abril de 1886, que fue modificado en distintas ocasiones, la última en París el día 24 de julio de 1971 y Enmendada el día 23 de septiembre de 1978. Art. 15: “Derecho de hacer valer los derechos protegidos”, apartado 4, “Para algunas obras no publicadas de autor desconocido”. Afirma el citado apartado: “(a) Para las obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor pero por las que se pueda suponer que él es nacional de un país de la Unión 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. (b) Los países de la Unión que, en virtud de lo establecido anteriormente, procedan a esa designación, lo notificarán al Director General mediante una declaración escrita en la que se indicará toda la información relativa a la autoridad designada. El Director General comunicará inmediatamente esta declaración a todos los demás países de la Unión.

⁷² Art. 15.4.a) del Convenio de Berna, ver, http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P201_41647. (28-08-2012).

⁷³ La Ley Tipo se refiere a la protección de obras de folclore, en los siguientes términos: “Las obras de folclore nacional serán protegidas por todos los medios con arreglo a lo que dispone el párrafo 1), sin limitación de tiempo”⁷³. Por su parte, el art. 6 afirma: “Esta disposición tiene por objeto impedir toda explotación abusiva y permitir una protección adecuada del patrimonio denominado folclore, que constituye no solo una riqueza económica potencial sino también un patrimonio cultural íntimamente ligado a la personalidad propia de cada pueblo”. En las Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO para Leyes Nacionales de 1982 se establecen dos categorías principales de acciones contra las que están protegidas las expresiones culturales tradicionales, a saber, la “explotación ilícita” y “otras acciones lesivas”. Las Disposiciones Tipo han influido en la legislación nacional de muchos países. Barios Estados y otras partes interesadas han señalado que las Disposiciones Tipo necesitan ser mejoradas y actualizadas.

⁷⁴ El año 1982 un grupo de expertos convocados por la OMPI y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) elaboró un modelo *sui generis* para la protección basada en la propiedad intelectual de las “expresiones culturales tradicionales”, las Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO de 1982.

1984⁷⁵, 1996⁷⁶, 1997⁷⁷ y 1999⁷⁸ se desarrollaron distintas actuaciones en el ámbito de su protección y a finales del año 2000 se creó el “*Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore*”⁷⁹.

La OMPI organiza también talleres y seminarios, así como misiones exploratorias y de expertos; además encarga estudios de casos y lleva a cabo actividades de asesoramiento jurídico y redacción de textos legislativos, así como de sensibilización y formación⁸⁰.

2.- Conceptos Fundamentales

⁷⁵ La OMPI y la UNESCO el año 1984 convocaron conjuntamente a un “grupo de expertos” sobre la protección internacional de las expresiones del folclore a través de la propiedad intelectual. Este grupo contó con un Proyecto de Tratado basado en las Disposiciones Tipo de 1982. Con todo, una mayoría de los participantes consideraba prematuro establecer un Tratado internacional en aquel momento.

⁷⁶ En diciembre de 1996, los Estados Miembros de la OMPI aprobaron el “*Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)*”, que otorgó protección también a los intérpretes o ejecutantes de las expresiones del folclore.

⁷⁷ En abril de 1997 se celebró en Puhket, Tailandia, el “Foro Mundial UNESCO-OMPI sobre la protección del folclore”. Durante los años 1998-1999 la OMPI llevó a cabo “misiones exploratorias” en 28 países con el fin de determinar las “necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales con relación a la protección de la propiedad intelectual”. El resultado de esta Misión se contiene en el “Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias 1998-1999”.

⁷⁸ E l año 1999, la OMPI organizó una serie de “Consultas regionales sobre la protección de las expresiones del folclore” en países africanos, árabes, en América Latina y el Caribe. En todas las consultas se aprobaron resoluciones o recomendaciones de que la OMPI y la UNESCO aumentaran e intensificaran su labor en el campo de la protección del folclore. En las Recomendaciones, de forma unánime, se estableció que la futura labor en esta esfera debería contemplar la creación de un régimen internacional efectivo para la protección de las expresiones del folclore.

⁷⁹ Este Comité ha realizado importantes progresos en relación a las concesiones políticas y prácticas entre el sistema de propiedad intelectual y p las preocupaciones de los profesionales y los custodios de las culturas tradicionales. Bajo la tutela de la Secretaria de la OMPI ha publicado un cuestionario pormenorizado sobre la experiencia de los países, y ha emprendido una serie de estudios analíticos exhaustivos basados en las respuestas al cuestionario y otras consultas e investigaciones. Estos estudios han servido de base para el debate político internacional y han contribuido al desarrollo de herramientas aplicadas. El Comité a partir de esta experiencia se ha orientado hacia el logro de un entendimiento internacional con relación a los “principios y objetivos compartidos” que deben guiar la protección de las expresiones culturales tradicionales. Todo este material está disponible en la Secretaria de la OMPI. Ver: <http://wipo.int/tk/en/cultural/index.html>.

⁸⁰ En resumen, para abordar el tema de la protección jurídica de las expresiones tradicionales—folclore y su evolución reciente al día de hoy, debe acudirse a: “Ley Tipo de Túnez sobre Derecho de Autor” (1976). A las “Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore OMPI-UNESCO” (1982). A la “Memoria del Forum Mundial UNESCO-OMPI sobre la Protección del Folclore”, Phuket, Tailandia (1997). A los “Documentos de trabajo del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore” (2002-2003) y a los “Tratados internacionales”.

La primera pregunta a la que se trata de dar respuesta es: ¿“En qué consisten las –expresiones culturales tradicionales-? Las expresiones culturales tradicionales son *“El resultado de procesos creativos intergeneracionales, sociales y comunitarios de carácter fluido, y reflejan y distinguen la historia, la identidad cultural y social y los valores de una comunidad”*.

Las expresiones culturales tradicionales son el alma de la identidad de una comunidad, el patrimonio cultural está “vivo”; es *“creado constantemente a medida que los profesionales y artistas tradicionales abordan su trabajo con nuevos ojos”*. La tradición *“no es mera imitación y reproducción”*, sino *“también innovación y creación”* en el contexto del marco tradicional.

Así la “*creatividad*” en la tradición se caracteriza por la “interacción dinámica entre la creatividad colectiva y la creatividad individual”.

Desde la perspectiva de la propiedad intelectual, en este contexto dinámico y creativo a menudo resulta difícil saber qué constituye una creación independiente. No obstante, en el marco de la legislación vigente en materia de derecho de autor, una adaptación o arreglo contemporáneo de material tradicional antiguo o preexistente a menudo puede ser suficientemente original como para considerarlo obra susceptible de protección por el derecho de autor.

Este aspecto es fundamental y constituye el centro de un amplio debate político: ¿Es adecuada la protección que existe hoy en día para la creatividad contemporánea basada en la tradición, o se necesita alguna forma de protección de la propiedad intelectual complementaria para el material preexistente o que sirve de base?.

3.- Características de las expresiones culturales tradicionales o folclore

Las expresiones culturales tradicionales o folclore tienen las siguientes características: a- *Se transmiten de una generación a otra, ya sea oralmente o por imitación.* b- *Reflejan la identidad cultural y social de una comunidad.* c- *Están formadas por elementos característicos del patrimonio de una comunidad.* d- *Son creadas por “autores desconocidos”, comunidades, o individuos a quienes la comunidad permite o les reconoce el derecho o la responsabilidad de hacerlo.* e- *No suelen crearse con fines comerciales, sino como vehículo de expresión religiosa y cultural.* f- *Están en constante evolución y desarrollo, siendo creadas dentro de la comunidad.*

4.- Descripción funcional de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore

Las expresiones culturales tradicionales o expresiones de folclore pueden definirse “funcionalmente” como: *“Se entiende las producciones elaboradas con elementos característicos del patrimonio artístico tradicional creado y mantenido por una comunidad o por personas que reflejan las expectativas artísticas tradicionales de dicha comunidad, en particular: a- Las expresiones verbales, como cuentos, poesías y acertijos populares, las palabras, signos, símbolos e indicaciones; b- Las expresiones musicales, como las canciones populares y la música instrumental; c- Las expresiones corporales, como danzas populares, representaciones escénicas y formas artísticas o rituales, con independencia de que estén o no fijadas en un soporte; y, d- Las expresiones tangibles, tales como: - Los productos de arte popular, particularmente dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, artesanía, labores de punto, textiles tapices, indumentaria. - La artesanía; - Los instrumentos musicales; - Las formas arquitectónicas.*

Las expresiones de la cultura tradicional pueden ser “tangibles, intangibles o, lo más frecuente una combinación de ambas”⁸¹.

5.- Patrimonio cultural y desarrollo económico

El patrimonio artístico de una comunidad, además de cumplir una importante función social, espiritual y cultural, es fuente de “creatividad e innovación” y puede desempeñar una función importante en el desarrollo de la comunidad que lo ejecuta.

La utilización de material cultural tradicional como fuente de creatividad contemporánea puede contribuir al desarrollo económico de las comunidades tradicionales a través de la formación de empresas comunitarias, la creación local de empleo, el perfeccionamiento de las técnicas, un turismo adecuado y la entrada de divisas por los que elaboran en la comunidad.

La propiedad intelectual tiene mucha importancia en este ámbito al proporcionar protección jurídica a la creatividad basada en la tradición, la protección de la propiedad intelectual puede permitir a las comunidades y a sus integrantes comercializar sus creaciones basadas en la tradición, en caso de que deseen hacerlo, e impedir una competencia aprovechada. Las técnicas de comercialización de los productos artesanos representan también una forma en la que las comunidades pueden mostrar y reforzar su identidad cultural y contribuir a la diversidad cultural.

⁸¹ Un ejemplo de este tipo de “expresiones mixtas del folclore” podría ser una alfombra (expresión tangible) donde se expresan elementos de un relato tradicional (expresión intangible).

En este sentido, la propiedad intelectual puede ser de ayuda, por ejemplo, al certificar el origen de artes y oficios⁸² o luchar contra imitaciones que se hacen pasar por auténticas⁸³. Las Comunidades han empleado sus derechos de propiedad intelectual para ejercer el control sobre la manera en que se utilizan sus expresiones culturales y para defenderse contra el “uso irrespetuoso o denigrante” de las obras tradicionales.

Además, las manifestaciones culturales tradicionales son fuente de inspiración y de creatividad para las industrias culturales, como el mundo del espectáculo, el sector de la moda o el editorial, o la industria de la artesanía y el diseño. Muchas pequeñas y medianas empresas de países desarrollados y en desarrollo crean riqueza utilizando las formas y el material de las culturas tradicionales.

Las relaciones entre tradición, creatividad y mercado no siempre se ven de forma optimista. Lo que es creatividad desde un punto de vista puede verse como menoscabo de una cultura tradicional desde otro.

6.- ¿Qué relación existe entre “conocimientos tradicionales y propiedad intelectual”?

Las relaciones entre las expresiones culturales tradicionales y la propiedad intelectual se analizan aisladamente de los conocimientos tradicionales. Además, surgen instrumentos jurídicos bien diferenciados, así pues, el sistema de protección de la propiedad intelectual complementa las estructuras tradicionales de los conocimientos y las expresiones culturales, y va más allá del marco de la comunidad original, no pretenden suplantar o imitar las costumbres y usos propios de la comunidad.

La experiencia acumulada señala que la protección de la propiedad intelectual de las expresiones culturales tradicionales plantea determinadas cuestiones sobre política cultural muy concreta y que, a diferencia de los conocimientos técnicos tradicionales, supone una doctrina jurídica muy próxima a la sustentada por el derecho de autor y sistemas de derechos afines.

Es importante que las formas de protección aplicables al folclore estén inspiradas y conformadas por principios y políticas culturales y jurídicas adecuadas. Además, el hecho de atender separadamente a las expresiones culturales tradicionales o de folclore facilita un debate más preciso, técnico y concreto, y permite captar de manera más plena las experiencias y puntos de vista de las oportunas partes interesadas, como oficinas y departamentos públicos dedicados al derecho de autor, la cultura y la educación, “los depositarios e intérpretes o ejecutantes indígenas o tradicionales” de

⁸² Mediante marcas de certificación.

⁸³ A través de la legislación sobre competencia desleal.

tradiciones culturales y expresiones artísticas, y folcloristas, etnomusicólogos, archiveros y otros especialistas de la cultura.

A diferencia de lo que ocurre con los conocimientos, se tiene bastante experiencia en la creación y aplicación de medidas de protección de la propiedad intelectual específicas para las expresiones culturales tradicionales o de folclore en los ámbitos internacionales, regionales y nacionales.

7.- Protección de la Propiedad Intelectual

La propiedad intelectual se ocupa de las “*creaciones del ingenio*”, como las invenciones, los motivos gráficos, las obras literarias y artísticas y los símbolos, denominaciones, imágenes y representaciones.

La propiedad intelectual está protegida por Leyes que establecen derechos de propiedad privada sobre “*creaciones e innovaciones*” con el fin de conceder el control sobre la explotación de éstas, especialmente sobre su explotación comercial, y de incentivar la creación. El derecho de autor, por ejemplo, protege las producciones de la creatividad, como las obras literarias y artísticas originales, ante determinadas prácticas, como la “reproducción, adaptación, ejecución, o interpretación pública, radiodifusión y otras formas de comunicación pública.

Asimismo puede proporcionar protección frente a la utilización “denigrante o degradante” de una obra, motivo de preocupación frecuente con relación al material cultural tradicional.

Sin embargo, no todos los aspectos de la protección de la propiedad intelectual se dirigen directamente a la innovación y la creatividad, como por ejemplo la Ley sobre marcas, indicaciones y signos distintivos⁸⁴ o el campo afín de la lucha contra la competencia desleal, cuyo objetivo es proteger una reputación establecida, un carácter inconfundible y un fondo de comercio, como puede disfrutar una comunidad tradicional en la producción de artesanía, trabajos artísticos y otros productos tradicionales.

Los elementos y los principios del sistema de derecho de autor tienen un interés especial para la protección de las expresiones culturales tradicionales, ya que muchas de ellas son producciones literarias o artísticas y, por tanto, objeto real o posible de protección mediante el derecho de autor. Esta es la razón por la que muchos países ya protegen el folclore en el marco de la legislación sobre el derecho de autor.

⁸⁴ Legislación que regula las marcas de fábrica o comercio, las indicaciones geográficas y los símbolos nacionales.

Los derechos relacionados con el derecho de autor, en particular los derechos de los “intérpretes y ejecutantes”, también resultan útiles de manera directa. La otra rama principal del derecho de la propiedad intelectual, la propiedad industrial, también se ha utilizado para proteger las expresiones culturales tradicionales, especialmente las marcas de fábrica o comercio⁸⁵ y las indicaciones geográficas, los diseños industriales (incluidos los diseños textiles) y la lucha contra la competencia desleal.

Es importante también determinar cuándo estamos ante el “Derecho de autor”, la “Adaptación” y las “Obras derivadas”. Para concretar todos estos extremos es determinante diferenciar ¿Cuándo el uso de material cultural tradicional se considera inspiración legítima y cuándo se trata de una adaptación o copia improcedente?

El autor de una obra normalmente tiene el derecho exclusivo a controlar la realización de adaptaciones de su obra. Ejemplo de ellos serían las traducciones, revisiones y otras formas en que una obra puede ser reestructurada, transformada o adaptada. Estos tipos de adaptaciones se denominan a veces “obras derivadas”.

Las obras derivadas pueden por sí mismas ser susceptibles de protección a través del derecho de autor en el caso de que sean suficientemente originales. Incluso las obras realizadas a partir de material de “dominio público” pueden gozar de protección del derecho de autor, ya que una interpretación, arreglo, adaptación o recopilación nueva de materiales de dominio público pueden dar origen a una expresión nueva diferenciada que sea suficientemente “original”. Esto permite explicar la razón de que una producción literaria o artística contemporánea derivada o inspirada en una cultura tradicional que incorpora elementos nuevos pueda considerarse obra diferenciada y original, y por tanto esté protegida.

No obstante, la protección conferida a las “obras derivadas”, recae solamente sobre el material nuevo o los aspectos nuevos de la obra. Por consiguiente, además del material nuevo que pertenece al autor, una obra derivada puede incluir también material que ya pertenece a otro titular de derechos de autor o que forme parte del dominio público, según sea el caso, de este material no se ven afectados.

Si bien los derechos exclusivos del titular de los derechos de autor incluyen normalmente el derecho a autorizar o impedir la adaptación de la obra protegida, ello no impide, en general, que los creadores se inspiren en otras obras o tomen prestamos de ellas. El derecho de autor fomenta la idea de que

⁸⁵ Como las marcas colectivas.

los artistas se basen en las obras de otros autores y recompensa la improvisación. Dicho de otro modo, se permite la inspiración y el “préstamo”, pero no la adaptación o copia. Distinguir entre unas y otras no siempre es tarea fácil.

8.- ¿Qué relación existe entre la Protección de la Propiedad Intelectual y la Preservación y Salvaguardia del Patrimonio Cultural?

En el ámbito del patrimonio cultural las nociones de “*preservación*” y “*salvaguardia*” se refieren por lo general a la identificación, catalogación, transformación, revitalización y promoción del patrimonio cultural con el fin de asegurar su mantenimiento y viabilidad.

La preservación y salvaguardia del patrimonio cultural y el fomento de la diversidad constituyen objetivos fundamentales de varios Convenios y Programas internacionales, así como de políticas, prácticas y procesos regionales e internacionales.

La labor que ha desarrollado la OMPI, de conformidad con su mandato, está principalmente dirigida a la “protección” de las expresiones culturales tradicionales desde el punto de vista de la propiedad intelectual.

Existe una relación importante entre la “protección” de la propiedad intelectual y la “preservación y salvaguardia” en el contexto del patrimonio cultural. Por ejemplo, en el proceso de preservación (como el registro, catalogación y publicación de materiales culturales tradicionales) pueden plantearse cuestiones sobre la falta de protección de la propiedad intelectual, o se puede correr el riesgo de poner involuntariamente expresiones culturales tradicionales en el “dominio público”, lo que daría a otros libertad para utilizarlos en contra de los deseos de la comunidad de origen.

También podría darse el caso, si no hay una canalización adecuada, que la persona que registre la expresión cultural tradicional obtenga el derecho de autor sobre la forma en que ésta queda registrada⁸⁶.

Es fundamental que esté claro qué se entiende por “protección”, ya que las necesidades y expectativas culturales tradicionales, así como de quienes las ejercitan, pueden satisfacerse en algunos casos más adecuadamente a través de medidas de preservación y salvaguardia que de medidas de protección de la propiedad intelectual.

⁸⁶ Por ejemplo, la fotografía, filmación o grabación sonora de una expresión cultural tradicional.

Existen distintos significados de “protección”. Si tomamos como ejemplo una leyenda que fue registrada hace siglos en un trozo de tejido. La “protección de la propiedad intelectual de la leyenda puede contribuir a evitar que otros reproduzcan la leyenda en una camiseta”. Sin embargo, si sólo fueran unas pocas personas quienes conocieran la leyenda y la lengua que debe usarse para recitarla, la “protección” podría adoptar la forma de medidas que ayuden a estas personas a transmitir el conocimiento y el lenguaje de la leyenda a la generación siguiente. En el caso de que el tejido empezara a deteriorarse, la “protección” podría adoptar la forma de medidas destinadas a garantizar su conservación para las generaciones futuras. En otros casos, la “protección” podría toma cuerpo en la promoción de la leyenda fuera de la comunidad, de forma que otras personas pudieran conocerla y, de este modo, conocer mejor y respetar la cultura de la comunidad de origen.

9.- Marco jurídico y política cultural

La protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales debe abordarse en un contexto político amplio, y no como un fin en sí mismo. Esto supone reflexionar acerca de cuestiones más generales como: - La preservación y salvaguardia del patrimonio cultural; - El fomento de la diversidad cultural; - El respeto a los derechos culturales; - El fomento del desarrollo artístico y el intercambio cultural; - Las necesidades e intereses de las comunidades indígenas y tradicionales; y, - El fomento de la creatividad y la innovación basadas en la tradición como integrante del desarrollo económico sostenible.

¿Pero qué necesidades y expectativas tienen los custodios de las expresiones culturales tradicionales o del folclore?

Las comunidades indígenas y locales han apelado a diversas formas de protección, queremos destacar entre ellas las siguientes: - La protección de las producciones literarias y artísticas tradicionales frente a la reproducción, adaptación, distribución, ejecución o interpretación y otros actos similares no autorizados, así como para evitar los usos insultantes, despectivos u ofensivos cultural o espiritualmente; - La protección de la artesanía, especialmente de “estilo”; - Evitar reivindicaciones falsas y engañosas de autenticidad u origen, o el no reconocimiento de la fuentes; y, - La protección preventiva de signos y símbolos tradicionales.

Con relación a estos tipos de ejemplos, durante las “*Misiones exploratorias y Consultas*” llevadas a cabo por la OMPI desde 1998 se determinó que existen tres enfoques entre las comunidades indígenas y locales de las que destacaremos dos. 1.- Protección de la propiedad intelectual para favorecer el desarrollo económico: algunas comunidades desean obtener y ejercer derechos de propiedad intelectual sobre sus creaciones e innovaciones

basadas en la tradición de forma que puedan explotar comercialmente sus creaciones e innovaciones como contribución a su desarrollo económico. 2.- Protección de la propiedad intelectual para evitar usos no deseados por parte de otros: las comunidades pueden desear obtener protección de la propiedad intelectual con el fin de ejercer activamente derechos de propiedad intelectual y evitar el uso y la comercialización de su patrimonio cultural y de sus expresiones culturales tradicionales por parte de otros, sin olvidar los usos culturales ofensivos o despectivos.

Estos dos enfoques suponen una “protección positiva”, es decir, obtener y afirmar los derechos sobre el material protegido. Por tanto, la protección positiva puede: a) Servir de fundamento jurídico para cualquier arreglo comercial o de otro tipo que decidan establecer los titulares de las expresiones culturales tradicionales con otros partícipes, e, b) Impedir que terceros utilicen las expresiones culturales tradicionales de un modo no autorizado o inadecuado.

Por el contrario, las “estrategias preventivas” tienen como fin principal evitar que otros obtengan o mantengas derechos de propiedad intelectual enfrentados.

También, pueden utilizarse conjuntamente diversas estrategias “positivas y preventivas”, dependiendo de lo que quieran conseguir los titulares o custodios de las expresiones culturales tradicionales. Un secreto de la comunidad o expresiones culturales tradicionales sagradas pueden protegerse preventivamente, en tanto que la artesanía puede protegerse positivamente como parte de la actividad comercial de una comunidad frente a imitaciones o falsificaciones.

Pero ¿Qué papel juega el “dominio público” en estos ámbitos?

Una gran parte integrante de la formulación de un marco normativo adecuado para considerar la protección de la propiedad intelectual y las expresiones culturales tradicionales es la clara comprensión del papel, los límites y las fronteras del denominado “dominio público”.

El término “dominio público” se utiliza aquí para referirse a los elementos de la propiedad intelectual que no son susceptibles de registrarse como propiedad privada y cuyos contenidos tienen derecho a utilizarse legítimamente cualquier persona.

El “dominio público” en este contexto no significa lo mismo que “accesible públicamente”: por ejemplo, hay contenidos de Internet que están disponibles al público pero que no forman parte del “dominio público” desde el punto de vista del derecho de autor.

A menudo, las comunidades indígenas y otras partes interesadas caracterizan el “dominio público” como algo que ha sido creado por el sistema de propiedad intelectual y que, por tanto, no respeta la protección de las expresiones culturales tradicionales que exigen el derecho consuetudinario y las leyes indígenas.

El debate sobre el tipo de protección adecuada se reduce a si deben realizarse cambios en los “límites” actuales entre el “dominio público” y el ámbito de protección de la propiedad intelectual, y en su caso cómo cabría realizarlos. En otras palabras, ¿resulta adecuada la protección que existe hoy en día de la propiedad intelectual de creaciones, ejecuciones o interpretaciones contemporáneas basadas en la tradición? ¿Consigue ésta el equilibrio adecuado y satisface las necesidades de las comunidades tradicionales y de la población en general? ¿O se necesita alguna forma nueva de protección para el material previo o que sirve de base?

La respuesta a estas complejas preguntas son variadas. Algunos sostienen que el carácter de dominio público del folclore no impide su desarrollo. Por el contrario, alienta a los miembros de una comunidad a mantener vivo el “patrimonio cultural previo” al proteger el derecho de autor de los individuos de una comunidad cuando utilizan diversas expresiones de su “patrimonio cultural preexistente” en sus creaciones u obras actuales. Por otro lado, se pone en tela de juicio si debería negarse la protección a todo material histórico por el simple hecho de que no es lo suficientemente reciente.

Desde esta perspectiva, las nuevas creaciones se basan con frecuencia en antecedentes históricos y culturales prestados, y las comunidades culturales merecen ser reconocidas y beneficiarse de este tipo de uso de sus tradiciones.

10.- Opciones jurídicas: tendencias y experiencias nacionales, regionales e internacionales

La experiencia acumulada hasta el momento en materia de protección de expresiones culturales tradicionales ha puesto de manifiesto que no existe un patrón único o solución general que pueda adecuarse a todas las prioridades, contextos jurídicos-culturales y necesidades de las comunidades tradicionales de todos los países. En su lugar, la protección efectiva puede encontrarse en un “menú” de opciones múltiples diferenciadas de protección, sustentadas posiblemente por un conjunto de objetivos y principios fundamentales comunes acordados internacionalmente.

Entre las diferentes opciones figuran los sistemas de propiedad intelectual que ya existen⁸⁷, la adaptación de derechos de propiedad intelectual⁸⁸, así como medidas no relacionadas con la propiedad intelectual, como la normativa sobre prácticas comerciales y etiquetado, el uso de contratos, normas y protocolos consuetudinarios e indígenas, la legislación y los programas sobre preservación del patrimonio cultural, las medidas de reparación previstas en el derecho consuetudinario con relación al enriquecimiento deshonesto, los derechos de publicidad, la blasfemia y el Derecho penal. Existen actualmente algunos ejemplos de resultados nacionales, regionales e internacionales obtenidos con estas variadas opciones.

No obstante, en primer lugar cabe mencionar brevemente el primer paso fundamental, a saber, el *establecimiento de objetivos nacionales en materia política*:

La forma en que se configura y define un sistema de protección depende en gran medida de los “objetivos que pretende lograr”. Los países han expresado diversos objetivos en materia de política que se encuentran en la base de la protección de las expresiones culturales tradicionales, entre los que figuran las siguientes. a) - La creación de riqueza y de oportunidades comerciales, y el desarrollo económico sostenible. b) - La preservación, promoción y desarrollo de las culturas tradicionales y el folclore. c) - La pervivencia de la explotación no autorizada, del uso ilegítimo y del abuso de las expresiones culturales tradicionales o del folclore. d) - El fomento del respeto a las culturas tradicionales y a las comunidades que las preservan. e) - La salvaguardia de la identidad cultural y de los valores de las Comunidades, y, f) - La estimulación de la diversidad cultural.

Se ha constatado que la legislación que se ha promulgado no es suficiente, que es necesario dotar de medios y desarrollo institucional. La labor que lleva a cabo la OMPI se ha considerado que no es suficiente con disponer de normativas para la protección de las expresiones del folclore. La legislación debe conocerse, y las comunidades y personas que supuestamente deben beneficiarse de ésta deben poder conseguir, canalizar y ejercer con relativa facilidad los derechos que ésta contempla.

Además, los servicios públicos deben ser capaces de prestar asistencia práctica a las comunidades y los asesores jurídicos precisan de la información adecuada para aconsejar a sus clientes. Por consiguiente, para proteger de forma efectiva las expresiones culturales tradicionales se necesita una mayor “concienciación y formación”, así como “asistencia jurídica e instituciones

⁸⁷ Incluida la competencia desleal.

⁸⁸ Aspectos sui géneris de los sistemas de propiedad intelectual.

adecuadas” que permitan a las comunidades gestionar sus derechos y hacer que se cumplan⁸⁹.

Por otro lado, la protección de la que puede gozarse actualmente en el ámbito internacional, al amparo del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)⁹⁰, puede resultar de gran valor. Con frecuencia, los terceros que acceden al folclore y se apropian de éste lo hacen a través de la interpretación o ejecución de tradicionales más recientes⁹¹.

Con frecuencia se apela a la necesidad de proteger los “derechos comunales: ¿Qué posibilidades existen al respecto? De acuerdo con el sistema de derecho de autor, más de una persona puede erigirse en titular del derecho de autor. Un grupo de personas, como una comunidad tradicional, pueden formar una asociación, fundación u otro tipo de entidad jurídica para hacerse titular de derechos de autor. Además, los Tribunales están preparados para reconocer los intereses comunales en una obra sujeta al derecho de autor con el fin de conceder daños y perjuicios; por otro lado, los derechos de autor de una comunidad podrían ser objeto de disposiciones sui generis contenida en la normativa sobre derecho de autor⁹². Los Estados también podrían proteger los intereses colectivos al conferir los derechos sobre el folclore a un organismo u oficina pública responsable de fomentar los intereses de las comunidades indígenas o tradicionales.

Por lo que concierne a la protección “*contra reivindicaciones falsas o engañosas de la autenticidad del origen*” se constituye en uno de los tipos de apropiaciones de las que a menudo se quejan las comunidades indígenas o tradicionales. Es la práctica, a través de la que reivindican de forma falsa o de

⁸⁹ En cuanto a la protección de las producciones literarias y artísticas y de diseños, se hace necesaria la utilización de los derechos de propiedad intelectual existentes y de sus adaptaciones sui generis. Una interpretación, adaptación, compilación o arreglo contemporáneos de material antiguo tradicional con frecuencia puede ser lo suficientemente original como para poderse considerar obra protegida por el derecho de autor. Además, en virtud del art. 15.4 del Convenio de Berna, las obras anónimas y las obras no publicadas (como sucede con gran parte del folclore) pueden protegerse. Del mismo modo, los diseñadores tradicionales que trabajan en el marco de su patrimonio cultural pueden registrar sus diseños nuevos. Algunas denominaciones y símbolos tradicionales pueden protegerse como marcas.

⁹⁰ Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WOOT) adoptado en Ginebra el día 20 de diciembre de 1996.

http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/ip/wppt/pdf/trtdocs_wo034.pdf. (30-06-2012)

⁹¹ Por ejemplo cuando se graba la interpretación de un canto tradicional, es la propia grabación lo que permite a otros acceder a dicho canto, por lo que resulta fundamental determinar cómo se utiliza y distribuye ésta. Los países ratificadores del WPPT deben dar a los intérpretes o ejecutantes del folclore el derecho a autorizar el registro sonoro de su interpretación o ejecución, así como el derecho a autorizar determinadas operaciones comerciales con esas grabaciones.

⁹² Por ejemplo, hay un país que está estudiando la posibilidad de otorgar a las comunidades el derecho a ejercer sus derechos morales par protegerlas ante el uso inadecuado, despectivo o irrespetuoso del material basado en la tradición sujeto a derecho de autor.

manera que induzca a error en la autenticidad o el origen de una obra⁹³. La legislación sobre competencia desleal, así como la normativa sobre prácticas comerciales y etiquetado, son de utilidad a este respecto, como se ha demostrado en la práctica en varias ocasiones. Además, los pueblos indígenas han registrado marcas de certificación para salvaguardar la autenticidad y la calidad de sus artes y oficios, como ha ocurrido en Australia.

A menudo, las expresiones culturales tradicionales guardan un vínculo estrecho con una localidad determinada. Esto significa que las indicaciones geográficas también pueden servir para proteger las expresiones culturales tradicionales, en particular cuando se dan en forma de productos tangibles, como los objetos de artesanía que tienen cualidades por razón de su origen geográfico. Si bien la indicación geográfica protegida suele ser el nombre de la propia localidad, determinadas expresiones culturales tradicionales pueden protegerse directamente con indicaciones geográficas, como es el caso de nombres, signos y símbolos indígenas o tradicionales.

A los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales les preocupa que empresas comerciales no autorizadas tomen sus vocablos, nombres, diseños, símbolos y otros signos distintivos y los utilicen y registren como marcas. Esta práctica puede cuestionarse en virtud de los principios generales que rigen la protección de marcas. Sin embargo, algunas autoridades, como sucede en Nueva Zelanda, la Comunidad Andina y los Estados Unidos, han modificado sus leyes a fin de reforzar la protección preventiva, al recoger explícitamente la prohibición del registro no autorizado de signos y símbolos indígenas como marcas.

Por lo que concierne a la protección ante “*usos vejatorios, despectivos u ofensivos*”, las expresiones culturales tradicionales a menudo encarnan cualidades espirituales y la misma identidad de una comunidad. Por consiguiente, el uso vejatorio, despectivo u ofensivo de expresiones culturales tradicionales puede convertirse en un motivo de preocupación fundamental.

Evitar estos malos usos y fomentar el respeto por los valores culturales y espirituales puede ser el objetivo principal de protección de algunos países y algunas comunidades. De hecho, esta “protección preventiva” puede llegar a ser la forma más importante de protección que desean algunos Estados y comunidades.

Además de la legislación sobre blasfemia y de otros instrumentos que no guardan relación con la propiedad intelectual, algunos Estados están

⁹³ Por ejemplo, un recuerdo turístico barato puede llevar una etiqueta en la que se indica falsamente que es “auténtico”, “fabricado por indígenas” u originario de una comunidad particular.

estudiando determinadas opciones basadas en la propiedad intelectual⁹⁴. Otra de las posibilidades es la “creación de un Registro” donde las comunidades puedan registrar aquellas expresiones culturales tradicionales cuyo uso no debe permitirse debido a razones culturales y espirituales.

Existen “*otras medidas sui generis*” de protección a través de las que muchos países y varias organizaciones regionales han decidido proteger las expresiones culturales tradicionales. La mayoría lo ha hecho en el marco de su legislación en materia de “derecho de autor”, siguiendo en gran medida las Disposiciones Tipo de 1982. Otros países han preferido establecer “*normas y sistemas independientes asimilables a los de la propiedad intelectual*”⁹⁵.

En cuanto al “*Establecimiento de sistemas de protección sui generis*” para proteger las expresiones culturales tradicionales, pueden tenerse en cuenta las cuestiones fundamentales siguientes: - ¿Qué objetivos se persiguen con la protección? - ¿Qué material debe protegerse? - ¿Debe cumplir determinados requisitos (como por ejemplo, no haber sido publicado para protegerse)? - ¿Quién posee y gestiona los derechos? - ¿Qué derechos se adquieren; y existen excepciones a estos derechos? - ¿Existen procedimientos o formalidades para obtener estos derechos? - ¿Quién se ocupa de que se cumplan los derechos, y qué sanciones se aplican? - ¿Qué vigencia tienen los derechos? - ¿Es retrospectiva la protección? ¿Qué sucede si ya hay terceros que utilizan las expresiones culturales tradicionales? - ¿Cómo pueden reconocerse los derechos en el extranjero?

Podemos destacar determinadas “*Tendencias y experiencias de sistemas sui generis de protección*”, como por ejemplo: a) Dentro del “*Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura de 2000*”, los “propietarios tradicionales” tienen el derecho a autorizar o impedir, entre otras cosas, la adaptación, transformación o modificación de las expresiones culturales tradicionales protegidas. Un usuario externo debe estar autorizado si quiere hacer una obra derivada (obra basada en una expresión cultural tradicional). Cualquier derecho de propiedad intelectual sobre las obras derivadas recae sobre el autor de la obra; sin embargo, si la obra se utiliza con fines

⁹⁴ Como por ejemplo, “un derecho moral de la comunidad, como se ha señalado anteriormente, podría permitir a las comunidades actuar frente a determinados usos de material cultural indígena, de forma muy similar al modo que los derechos morales permiten a un autor oponerse a la distorsión, mutilación o cualquier otro uso despectivo de sus obras”.

⁹⁵ Como por ejemplo los siguientes; a- La Ley sobre los Derechos de los Pueblos indígenas de 1997, de Filipinas; b- El Acuerdo de Bangui por el que se crea la Organización Africana de Propiedad Intelectual (OAPI), revisada el año 1999; c- El Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, para la Protección y Defensa de la Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales de 2000, de Panamá, y su correspondiente Decreto Ejecutivo de 2001; y. d- El Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura de 2000.

comerciales, el titular de los derechos debe repartir los beneficios con los propietarios tradicionales, reconocer la fuente de la expresión cultural tradicional y respetar los derechos morales sobre dicha expresión. b) Por su parte, el *“Régimen de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, para la Protección y Defensa de su Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales”* de 2000 de Panamá, establece un sistema de “registro” para las expresiones culturales tradicionales. Se ha creado un despacho especial dentro de la Oficina de la propiedad intelectual del país encargada de aprobar las solicitudes y mantener el registro. Las formalidades que hay que seguir ante la Oficina de la propiedad intelectual no requieren los servicios de un abogado y no existen tasas que graven las solicitudes.

Se reclama por parte de las partes interesadas el *“Registro y Catalogación de las expresiones culturales tradicionales”*, así como la “elaboración de inventarios, bases de datos y listas”.

El *“Registro y Catalogación”* del material cultural desempeña una importante función dentro de las estrategias de salvaguarda del patrimonio cultural y las culturas tradicionales.

Sin embargo, el *“Registro y Catalogación de las expresiones culturales tradicionales”* tienen consecuencias de cara a la protección de la propiedad intelectual que deben sopesarse cuidadosamente. Las expresiones culturales tradicionales son con frecuencia “intangibles” y se mantienen de forma oral. La exigencia de algún tipo de catalogación o registro previo con el fin de establecer los derechos de propiedad intelectual pueden “contradecir el carácter oral, inmaterial y vivo” de muchas expresiones culturales tradicionales. Además, se debe destacar el “coste” que tiene la catalogación y registro de las expresiones culturales tradicionales, los derechos de autor que recaen en la catalogación y registro puede que no recaigan sobre las propias comunidades en virtud de la Leyes sobre el derecho de autor, y, en cualquier caso, alcanzan solamente a las formas en que éstas han sido expresadas y no a los valores, significados y otras ideas connotadas por las expresiones culturales tradicionales.

Por el contrario, la catalogación y los registros, especialmente si están disponibles en formato digital, hacen que las expresiones culturales tradicionales sean más accesibles, lo que puede socavar el empeño de las comunidades para protegerlas.

11.- Pasos prácticos para el establecimiento de orientaciones generales

Los pasos que pueden ayudar a los responsables políticos a “manejarse” libremente y que ilustran las opciones posibles serían: - Primer paso:

establecer “*objetivos nacionales en materia de política*”, teniendo en cuenta las necesidades de las comunidades titulares y custodias del folclore. ¿Guardan estos objetivos relación con la propiedad intelectual (o se ocupan más bien de otros objetivos políticos como la preservación del patrimonio cultural)? ¿Cuál va a ser el objetivo de protección? ¿Ante qué tipo de actos se busca la protección? ¿Tiene la protección una orientación positiva o preventiva, o es combinación de ambas?; - Segundo paso: “*determinar qué opciones hay disponibles en los sistemas convencionales de protección intelectual*”, sin descartar la competencia desleal, así como qué posibilidades hay de adaptar o modificar elementos de la propiedad intelectual tal como existe; - Tercer paso: “*analizar las opciones disponible en los sistemas ajenos a la propiedad intelectual que tienen pertinencia para los objetivos deseados*”, como el patrimonio cultural, la legislación sobre protección del consumidor y comercialización y las normas indígenas y consuetudinarias; - Cuarto paso: “*decidir si es necesario establecer un sistema independiente sui géneris, o si los derechos existentes y las modificaciones a los mismos*” pueden satisfacer las necesidades que se han establecido para lograr un buen equilibrio. ¿Qué relación tendría un sistema sui generis con los sistemas convencionales de propiedad intelectual, en especial, con respecto a materias que se solapan?; - Quinto paso: “*determinar qué medidas prácticas y operativas, instituciones y programas pueden necesitar para facilitar el uso y la aplicación efectivos de las formas de protección que ya existen o que vayan a establecerse*”; - Sexto paso: “*decidir cómo pueden relacionarse los sistemas nacionales para proporcionar protección regional e internacional mediante marcos jurídicos bilaterales, regionales o internacionales*”.

12.- ¿Y el futuro?

La Secretaria de la OMPI sigue llevando a cabo, bajo petición, “*actividades de cooperación jurídico-técnicas para el establecimiento, consolidación e implantación efectiva de sistemas y medidas de protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales*”.

Como parte de este programa, está elaborando una “Guía práctica” completa destinada a legisladores, responsables políticos y comunidades y otras partes interesadas, y está preparando también guías adaptadas a otras partes interesadas como usuarios comerciales u organizaciones artesanales.

Además, se está estudiando la elaboración de “controles tipo”, “códigos de conducta” y “directrices” para que puedan ser utilizados por los archivos de folclore, los museos y otras instituciones, de modo que les ayude a tratar los aspectos de propiedad intelectual de sus colecciones de patrimonio cultural.

En el “plano político”, la enorme cantidad de análisis jurídicos, ponencias nacionales y regionales, informes y otros materiales estudiados por el Comité

de la OMPI ha permitido asentar unos sólidos cimientos para el desarrollo de legislaciones internacionales.

El Comité ha asumido la tarea de extraer esta interpretación práctica en forma de opciones políticas y legislativas precisas para mejorar la protección de las expresiones culturales tradicionales mediante la adaptación o ampliación de los sistemas convencionales de propiedad intelectual o mediante sistemas sui generis independientes. Así comenzó a materializarse una base común de principios fundamentales y objetivos compartidos. Estas opciones políticas y legislativas podrían, en el caso de que así lo decidieran los Estados Miembros de la OMPI, constituir la base de recomendaciones, directrices, disposiciones tipo u otros instrumentos destinados a proteger nacional, regional e internacionalmente las expresiones culturales.

Este avance en el plano jurídico se fundamentaría en la protección del folclore que ya proporcionan los Tratados internacionales, y llevaría a una protección más efectiva de las expresiones culturales tradicionales al estar basadas en un entendimiento colectivo más firme de los principios y objetivos comunes en materia de protección. Lo que contribuiría a coordinar y consolidar las respuestas nacionales ante la preocupación por la falta de reconocimiento y de respeto al principio cultural de las comunidades indígenas y tradicionales, y aseguraría que este patrimonio se utilizara de forma adecuada y equitativa, a la vez que permite el intercambio y la evolución.

III.- Los Agentes de la Propiedad Intelectual de los Bienes Culturales Inmateriales

La Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003 destaca la importancia de *“las Comunidades, los Grupos y en algunos casos los Individuos”* como portadores, creadores y poseedores de los Bienes Culturales Inmateriales, así como la labor fundamental que realizan todos ellos en la producción, salvaguardia, mantenimiento y recreación del citado Patrimonio.

Dispone esta Convención de 2003 como finalidad esencial “el respeto del Patrimonio Cultural Inmaterial de las Comunidades, Grupos e Individuos”, lo que supone que estamos claramente antes agentes o sujetos de la Propiedad Intelectual de los Bienes Culturales Inmateriales.

En las Sesiones del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Industrial y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, órgano perteneciente a la OMPI⁹⁶ se está estudiando el Proyecto de artículos sobre la “Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales y Folclore”.

⁹⁶ Sesiones celebradas los días 12 al 16 de febrero y del 9 al 13 de julio de 2012. Ver: <http://www.wipo.int/portal/index.html.es>.

Dentro de los *Objetivos* del Proyecto de articulado se establece la necesidad de “reconocer el valor” de los *Pueblos y Comunidades indígenas y las Comunidades tradicionales y demás comunidades culturales*, así como, el “potenciar que estas Comunidades” puedan realmente ejercer con eficacia los derechos y la autoridad sobre sus propias expresiones culturales tradicionales. Se menciona a los “beneficiarios” de las expresiones culturales tradicionales y su protección en donde existen por el momento tres opciones todavía en estudio⁹⁷. En la opción 1 se dispone: “Los beneficiarios de la protección de las expresiones culturales tradicionales, según la definición contenida en el art. 1 son: Los pueblos y comunidades indígenas y las Comunidades locales” que desarrollan, utilizan, poseen y mantienen las expresiones culturales”. En la opción 2 se señala que: “los poseedores” de las expresiones culturales tradicionales pueden ser: a- las Comunidades indígenas; b- las Comunidades locales; c- las Comunidades tradicionales; d- las Familias; e- las Naciones; f- los Individuos pertenecientes a alguna de las categorías mencionadas; y, g- si las expresiones tradicionales no se pueden atribuir de forma específica o no se limitan a una sola Comunidad indígena o local, o si no es posible identificar la Comunidad en la que se han desarrollado, toda Entidad Nacional que determine la legislación local”. Finalmente, la opción 3 afirma que: “Los beneficiarios de la protección de las expresiones culturales tradicionales,... son “los grupos indígenas, las Comunidades locales y tradicionales, incluidos los pequeños Estados singulares”. Además, se concreta el contenido del término “Comunidades locales” señalando que “se incluirán en dicho caso a cualquier clasificación de identidad social y cultural de un Estado miembro tal como se define en la legislación nacional”⁹⁸.

Se dispone un “Sistema de protección de los intereses morales y patrimoniales” de los beneficiarios de las expresiones culturales tradicionales con el fin de velar por la salvaguarda razonable y equilibrada, adoptándose medidas jurídicas, administrativas que sean eficaces⁹⁹.

También se prevé la “Gestión colectiva de los derechos” en la que se dispone que dicha gestión corresponderá a los beneficiarios, quienes “pondrán autorizar a las autoridades nacionales competentes.... a percibir ganancias monetarias... que serán remitidas directamente a los beneficiarios o serán destinadas a preservar las expresiones culturales tradicionales”¹⁰⁰.

⁹⁷ Artículo 2 del Proyecto de articulado sobre “Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales y Folclore”,

⁹⁸ Contenido establecido en la Sesión Decimonovena del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recurso Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore celebrado en Ginebra del 18 al 22 de julio de 2011.

⁹⁹ Art. 3 del Proyecto de articulado. Existen dos textos no consensuados todavía.

¹⁰⁰ Art. 4 del Proyecto de articulado.

Finalmente, se regulan determinadas “Excepciones y limitaciones” en las que se dispone que: “Las limitaciones deben aplicarse exclusivamente a la utilización de expresiones culturales tradicionales que tenga lugar al margen de los miembros de la Comunidad beneficiaria o del contexto tradicional o cultural”¹⁰¹. Así también dispone que: “Los Estados miembros podrán adoptar limitaciones y excepciones... siempre y cuando la utilización de las expresiones culturales tradicionales, reconozcan a los beneficiarios en la medida de lo posible, no resulten ofensivas o despectivas para los beneficiarios y sean compatibles con el uso legal”¹⁰².

IV.- Bibliografía

- AGUDO TORRICO, J. “Patrimonio etnológico: recreación de identidades y cuestiones de mercado”, en *PH Cuadernos, Patrimonio inmaterial y gestión de la diversidad*, Sevilla, Junta de Andalucía, Consejería de Cultura 2005.
- ALONSO IBÁÑEZ, M. del R. en “*El patrimonio histórico, Destino público y valor cultural*, 1992,
- CARRERA GARCÍA, G y DIETZ, G., coordinadores., *Patrimonio inmaterial y gestión de la diversidad*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005.
- GARCÍA GÓMEZ, J. *Estudios sobre el Derecho del Patrimonio Histórico*, Fundación Registral, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ, L. P. “La tutela legal del Patrimonio Cultural Inmaterial en España: valoración y perspectivas”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. I, nº 7, junio 2011.
- MINGOTE CALDERÓN, J. L. “A propósito de la terminología que define al ‘patrimonio etnológico en la legislación española”, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, Número 8, 2004.
- PÉREZ GALÁN, B. “Los usos de la cultura en el discurso legislativo sobre patrimonio cultural en España. Una lectura antropológica sobre las figuras legales de protección”, en *Revista de Antropología Experimental*, Número 11, 2011.
- PLATA GARCÍA, F. y RIOJA LÓPEZ, C. “El efecto dominó en el patrimonio etnológico”, en *P H Cuadernos*, 17, 2005.
- VELASCO MAILLO, M. “El patrimonio cultural como sistema de representación y como sistema de valor”, en C. R. FERNÁNDEZ LIESA H. M. Directores. *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Constitución y Leyes S. A., Madrid, 2009.

¹⁰¹ Art. 5 del Proyecto de articulado. Existen dos textos no consensuados todavía.

¹⁰² Art. 5 del Proyecto de articulado. El texto señalado se encuentra recogido en las dos opciones.



PATRIMONIO DOCUMENTAL Y DOCUMENTOS PÚBLICOS¹

Angel SÁNCHEZ BLANCO²

Resumen

Análisis de los condicionantes que afectan a la gestión de los documentos públicos en el conjunto institucional del Estado Español. La carencia de un sistema de gestión documental que identifique la gestión del documento público con las bases del régimen jurídico de las instituciones públicas y la carencia de una gestión electrónica, informática y telemática compromete la coherente decantación de la documentación pública en el Patrimonio Documental por la inexistencia de un coherente Sistema de Archivos.

Abstract

Analysis of the conditions that affect the management of public records in the whole Spanish State's institutional. The lack of a document management system that identifies public document management with the basis of the legal regime of public institutions and the lack of electronic management, compromises settling coherent public documentation on the Documentary Heritage lack of a coherent system files.

Palabras clave: Documento público, procedimiento administrativo, instituciones públicas, gestión pública, gestión administrativa, archivos administrativos, archivos históricos, sistema de archivos, patrimonio documental.

Keywords: Public document, administrative procedure, public institutions, public administration, management, administrative files, history files, system files, documentary heritage.

Sumario

I.-CONSTATACIONES SOBRE EL ESTADO DE LOS DOCUMENTOS PUBLICOS EN EL ESTADO ESPAÑOL; II.-CAUSAS HISTÓRICAS Y ACTUALES DE LA DESESTRUCTURACIÓN DE LA DOCUMENTACION PÚBLICA DEL ESTADO ESPAÑOL; III.-LA FALLIDA ALTERNATIVA DE LA

¹ Ponencia presentada en CURSOS DE VERANO DE LA UNIVERSIDAD DE CÁDIZ. PATRIMONIO CULTURAL Y PROPIEDAD INTELECTUAL COMO MOTORES DE LA INNOVACIÓN Y EL DESARROLLO. CÁDIZ, JULIO 2012.

² Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga. asblanco@uma.es

LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN DE 1992; IV.-EL ERROR CONCEPTUAL DE LA DEPENDENCIA DE LA DOCUMENTACION PÚBLICA DEL AREA COMPETENCIAL DE CULTURA; V.-LA NECESARIA COHERENCIA CONCEPTUAL E INSTITUCIONAL CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN CONTENIDO EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNION EUROPEA; VI.-LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS DE 2006 EN EL ÁMBITO DOCUMENTAL PÚBLICO DEL ESTADO ESPAÑOL; VII.-LA FALLIDA ALTERNATIVA DE LA LEY DE ACCESO ELECTRÓNICO DE LOS CIUDADANOS A LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE 2007; VIII.-LA ALTERNATIVA RACIONALIZADORA DE LA GESTION INFORMÁTICA, ELECTRÓNICA Y TELEMÁTICA PARA LA GESTIÓN DE LA DOCUMENTACION PÚBLICA DEL ESTADO ESPAÑOL.

En el contexto de la innovación y el desarrollo, que orienta las reflexiones de la correlación patrimonio cultural-propiedad intelectual, como ideas vertebradoras del curso, articulo mis reflexiones sobre los documentos públicos y la problemática de su incorporación al patrimonio documental.

I.-CONSTATACIONES SOBRE EL ESTADO DE LOS DOCUMENTOS PUBLICOS EN EL ESTADO ESPAÑOL.

Inicio mi intervención con una constatación de hecho sobre la situación de los documentos públicos en las instituciones españolas, invitándoles a que aprecien imágenes, como la documentación judicial, apilada en columnas verticales en las oficinas judiciales, reproducidas por los medios de comunicación con ocasión de recientes conflictos en el ámbito de nuestra deteriorada organización jurisdiccional , http://elpais.com/diario/2008/12/23/sociedad/1229986801_850215.html .

Es obvio el injustificado contraste con la ordenación horizontal de los documentos que demanda el común de los sentidos, si se desea que las oficinas judiciales sean eficaces órganos de gestión, y si se aspira a querer saber la localización de los documentos en gestión y evitar el riesgo de que los juzgados sean espacios sin referencia para la sucesiva sistematización documental, http://www.elmundo.es/elmundo/2012/08/27/andalucia_sevilla/1346060224.html

En el específico ámbito administrativo de Andalucía, la pérdida de documentos se constata en asuntos trascendentes, como la tramitación de los expedientes de regulación de empleo, objeto de actuaciones judiciales, y que permite apreciar la sorprendente afirmación de un Director General, según la cual, los documentos requeridos por el Juzgado de Instrucción actuante se perdieron, con ocasión del traslado de dependencias del organismo del que, al parecer, era responsable <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/07/03/andalucia/1341344394.html>

Los ayuntamientos pueden ofrecer noticias como la aportada por el Ayuntamiento malagueño de Benadalid, en el que los documentos que se le

reclamaban sobre subvenciones sin justificar habían desaparecido por efecto del atípico procedimiento de ser alimento de animales domésticos objeto de detallada identificación,

http://www.revistaelobservador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=6517&Itemid=29 .

Sin entrar en el ámbito judicial, y en la desestructurada gestión que realiza, con la finalidad de evitar incurrir en la difícil respuesta que siempre ha planteado resolver el interrogante de quien custodia a los custodios, la contundente excusa de un traslado de dependencias en un ente autonómico, o la activa acción de animales domésticos en un ayuntamiento, sitúan las prácticas públicas consideradas en ámbitos muy distantes de los requerimientos que la Constitución exige a la gestión administrativa de los asuntos públicos, con manifiesta vulneración de los principios de objetividad y eficacia en el servicio de los intereses generales y con elusión del axioma de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Las premisas del principio de “buena administración”, expresadas por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, singularizan, en gestores públicos del Reino de España, a infractores que vulneran los derechos de la persona. Lamentables prácticas en el ámbito público que condicionan la gestión de la documentación pública del conjunto institucional del Estado, y que malogran la deseable inserción de los documentos públicos en el patrimonio documental, en garantía del principio de seguridad jurídica, de sus correlaciones con el control de las actividades públicas y la efectiva materialización de los derechos de los ciudadanos, consecuencias indeseables que demandan analizar las causas que han generado una situación tan lamentable.

II.-CAUSAS HISTÓRICAS Y ACTUALES DE LA DESESTRUCTURACIÓN DE LA DOCUMENTACION PÚBLICA DEL ESTADO ESPAÑOL.

La consideración de las causas históricas que han condicionado la actual situación de la difícil integración de los documentos públicos en el patrimonio documental, incorpora una paradoja, sintetizada en el siguiente dato: España incorpora al patrimonio documental mundial los mejores archivos históricos: Indias, Simancas, Reales Chancillerías, Corona de Aragón, Galicia, Valencia, Archivos Históricos Provinciales, sin olvidar las casas nobiliarias, pero carece de archivos administrativos desde 1936 y, por carecer de una coherente gestión documental, desde ese desafortunado año hasta el momento presente, ni tiene ni tendrá sus documentos públicos contemporáneos, consolidados como Patrimonio Documental, en un sistema de archivos homologable a sus rigurosos archivos históricos.

Un dato muy preciso permite precisar la causa: el General Francisco Franco Bahamonde no sentía ninguna predilección por la memoria de su gestión y los sucesivos Gobiernos de España han respetado escrupulosamente su deseo desde 1976 a 2012 y es previsible que sigan respetando, de modo escrupuloso, los deseos del General, sin relativizar un ápice el estricto contenido de sus deseos. El testimonio documental del estricto respeto de los sucesivos Gobiernos de España a los precisos deseos del General está expresado en el siguiente dato: todos los fondos documentales de la Jefatura

del Estado y Presidencia del Gobierno desde 1936 a 1975 radican en una organización privada: la Fundación Francisco Franco, no están depositados, como correspondería por su condición de trascendentes documentos públicos, en el Archivo Histórico Nacional o en el Archivo General de la Administración.

Las consecuencias que derivan de que los documentos públicos más significativos del amplio periodo temporal 1936-1975 estén en posesión de una fundación privada, indica varias cosas: la inexactitud conceptual de los rótulos que ostentan el Archivo Histórico Nacional y el Archivo General de la Administración, peligrosa deriva en la relativización de lo que deben ser rigurosos conceptos institucionales, que tiene secuencia en la carencia de credibilidad de la Ley de Memoria Histórica, que deriva en un conjunto de alharacas y elude la premisa fundamental de situar, en los Archivos del Estado Español, la documentación más sensible para su adecuada investigación como cuestión previa para poder materializar la reparación histórica que dice pretender.

La legislación postconstitucional es muy expresiva de la permanencia de límites difusos entre las premisas organizativas e institucionales del Régimen Orgánico instaurado por el General Franco y el sistema constitucional articulado -que no vertebrado- a partir de 1978. Con referencia expresa en los documentos públicos y su deseable integración en el patrimonio documental: el artículo 54 de la Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985, correlaciona la posesión de los documentos públicos que tienen a su cargo autoridades y funcionarios con la doble opción, al cesar en sus funciones, de entregarlos a su sustituto o remitirlos al archivo que corresponda. El contenido expresado implica que, la autoridad o funcionario, es el tenedor físico de la documentación pública vinculada a su cargo o función, sin que esté vinculado por un esquema organizativo que vincule los documentos públicos a un sistema objetivo de gestión, carencia que se expresa, como complemento, en la indeterminación del archivo en el que pueda ser depositada la documentación si no se entrega al sucesor de la autoridad o funcionario.

La indeterminación del sistema de gestión documental, su desvinculación de un sistema organizativo, que objete el tratamiento de los documentos públicos en las instituciones públicas, está asentado en un subterfugio utilizado por el General Franco y mantenido por el sistema partidocrático que le sucedió.

El General identificó los archivos con la cultura y no tuvo el menor inconveniente en eliminar el concepto de archivo administrativo, concepto que se cuidó de excluir de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y de los organigramas de cualquier ente público, y los fieles sucesores del General, mantienen, en la referida Ley de Patrimonio Histórico de 1985, los archivos en el ámbito cultural y siguen atribuyendo, como hacía el General, al Ministerio de Cultura, a los Diputados Provinciales de Cultura y a las Concejalías de Cultura, la tutela de los archivos y, por supuesto, la creatividad de los sucesores, proyectada en las Consejerías autonómicas de Cultura, asumen la competencia de los archivos culturales autonómicos, sin plantearse la opción de recrear los archivos administrativos amortizados por el General.

La expresa voluntad del General de desvincular los documentos públicos en gestión de los archivos, está documentada por el propio Director General de Archivos y los responsables de archivos estatales, en discretos pero firmes artículos, en la Revista de Administración Pública y en la revista Documentación Administrativa entre los años 1959-1964³.

Discrepancias, sin éxito, ante la amortización de los archivos administrativos, que estuvo y sigue acompañada de cualificadas inversiones en los Archivos Históricos diseñados por los monarcas de la Casa de los Austrias, pero que dejó en los muy conscientes y activos colaboradores del profesor Laureano López Rodó, como mentor de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, la grave preocupación de mantener la ruptura del flujo documental de los archivos de gestión a los archivos intermedios y la entrada en el Patrimonio Documental mediante la incorporación a los Archivos Históricos, con la consecuente dificultad, como efecto de la ruptura en la secuencia archivística en el tratamiento de los documentos públicos, de imposibilitar documentar las claves históricas.

III.-LA FALLIDA ALTERNATIVA DE LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN DE 1992.

La recuperación del concepto de archivo por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, no permite constatar más que, al margen su larga denominación, no resolvió el problema basilar del régimen administrativo y del procedimiento con que tienen que actuar los entes públicos: garantizar la intangibilidad del documento público en la tramitación administrativa, en garantía de la objetividad y eficacia de la propia actuación pública y en garantía de los derechos de los ciudadanos afectados por la tramitación de un procedimiento administrativo.

La tardía aprobación de la Ley de 1992, que debiera haber corregido los criterios de la Ley de 1958 no más allá de 1980, si el nuevo sistema político hubiera querido neutralizar las desviaciones del precedente, llegó tarde, y sus retóricas declaraciones, sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, aún obliga a preguntarse si existen los archivos administrativos en la estructura organizativa de las entidades públicas españolas y, como muestra, si es factible identificar el Archivo de cada Universidad, más allá del Archivo Histórico de las históricas, el Archivo de las Delegaciones Provinciales de la Administración General del Estado, o de las Delegaciones de las Comunidades Autónomas, sin poder omitir en la relación la dificultad para poder precisar la existencia de los Archivos Municipales y de

³ Javier Lasso de la Vega (Funcionario del Cuerpo Facultativo de Archivos, Bibliotecas y Museos, Jefe Nacional de Bibliotecas y Archivos y Propiedad Intelectual durante la Guerra Civil, Profesor de Historiografía de la Universidad Complutense): "Necesidad de aplicar un sistema orgánico a la ordenación de los archivos administrativos", Revista de Administración Pública, nº. 28 (1 959) pág. 85; Luís Sánchez Belda (Director General de Archivos y Bibliotecas): "Un 'lapsus' en la Ley de Procedimiento Administrativo, Documentación Administrativa, nºs 62-63 (1 96 3), pág. 68; Carmen Pescador del Hoyo (Directora del Archivo Histórico Nacional): Un problema de la Administración sin resolver, Documentación Administrativa, nº. 77 (1964) pág. 95.

sus organismos autónomos, incluidas la Gerencias de Urbanismo, más allá de las anécdotas que pueda aportar el lustroso y, con frecuencia, anecdótico Archivo Histórico Municipal.

IV.-EL ERROR CONCEPTUAL DE LA DEPENDENCIA DE LA DOCUMENTACION PÚBLICA DEL AREA COMPETENCIAL DE CULTURA.

El culto a lo histórico cultural, la específica adscripción orgánica de los archivo, *in genere*, al ámbito político administrativo de Cultura, ha sustraído a los archivos de su naturaleza jurídica: bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y componente basilar del procedimiento administrativo común, en el centro del núcleo del artículo 149.1.18 de la Constitución, de tal modo que la renuncia de las Instituciones Centrales del Estado a especificar las bases del régimen jurídico de los documentos públicos, como parte ineludible del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha provocado la anarquía: diecisiete sistemas documentales autonómicos regidos por premisas culturales, y no de organización y métodos administrativos, a los que se unen las singularidades de los sistemas documentales de las autonomías que han recibido la transferencia administrativa de justicia, metodología - calificable como de la libre ocurrencia- que pone en serio peligro la incorporación de la documentación pública al patrimonio cultural como referente final en el proceso de decantación de la documentación pública de gestión.

En clave de eficacia organizativa y operativa y, en simultaneo, en clave de adecuación de la actividad pública a la materialización de los derechos de los ciudadanos, una observación: sin la oportuna atención a la precisa y puntual tramitación procedimental de los documentos públicos no hay posibilidad de adecuar la actividad pública a los principios de objetividad y eficacia y, en este preciso sentido, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 1992, pretendió supeditar la estructura operativa de las Administraciones a unos requerimientos procedimentales que exigían rigor en la gestión documental, y que requería, en paralelo, una cuidadosa objetivación del procedimiento y una eficaz informatización administrativa.

Sin la previa y precisa atención a la informatización administrativa, era y sigue siendo imposible cumplir los plazos máximos que, entre tres y seis meses, fijaba la Ley para la resolución de los procedimientos administrativos y, a mayor abundamiento, en inasimilable distanciamiento de la Ley, las Leyes de acompañamientos de los Presupuestos Generales del Estado y de los Presupuestos de las Comunidades Autónomas, anularon la pretensión de reducción de plazos de la Ley de 1992 y su paralela pretensión de positivizar los efectos de la inactividad administrativa.

En el trienio posterior, los plazos para resolver los procedimientos se proyectaron por encima de la anualidad cuando no la duplicaron y, como no podía ser de otro modo, se recuperaron los efectos negativos para las pretensiones de los ciudadanos en ausencia de resolución expresa, con evidente desvirtuación de la Ley de 1992. La neutralización de efectos tuvo continuidad con las modificaciones de 1999 a la Ley de 1992 que, si pudieron

subsana algunos aspectos formales, no pudieron evitar la consolidación de los generosos plazos para la resolución de los procedimientos y la reafirmación de los efectos negativos para la inactividad administrativa o la superación de los plazos temporales previstos para resolver.

La insatisfactoria situación descrita obliga a reflexionar sobre las necesarias soluciones institucionales que contribuyan a superar la premeditada consolidación de la desestructuración de la documentación pública en el Estado Español.

V.- LA NECESARIA COHERENCIA CONCEPTUAL E INSTITUCIONAL CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN CONTENIDO EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.

El artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴, reconoce y delimita el Derecho a una buena administración, con una particularidad, incorpora como contenido del Derecho, las aportaciones originarias de la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 1992, contenidos desvirtuados por las referidas Leyes de acompañamiento de los Presupuestos y por la ausencia de desarrollo informático de los procedimientos administrativos, paradójica situación que obliga a reflexionar sobre la importancia de la Unión Europea para la necesaria evolución institucional de un Estado tan renuente a la racionalidad de su sistema público.

El precepto comienza por reconocer, en su primer párrafo, el derecho de toda persona a que las instituciones y órganos de la Unión, y por efecto inducido las instituciones y órganos de los Estados miembros, traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable, principios de imparcialidad y equidad que remiten, de modo inequívoco, a una coherente regulación del procedimiento administrativo, remisión que confirma el segundo párrafo del precepto, al determinar que este Derecho incluye, en particular: el Derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, y la obligación, que incumbe a la Administración, de motivar sus decisiones.

El Derecho de audiencia, el Derecho de acceso al expediente administrativo y el Derecho a que la Administración actuante motive sus decisiones, materializan la esencia del procedimiento administrativo escrito, inextricablemente unido al documento público administrativo, desde el documento por el que se inicia la tramitación del expediente, hasta el

⁴ Proclamada por el [Parlamento Europeo](#), el [Consejo de la Unión Europea](#) y la [Comisión Europea](#) el 7 de diciembre de 2000, ratificado el [Tratado de Lisboa](#) la Carta y en aplicación del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea es vinculante para todos los países, excepto Polonia y el Reino Unido.

documento por el que, de modo motivado, se resuelve, de modo positivo o negativo sobre las pretensiones del interesado o interesados en el correspondiente procedimiento administrativo y, en el interregno, mediando la integración en el expediente documental de todas las actuaciones realizadas en la tramitación del procedimiento, con el registro documental del trámite esencial de la audiencia del interesado o interesados con carácter previo a la resolución del procedimiento.

La secuencia de documentos descrita se cierra, con el documento por el que se comunica la resolución del procedimiento al interesado o interesados, con la precisa información sobre los recursos, administrativo o jurisdiccionales que en cada caso correspondan, premisa que avala, el tercer párrafo del mismo precepto, al garantizar el control de la actividad procedimental administrativa, mediante el reconocimiento del Derecho a la reparación por la Unión Europea y, por efecto inducido por los Estados miembros, de los de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

El artículo 42 de la Carta, sintetiza la trascendencia del documento público en secuencia con la actuación administrativa procedimentalizada en expediente escrito, al reconocer el Derecho de acceso a los documentos por todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro.

El no pequeño problema para todo el arco de las Administraciones españolas, Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, Diputaciones y Municipios, se sintetiza en la difícil tesitura en la que se coloca a cualquier funcionario o autoridad pública, a la que se pueda requerir el acceso a un expediente administrativo, requerimiento que obliga a la convencional observación que testimonia la *praxis* administrativa, de que la unificación documental de actuaciones, no siempre debidamente secuenciada y foliada, solo se materializa en las desestructuras administraciones del Reino de España, cuando finaliza el plazo de presentación del expediente requerido por un órgano judicial previa demanda de interesado o interesados.

VI.- LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS DE 2006 EN EL ÁMBITO DOCUMENTAL PÚBLICO DEL ESTADO ESPAÑOL.

La Unión Europea ha vuelto a incidir en la adecuación de la actividad pública a parámetros que adecuen los documentados procedimientos administrativos a los requerimientos que demanda el coherente funcionamiento de la economía con el objetivo de que no sean un obstáculo, como de hecho son, para las iniciativas empresariales.

La Directiva de Servicios, [2006/123/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, ha tratado de materializar este objetivo, y con extraordinaria cautela en sus plazos, mediante la previsión de un periodo de trasposición de tres años, ha dado lugar, con directa referencia en el Estado

Español y en el límite temporal de trasposición, a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Las Leyes expresadas, con los correspondientes desarrollos en los textos legislativos autonómicos y reglamentos municipales, se proponen sustituir el clásico procedimiento administrativo ante la correspondiente Administración, a iniciar por quien desea desarrollar una actividad económica y que debiera concluir en una autorización administrativa expresa de la actividad económica que se pretende realizar, por una declaración previa, calificada como “declaración responsable”, realizada por quien desea iniciar una actividad económica que no tenga especial incidencia ambiental o sobre la salud, documento del empresario sobre el que se podrán realizar las posteriores verificaciones o inspecciones que la correspondiente Administración considere, pero que implica la sustantiva novedad de que el empresario puede iniciar la actividad económica sin estar supeditado a previa autorización administrativa.

El sentido común subyace en la Directiva y sorprende que la Unión Europea haya tardado tanto tiempo en conectar con el común de los sentidos, que requería, desde sus orígenes la articulación del mercado único, que demandaba y sigue demandando el repliegue de obstáculos burocráticos desconectados del interés público y por ello con efectos perversos para los intereses generales. Más sorprendente es que el fracaso del Estado Español en la reconducción de sus procedimientos administrativos por la Ley de 1992 se vea enmendado por la incidencia de la Directiva, que viene a recordar la necesidad de reconocer la obviedad de no condicionar una iniciativa económica mediante un procedimiento administrativo, cuando la actividad empresarial que se pretende iniciar carece de posibles efectos negativo para la comunidad social y aporta a esa misma comunidad los beneficios de bienes y servicios en un mercado competitivo con la correlativa dinamización económica y generación de empleo.

La Directiva de Servicios y su renuente aplicación por las Administraciones españolas, es un elocuente ejemplo de la necesaria simplificación documental administrativa, mediante la sustitución de procedimientos administrativos, gestionados sin plazo cierto de resolución y con la premisa de los efectos desfavorables para el ciudadano si no hay expresa resolución administrativa, y su sustitución por la “declaración responsable” del ciudadano comunicando el inicio de una actividad beneficiosa para la comunidad, dinámica que permite operar con la esperanza de que, en las Administraciones haya menos papeles y dignificados documentos, generados por ciudadanos responsables que requieren Administraciones funcionales.

VII.-LA FALLIDA ALTERNATIVA DE LA LEY DE ACCESO ELECTRÓNICO DE LOS CIUDADANOS A LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE 2007.

Solapada con la Directiva de Servicios, en el año 2007, la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, se planteó, por fin,

homologar a las Administraciones españolas con lo que el conjunto del sector privado, ciudadanos, profesionales y empresas, tenían asimilado e incorporado a sus hábitos diarios: la informatización telemática de sus actividades privadas, empresariales y económicas y, en coincidencia temporal con la Directiva de Servicios, estableció el último día de de diciembre de 2009 para finalizar el desarrollo del modelo en la Administración General del Estado.

El texto legal de 2007, como no podía ser de otro modo, trata de reconducir los conceptos del procedimiento administrativo en soporte papel a los conceptos homónimos del procedimiento electrónico, informático y telemático, con el agregado de eliminar referentes de discrecionalidad y aportar desde el rigor de la informática seguridad jurídica a los procedimientos administrativos.

Como es conocido -mediado el año 2012- sigue pendiente la alternativa de que los ciudadanos españoles, los ciudadanos comunitarios en España y los agentes económicos operantes en España, puedan utilizar los recursos informáticos, electrónicos y telemáticos para tramitar ante las Administraciones españolas los procedimientos administrativos, con la única excepción de los recaudatorios: La Agencia Estatal Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, son las únicas estructuras administrativas del disfuncional y asimétrico Estado Español que, por sus conocidos objetivos recaudatorios, facilitan la relación ciudadano-Agencia y ciudadano-Tesorería mediante procedimiento telemático, con la elocuente muestra de que la funcionalidad de la estructura burocrática española se limita al ciudadano en su simple y exclusiva condición de contribuyente.

La causa de la causa del mal causado tiene génesis política, cuyos datos son los siguientes: los responsables políticos de la esperanzadora Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 1992 (Ministro Sr. Eguiaray y Subsecretario Sr. Moltó), fueron apartados de las responsabilidades de su desarrollo, mediante su nominación como nuevos responsables del Ministerio de Industria y en su lugar nominado un nuevo titular en el Ministerio de Administraciones Públicas (Sr. Saavedra) cuya más notoria actividad ministerial se materializó en desactivar la Ley; el responsable político de la no menos esperanzadora Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicio Públicos de 2007 (Ministro Sr. Sevilla) es desplazado del Ministerio en secuencia con la aprobación de la Ley, y la integración de las competencias del Ministerio de Administraciones Públicas en el Ministerio de Política Territorial, con nuevo cambio en el área ministerial al producirse la sustitución de la Ministra Sra. Salgado por el Sr. Chaves, reacio a lo que no fuera estricta gestión política como Ministro o Vicepresidente, y que singulariza una nueva incidencia, al pasar las responsabilidades de gestión de la Ley de Acceso, entre otras competencias, a la colapsada Vicepresidencia del Gobierno, con el incremento de referentes al probado voluntarismo de su titular, Sra. Fernández de la Vega. Como consecuencia, las referencias telemáticas que el Gobierno tiene en diciembre de 2009 y sigue teniendo en el año 2012, no pasaban ni pasan, a efectos de tangible constatación de la realidad operativa, de las referidas al ámbito tributario y de la Seguridad Social⁵.

⁵ He tenido la oportunidad de valorar el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2007 que aprueba los Anexos: I-Relación de procedimientos Adaptados a la Ley 11/2007, y Anexo II-

VIII.-LA ALTERNATIVA RACIONALIZADORA DE LA GESTION INFORMÁTICA, ELECTRÓNICA Y TELEMÁTICA PARA LA GESTIÓN DE LA DOCUMENTACION PÚBLICA DEL ESTADO ESPAÑOL

Si, en estos momentos, mediado el año 2012, la Secretaria de Estado para las Administraciones Públicas, quisiera o quisiese -lo que no es probable- las Administraciones españolas y, por efecto inducido, sus ciudadanos, tendrían que beneficiarse de la transformación del documento en papel en documentos electrónico, con la evidente racionalidad que ello podría implicar para la gestión documental de los procedimientos administrativos y para el estricto ajuste a los plazos procedimentales facilitado por los sistemas informáticos, electrónicos y telemáticos.

La aplicación en las Administraciones españolas de esta ineludible alternativa, cuya funcionalidad está testada por la estructuras empresariales privadas que hace algunos decenios las incorporaron, lleva pospuesto desde la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 1992, cuyo artículo 45, correlacionó, de modo muy consciente, el objetivo de la reducción de plazos de los procedimientos administrativos con la incorporación a la gestión documental administrativa de la informática, electrónica y la telemática, con el objetivo de materializar el derecho ciudadano a dirigirse a las Administraciones por cualquier medio (art. 70.1,a) LRJAP 1992), incluido los telemáticos, bien asimilados, por los ciudadanos, profesionales, agentes económicos y empleados públicos, pero aún neutralizados -como referente temporal último de una lamentable secuencia histórica- por los obsolescentes dignatarios de la hoy Secretaría de Estado de Administraciones Públicas.

Si la hoy Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, quisiera o quisiese, aplicar y hacer aplicar, en el ámbito autonómico, provincial y municipal, la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, marcaría el fin del franquismo en la neutralización de la memoria histórica que el General pretendió y parece que consiguió petrificar en la clave de documentos públicos.

Con la colaboración de la inapreciable tecnología informática, los archivos públicos serían reelaborados desde los archivos documentales de los ciudadanos; la confección de los expedientes administrativos se realizaría con el inteligente y fiable automatismo procedimentalizado por la electrónica y la telemática, que pueden incorporar los procedimientos de selección documental para la decantación de la documentación que tenga que integrarse en el Patrimonio Documental y, con ello, solo sería necesario, agregar, un poco de sentido político y responsabilidad pública, con el objetivo, también de ejemplarizante racionalización documental y patrimonial, de integrar los Archivos de la Jefatura del Estado-Presidencia del Gobierno de los años 1936-

Relación de procedimientos no adaptados a la ley 11/2007, con la incorporación de las adaptaciones de fecha 6 de abril de 2009, en El derecho a una buena administración. Control de desviaciones y concreción procedimental, *Estudios Homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, Edit. Iustel, Madrid 2011, págs. 366-380

1975 en el Archivo Histórico Nacional, con el oportuno reconocimiento institucional a la labor de conservación realizada por la entidad privada Fundación Francisco Franco.



NOTAS SOBRE LA PROTECCION DE LOS BIENES CULTURALES INMATERIALES DESDE EL DERECHO MERCANTIL

María Pilar RODRÍGUEZ ALVAREZ.¹

RESUMEN. Acercamiento al desarrollo y protección de los bienes culturales inmateriales desde la perspectiva del Derecho Mercantil, aplicando la normativa sobre signos distintivos (marca y nombre comercial), patentes y diseño industrial y la normativa sobre proscripción de los actos de competencia desleal.

PALABRAS CLAVE. Bienes culturales inmateriales- Propiedad- Industrial- Marcas-Patentes-Diseños-Competencia desleal.

ABSTRACT: Approach to the development and protection of intangible cultural heritage from the perspective of commercial law: marks (trademark and trade name), patents, industrial designs and unfair competition.

KEYWORDS: Immaterial Cultural Heritage-Industrial Property- Marks Patents- Designs- unfair competition.

1. *Planteamiento inicial*

Si bien la protección directa de los bienes culturales inmateriales ha sido tradicionalmente objeto de atención en el ámbito del Derecho Civil, en concreto para el derecho de la propiedad intelectual, fuera de este campo existen otras disciplinas jurídicas que pueden ser de interés para la defensa de dichos bienes y para implementar una adecuada gestión del patrimonio cultural e incluso facilitar el desarrollo de las llamadas “Industrias Culturales”.

La importancia económica potencial de estas materias y, en consecuencia, su inevitable conflictividad, hacen aconsejable revisar la utilidad de aquellas

¹ Profesora Colaboradora de Derecho Mercantil de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Arbitro del Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi. mariapilar.rodriquez@ehu.es

instituciones propias del Derecho Mercantil más adecuadas para lograr su desarrollo y protección: el derecho de la propiedad industrial y el derecho de la competencia desleal.

Nos aproximaremos a la regulación de estas materias, sin pretensión alguna de exhaustividad, mediante la exposición somera de algunas de las normas aplicables a los aspectos más relevantes y potencialmente conflictivos de la presencia en el mercado de estos bienes culturales.

En principio, nos limitaremos a la normativa propia del derecho español aunque, como se comprobará, las exigencias del comercio internacional y de la integración en la Unión Europea han homogeneizado las reglas en estas materias, puesto que las leyes que las regulan han de adaptarse a las Directivas europeas y a los Tratados internacionales, hasta el punto de ser en buena medida homogéneas a nivel supranacional.

2.- La regulación de los signos distintivos.

El derecho de los signos distintivos se regula en la Ley de Marcas² que establece la figura de la marca para la identificación de los productos y los servicios y el nombre comercial para la identificación de los empresarios en el mercado. Mediante su registro en la Oficina española de Patentes y Marcas³ se conceden derechos de exclusiva sobre el signo⁴ de duración potencialmente indefinida⁵.

Desde el momento en que los bienes culturales inmateriales se presentan en el mercado o se materializan en productos, a sus titulares o gestores puede serles útil la protección de la Ley de Marcas desde una doble perspectiva.

Por un lado permitiéndoles solicitar el registro de sus signos como marca⁶ para así acceder a los derechos de exclusiva que concede la ley, prohibiendo su explotación por terceros y sancionando tal conducta ilícita⁷.

Por otro lado, incluso si se declina obtener y titularizar derechos de propiedad industrial propios, puede recurrirse a las normas de esta ley para combatir que

² Ley 17/2001 de 7 de diciembre.

³ En adelante OEPM. En línea: <http://www.oemp.es>

⁴ Sobre la operatividad de esta normativa puede verse Luceño Oliva, J.L: "*Cómo defender nuestra marca*", Actualidad Jurídica Aranzadi num. 835/2012. En línea: <http://www.westlaw.es> BIB 2012\311

⁵ El registro de la marca se otorga por 10 años contados desde la fecha de solicitud, por lo que si se desea mantener en vigor la marca, debe procederse a su renovación, lo que puede hacerse ilimitadamente. Sobre los conceptos básicos del derecho de marca puede consultarse el Folleto Informativo disponible en la página de la OEPM "*Cuestiones básicas acerca de marcas y nombre comercial*". En línea: <http://www.oemp.es>

⁶ El nombre comercial presenta igual viabilidad teórica pero probablemente designarse como empresario tendrá menos virtualidad práctica.

⁷ Sobre las vulneraciones de los derechos de marca puede consultarse García Pérez, R. "*Nuevas relaciones entre la Ley de Marcas y la Ley de Competencia Desleal*", Aranzadi Civil-Mercantil num. 1/2012. En línea: <http://www.westlaw.es> BIB 2011\1166

terceros sin ningún derecho a ello, exploten creaciones culturales ajenas para denominar sus productos o servicios y publicitarse en el mercado.

2.1. Protección de elementos del patrimonio cultural como marca.

Dada la extraordinaria amplitud con que la Ley de Marcas define este signo distintivo que es la marca (que puede ser denominativo, gráfico, tridimensional e incluso sonoro⁸) pueden ser en principio registradas como marca⁹. las denominaciones, diseños e incluso melodías tradicionales más significativas de un determinado colectivo.

Podría objetarse, con razón, que si se trata de diseños gráficos bidimensionales o tridimensionales lo más apropiado sería recurrir a la protección específica del diseño industrial (de la que se tratará más adelante). En principio la objeción es razonable, pero la Ley de Marcas puede cubrir supuestos en los que el signo no podría ser protegido como diseño por no ser novedoso; en cambio, la marca no tiene que ser original o adolecer de altura creativa, sólo precisa ser distintiva (permitir distinguir los productos o servicios a los que se aplica de otros similares). Además, mientras la duración de los derechos sobre el diseño es limitada en el tiempo¹⁰ el derecho de marca podría durar indefinidamente.

La mayor dificultad que presenta esta opción, además, claro está, del coste que supone registrar el signo y el pago de las tasas periódicas¹¹ es la necesidad de usar la marca para no perder el derecho sobre ella por caducidad. Sin embargo, no es tanto el obstáculo ya que, a diferencia del caso de la patente, no se exige un nivel de uso “suficiente” y éste puede ser reducido y además,

⁸ El Artículo 5 de la Ley de Marcas permite registrar como marca todo signo susceptible de ser representado gráficamente; en particular, podrán registrarse (la lista es meramente enunciativa) :

a-Las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas.

b-Las imágenes, figuras, símbolos y dibujos.

c-Las letras, las cifras y sus combinaciones.

d-Las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su presentación.

e-Los sonoros.

f-Cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores

⁹ Un ejemplo del que nos ha informado la prensa es el de algunas organizaciones de nativos americanos que han registrado como marca su nombre tribal y algunos de sus diseños más representativos, lo que ha fundamentado su demanda frente a una empresa textil que ha comercializado una colección de prendas bautizada con el nombre de tal tribu y con estampados similares a sus diseños tradicionales. La noticia fue publicada por EL PAÍS el 05 de marzo de 2012 “Los Navajo defienden su marca” (Por: Sandro Pozzi). En línea: <http://www.elpais.es>

¹⁰ Como se verá, la exclusiva dura un máximo de veinticinco años; transcurrido ese plazo otros empresarios pueden usar libremente el diseño en su producción. En cambio, la marca puede renovarse indefinidamente por períodos sucesivos de diez años.

¹¹ Para mantener en vigor el registro de la marca el titular debe cumplir las siguientes obligaciones solicitar la renovación cada diez años, abonando la tasa de renovación y usar la marca.

siempre cabe cumplir el requisito mediante el otorgamiento de licencia para que terceros fabriquen productos de la marca¹²;

Incluso si no se desea producir objetos materiales, siempre cabe registrar la marca como de servicio, ya que habitualmente las entidades que protegen o conservan esos bienes inmateriales suelen ofertar, siquiera de forma esporádica, actividades culturales, formativas o divulgativas, como exposiciones, cursos, conferencias o publicaciones.¹³

Respecto de esta opción de registrar esos vocablos o diseños como marca, conviene prestar atención al cumplimiento del requisito de la capacidad distintiva del signo. No es posible registrar como marca la propia designación con la que se denomina el bien o servicio (como la denominación tradicional de objetos o alimentos) por carecer precisamente de ese carácter distintivo¹⁴ entendiéndose que son términos genéricos e inapropiables. Así el artículo 3.1 b) de la Ley de Marcas establece la prohibición absoluta de registrar como marca las designaciones compuestas exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir, en el comercio o en el lenguaje corriente, para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de obtención u otras características del producto o servicio.

No obstante, siempre cabría recuperar la capacidad distintiva añadiendo un segundo término (incluso genérico también) cuya combinación dote al conjunto de un significado o impresión con la necesaria fuerza distintiva. También cabe utilizar una palabra o diseño culturalmente significativos como marca de un bien o servicio distinto a su referente real, pero relacionado con la misma cultura tradicional.

2.2. Oposición al registro de signos que vulneren bienes culturales Inmateriales.

Ha de tenerse en cuenta que, como ya se ha comentado, la regulación de la marca está presidida por dos principios: de capacidad distintiva y de especialidad.

¹² No es infrecuente que, como consumidores, nos encontremos con reproducciones “made in China” de objetos significativos o de artesanía comercializados por las propias entidades que exponen o divulgan elementos de una cultura tradicional.

¹³ Puede consultarse la Lista de Clases de Productos y Servicios en el “Manual Informativo Para Los Solicitantes de Marcas”, págs. 11 y sigs. .En línea <http://www.oemp.es>

En concreto puede verse la CLASE 41 (Educación; formación; esparcimiento; actividades deportivas y culturales), CLASE 42 (Servicios científicos y tecnológicos así como servicios de investigación y diseño relativos a ellos; servicios de análisis y de investigación industrial; diseño y desarrollo de ordenadores y software) y CLASE 43 (Servicios de restauración; hospedaje temporal).

¹⁴ En este sentido, cabe recordar que la jurisprudencia de la UE, después de reconocer como “mención tradicional” la designación “txacolí, txacolina y chacolí”(estableciendo un derecho exclusivo de utilización por los consejos reguladores demandantes; TGUE (Sala Cuarta), sentencia de 17 mayo 2011. TJCE 2011\136) ha negado que puedan registrarse esos mismos términos como marca comunitaria colectiva, alegando que carece de carácter distintivo para distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otras empresas, lo que es motivos de denegación por prohibición absoluta (artículo. 7. 1 b) del Reglamento (CE) núm. 207/2009, de Marca Comunitaria, de igual tenor que la norma española).

La especialidad supone que la marca se concede para uno o más productos o servicios que han de designarse utilizando las indicaciones generales de los títulos de clases de la Clasificación del Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marca.¹⁵

En principio, dos signos iguales o similares pueden coexistir, siempre que se apliquen a productos o servicios diferentes. Los titulares de una marca que recoja esos bienes tradicionales podrá oponerse al registro de otra idéntica o similar para productos o servicios iguales o similares, que generen riesgo de confusión o de asociación a los potenciales consumidores. Para apreciar si existe tal riesgo la comparación entre los signos debe realizarse de manera conjunta, valorando los diversos aspectos de ambos signos (denominativos, gráficos, fonéticos...) y la semejanza de los productos o servicios; la jurisprudencia suele considerar incompatibles dos signos muy semejantes, incluso si los productos son relativamente distintos, y dos signos con sólo una similitud relativa si los productos son los mismos. Se trata de ponderar en cada caso si existe riesgo de confusión, desde la perspectiva subjetiva del consumidor medio, atendiendo no sólo a la naturaleza de los productos sino también a los canales de distribución comercial o incluso a su ubicación en el "lineal" del establecimiento minorista¹⁶.

La ley rechaza, por tanto y mediante las denominadas prohibiciones relativas, basadas en la posible colisión con derechos de terceros¹⁷ que pueda registrarse como marca un signo que sea idéntico o semejante a una marca o nombre comercial anteriormente solicitados o registrados (tampoco si se preste a confusión con una marca no registrada, pero que sea notoriamente conocida en España). cuando dicho signo se solicite para productos, servicios o actividades idénticos o semejantes a los protegidos por estos signos anteriores y exista entre ellos un riesgo de confusión en el público consumidor. El signo solicitado tampoco podrá ser registrado, sin la debida autorización, cuando consista en el nombre, seudónimo, apellidos o en la imagen que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante o se preste a confusión con el nombre comercial, denominación o razón social que identifique en el tráfico económico a una persona distinta del solicitante.

¹⁵ Si el solicitante de una marca nacional utiliza todas las indicaciones generales del título de una clase específica de la Clasificación de Niza deberá precisar si su solicitud comprende todos los productos o servicios enumerados en la lista alfabética de esa clase o sólo algunos de esos productos o servicios: en este último caso el solicitante está obligado a precisar los productos o servicios comprendidos en esa clase que quiere designar (TJUE -Gran Sala-, sentencia de 19 junio 2012., JUR 2012\203882).

¹⁶ Únicamente las marcas notorias y renombradas escapan al principio de especialidad, se trata de impedir a terceros aprovecharse de su prestigio y crédito adquiridos, con lo que la incompatibilidad se extiende a: productos o servicios diferentes a los distinguidos por ellas, llegando a abarcar todo el mercado. Sobre estas cuestiones pueden consultarse: González Navarro, B.A. "La infracción de las marcas notorias y renombradas: posible ausencia de riesgo de confusión": Revista Aranzadi Doctrinal num. 10/2012 (Comentario). En línea: <http://www.westlaw.es> BIB 2012\111 y García Pérez, R. "El riesgo de confusión en el Derecho de marcas de la Unión Europea" Aranzadi Civil-Mercantil num. 8/2011. En línea: <http://www.westlaw.es> BIB 2011\682

¹⁷ Para mayor detalle pueden consultarse los artículos 7.a 9 de la Ley de Marcas.

De aun mayor interés, por ser de especial aplicación a los bienes culturales, resulta lo previsto en el artículo 7,1,c).de la Ley de Marcas que impide el registro como marca de los signos que reproduzcan, imiten o transformen creaciones protegidas por un derecho de autor o por otros derecho de propiedad industrial (invenciones y diseños industriales).

Teniendo en cuenta estas normas, las entidades que tienen registrados signos o denominaciones tradicionales podrán oponerse, según lo expuesto, al registro de signos confundibles con los suyos, ya que el nuevo signo que aspira a ser marca debe estar disponible.

Hay que recordar que la solicitud de marca se publica en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial (BOPI) abriéndose un plazo para que toda persona que se considere perjudicada pueda presentar escrito de oposición a la concesión de la marca solicitada¹⁸. Si la marca solicitada no incurre en prohibición alguna y si contra la misma no se han presentado oposiciones, la OEPM procede a la concesión de la marca.

En caso de no detectarse a tiempo la maniobra, el derecho obtenido ilícitamente por el tercero que registre un signo incurso en prohibición absoluta o relativa no es inatacable; pues aun cabe solicitar la nulidad de la marca¹⁹. Hay que recordar que si las resoluciones dictados por los órganos de la OEMP en materia de propiedad industrial (tanto signos distintivos, como invenciones o diseño) como son las acciones contra las resoluciones de la OEMP concediendo o denegando el derecho, serán recurribles de conformidad con lo dispuesto en la de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre,).

Las acciones de nulidad contra signos ya inscritos, en cambio, se sustancian por la vía civil²⁰ con lo que nos encontraremos con pronunciamientos jurisprudenciales de interés tanto de la Sala de lo Civil como de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Aunque siempre hay que tener en cuenta que el interesado no podrá demandar de nuevo, ante la jurisdicción civil, la nulidad de una marca o patente, invocando la misma causa de nulidad que hubiera sido ya objeto de pronunciamiento, en cuanto al fondo de la cuestión, en anterior sentencia dictada en la vía contencioso-administrativa.

¹⁸ Sobre el procedimiento de solicitud y concesión de marca puede consultarse el “*Manual Informativo Para Los Solicitantes de Marcas*”, págs.7 y sigs. Para el nombre comercial, el “*Manual Informativo Para Los Solicitantes de Nombres Comerciales*” .En línea: <http://www.oemp.es>

¹⁹ Sobre las acciones de nulidad pueden verse los artículos 51 a 54 de la Ley de Marcas

²⁰ En primera instancia el artículo 86,ter, 2.de la LOPJ establece que los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad.

Pero incluso si no se detentan derechos de exclusiva específicos, tanto de propiedad intelectual como industrial, en algunos casos cabe oponerse al registro de signos que pueden vulnerar bienes culturales inmateriales.

Mediante una de las llamadas prohibiciones absolutas de registro²¹, en concreto en base a la prohibición contenida en el artículo 5.1,g) de la Ley de Marcas, que no admite el registro de signos que puedan inducir al público a error, por ejemplo sobre la naturaleza, la calidad o la procedencia geográfica del producto o servicio, podría impedirse la concesión o instarse la nulidad de marcas que por su uso de elementos de aquellos bienes culturales pudieran propiciar ese error sobre el producto o servicio²².

3. La regulación de las invenciones de fondo; patentes.

Viene despertando un gran interés la problemática derivada de la protección de los conocimientos tradicionales, en especial los asociados a la naturaleza y al aprovechamiento del territorial ancestral.

En principio esta materia se regula en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad²³. En esta ley, para la protección de las invenciones se conceden (previo registro en la OEPM) los siguientes títulos de propiedad industrial:

- Patentes de invención, que pueden ser de producto o de procedimiento y que otorgan a su titular derechos de exclusiva con una duración de veinte años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud (Artículo 49 de la Ley de Patentes). Pasado dicho plazo²⁴ la invención será de, libre disponibilidad y podrá ser explotada por cualquiera.

²¹ Los signos incursos en nulidad absoluta (básicamente los faltos de capacidad distintiva o que contravienen lo dispuesto en la legislación o el orden público) tienen la ventaja de que se examinan y rechazan de oficio por la OEPM, además de que las acciones no prescriben. Eso no significa que un interesado no se pueda oponer *ex parte* al registro de dichos signos si la OEPM no detecta la irregularidad.

²² En este sentido, puede apuntarse como ejemplo la actividad del Gobierno Vasco, que viene oponiéndose de forma sistemática, y en general con éxito, al registro de marcas que, mediante el uso de denominaciones en euskera (suelen ser de índole geográfica y toponímica), pretenden, falsamente, que el consumidor asocie esos productos, del sector de la alimentación, con la reputación del País Vasco en materia gastronómica y de calidad de sus productos tradicionales, generando un error en dichos consumidores y aprovechándose ilícitamente de una reputación que no les corresponde.

²³ En adelante Ley de Patentes. Fue desarrollada por el posterior Reglamento de Patentes (Reglamento RD 2245/1986 de 10 de octubre). Una buena introducción al contenido del derecho sobre las invenciones puede hacerse mediante los Folletos divulgativos disponibles en la página de la OEPM: Sobre el tema puede consultarse “*La protección de las Innovaciones en España. Patentes, Modelos de Utilidad y Diseños Industriales*”; sobre la protección a nivel internacional “*Protección Internacional de las Invenciones*” y “*La Patente Europea. La vía del tratado de cooperación en materia de patentes*”. Todos ellos en línea: <http://www.oemp.es>

²⁴ Incluso antes, si la patente se extingue por caducidad. Téngase en cuenta que tanto el incumplimiento de la obligación de explotar la patente como el impago de las tasas periódicas pueden dar lugar a dicha caducidad.

- Certificados de protección de modelos de utilidad. Los modelos de utilidad han sido definidos como “pequeñas invenciones” .Han de ser siempre de producto²⁵ y conllevan una exigencia de novedad e inventiva menor, concediendo los mismos derechos que la patente pero con una duración menor, de diez años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud,²⁶

Son patentables las invenciones nuevas, que impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial (Artículo 4.1 de la Ley de Patentes).

El derecho a la patente pertenece al inventor (o a sus causahabientes) y es transmisible totalmente o parcialmente (mediante licencias). Si la invención fuera de varias personas conjuntamente, el derecho a obtener la patente les pertenecerá en copropiedad. (Artículo 10.1-2 de la Ley de Patentes). Normalmente la invención se da en el marco de una relación laboral o de servicios; en estos casos la propiedad de la invención es del empresario (son las llamadas invenciones de servicio)²⁷. Cuando una misma invención hubiere sido realizada por distintas personas de forma independiente (y de buena fe) el derecho a la patente pertenecerá a aquel cuya solicitud tenga una fecha anterior de presentación (siempre que dicha solicitud se publique, artículo 10.3 de la Ley de Patentes).

Con carácter general, se excluyen de la posibilidad de patentarse las creaciones puramente intelectuales (contenidas en el listado del artículo 4,4), la materia biológica puramente natural (artículo 4,2-3) y los métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico y métodos de diagnóstico del cuerpo humano o animal (pero si los productos, aparatos o instrumentos destinados a

²⁵ Se definen como “Invenciones que, siendo nuevas e implicando una actividad inventiva, consisten en dar a un objeto una configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación. En particular, podrán protegerse como modelos de utilidad los utensilios, instrumentos, herramientas, aparatos, dispositivos o partes de los mismos, que reúnan los requisitos enunciados No podrán ser protegidas como modelos de utilidad las invenciones de procedimiento y las variedades vegetales” (Artículo 143 de la Ley de Patentes). Hay que subrayar que aunque se trate de invenciones que afectan a la forma del objeto se trata de invenciones de fondo y no de meras creaciones de forma; así la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2001 – RJ 2001/10048- establece la nulidad por falta de novedad de un modelo de utilidad por tratarse de un modelo de colcha que sólo contiene una novedad de creación estética (en todo caso protegible como diseño- modelo industrial) y no de fondo.

²⁶ Para su protección como modelo de utilidad, se considera que una invención implica una actividad inventiva si no resulta del estado de la técnica de una manera muy evidente para un experto en la materia (Artículo 146) El estado de la técnica con referencia para la novedad y la actividad inventiva de los modelos de utilidad está constituido por todo aquello que antes de la fecha de presentación de la solicitud de protección ha sido divulgado en España. Se regulan brevemente (Artículos 143-154) y por remisión a la patente.

²⁷ El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en su Sentencia núm. 1171/1999 de 31 diciembre - RJ\1999\9757- dejó establecido que el empresario es el titular de la invención laboral, incluso ideada antes de la incorporación a la empresa pero concluida en el seno de la relación laboral por la actividad de investigación objeto del contrato de trabajo, al que equivale a estos efectos el arrendamiento de servicios.

ello). No obstante, algunas de estas materias excluidas²⁸ pueden protegerse mediante el derecho de la propiedad intelectual o mediante la protección del «know how», como más adelante se expondrá.

3.1. Los requisitos de patentabilidad en relación a los conocimientos tradicionales.

Los requisitos de patentabilidad que exige la Ley de Patentes hacen poco viable que los bienes culturales inmateriales, como tales, puedan ser patentados.

A efectos de patentabilidad lo primero que se exige es que exista actividad inventiva y que sea novedosa. Es decir, existe actividad inventiva si la invención no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia (Artículo 8.1 de la Ley de Patentes)²⁹. Es novedoso lo que no está comprendido en el estado de la técnica, que está constituido por todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente se ha hecho

²⁸ Reproducimos aquí el artículo 4 de la Ley de Patentes ([Concepto de patente; inclusiones y exclusiones).

“1. Son patentables las invenciones nuevas, que impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial, aun cuando tengan por objeto un producto que esté compuesto o que contenga materia biológica, o un procedimiento mediante el cual se produzca, transforme o utilice materia biológica.

2. La materia biológica aislada de su entorno natural o producida por medio de un procedimiento técnico podrá ser objeto de una invención, aun cuando ya exista anteriormente en estado natural.

3. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por “materia biológica” la materia que contenga información genética autorreproducible o reproducible en un sistema biológico y por “procedimiento microbiológico”, cualquier procedimiento que utilice una materia microbiológica, que incluya una intervención sobre la misma o que produzca una materia microbiológica.

4. No se considerarán invenciones en el sentido de los apartados anteriores, en particular:

a) Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos

b) Las obras literarias, artísticas o cualquier otra creación estética, así como las obras científicas.

c) Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales, así como los programas de ordenadores.

d) Las formas de presentar informaciones.

5. Lo dispuesto en el apartado anterior excluye la patentabilidad de las invenciones mencionadas en el mismo solamente en la medida en que el objeto para el que la patente se solicita comprenda una de ellas.

6. No se considerarán como invenciones susceptibles de aplicación industrial, en el sentido del apartado 1, los métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico del cuerpo humano o animal ni los métodos de diagnóstico aplicados al cuerpo humano o animal. Esta disposición no será aplicable a los productos, especialmente a las sustancias o composiciones, ni a las invenciones de aparatos o instrumentos para la puesta en práctica de tales métodos.

²⁹ Para establecer si se da este requisitos en el procedimiento de solicitud ante la OEMP se ha formular por expertos el llamado “ Informe Tecnológico de Patentes” (sustituye la expresión tradicional" Informe sobre el Estado de la Técnica" por la disposición adicional 1ª de la Ley 10/2012 de 29 de abril).

accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio³⁰.

Acerca del carácter novedoso de la invención hay que tener en cuenta que una divulgación de la invención acaecida dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud³¹ no se tomará en consideración para determinar el estado de la técnica si ha sido consecuencia de un abuso evidente frente al solicitante, por exhibición de la invención en exposiciones oficiales o de los ensayos, siempre que no impliquen explotación u ofrecimiento comercial del invento (Artículo 7 de la Ley de Patentes).

Por último las invenciones han de ser susceptibles de aplicación industrial. Lo inventado ha de poder ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola (Artículo 9 de la Ley de Patentes).

En relación a la comprobación de los requisitos, hay que recordar que la invención debe ser descrita en la solicitud de patente de manera suficientemente clara y completa para que un experto sobre la materia pueda ejecutarla. (Artículo 25.1 de la Ley de Patentes)³².

Puede observarse que los requisitos enunciados excluyen de patentabilidad a muchos casos de invenciones tradicionalmente conocidos hace tiempo, sin autor determinado por originarse en el acervo común de una colectividad o técnicas artesanales no reproducibles industrialmente. Por supuesto, lo anterior no quiere decir que esos saberes no puedan ser la base de investigaciones posteriores que den lugar a nuevas invenciones que sí cumplan dichos requisitos.

³⁰ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de julio de 1999, RJ 1999/6192, establece que la denegación de registro es procedente, respecto de una técnica innovadora sobre seguros de vida pues las ideas más o menos ingeniosas mientras no lleguen a traducirse en realidad práctica e industrializable por medios mecánico-químicos, químicos o económico-comerciales no son patentables.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 27 de abril de 2011, RJ 2011/37, sí admite la novedad y la actividad inventiva, pues la obtención de una sal de calcio de la atorvastatina no era una deducción inevitable, ni una enseñanza inmediatamente aparente, inequívoca y 100% segura. Al contrario la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de marzo de 1995, RJ 1995/222, rechaza patentar un «procedimiento para desatascar»: por inexistencia de altura inventiva: su fórmula química que se puede obtener en cualquier laboratorio sin ningún aparato especial.

³¹ Así por ejemplo se considera que hay falta de novedad es una utilización que los solicitantes presentan como un ensayo realizada más de tres años antes de que el registro de la patente fuera solicitado, habiendo fabricado el invento- baterías de nichos- y enajenado a diversos ayuntamientos, lo que constituye una explotación industrial (Sentencia del Tribunal Supremo – Sala de lo Civil- de 20 de febrero de 2008, RJ 2008/2928).

³² Si se pretende mantener reservada la invención habrá que optar por protegerla mediante el secreto industrial; sólo excepcionalmente y para supuestos vinculados a la defensa nacional se admiten las patentes secretas, conforme estipula el Artículo 119 de la Ley de Patentes, sobre el secreto de la tramitación de la solicitud de patente. Sobre las interesantes posibilidades de esta publicación puede consultarse *“Las Patentes como Fuente de Información Tecnológica”*. En línea: <http://www.oemp.es>

De hecho, en el artículo 5 de la Ley de Patentes que contiene la lista de prohibiciones a la patentabilidad, es decir, de invenciones potencialmente patentables pero que no pueden serlo por motivos de orden público u ordenación legal³³, se han excluido tradicionalmente algunos claros ejemplos de saberes tradicionales, como son las variedades vegetales y las razas animales (artículo 5.2 de la Ley de Patentes) o los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales o de animales (artículo 5.3 de la Ley de Patentes).

Pero no por eso las normas de la Ley de Patentes carecen de virtualidad a la hora de proteger los bienes culturales inmateriales. Su correcta aplicación deberá impedir que empresas ajenas a dichos saberes logren registrarlos como propios y novedosos y hacerse con los consiguientes derechos de exclusiva y con los beneficios de su explotación económica.

Para lograrlo sería recomendable que las entidades dedicadas a su protección y gestión implementen medidas de vigilancia sistemática sobre la publicación de solicitudes de patente, que pudieran vulnerarlos (por ni ser novedosas ni ser invención del solicitante, y para personarse en el procedimiento administrativo de concesión de la patente³⁴ de manera que publicada la

³³ Así, no serán patentables:

1. Las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a las buenas costumbres, sin poderse considerar como tal a la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria.

En particular, no se considerarán patentables en virtud de lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Los procedimientos de clonación de seres humanos.
b) Los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano.
c) Las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales.
d) Los procedimientos de modificación de la identidad genética de los animales que supongan para éstos sufrimientos sin utilidad médica o veterinaria sustancial para el hombre o el animal, y los animales resultantes de tales procedimientos.

2. Las variedades vegetales y las razas animales. Serán, sin embargo, patentables las invenciones que tengan por objeto vegetales o animales si la viabilidad técnica de la invención no se limita a una variedad vegetal o a una raza animal determinada.

3. Los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales o de animales. A estos efectos se considerarán esencialmente biológicos aquellos procedimientos que consistan íntegramente en fenómenos naturales como el cruce o la selección.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no afectará a la patentabilidad de las invenciones cuyo objeto sea un procedimiento microbiológico o cualquier otro procedimiento técnico o un producto obtenido por dichos procedimientos.

4. El cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y desarrollo, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen.

Sin embargo, un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluida la secuencia total o parcial de un gen, podrá considerarse como una invención patentable, aun en el caso de que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural.

La aplicación industrial de una secuencia total o parcial de un gen deberá figurar explícitamente en la solicitud de patente (Modificado por Ley 10/2002, de 29 de abril).

³⁴ Sobre el complejo procedimiento de solicitud y concesión de patentes puede consultarse “La protección de las innovaciones en España. Patentes, Modelos de utilidad y Diseños industriales”, págs. 8 y sigs. Sobre la posibilidad de acceder a la protección internacional pueden consultarse “La Patente Europea” y “Protección Internacional de las Invenciones La vía del tratado de cooperación en materia de patentes”. En línea: <http://www.oemp.es>

solicitud ilegítima puedan articular una oposición circunstanciada a dicha concesión o, en su caso, solicitar la nulidad de la patente ya concedida.

3.2. Los límites al derecho de exclusiva.

Como es sabido, la patente confiere a su titular derechos de exclusiva, con una duración de veinte años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud (Artículo 49 de la Ley de Patentes)³⁵ siempre que cumpla con sus correspondientes obligaciones: de uso y pago de tasas.

Dicho derecho supone su derecho a usarla y a impedir a cualquier tercero que no cuente con su consentimiento la fabricación, el ofrecimiento, la introducción en el comercio o la importación de los productos patentados o directamente obtenidos por el procedimiento objeto de la patente o la utilización de un procedimiento patentado, en los términos del artículo 50 de la Ley de Patentes. Si una patente tiene por objeto un procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos, se presume, salvo prueba en contrario, que todo producto o sustancia de las mismas características ha sido obtenido por el procedimiento patentado (Artículo 61,2 de la Ley de Patentes).

En caso de violación de ese derecho de patente, los artículos 62 a 71 de la Ley de Patentes conceden al titular acciones de cesación de la violación y para evitar que ésta prosiga, el embargo de los objetos producidos o importados con violación de su derecho y de los medios principalmente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado (los productos o medios embargados serán atribuidos en propiedad al titular o destruidos), la indemnización de daños y perjuicios (incluido el desprestigio de la invención patentada y los gastos de investigación) y la publicación de la sentencia condenatoria del infractor³⁶.

Sin embargo, no es cierta la extendida idea de que obtenido el derecho de patente, por ejemplo patentándose saberes tradicionales por una gran empresa, la ley permita al titular excluir absolutamente a los demás de todo uso de la invención. De hecho, el artículo 52 de la Ley de Patentes establece una serie de casos en que esa invención puede ser lícitamente usada y aprovechada por quienes no son titulares.

³⁵ Aunque la patente produce sus efectos desde el día en que se publica la mención de que ha sido concedida, ya a partir de la fecha de su publicación, la solicitud de patente confiere a su titular una protección provisional en los términos del artículo 59 de la Ley de Patentes.

³⁶ Además de la protección directa la ley la llamada protección indirecta en el artículo 51 de la Ley de Patentes, concediendo al titular impedir que sin su consentimiento cualquier tercero entregue u ofrezca entregar medios para la puesta en práctica de la invención patentada relativos a un elemento esencial de la misma, supuesto que puede dificultar seriamente el derecho a experimentar e investigar. Sobre la problemática de estas facultades puede consultarse Framiñán Santas, J." *La prohibición de explotación indirecta de la patente: su función y naturaleza*" Aranzadi Civil num. 6/2010. En línea: <http://www.westlaw.es>. BIB 2010\1533

En general, la explotación del objeto de una patente no podrá llevarse a cabo en forma contraria a la Ley, la moral, el orden público o la salud pública, y estará supeditada a las prohibiciones y limitaciones que se establezcan por disposiciones legales (Artículo 57 de la Ley de Patentes).

En concreto, en su artículo 52, se excluyen los actos realizados en el ámbito privado y con fines no comerciales o con fines experimentales (en particular los estudios y ensayos realizados para la autorización de medicamentos genéricos) y las formulas magistrales de las farmacias³⁷.

Tampoco tiene el titular derecho a impedir que quienes de buena fe y con anterioridad a la fecha de prioridad de la patente hubiesen venido explotando la invención prosiga haciéndolo en la medida adecuada para atender a las necesidades razonables de su empresa (en los términos del artículo 54 de la Ley de Patentes)³⁸.

4. Protección de elementos del patrimonio cultural mediante el diseño industrial

Las creaciones novedosas puramente de forma (diseño) se protegen mediante la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial (Ley 20/2003, de 7 de julio). Se precisa su registro en la OEPM y otorga derechos de exclusiva con una duración de hasta veinticinco años (con renovación cada cinco)³⁹.

A estos efectos se entiende por diseño: la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto, que se derive de sus características, en particular, las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación., incluidas las piezas destinadas a su montaje en un

³⁷ Es decir, a la preparación de medicamentos realizada en las farmacias extemporáneamente y por unidad en ejecución de una receta médica ni a los actos relativos a los medicamentos así preparados (Artículo 52.1.c) de la Ley de Patentes). No afecta tampoco a las patentes incluidas en medios de transporte *in itinere*, ni cuando opera el agotamiento comunitario (para patentes de producto: a los actos relativos a un producto protegido por ella después de que ese producto haya sido puesto en el comercio en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea por el titular de la patente o con su consentimiento).

³⁸ Dicho artículo 54 (Sobre el derecho del explotador anterior de buena fe) ordena:

1. El titular de una patente no tiene derecho a impedir que quienes de buena fe y con anterioridad a la fecha de prioridad de la patente hubiesen venido explotando en el país lo que resulte constituir el objeto de la misma, o hubiesen hecho preparativos serios y efectivos para explotar dicho objeto, prosigan o inicien su explotación en la misma forma en que la venían realizando hasta entonces o para la que habían hecho los preparativos y en la medida adecuada para atender a las necesidades razonables de su empresa. Este derecho de explotación sólo es transmisible juntamente con las empresas.

2. Los derechos conferidos por la patente no se extienden a los actos relativos a un producto amparado por ella después de que ese producto haya sido puesto en el comercio por la persona que disfruta del derecho de explotación establecido en el apartado anterior.

³⁹ Los derechos conferidos son sumamente similares a los concedidos por la patente. Una introducción al tema puede consultarse en “La protección de las Innovaciones en España. Patentes, Modelos de Utilidad y Diseños Industriales”. En línea: <http://www.oemp.es>

producto complejo, el embalaje, la presentación, los símbolos gráficos y los caracteres tipográficos.

La Ley establece que Podrán registrarse los diseños que sean nuevos y posean carácter singular (artículo 5 Ley del Diseño Industrial).

Se considerará que un diseño es nuevo cuando ningún otro diseño idéntico ha sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro y que posee carácter singular cuando produce una impresión general diferente a otros diseños en el usuario informado⁴⁰.

La ley se aplica pues a artículos tanto industriales como artesanales y en este sentido puede ser una vía valiosa para proteger creaciones de artesanos producidas con técnicas o conocimientos tradicionales; sin embargo, la exigencia de que el diseño sea novedoso impediría que se puedan proteger aquellas que se limiten a reproducir objetos según sus diseños tradicionales, muchos de ellos usados desde tiempos inmemoriales.

No obstante, eso no quiere decir que en ningún caso las técnicas artesanales o diseños tradicionales puedan ser objeto de la protección de esta ley. Por aportar un simple ejemplo, si mediante técnicas artesanales tradicionales se realizan diseños novedosos y distintos de los habituales o si diseños tradicionales ya conocidos, de vidriería o encaje, se trasponen a otras disciplinas, como el diseño de joyas, obviamente se cumplirían los requisitos legales.

También conviene recordar que el derecho sobre el diseño puede convivir perfectamente de forma acumulada con derechos de marca (el diseño puede ser registrado también como marca gráfica o tridimensional) y de propiedad intelectual⁴¹.

⁴⁰ Se considerará que un diseño es nuevo cuando ningún otro diseño idéntico haya sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro (Se considerarán idénticos los diseños cuyas características difieran sólo en detalles irrelevantes - artículo 6 de la Ley del Diseño Industrial-).

Se considerará que un diseño posee carácter singular cuando la impresión general que produzca en el usuario informado difiera de la impresión general producida en dicho usuario por cualquier otro diseño que haya sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro (artículo 7 de la Ley de Diseño Industrial). Para determinar si el diseño posee carácter singular se tendrá en cuenta el grado de libertad del autor para desarrollar el diseño. Se considerará que un diseño ha sido hecho accesible al público cuando haya sido publicado, expuesto, comercializado o divulgado de algún otro modo antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro 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 (artículo 9). No se considerará que el diseño haya sido accesible al público por el hecho de haber sido comunicado a un tercero bajo condiciones tácitas o expresas de confidencialidad. También se consideran divulgaciones inocuas la información facilitada o los actos realizados por el autor durante el período de doce meses que preceda a la fecha de presentación. (Artículo 10 de la Ley de Diseño Industrial).

⁴¹ Los bienes culturales protegidos mediante propiedad intelectual pueden reproducirse, por ejemplo, como estampado en textiles o como ornamentación de tazas o vajillas; obviamente obteniendo previamente las correspondientes cesiones de derechos.

5. Protección del patrimonio cultural mediante la Ley de Competencia Desleal.

La extraordinaria amplitud y complejidad de la regulación que prohíbe y sanciona los actos desleales excede con mucho el ámbito de este artículo, pero no podemos omitir unos breves comentarios sobre sus puntos más interesantes, algunos ya mencionados en apartados anteriores.

La regulación contenida en la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991 viene a operar como límite jurídico al ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica en el mercado, estableciendo que los actos que se realicen en el mercado con una finalidad concurrencial⁴² se ajusten a unos parámetros de buenas prácticas.

El sistema se articula en torno a una cláusula general⁴³ que establece que “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe” (Artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal), seguido de un amplio listado de actos que se consideran de competencia desleal (artículo 5 y siguientes. de la Ley de Competencia Desleal); entre otros, se incluyen los actos de imitación, de confusión, de engaño o de denigración del competidor, la explotación de la reputación ajena, la violación de secretos, la inducción a la infracción contractual, la publicidad ilícita o la violación de normas que conlleve una ventaja para el infractor.⁴⁴

⁴² El artículo 2. de la Ley de Competencia Desleal establece que: “Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.” Incluso las actividades de carácter no lucrativo con incidencia en el mercado son incluidas en este concepto: han sido frecuentes (aunque no exitosas) las demandas de empresas -academias o centros deportivos- contra entidades locales por ofertar actividades deportivas o formativas (informática, idiomas) sin coste o a precios reducidos (como puede comprobarse, entre otras muchas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1ª) Sentencia núm. 136/2004 de 15 mayo -AC 2004\927-).

⁴³ La jurisprudencia tiene establecido que no cabe utilizar la norma general, ni en invocación conjunta, ni sustitutiva, para obtener la sanción de una conducta cuando no puede encuadrarse en un determinado supuesto típico no resulta posible, bien por la restricción legal de éste, o bien porque en el supuesto fáctico histórico falta alguno de los elementos exigidos por el tipo El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en su reciente sentencia núm. 101/2012 de 7 marzo. -JUR 2012\127728- afirma que; “la cláusula general del artículo 5 LCD no formula un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes, sino que establece una verdadera norma jurídica en sentido técnico, pues tipifica un comportamiento de competencia desleal, de modo que no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican actos en particular, sino que la aplicación ha de realizarse de forma autónoma”.

⁴⁴ Es importante consultar la definición de cada acto de competencia desleal: ya que en su descripción se refiere tanto a supuestos de deslealtad, como a las características o elementos que excluyen dicha deslealtad. Entre otros, podemos mencionar, que la violación de normas implica deslealtad cuando supone prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva (que ha de ser significativa). adquirida mediante la infracción de las leyes y la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor en principio es libre salvo cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado, pero no si se limita a ésta.

Las conductas que infringen el ius prohibendi atribuido a los titulares de derechos de propiedad intelectual e industrial simultáneamente pueden constituir⁴⁵ actos ilícitos según los arts. 5 y 12 de la Ley de Competencia Desleal, si bien los Tribunales suelen considerar que estos casos deben resolverse mediante aplicación preferente de la legislación protectora de la propiedad industrial o intelectual, porque protegen más intensamente los intereses de los titulares perjudicados⁴⁶.

5.1. Los actos de engaño al consumidor como acto de competencia desleal.

Hoy en día, un sector significativo de los consumidores otorga un plus de valor, por citar sólo algunos casos, a la elaboración artesanal con técnicas tradicionales de los objetos o a la adquisición de productos a base de sustancias ecológicas en cosmética; no digamos ya si dichas sustancias han sido elaboradas mediante procedimientos ancestrales por etnias de países lejanos y obtenidos mediante el llamado “comercio justo”. Por supuesto, es perfectamente lícito que se publiciten dichos productos destacando esas cualidades atractivas para el consumidor, siempre y cuando tales afirmaciones sean estrictamente ciertas.

La Ley de Competencia Desleal proscribire tanto los actos de engaño⁴⁷ como los actos de aprovechamiento de la reputación ajena⁴⁸. Es inadmisibles proporcionar información falsa o que pueda inducir a error a los destinatarios

⁴⁵ Es interesante el supuesto considerado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª).núm. 115/2006 de 30 marzo -AC\2006\1622-. Se trataba sobre el aprovechamiento por la demandada de obras de Dalí y de los elementos que decoran el museo en la promoción de un hotel y en su inauguración (hormigas en la fachada del hotel, en las corbatas de los empleados y en el vehículo de promoción del hotel); se admite la infracción del derecho de autor pero no se considera que exista deslealtad dada la ausencia de finalidad concurrencial.

⁴⁶ Como se reitera recientemente por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), en su sentencia núm. 420/2011 de 21 octubre.-JUR 2012\73553-,

⁴⁷ El artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal (Actos de engaño) establece:

“1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:

a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio.

b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.”

⁴⁸ El artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal (Explotación de la reputación ajena) establece:

“Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelo», «sistema», «tipo», «clase» y similares.”

sobre algún aspecto del bien o servicio (naturaleza, características, origen geográfico, procedimiento de fabricación) .Igualmente se condena el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas, incluso si se e matiza tal información (añadiendo expresiones como «sistema», «tipo» o similares).

Además, la última reforma de la Ley (que fue modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre) reforzó la protección de los consumidores, añadiendo un nuevo Capítulo III, sobre “Prácticas comerciales con los consumidores o usuarios”⁴⁹ que contiene una serie de supuestos de malas prácticas que sufre específicamente este colectivo,

Entre ellas cabe destacar, por su especial aplicación a quien se atribuya falsamente una actividad empresarial relacionada con los bienes culturales inmateriales, la prohibición de las llamadas prácticas engañosas por confusión (Artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal), es decir, promocionar un bien o servicio similar al comercializado por un determinado empresario o profesional para inducir de manera deliberada al consumidor a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto.

También han de mencionarse las prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad (Artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal⁵⁰), que condena como desleal, entre otras, el afirmar sin ser cierto que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado (como pueden ser los vinculados a la puesta en práctica de técnicas o conocimientos tradicionales o los que controlan el uso de signos distintivos colectivos que acreditan la elaboración tradicional o artesana, el cultivo ecológico, las prácticas de comercio justo o similares) o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización.

⁴⁹ Se trata de los extensos artículos 21 a 31, ambos inclusive, si bien muchas de las conductas concretan supuestos de prácticas desleales ya existentes o que podían incluirse en la cláusula general. Para más detalle puede consultarse: Leñena Mendizábal, E.- Irákulis Arregi, N. “ *La reforma del Derecho Español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la Ley 29/2009*”. Publicación: Aranzadi Civil num. 6/2010. En línea: <http://www.westlaw.es> BIB 2010\1532.

⁵⁰ El artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal (Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad) establece:

“1. Se reputan desleales por engañosas, las prácticas comerciales que afirmen sin ser cierto:

- a) Que el empresario o profesional está adherido a un código de conducta.
- b) Que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación.
- c) Que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización.

2. La exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización, es igualmente, en todo caso, una práctica comercial desleal por engañosa.

Por supuesto, si tales informaciones se hacen por medio de mecanismos publicitarios, además estaremos ante un supuesto de publicidad ilícita y desleal (Artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal)⁵¹,

5.2 .La violación de secretos como acto de competencia desleal.

En aquellos casos en que las técnicas o los conocimientos especializados, incluidos o derivados de los bienes culturales inmateriales, se consideren secreto industrial o de empresa se considera desleal su violación, ya sea mediante su divulgación ilícita por quien tenga acceso a ellos o por su obtención ilegal por terceros⁵².

Con todo, hay que matizar que la mera experiencia profesional adquirida por un empleado no puede considerarse un secreto empresarial de la empresa empleadora ni es exigible que quien deja una empresa para trabajar en otra dedicada a la misma actividad prescinda absolutamente de todo lo aprendido en la primera; pudiendo aprovechar lícitamente su experiencia y conocimientos (así se pronuncia, reiterando su doctrina anterior, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, en su reciente sentencia núm. 48/2012 de 21 de febrero-RJ 2012\4630-).

5.3. La utilización o aprovechamiento ilícito del «know how» ajeno como acto de competencia desleal.

Como es sabido, el «know how» o saber hacer, que debe transmitirse del franquiciador al franquiciado, es un requisito básico y esencial contenido del contrato de franquicia⁵³, aunque también integra frecuentemente las prestaciones incluidas en contratos de distribución, de ingeniería o de transferencia de tecnología.

Ha de destacarse la extraordinaria amplitud con que la jurisprudencia define este concepto, de modo que puede amparar perfectamente múltiples

⁵¹ Sobre esta cuestión tan interesante pueden consultarse; Leñena Mendizábal, E.- Irákulis Arregi, N." *La publicidad ilícita y el estudio de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales*": Aranzadi Civil num. 12/2007. En línea: <http://www.westlaw.es>. -BIB 2007\1097- y Curto Polo, M." *Notas sobre la publicidad engañosa y su tratamiento jurisprudencial*." Publicación: Aranzadi Civil num. 17/2000 En línea: <http://www.westlaw.es>.

⁵² El artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal (Violación de secretos) establece expresamente:

"1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14.

2. Tendrá asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.

3. La persecución de las violaciones de secretos contempladas en los apartados anteriores no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto."

⁵³ Artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y art. 2,1 del Real Decreto 201/2010, de 26 febrero

actividades vinculadas a las técnicas o conocimientos tradicionales, tanto en su enseñanza o transmisión, como en la producción de bienes o en la oferta de servicios realizadas utilizando dichos conocimientos.

Así, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en su Sentencia núm. 754/2005 de 21 de octubre -RJ\2005\8274- y en concreto en su Fundamento de Derecho Segundo⁵⁴, acepta que no hay un concepto preciso del «know how» y que además varía en relación con las distintas modalidades de franquicia o sector de mercado, pudiendo referirse a “conocimientos secretos

⁵⁴ Reproducimos parte de dicho fundamento para su mejor valoración: “El principal problema consiste en determinar que cabe entender por «know how», «saber como», si bien en la traducción al castellano del Reglamento Comunitario 4087/88 (se utiliza la expresión «saber hacer», procedente de la versión francesa «savoir faire», (así también el RD 2.485/98, de 13 de nov). aunque ya cabe adelantar que no hay un concepto preciso, y que además varía en relación con las distintas modalidades de franquicia y sector de mercado a que se refiere, o incluso cuando opera con autonomía. La doctrina pone de relieve la evolución de su ámbito, que circunscrito primero a los «conocimientos secretos de orden industrial», se extendió posteriormente a los de «orden comercial», es decir, pasó a identificarse con conocimientos secretos referidos indistintamente al campo industrial o comercial, incluidos los aspectos organizativos de la empresa, –secreto empresarial–. Se resalta también la tendencia a un concepto más genérico, en el sentido de conectar el «know how» con la experiencia –conocimientos de orden empírico (adquisición progresiva, fruto de la experiencia en el desempeño de una actividad industrial o comercial o fruto de una tarea de investigación y experimentación)–, con la cualificación del especialista y con un menor grado de confidencialidad. En sentido amplio se le ha definido como «conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación». Cabe indicar como notas caracterizadoras: el secreto, entendido como difícil accesibilidad (no es generalmente conocido o fácilmente accesible por lo que parte de su valor reside en la ventaja temporal que su comunicación confiere al franquiciado o licenciataria), y valoración de conjunto o global, es decir, no con relación a los elementos aislados, sino articulados; sustancialidad, entendida como utilidad (ventaja competitiva); identificación apropiada y valor patrimonial (aunque, en realidad, está ínsito en la utilidad). El art. 1.3, f) del Reglamento 4.087/88 (que es aplicable a las franquicias de distribución) define el «Know how» como el conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, sustancial e identificado, concretando estos conceptos en las letras g), h) e i) del propio apartado 3 del art. 1. En la doctrina jurisprudencial, la Sentencia de 24 de octubre de 1979 recoge un concepto descriptivo diciendo que «lo que doctrinalmente se denomina «Know How», es decir, «el saber hacer», puede tener por objeto elementos materiales y elementos inmateriales, bien se considere que sea un bien en sentido jurídico, determinado por tratarse de una situación de hecho consistente en que las circunstancias de la empresa que constituye el objeto del secreto son desconocidas para terceros o que el aprendizaje o la adquisición de experiencias por éstos puede resultar dificultoso, o ya que se trata de un bien en sentido técnico jurídico, por poseer las características propias de esta idea, como son el valor patrimonial y la entidad para ser objeto de negocios jurídicos, integrante de un auténtico bien inmaterial». Y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, donde es objeto de numerosos pronunciamientos relacionados con contratos de franquicia, se manifiesta con una gran amplitud, y así se hace referencia a «metodología de trabajo»; «técnicas operativas»; «técnicas comerciales ya experimentadas»; «conjunto de conocimientos técnicos o sistemas de comercialización propios de franquiciador, como rasgo que le diferencia de otras empresas que comercian en el mismo tráfico»; «conjunto de técnicas y métodos para la instalación, comercialización y explotación, identificándose en la presentación de los locales, servicios prestados, productos, política de publicidad...».

referidos indistintamente al campo industrial o comercial, incluidos los aspectos organizativos de la empresa, –secreto empresarial–, a “conocimientos de orden empírico (adquisición progresiva, fruto de la experiencia en el desempeño de una actividad industrial o comercial o fruto de una tarea de investigación y experimentación), con la cualificación del especialista y con un menor grado de confidencialidad” o incluso a un “conjunto de técnicas y métodos para la instalación, comercialización y explotación, identificándose en la presentación de los locales, servicios prestados, productos, política de publicidad..”

Conviene recordar que en la sentencia citada⁵⁵, se responde al cuestionamiento de que la conducta enjuiciada fuera ilícita, dado el escaso valor u originalidad del conocimiento transmitido (que consistía en el «know how» para la comercialización de prendas infantiles, con la obligación de utilizar el rótulo común, con los distintivos, colores, métodos de decoración, escaparates y servicios de venta fijados) y la falta de derechos de exclusiva que se hubieran vulnerado. Pues bien, el Tribunal Supremo determina que si bien el «know how» de la empresa demandante no se integra en otro derecho de exclusiva reconocida por la Ley, en cuyo caso operaría la protección de ésta, teniendo la Ley de Competencia Desleal carácter complementario, sin embargo sí goza de la protección por competencia desleal, pues aunque en la Ley de Competencia Desleal se establece –artículo 11.1– el principio de libre imitación de las prestaciones - creaciones– empresariales ajenas, esta norma general tiene como excepción lo dispuesto en el artículo 11.2, párrafo primero, que la declara ilícita cuando la imitación de las creaciones de un tercero resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno⁵⁶.

Con mayor razón, conocimientos más complejos, valiosos y especializados, como serían los derivados de los bienes culturales inmateriales, serían acreedores de esa protección de ese *saber hacer* tanto por vía contractual

⁵⁵ El supuesto enjuiciado versaba sobre la utilización o aprovechamiento ilícito del «know how» de la demandante, al ser tal explotación posterior a la ruptura del contrato de franquicia:

⁵⁶ El artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal (Actos de confusión) establece que:

“Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.

El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica”

El artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal (Actos de imitación) establece que:

“1. 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.

2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica”.

(violación por incumplimiento de las obligaciones contractuales) como por la vía de la represión de la competencia desleal.



LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y DE LOS RECURSOS GENÉTICOS EN LA OMPI Y EN EL CDB

Asha SUKHAWANI ¹

Resumen:

La protección de los Recursos Genéticos y de los Conocimientos Tradicionales se debate en distintos foros, como son la OMPI (*Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*) y el CDB (*Convenio sobre Diversidad Biológica*), debido a las patentes relacionadas con la biodiversidad y con los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.

La OMPI inició en 2001 un “*Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore*” (IGC) que, actualmente, tiene el mandato de negociar un instrumento internacional para la protección de conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos.

Abstract:

The protection of Genetic Resources and Traditional Knowledge is discussed in different fora, such as WIPO (*World Intellectual Property Organization*) and CBD (*Convention on Biological Resources*), as there are patents related to biodiversity and to traditional knowledge associated to genetic resources.

WIPO started in 2001 an “*Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*” (IGC) which, nowadays, has the new mandate to negotiate a international instrument for the protection of traditional knowledge, traditional cultural expressions and genetic resources.

Palabras Claves: Propiedad Intelectual - Patentes - Diversidad Biológica – Recursos Genéticos - Conocimientos Tradicionales,

Keywords: Intellectual Property - Patents - Biological Diversity – Genetic Resources - Traditional Knowledge.

¹ Asha Sukhwani: Licenciada en Ciencias Biológicas por la Universidad Complutense de Madrid. Es Técnico Superior Examinador en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM). Ha representado a la OEPM en el CDB y en el *Comité IGC de OMPI*. E-mail: asha.sukhwani@oepm.es. OEPM: Pº Castellana, 75, Madrid.

Introducción

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, en inglés WIPO), creada en 1967, es una agencia especializada de Naciones Unidas cuyo mandato es fomentar la protección de la “propiedad intelectual” en todo el mundo mediante la cooperación de los Estados.

La OMPI tiene su sede en Ginebra (Suiza) y cuenta actualmente con 185 países que Estados Miembros de la OMPI.



Propiedad Intelectual

Se refiere a creaciones de la mente y a todos los derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos literario, artístico, científico e industrial.

La propiedad intelectual se divide generalmente en dos categorías principales:

Derechos de Autor, cuyo objeto son las obras literarias y artísticas, obras dramáticas, musicales, películas, pinturas, fotografías, esculturas, programas de ordenador, bases de datos y diseños arquitectónicos.

Propiedad Industrial que tiene por objeto las patentes, los modelos de utilidad, los dibujos y modelos industriales, las marcas de productos y servicios, los nombres comerciales, las indicaciones geográficas y denominaciones de origen.

Además, también se consideran propiedad intelectual las **Obtenciones vegetales** que protegen “Variedades vegetales” por un sistema *sui generis*, concebido específicamente para abordar de estas obtenciones. A nivel internacional, estas obtenciones son concedidas por la **UPOV** (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales), organismo situado en el mismo edificio de la OMPI.

Tratados gestionados por OMPI

Las principales actividades de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual son:

- Facilitar nuevos tratados internacionales y la modernización de legislaciones nacionales.
- Administrar más de veinte tratados internacionales referentes a: Derechos de Autor, Patentes, Dibujos y Modelos Industriales, Marcas, etc.
- Gestionar servicios que facilitan la protección de invenciones, marcas, dibujos



y modelos industriales que necesitan protección en varios países, como el **Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT, *Patent Cooperation Treaty*)** firmado en Washington en 1970; el Arreglo de La Haya relativo al depósito de dibujos y modelos industriales, y el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas de 1891 y el Protocolo de este Arreglo de 1989.

- Asesorar y asistir técnicamente a los países en desarrollo dentro del programa de cooperación al desarrollo.



Estos Tratados fueron negociados y adoptados por los Estados Miembros de la OMPI y su objetivo es la simplificación del sistema de administración y aplicación de la propiedad intelectual a escala internacional puesto que los derechos de propiedad intelectual están sujetos a limitaciones territoriales y sólo tienen validez dentro de la jurisdicción del país que otorga esos derechos (OMPI, 2001).

Protección a nivel nacional

A nivel nacional, la protección de las distintas categorías de propiedad intelectual corre a cargo de distintas autoridades o ministerios, variando según los países.

Así, en España, los 'Derechos de Autor' los gestiona el Ministerio de Cultura. La 'Oficina Española de Patentes y Marcas' (**OEPM**), Organismo Autónomo del Ministerio de Industria, se encarga de la gestión y concesión de los Derechos de Propiedad Industrial (patentes, marcas, diseños industriales), mientras que las Obtenciones Vegetales, Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen están a cargo del Ministerio de Agricultura.

Objetivos de los Derechos de Propiedad Intelectual

Los Derechos de Propiedad Intelectual son derechos concedidos por una autoridad estatal con el fin de equilibrar dos objetivos:

- (a) recompensar a los creadores por la innovación
- (b) aumentar el acervo científico, tecnológico y cultural de la sociedad

En los países industrializados se ha demostrado, desde el siglo XIX y a lo largo del siglo XX, que estos derechos han cumplido una función importante para aumentar las innovaciones en la sociedad industrial, especialmente, las invenciones que se protegen por patentes.

Las Patentes de Invención

Se considera “invención” una solución concreta nueva a un problema técnico determinado. La Patente es un título otorgado por el Estado por el que se reconoce un derecho exclusivo temporal sobre la invención protegida.

Para que una invención sea patentable tiene que cumplir con tres requisitos: **novedad, actividad inventiva y aplicación industrial.**

En general, no se consideran invenciones:

- a) los descubrimientos, teorías científicas y métodos matemáticos.
- b) obras literarias, estéticas y artísticas.
- c) planes, reglas y métodos intelectuales, económico-comerciales o para juegos, o software.
- d) formas de presentar información
- e) métodos de diagnóstico, tratamiento quirúrgico o terapéutico aplicado al cuerpo humano o animal

La mayoría de las Leyes de Patentes de casi todos los países contemplan excepciones a la patentabilidad:

- no se consideran invenciones patentables las contrarias al orden público y a la moralidad,
- ni las variedades vegetales, razas animales o los procedimientos esencialmente biológicos para producir plantas y animales.

El caso general, es que el solicitante tiene derecho a la titularidad de la patente y puede ser una persona o varias personas físicas o una entidad jurídica como una empresa, una universidad, etc. El titular o solicitante se lleva los beneficios que se consiguen con la explotación de la patente en condiciones de derecho exclusivo.

En países como Estados Unidos, el inventor es el que tiene derecho a la patente. También pueden darse distintos supuestos como coincidir el solicitante y el inventor, o existir una co-titularidad.

Protección para los inventores

En efecto, los inventores solicitan para sus inventos el derecho de explotación en exclusiva durante 20 años.

Pero para que se les conceda este derecho, el titular se compromete a describir su invención suficientemente para que un experto medio en la materia pueda ejecutar la invención.

La Oficina de Patentes examina esta descripción para asegurarse de que se puede reproducir y publica un folleto de la memoria completa de la solicitud que

se distribuye en las bases de datos de patentes de todo el mundo con lo que se consigue aumentar el acervo tecnológico de la sociedad.

De esta forma, en cada folleto de publicación de una solicitud está descrita una tecnología (descripción técnica).

Información Tecnológica

Se conocen mucho las patentes como “Derechos exclusivos” (protección jurídica) pero muy poco como **fuentes de información tecnológica**. Sin embargo, este segundo objetivo es el más importante porque las solicitudes de patente se publican y divulgan antes de saber si se van a conceder o no (folleto con divulgación tecnológica a nivel mundial frente a protección jurídica en el país donde se solicita y con carácter temporal).

Actualmente, las oficinas de patentes le dan mucha importancia a las patentes como fuente de información.

Se consideran fuentes de Información Tecnológica:

- * Contactos directos
- * Exposiciones. Congresos. Conferencias
- * Literatura profesional y científica
- * Literatura Patente (documentos publicados de patentes)

Documento de Patente

Muchas de las tecnologías innovadoras desarrolladas en los países industrializados no se llegan a publicar en libros ni en revistas.

Sin embargo, estas tecnologías están descritas, tanto a nivel teórico como práctico, con ejemplos y dibujos, en un sistema universal de publicación de inventos: los documentos de patente.

Las solicitudes de patente, en la mayoría de los países, se publican a los **18 meses** de su presentación con el objeto de divulgar la información tecnológica contenida en ellas. A estas publicaciones se les conoce como ‘**Documentos de Patente**’ y se les asigna un número alfanumérico único que empieza con las dos letras del país donde se ha solicitado la protección, seguida del número secuencial designado por esa oficina (ES 2113342), es lo que se conoce como publicación a nivel A.

Posteriormente, tras un informe de novedad y de actividad inventiva, y un período de oposiciones, si se llegan conceder, se publican las patentes concedidas (B). Si se deniegan, no aparece esta segunda publicación.

La ventaja de los documentos de patente es que describen la tecnología punta en ese sector de la técnica, objeto de la invención, de forma estructurada, en una **descripción, reivindicaciones, figuras** (si fuera necesarias).

Además contienen un **resumen** que junto con el título se publica en la Primera Página y se incorpora a las bases de datos.

Así, el folleto que publican las oficinas con cada solicitud de patente contiene una **PRIMERA PÁGINA** en la que figuran los datos bibliográficos con referencias normalizadas a escala mundial de fecha de presentación (22), prioridad (30), publicación (43), así como los datos del solicitante y su dirección (71), datos del inventor (72), la clasificación internacional (51), el título de la solicitud (54) y el resumen (57), haciendo fácilmente localizable al titular para cualquier tercero interesado en esa tecnología.

A continuación y en páginas sucesivas, el folleto contiene la descripción y las reivindicaciones (en inglés, claims).

 OFICINA ESPAÑOLA DE PATENTES Y MARCAS ESPAÑA		
		① Número de publicación: 2 370 224 ② Número de solicitud: 201030732 ③ Int. Cl.: A61K 8/97 (2006.01) A61K 8/92 (2006.01) A61Q 13/00 (2006.01)
SOLICITUD DE PATENTE A1		
② Fecha de presentación: 18.05.2010 ④ Fecha de publicación de la solicitud: 13.12.2011 ⑤ Fecha de publicación del folleto de la solicitud: 13.12.2011	⑦ Solicitante/s: Marcos Jesús Sáenz López Hueca, 5 - 4º E 26002 Logroño, La Rioja, ES Rubén Sáenz López y José Mustu Pérez ⑧ Inventor/es: Sáenz López, Rubén y Sáenz López, Marcos Jesús ⑨ Agente: Ungria López, Javier	
④ Título: Formulación aromática para productos perfumados y composiciones cosméticas, procedimiento de obtención y uso.		
⑤ Resumen: Formulación aromática para productos perfumados y composiciones cosméticas, procedimiento de obtención y uso. La presente invención se refiere a una formulación aromática caracterizada porque comprende una base alcohólica de vino calificado con denominación de origen Rioja y diferentes aceites vegetales, entrados tanto de subproductos de la elaboración de dicho vino como de materia biológica vegetal de vides amparadas por la denominación de origen Rioja, pudiendo proceder también de otras especies autóctonas de plantas y árboles. La presente invención comprende también cualquier producto perfumado obtenido a partir de dicha formulación, especialmente las composiciones cosméticas, así como el procedimiento de obtención de ambos, formulación y producto perfumado. Dicho procedimiento de obtención de la formulación se caracteriza porque ésta se prepara en barricas utiliza-		

La **descripción** debe ser clara y completa, hace alusión al estado de la técnica anterior y se describe la invención de forma completa, señalando el modo preferido de realización de la invención (apoyada en ejemplos o figuras).

Las **reivindicaciones** protegen las características técnicas nuevas de la invención, son por tanto las que definen legalmente el alcance de la protección de la patente (protección jurídica).

Niveles de Publicación

La Oficina de Patente y Marcas, publica dos niveles de folletos referentes a una invención: la Solicitud de Patente (nivel **A**) y la patente concedida (nivel **B**).

Publicación de las solicitudes de patentes (A).-

La mayoría de las oficinas de patentes publican las solicitudes de patentes a los 18 meses de su presentación (generalmente, se conocen como publicaciones "A").

Cualquier persona puede pedir copias de las solicitudes publicadas o incluso conseguirlas de Internet.

Publicación de Patentes Concedidas (B).-

Posteriormente, la solicitud continúa con la tramitación: Examen de novedad y de actividad inventiva.

Tras lo cual la solicitud se CONCEDE o se DENIEGA (proceso que suele tardar 3 a 4 años).

- Si la solicitud se concede, se publica otro folleto como Patente concedida (publicaciones "B"). A partir de ahí, sí empieza la protección jurídica de explotación en exclusiva en aquellos países donde se haya solicitado la protección.

- Si la solicitud se deniega, nunca aparece esta segunda publicación.

Es decir, la tecnología se publica (A) sin saber si se va a proteger o no jurídicamente (B).

Límite temporal de protección de las Patente

El derecho exclusivo que otorga una patente es de **20 años**, en la mayoría de los países, pero requieren para mantener el derecho el pago de tasas anuales de mantenimiento, tasas que son **crecientes**.

Tras este período, o si el solicitante no paga las tasas anuales, las patentes caen en dominio público y la tecnología descrita en el documento están disponible para su libre utilización a nivel comercial.

Protección de invenciones en otros países

Aunque a nivel tecnológico, la solicitud se difunde a nivel mundial, a nivel jurídico, se protege tan sólo en el país donde se solicita la patente.

El solicitante tiene un periodo de **12 meses** desde la fecha de presentación de su solicitud para presentarla en otros países miembros del '**Convenio de la Unión de París**' y de la '**Organización Mundial del Comercio**' (OMC), manteniendo como fecha de presentación la de la solicitud inicial.

Este '**derecho de prioridad**' puede generar una '**familia de patentes**' (varias solicitudes que se basan en la misma prioridad, o dicho de otro modo, que protegen la misma invención en distintos países del mundo).

Además, de las patentes nacionales que concede las oficinas nacionales de patente (ES, FR, US), existen patentes regionales como la Patente Europea (EP) y la Patente Internacional que las gestiona la OMPI (WO).

ÁMBITO GEOGRÁFICO DE PROTECCIÓN

- **Patente Nacional**

Se solicita en un país: España (ES), Francia (FR), Gran Bretaña (GB), Alemania (DE), Estados Unidos (US), China (CN), Japón (JP), Australia (AU), Nueva Zelanda (NZ), etc.

- **Patente Regional**

Solicitud para un conjunto de países: Patente Europea (30 países de Europa) se estableció en el Convenio sobre la Patente Europea (CPE) en Múnich, en 1973. En

África existen las patentes regionales administradas por ARIPO (inglés) y por OAPI (francés).

- **Patente Internacional**

Sistema PCT (Patent Cooperation Treaty) permite solicitar protección para una invención en cada uno de los Estados partes (actualmente 185 países) mediante una única solicitud internacional.

No se trata de un procedimiento de concesión ni sustituye a las concesiones nacionales. Está gestionado por la OMPI.

El doble papel de las patentes

En resumen, las patentes no solo sirven para proteger las innovaciones técnicas de los inventores sino también, y más importante, son de utilidad por la información técnica y tecnológica que incluyen. Hay que distinguir entre protección jurídica e información tecnológica contenida en los documentos. El uso de esta información no está expuesto a acciones legales en contra por parte del titular de la patente ya que es la base para el avance tecnológico.

Los documentos de patente como fuente de información proporcionan:

- Información técnica: describen la tecnología de forma clara y completa.
- Información comercial: contiene datos sobre el titular, el inventor, etc.
- Información legal: cuál es el objeto protegido, desde cuando está en vigor, etc.

Los documentos de patente contienen más del **80%** de toda la información tecnológica mundial, por eso, se les considera una de las fuentes de información más completa, accesible, práctica y actualizada sobre los desarrollos innovadores de todas las áreas tecnológicas. Además, mucha de esta información no se publica ni en libros ni en revistas, la única forma de acceder a ella es consultando estos documentos.

Es de tener en cuenta que una patente que se solicita en un país consigue protección jurídica tan sólo en ese país pero la información tecnológica contenida en la patente, y que se publica como folleto, se distribuye a escala mundial, recogándose en bases de datos y en Internet.

Actualmente, hay más de sesenta millones de documentos de patentes, cada uno con su número alfanumérico único, y están accesibles por Internet a través de **Espacenet** (base de datos creada por la “Oficina Europea de Patentes” en colaboración con las oficinas nacionales de patentes de países europeos, y está accesible por www.epo.org, en inglés y www.oepm.es, en español).

Es por este contenido técnico y tecnológico que las patentes juegan un papel muy importante en transferencia de tecnología. Fue la UNCTAD (Conferencia de Naciones Unidas para Comercio y Desarrollo) quien publicó en 1975 un libro sobre: “**La función del sistema de patentes en la transmisión de tecnología a los países en desarrollo**”.

Patentes de Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales

El carácter interdisciplinario de las patentes relacionadas con recursos genéticos y conocimientos tradicionales llevó a OMPI a participar en otros foros y reuniones internacionales sobre seguridad alimentaria, agricultura, medio ambiente, poblaciones indígenas, desarrollo sostenible, comercio, cultura y biodiversidad.

Los temas de Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales asociados a estos recursos se están debatiendo en distintos foros como el *Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB)*. Además de en la *FAO* (Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura) que está a cargo de los recursos Fitogenéticos y la *OMC* (Organización Mundial del Comercio).

En varios de estos foros, que pertenecen al sistema de Naciones Unidas, habían destacado los aspectos de propiedad intelectual en relación con los conocimientos tradicionales y habían pedido a OMPI información técnica y cooperación.

En particular, la OMPI en colaboración con el '*Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente*' (PNUMA) realizó Proyecto de catalogación sobre el terreno en relación con el papel de los derechos de propiedad intelectual en la distribución de beneficios que plantea la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y los recursos biológicos asociados (OMPI, 2001).

Convenios Medioambientales

La biodiversidad evoluciona a través de los siglos, y se compensa la desaparición de especies con la aparición de otras nuevas. Desde, hacía décadas, se venía observando que la acción del hombre sobre el planeta estaba provocando un cambio climático, una aceleración en la pérdida de diversidad biológica, entendida ésta como riqueza de especies en un ecosistema.

Por eso, en junio de 1992, el PNUMA (Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente) convocó a los Jefes de Estado de los todos los países del mundo en Río de Janeiro (Brasil), a una "Cumbre de la Tierra" para alertar del cambio climático y de la pérdida de especies biológicas que amenaza a los ecosistemas del planeta.

Como resultado de esta Cumbre se firmaron dos Convenios:

- **Convenio Marco sobre Cambio Climático, y**
- **Convenio sobre Diversidad Biológica.**

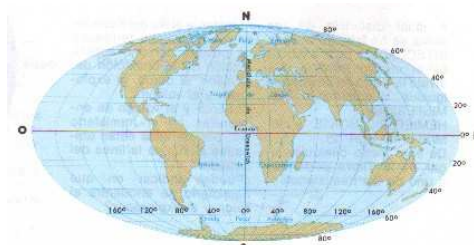
Más adelante, propiciado por los países africanos, se firmó un tercero:

- **Convenio de Lucha contra la Desertificación.**

Estos tres Convenios provenientes de la Cumbre de Río, están estrechamente relacionados porque el cambio climático provoca una pérdida de diversidad biológica que afecta a los ecosistemas, lo que provoca un avance en los desiertos.

Distribución de la diversidad biológica

Se reconoce que la diversidad biológica se encuentra distribuida de manera desigual en el mundo, es mayor en la zona entre los trópicos y el Ecuador.



El Norte, en zona templada más pobre y más industrializada, ha depredado más su biodiversidad. El Sur, biológicamente más rico y menos industrializado, comprende países proveedores de recursos, para empresas usuarias ubicadas en países del norte, creándose un eje Norte-Sur en el tema de diversidad biológica.

Convenio sobre Diversidad Biológica

El Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) entró en vigor el 29 de diciembre de 1993 y ha sido ratificado por 189 países del mundo que son Partes de este Convenio, incluidos todos los países europeos, así como Rusia y la Comisión Europea.

Aunque es uno de los convenios que más países han apoyado, Estados Unidos lo firmó en la época del Presidente Clinton pero no lo ratificó, al no contar con el apoyo del Senado de mayoría republicana. Por ello, Estados Unidos cuando asiste al CDB tiene voz pero no voto. Sin embargo, sus empresas (farmacéuticas, cosméticas, alimentarias) son importantes usuarias de recursos biológicos de todo el mundo.

El CDB es el primer acuerdo que aborda todos los aspectos de la diversidad biológica, recursos genéticos, especies y ecosistemas y que reconoce que la conservación de la diversidad biológica es de interés común de la humanidad.

Al concentrarse en los componentes de la diversidad biológica apunta a las causas más que a los síntomas que originan la pérdida de biodiversidad, convirtiéndose en un instrumento significativo en el contexto del desarrollo sostenible (UICN, Glouka, 1996).

Los **Objetivos del CDB** (Artículo 1) son tres:

- Conservación de la diversidad biológica
- Utilización sostenible de sus componentes



- Participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

Su texto consta de un Preámbulo y 42 Artículos, además de anexos. En el Artículo 2 se recogen las definiciones de términos como diversidad biológica, ecosistemas, material genético, recursos biológicos, recursos genéticos, etc.

El Convenio define los principales términos utilizados (Artículo 2):

Por “**diversidad biológica**” se entiende, la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, los ecosistemas terrestres y marinos, los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.

Por “**ecosistema**” se entiende un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional.

Por “**material genético**” se entiende todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia.

Por “**recursos biológicos**”, se entienden, los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad.

Por “**recursos genéticos**” se entiende el material genético de valor real o potencial.

Por “**país de origen**” de recursos genéticos” se entiende, el país que posee estos recursos genéticos en condiciones *in situ*.

Soberanía sobre sus recursos

En el marco del CDB, desde el principio se puso énfasis en los derechos soberanos de los países sobre los recursos biológicos que crecen de forma espontánea en sus territorios (*in situ*) y se rechazó la propuesta de considerar la diversidad biológica “patrimonio común”, en la medida que está situada bajo jurisdicción nacional. Si bien, se reconoce al mismo tiempo que la conservación de la diversidad biológica es de “interés común” de toda la comunidad internacional lo que implica una responsabilidad compartida (UICN, Glouka, 1996).

Po ello, en el Preámbulo del CDB se reafirma que los Estados tienen **derechos soberanos** sobre sus propios recursos biológicos, además, tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de sus propia política ambiental (Artículo 3).

Medidas de Conservación

El énfasis en la soberanía nacional se equilibra con los deberes derivados de la propia soberanía y con el hecho de la conservación de la biodiversidad y la utilización sostenible de sus componentes (UICN, Glouka, 1996).

Cada Parte Contratante elaborará estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, e lo integrará en sus programas y políticas sectoriales o intersectoriales (Artículo 6), además de identificar los componentes de la diversidad biológica y hará un seguimiento (Artículo 7).

El CDB es el primer convenio mundial que obliga a los países que son Partes de él a elaborar estrategias, planes y programas de conservación de biodiversidad.

Respetar y Preservar Conocimientos Tradicionales

El CDB también es el primer convenio en reconocer en el Preámbulo, el papel de las comunidades indígenas y locales en la conservación de la diversidad biológica y del papel crucial que han desempeñado en la conservación de plantas y animales y en la gestión del medio ambiente.

Por conocimiento tradicional se refiere a la experiencia de las comunidades indígenas y locales acumulada a lo largo de siglos, transmitidas oralmente de generación a generación, en forma de historias, canciones, proverbios, creencias y cultura, muy frecuentemente unida a la agricultura, la cría de animales, la pesca, la salud, la horticultura, la silvicultura y a la naturaleza en general (CDB, 2010).

Por ello, en el Articulado establece que con arreglo a su legislación nacional: respetará, preservará y mantendrá, los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá sus aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes poseas esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de ellos se compartan equitativamente (Artículo 8 j)).

Acceso a los Recursos Genéticos

Durante las negociaciones del CDB, muchos países lucharon para incluir, como uno de los objetivos de este Convenio, la distribución de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos.

La cuestión del reparto de beneficios está muy ligada al acceso a recursos genéticos por parte de los Gobiernos de los países que por primera vez se les permite regular este acceso (Artículo 15 del CDB).

Artículo 15 del CDB:

- En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos y está sometida a la legislación nacional (Art. 15-1).
- Cada Parte procurará facilitar a otras Parte el acceso a los Recurso Genéticos.... y no imponer restricciones.... (Art. 15-2).
- Cuando se conceda el acceso se hará en 'Términos Mutuamente Acordados' (MAT) (Art. 15-3) y sometido al 'Consentimiento Fundamentado Previo (PIC) de la Parte que proporciona el recurso (Art. 15-4).

En resumen, el Convenio sobre Diversidad Biológica es el primer convenio que establece soberanía de los países sobre sus recursos naturales y de que los Gobiernos de estos países pueden legislar el acceso.

Cualquier usuario interesado en utilizar los recursos genéticos de un país deberá pedir al país de origen del recurso, el "*Consentimiento Fundamentado Previo*" (**PIC**, por sus siglas en inglés, '*Prior Informed Consent*') y establecer **Contratos de Acceso** en "*Términos Mutuamente Acordados*" (MAT, en inglés '*Mutually Agreed Terms*').

Para equilibrar esta soberanía se estipuló que los países deben facilitar el acceso a los recursos genéticos para utilizaciones ambientalmente adecuadas (*Artículo 15.2 CDB*).

De las implicaciones del Artículo 15 del CDB surgieron términos como "**Países proveedores**", que proporcionan recursos y "**Países usuarios**", dónde se ubican empresas, universidades, centros de investigación interesados en acceder a recursos biológicos y genéticos con fines de investigación o con fines comerciales.

También de este artículo provienen los términos "*Bioprospección*" y "*Biopiratería*", según se accedan de forma legal o ilegal a estos recursos.

Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales

Las industrias alimentarias, cosmética y farmacéutica, recolectan de países proveedores recursos genéticos asociados a conocimientos tradicionales y, en la investigación y desarrollo de nuevos productos pueden llegar a patentar inventos basados en estos recursos y en esos conocimientos. De ahí la necesidad de proteger estos conocimientos, tarea



que no corresponde al CDB sino a OMPI.

OMPI y CDB

Las patentes relacionadas con los recursos biológicos y recursos genéticos, están asociadas, en muchas ocasiones, a Conocimientos Tradicionales no protegidos por propiedad intelectual, por lo que se vio la necesidad de una coordinación entre la **OMPI** y el **CDB** (*Convenio sobre Diversidad Biológica*) que se encargaba de la gestión de los recursos biológicos y genéticos pero no de la protección de dichos conocimientos.

Esta interrelación llevó a que OMPI hiciera un seguimiento al CDB desde 1996 y, como resultado, fue la firma de un '*Memorándum de Entendimiento*' entre ambos organismos para poder coordinarse en estos temas.

Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual

Los Estados Miembros de OMPI aprobaron en 1998 un programa cuyo objetivo era identificar esferas en la que los cambios económicos, tecnológicos, culturales y sociales podían afectar al sistema de propiedad intelectual y estudiar la forma en que la OMPI y sus Estados Miembros deberían examinar y abordar esa cuestión.

Una de esas esferas fue la cooperación para el desarrollo y se reconoció que los titulares de los conocimientos tradicionales hasta esa fecha habían sido poco amparados por el sistema de propiedad intelectual.

De ahí surgió como objetivo de ese programa "identificar y examinar las necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los nuevos beneficiarios, incluidos los titulares de los conocimientos tradicionales y las innovaciones, a fin de promover la contribución del sistema de propiedad intelectual a su desarrollo social, cultural y económico (Programa principal 11, 1998 de OMPI).

Misiones exploratorias

En el bienio **1998-1999**, la OMPI realizó nueve misiones exploratorias en 28 países del Pacífico Sur, África, Asia Meridional, Países Árabes, así América del Norte y Central, América del Sur y el Caribe, como parte de su estudio en lo relativo a la protección de los derechos de propiedad intelectual de los titulares de los conocimientos tradicionales. Para ello se organizaron Mesas Redondas con los titulares de conocimientos tradicionales.

La OMPI utiliza actualmente el término "**conocimientos tradicionales**" para referirse a las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; así como las interpretaciones o ejecuciones, invenciones, descubrimientos científicos, dibujos o modelos, marcas, nombres y símbolos, información no divulgada. La expresión "basados en la tradición" e refiere a los sistemas de

conocimiento, creaciones, innovaciones y expresiones culturales que se han transmitido generalmente de generación en generación (OMPI, 2001).

Se considera generalmente que los “conocimientos tradicionales” pertenecen a un pueblo en particular o a su territorio, y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en su entorno.

Titular de Conocimientos Tradicionales

La OMPI utiliza el término “titular de conocimientos tradicionales” para referirse a todas las personas que crean, desarrollan y practican conocimientos tradicionales en un entorno y contexto tradicionales. Las comunidades, pueblos y naciones indígenas son titulares de conocimientos tradicionales, pero no todos los titulares de conocimientos tradicionales son indígenas.

Desde la perspectiva de la OMPI, las “expresiones del folclore” son un subgrupo que está incluido en la noción de conocimientos tradicionales, que a su vez son un subgrupo del concepto de “patrimonio”. Los conocimientos indígenas, que son los conocimientos tradicionales de los “pueblos indígenas, también constituyen un subgrupo de los “conocimientos tradicionales (Fuente: texto y gráfico OMPI, 2001).



Categoría de Conocimientos Tradicionales

Entre las categorías de conocimientos tradicionales figuran los conocimientos agrícolas, científicos, técnicos, ecológicos, medicinales, incluidos las medicinas y los remedios, los conocimientos relacionados con la diversidad biológica, las “expresiones del folclore” en forma de música, baile, canción, artesanía, dibujos y modelos, historias y obras de arte, elementos de los idiomas, como nombres, indicaciones geográficas, símbolos, y bienes culturales.

Comité Intergubernamental de OMPI

En el año 2000, la Asamblea General de la OMPI decidió crear un “*Comité Intergubernamental de Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore*” de carácter no permanente, renovable su mandato bianualmente, conocido como Comité Intergubernamental (IGC).

Este Comité IGC sirvió para hacer un seguimiento a las patentes de recursos genéticos que hubieran utilizado conocimientos tradicionales.

El Comité se reunió por primera vez en junio de 2001 para abordar con los Estados Miembros la preparación de tres temas:

- Informe preliminar sobre las experiencias nacionales relativas a la protección jurídica de las expresiones del folclore.
- Informe sobre la inclusión de los Conocimientos tradicionales en el estado de la técnica.
- Cláusulas sobre propiedad intelectual en contrato de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios.

Patentes y Conocimientos Tradicionales

Las “Leyes de Patente” requieren al solicitante hacer mención al estado de la técnica anterior. Esto es interpretado, en el caso de patentes relacionadas con la biodiversidad, como la obligación de mencionar si han utilizado conocimientos tradicionales, si bien, esta obligación no está explícita en dichas leyes.

La inclusión de los Conocimientos Tradicionales (C. T.) en el estado de la técnica, entendido éste como todo lo conocido anteriormente a la presentación de una solicitud de patente y que debe ser tenido en cuenta por el examinador de patentes, tiene tres objetivos:

- evitar la concesión de patentes basadas en C.T (protección defensiva);
- evitar problemas a los titulares de C.T., a la hora de impugnar dichas patentes; y
- velar por el reconocimiento de los C.T y su valor tecnológico.

A medida que se avanzaron en las sesiones, en el de tema de los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) y los Conocimientos Tradicionales se empezó a debatir sobre la necesidad de **protección positiva** o si sería suficiente con una **protección defensiva**

- La **protección positiva** sería proteger estos conocimientos *per se*, independientemente si se utilizan en solicitudes de patentes.

Los países en desarrollo partidarios de la protección positiva han estado defendiendo en el Comité que por ser conocimientos colectivos y que se transmiten oralmente de generación en generación, no se adecuan a las categorías de protección previstas en propiedad intelectual por lo que proponen crear sistemas **sui generis**, específicos para el índole de estos conocimientos.

Algunos países han legislado leyes específicas de protección de estos conocimientos pero al ser legislaciones nacionales temen que no obliguen a usuarios de otros países. De ahí que piden un marco internacional de protección. La falta de apoyo de los países industrializados no ha permitido llegar a adoptar estos sistemas.

- La **protección defensiva** para no conceder solicitudes por falta de novedad si la invención se ha basado en conocimientos tradicionales

Los países industrializados que son partidarios de esta protección han propuesto facilitar la labor del ‘Examinador de Patentes’ de este sector aumentando las bases de datos y publicaciones especializadas en estos conocimientos.

La creación de bases de datos ha resultado ser muy problemática por la posición de muchas comunidades que consideran que son conocimientos secretos y ONG’s que son conocimientos no protegidos y que las bases de datos los podrían divulgar.

Documentación de Conocimientos Tradicionales

La documentación de los Conocimientos Tradicionales según los continentes. Así, en los países de Iberoamérica y de África no tienen documentados estos conocimientos que se transmiten de forma oral entre chamanes de tribus, de una generación a otra.

Por el contrario, esta situación es distinta en Asia. Según datos de la FAO, en China se conoce el uso de casi cinco mil plantas medicinales (ocupa el primer lugar del mundo). En la India, está extendida la práctica de la medicina ayurvédica por todo el país y su enseñanza a nivel universitario. Por eso, China e India no han tenido inconveniente en crear bases de datos para facilitar la labor de examinadores de patente y dejarlos disponibles en el portal de OMPI, como es el caso del *Digital Library* de la India.

El Comité de OMPI, abordó el tema del aumento de la **documentación mínima PCT** que debe consultar un examinador del campo técnico que se relaciona con la utilización de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a esos recursos y cambios en la clasificación internacional de patentes que recojan recursos genéticos.

Table 1: How many plants are used medicinally world-wide?			
Country	Plant species	Medicinal plant species	%
China	26 092	4 941	18.9
India	15 000	3 000	20.0
Indonesia	22 500	1 000	4.4
Malaysia	15 500	1 200	7.7
Nepal	6 973	700	10.0
Pakistan	4 950	300	6.1
Philippines	8 931	850	9.5
Sri Lanka	3 314	550	16.6
Thailand	11 625	1 800	15.5
USA	21 641	2 564	11.8
Viet Nam	10 500	1 800	17.1
Average	13 366	1 700	12.5
World	422 000	52 885	
Sources: Duke and Ayensu (1985); Govaerts (2001); Groombridge and Jenkins (1994, 2002); Jain and DeFillipps (1991); Moerman (1996); Padua <i>et al.</i> (1999)			

PCT MINIMUM DOCUMENTATION: TRADITIONAL KNOWLEDGE

Como resultado de ello, las **Administraciones Internacionales** (MIA - Meeting of International Authorities under the PCT) aprobaron en sus últimas reuniones la inclusión de nuevas revistas en la Documentación mínima PCT. Las revistas propuestas que se han incluido (enero 2005) y su número en la lista de la documentación mínima PCT son:

- *Journal of Ethnopharmacology;* (238)
- *Journal of Chinese Medicine;* (237)
- *Economic Botany;* (236)
- *Pharmaceutical Biology;* (239)
- *Acta Pharmaceutica;* (235)
- *Planta Medica;* (245)
- *Phytochemistry;* (243)
- *Journal of Nutrition;* (242)
- *Journal of Natural Products;* (241)
- *Fitoterapia;* (240)
- *Phytotherapy Research;* (244)

Publicado por la OEPM, en Marchamos, nº 22, página 8

Patentes y Recursos Genéticos

Los primeros temas abordados por OMPI para el CDB fue la redacción de cláusulas sobre propiedad intelectual que se podían incluir en contratos de acceso a recursos genéticos y para distribución de beneficios.

Para entonces, ya en el seno del CDB, en 1996, se había empezado a debatir la necesidad de divulgar el país de origen del recurso genético en las solicitudes de patente.

Este interés en el lugar geográfico de origen del recurso fue recogido, en 1998, en la Directiva de Biotecnología europea en un considerando (27) del Preámbulo pero no se incluyó como obligatorio en el articulado.

Directiva 98 / 44 / CE Del Parlamento Europeo y del Consejo

De julio de 1998

Relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas

(27) Considerando que, cuando una invención tenga por objeto una materia biológica de origen vegetal o animal o que utilice una materia de este tipo, la descripción relativa a dicha invención deberá incluir, en su caso, información sobre el lugar geográfico de origen de dicha materia, cuando éste sea conocido, y ello sin perjuicio del examen de las solicitudes de patente y de la validez de los derechos que se deriven de las patentes expedidas.

Por su parte, la OEPM (Oficina Española de Patentes y Marcas) hizo un estudio interno y elaboró un documento que trasladó al CDB en 1998 sobre la mención del país de origen del recurso genético en las solicitudes de patentes anteriores a la entrada en vigor del CDB en 1993.

En dicho documento se llegaba a la conclusión que era práctica habitual por parte de los solicitantes de patentes citar el país de origen en las solicitudes de patente.

* US 3773931 (A. GROEBEL)
Patente americana que se refiere a una sustancia activa con propiedades hipotensoras. Esta sustancia se aísla de una planta que procede de Madagascar.

The present invention relates to a pharmacologically effective substance isolated from *Cabucala madagascariensis*, and to physiologically tolerable salts of said substance.
Cabucala madagascariensis is a shrub belonging to the Apocynaceae family which is found in the dry regions of the western coast of Madagascar (cf. M. Pichon, "Notulae Systematicae," XIII (1948), pp. 202-203).

Se interpretó esta práctica como de carácter técnico. En la descripción científica de una especie biológica se incluye su ubicación geográfica. Los solicitantes de patente entienden que la descripción técnica y tecnológica, y para que un experto en la materia pudiera repetir la invención, en las especies no extendidas, es preciso mencionar el lugar donde se encuentra la especie, en especial, si son especies endémicas.

Ahora bien, jurídicamente no existe ninguna obligación de esta divulgación.

Estudio Técnico de Requisitos de Divulgación

En 2002, el CDB pidió a OMPI que hiciera un Estudio técnico sobre requisitos de divulgación relativos a los Recursos Genéticos y los Conocimientos Tradicionales en las solicitudes de patentes.

La OMPI preparó un cuestionario sobre este tema de divulgación de consulta a los Estados Miembros de la OMPI.

WIPO
WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION
GENEVA



WIPO/GRTKF/IC/2/15
ORIGINAL: English
DATE: 13 de diciembre de 2001

COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL
SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS
GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y FOLCLORE

Segunda sesión
Ginebra, 10 a 14 de diciembre de 2001

PATENTES QUE SE REFIEREN A MATERIAL BIOLÓGICO (I) Y
MENCIÓN DEL PAÍS DE ORIGEN EN PATENTES RELATIVAS A
MATERIAL BIOLÓGICO (II)

Documento preparado por la Delegación de España

en cuenta la práctica habitual de los solicitantes de patentes de mencionar el país de origen, por motivos técnicos.

Con los estudios hechos y los resultados recibidos, la OMPI preparó el estudio técnico y lo transmitió al CDB en

Como respuesta a este cuestionario, la delegación española presentó el documento al Comité IGC de OMPI y que había sido preparado en la OEPM y trasladado al CDB, para que se tuviera

OMPI



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

WIPO/GRTKF/IC/6/9
ORIGINAL: Inglés
FECHA: 12 de diciembre de 2003

COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL
SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS
GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y FOLCLORE

Sexta sesión
Ginebra, 15 a 19 de marzo de 2004

LOS RECURSOS GENÉTICOS Y LOS REQUISITOS DE DIVULGACIÓN EN EL
ÁMBITO DE LAS PATENTES: TRANSMISIÓN DE UN ESTUDIO TÉCNICO A LA
CONFERENCIA DE LAS PARTES EN EL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD
BIOLÓGICA

2004, como:

**WIPO TECHNICAL STUDY
ON PATENT DISCLOSURE REQUIREMENTS
RELATED TO GENETIC RESOURCES AND
TRADITIONAL KNOWLEDGE**

Para entonces y tras muchos debates internos en Bruselas, en 2005, la Comisión Europea y los Estados Miembros de la Unión Europea presentaron un documento en la octava sesión del Comité IGC a favor de hacer obligatorio el requisito de divulgación del país de origen en todas las solicitudes de patentes fueran nacionales, regionales e internacionales.

**Octava sesión
Ginebra, 6 a 10 de junio de 2005**

**DIVULGACIÓN DEL ORIGEN O LA FUENTE DE LOS RECURSOS GENÉTICOS Y
LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES CONEXOS EN LAS SOLICITUDES DE
PATENTES**

Documento presentado por la Comunidad Europea y sus Estados miembros

En este documento se recoge la postura de la UE en relación con los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

Esta propuesta no fue apoyada por Estados Unidos, Canadá, Japón, etc. Pero si lo está por países europeos como Suiza y Noruega que no son forman parte de la Unión Europea.

Los países en desarrollo están a favor de la divulgación pero consideran que este requisito no es suficiente, es más importante controlar si el solicitante de una patente que utiliza un recurso genético para desarrollar su invención ha hecho un acceso legal al país de origen del recurso con “*consentimiento fundamentado previo*” (PIC) y en “*términos mutuamente acordados*” (MAT).

Para estos países, el PIC y el MAT deben citarse en las solicitudes de patentes y ser controlados por las Oficinas de Patentes, carga de trabajo que ni siquiera la UE está dispuesta a aumentar a las Oficinas de Propiedad Industrial.

En 2008, se ralentizaron los debates en el IGC debido a la falta de definiciones sobre todo con respecto a los términos “*Conocimiento Tradicional*” y “*apropiación indebida*”, que también se discute en el CDB. También era objeto de polémica los Conocimientos Tradicionales que están en dominio público y que si este caso se puede hablar de apropiación indebida.

2. Un requisito de divulgación obligatorio que se aplique a todas las solicitudes de patentes

En la Comunicación enviada en 2002 al Consejo de los ADPIC, la CE y sus Estados miembros se mostraron partidarios de un requisito que se aplique a todas las solicitudes de patentes. Asimismo, consideran que el requisito de divulgación debe ser obligatorio. Esto conlleva aplicar dicho requisito de manera universal y con carácter jurídicamente vinculante. Estableciendo un sistema obligatorio a escala mundial se crearán unas reglas de juego equitativas para la industria y la explotación comercial de las patentes, y se facilitará asimismo la posibilidad prevista en el Artículo 15.7 del CDB de participar en los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos.

4. Divulgación de conocimientos tradicionales conexos

En este caso específico existen buenas razones para imponer la obligación de divulgación, en el sentido de que la invención está basada directamente en conocimientos tradicionales derivados de la utilización de recursos genéticos. Conforme al Artículo 8.j) del CDB, hay que velar por respetar, preservar y mantener los conocimientos tradicionales⁸.

Los conocimientos tradicionales son de índole intangible y la obligación de divulgar no puede estar fundada en el acceso físico. Por consiguiente, podría proponerse que el solicitante declare la fuente específica de los conocimientos tradicionales relacionada con los recursos genéticos en la medida en que sepa que la invención está directamente basada en dichos conocimientos. A ese respecto, la Comunidad Europea y sus Estados miembros se remiten al Artículo 8.j) del CDB, en el que se hace referencia a las nociones de “conocimientos, innovaciones y prácticas”.

Nuevo Mandato para el IGC

En junio de 2009, el **Grupo Africano** presentó una propuesta sobre “Elementos de un nuevo Mandato” de este Comité para elaborar instrumento(s) jurídicamente vinculante(s) sobre recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales y celebrar una Conferencia Diplomática en 2012 para adoptar estos instrumentos.

Esta propuesta, sorprendió a los países industrializados que no están a favor de adoptar instrumentos vinculantes en este foro.

Sin embargo, la propuesta africana tan respaldada consiguió que la **Asamblea General** de OMPI diera como Mandato al Comité IGC de OMPI negociar el texto internacional tanto en sesiones del IGC como en reuniones de Grupos de Expertos. El Comité tiene de plazo hasta septiembre de 2012 para presentar los resultados de la negociación del texto a la Asamblea General que podrá convocar una Conferencia Diplomática para su adopción en 2013, siempre que los textos fueran definitivos.

Directrices de Bonn

Mientras tanto en el seno del CDB, se adoptaron en 2002 las Directrices de Bonn sobre Acceso y Distribución de Beneficios y de carácter voluntario.

La parte relevante de estas directrices es que define responsabilidades a los países usuarios, en decir, a los países dónde están ubicadas las empresas usuarias de recursos.

A pesar de ello, y debido a su carácter voluntario, no satisfacía a los países proveedores de recursos que pidieron en 2004 negociar un “Régimen Internacional de Acceso y Reparto de Beneficios para implementar el Artículo 15 del CDB de forma obligatorio.

Protocolo de Nagoya

Desde entonces, se creó un Grupo de Trabajo de composición abierta que se reunió en múltiples ocasiones y que culminó en octubre de 2010 con la adopción en Japón del Protocolo de Nagoya.

Es de destacar que en el Artículo 2, e) del Protocolo se recoge la definición de

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 LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

b) Por “Convenio” se entiende el Convenio sobre la Diversidad Biológica;

c) Por “utilización de recursos genéticos” se entiende la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o composición bioquímica de los recursos genéticos, incluyendo mediante la aplicación de biotecnología conforme a la definición que se estipula en el artículo 2 del Convenio;

d) Por “biotecnología”, conforme a la definición estipulada en el artículo 2 del Convenio, se entiende toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos, o sus derivados, para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos;

e) Por “derivado” se entiende un compuesto bioquímico que existe naturalmente producido por la expresión genética o el metabolismo de los recursos biológicos o genéticos, incluso aunque no contenga unidades funcionales de la herencia.

derivado que no existía en el articulado del CDB.

Asimismo, en el ámbito de aplicación de este protocolo (Artículo 3) se recogen los Conocimientos Tradicionales asociados a los recursos genéticos y en el Artículo 7 el acceso a estos conocimientos con consentimiento de estas comunidades.

ARTÍCULO 3

ÁMBITO

Este Protocolo se aplicará a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del artículo 15 del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos recursos. Este Protocolo se aplicará también a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos conocimientos.

ARTÍCULO 7

ACCESO A CONOCIMIENTOS TRADICIONALES ASOCIADOS A RECURSOS GENÉTICOS

De conformidad con las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se acceda a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de dichas comunidades indígenas y locales, y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas.

También resulta relevante el Artículo 17 que se refiere a la “Vigilancia en la utilización de los recursos genéticos”, que a fin de apoyar el cumplimiento, obliga a cada país Parte designar un punto de control o de verificación.

ARTÍCULO 17

VIGILANCIA DE LA UTILIZACIÓN DE RECURSOS GENÉTICOS

1. A fin de apoyar el cumplimiento, cada Parte adoptará medidas, según proceda, para vigilar y aumentar la transparencia acerca de la utilización de los recursos genéticos. Dichas medidas incluirán:

- a) La designación de un punto de verificación, o más, como sigue:
 - i) Los puntos de verificación designados recolectarían o recibirían, según proceda, información pertinente relacionada con el consentimiento fundamentado previo, con la fuente del recurso genético, con el establecimiento de condiciones mutuamente acordadas y/o con la utilización de recursos genéticos, según corresponda;

Los países proveedores de recursos han propuesto que el punto de control sean las Oficinas de Patentes, pero de nuevo, los países industrializados no son partidarios de esta carga de trabajo.

El Protocolo ha estado hasta febrero de 2012 depostiado para firma, ya han firmado más de noventa países, aunque falta la ratificación y entrará en vigor cuando 50 países lo ratifiquen. Después de eso, cada país tendrá que implementarlo.

En el caso de la UE, existen todavía debates internos de la designación del punto de verificación y podría demorarse la implemetación hasta 2015.

Comité de OMPI y Protocolo

Este Protocolo impune obligaciones en la gestión de los Recursos Genéticos que han sido tenido en cuenta por el Comité IGC de OMPI.

Por ello, en el último Grupo de Expertos de Recursos celebrado en Ginebra, en febrero de 2012, en el seno del Comité IGC de OMPI se llegó a esta conclusión:

- La relación entre la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos tal vez sea menos clara que la existente entre la Propiedad Intelectual y los Conocimientos Tradicionales y Expresiones Culturales.
- Los Recursos Genéticos están sujetos a las normas de acceso y participación en los beneficios, en particular en los marcos internacionales que definen el

Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) 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 y en el Tratado internacional sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (ITPGRFA) de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO).

- Además, los Recursos Genéticos tal como se encuentran en la naturaleza, no constituyen Propiedad Intelectual ya que no siendo creaciones de la mente humana no pueden protegerse directamente como propiedad intelectual.
- Por ello, la OMPI no es el órgano competente para regular el acceso a los Recursos Genéticos o la protección directa (positiva) de los mismos como tales. No obstante, como ha señalado el IGC hay algunas cuestiones de Propiedad Intelectual que guardan relación con los Recursos Genéticos.

Este último punto, de la relación de la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos, se ve en la práctica por la importancia de las patentes relacionadas con la biodiversidad.

Patentes y Biodiversidad

Las patentes que protegen invenciones que se basan en la biodiversidad se pueden dividir en dos grandes grupos:

- Patentes de Biotecnología (**CON** técnicas de ingeniería genética)
 - Las patentes de biotecnología protegen en sus reivindicaciones el material genético manipulado por técnicas de ingeniería genética o simplemente aislado de su medio natural y expresado en otras especies, sea este material moléculas de ADN, ARN, polipéptidos recombinantes, vectores, plásmidos, etc.
- Patentes de Biodiversidad (**SIN** técnicas de ingeniería genética)
 - Sin manipulación genética del recurso, protege el uso del recurso o procedimientos de extracción, estabilización del extracto, composición sinérgica de varios componentes de origen biológico, etc. Algunas de estas patentes han llegado a ser conflictivas porque tenían asociado conocimientos tradicionales de cómo usarlas (árbol del neem, cúrcuma).

En las oficinas de patentes se presentan anualmente cientos de patentes basadas en recursos genéticos ya sean con manipulación genética o sin ella.

La base de datos mundial de patentes WPI recoge miles de ejemplos.

Casos Estudio:

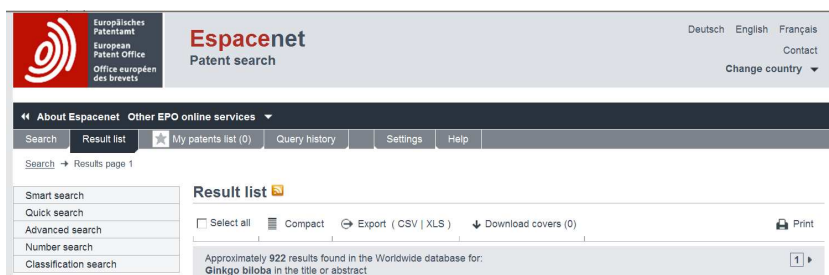
1. ***Ginkgo biloba*** (medicamento natural más vendido).
2. ***Árbol del Neem*** (recurso con más conocimiento tradicional asociado).
3. ***Deschampsia antarctica*** (recurso sin conocimiento tradicional asociado).

1. *Ginkgo biloba*

Es una Gimnosperma, única especie superviviente de la época del Jurásico del género *Ginkgo*. De sus peculiares hojas se extraen principios activos del tipo ginkgolidas, bilobalidas y flavonoides que mejoran la microcirculación del cerebro, siendo preventivo de la enfermedad del Parkinson, del Alzheimer y de la demencia senil.

Según el libro “The Commercial use of Biodiversity” (Kerry ten Kate, 2000) es el medicamento natural más vendido en Alemania y el tercero en Estados Unidos.

La consulta en **Espacenet**, creado por la Oficina Europea de Patentes, recupera cientos de documentos basados en el árbol de *Ginkgo biloba*.



En Europa, la mayoría de las patentes corresponden a los alemanes. Pero también otros países como Francia, España, Rumanía, así como China, Corea, Méjico, etc. investigan y patentan invenciones basadas en esta especie.

A título de ejemplo, se puede citar la patente mejicana **MX PA06013787**, que se refiere al uso de un extracto de este árbol para la enfermedad del Parkinson.

		(11) MX PA06013787 A	
SOLICITUD de PATENTE			
(43) Fecha de publicación:	02/02/2007	(86) Número de solicitud PCT:	MX 04/00042
(22) Fecha de presentación:	28/11/2006	(87) Número de publicación PCT:	WO 2006/004386 (12/01/2006)
(21) Número de solicitud:	PA06013787		
(71) Solicitante:			
PATRICIA ROJAS CASTANEDA			
Calle 10 No. 4406 02900 Distrito Federal MX			
(72) Inventor(es):			
PATRICIA ROJAS CASTANEDA			
Calle 10 No. 4406 Distrito Federal 02900 MX			
(54) Título: USO DE UN EXTRACTO DEL GINKGO BILOBA PARA PREPARAR UNA MEDICINA PARA TRATAR LA ENFERMEDAD DE PARKINSON.			
(54) Title: USE OF GINKGO BILOBA EXTRACT FOR THE PREPARATION OF A MEDICINE THAT IS USED TO TREAT PARKINSON'S DISEASE.			

2. *Árbol del Neem*

El árbol del neem (*Azadirachta indica*) es de la familia de las Meliáceas y originario de la India y Birmania. Crece en regiones tropicales y subtropicales y puede alcanzar 15 a 20 metros de altura.

Desde hace varios siglos se han empleado en construcción, como combustible, lubricante, como repelente de insectos, en cosmética para elaborar jabones y pasta de dientes, en medicina, para úlceras, artritis, malaria, como anticonceptivo, etc.

En la India se utiliza desde hace miles de años ocho partes del árbol: hojas, corteza, flores, frutos, ramitas, resina, semilla, aceite.

Los primeros escritos que sugieren que el Neem se usaba como medicamento datan de hace aproximadamente 4.500 años. En los escritos de la Medicina Ayurvédica, el neem se menciona en casi cien páginas y formaba parte como de los ingredientes más importantes de sus preparados.

Este árbol es considerado por los países del sudeste asiático como “la farmacia de la aldea”.

En Agricultura destaca su uso como insecticida, fungicida, acaricida, fertilizante así como repelente para mosquitos, gracias al aceite de la semilla del árbol del neem.

En Cosmética, se ha utilizado contra caspa, piojos, acné, eczema, psoriasis, se incorpora a champús, ungüentos y pasta de dientes.

En Medicina se ha utilizado contra la malaria, la cándida, tuberculosis, parásitos intestinales, diabetes, enfermedades periodontales.

En Control de Natalidad se usa como crema lubricante vaginal siendo buen espermicida para evitar contagios.

Estos usos están apoyados por investigaciones científicas actuales, siendo citado el neem en más de cinco mil artículos publicados y en ochocientas patentes, ya sean de procedimiento o de composiciones.

El hecho de que los usos y aplicaciones del neem sean conocimientos tradicionales divulgados hace miles de años ha llevado al Gobierno de la India a cuestionar la novedad de varias patentes cuyo componente principal es el neem en distintos foros internacionales como el CDB y el Comité IGC de OMPI.

Los indígenas utilizan el aceite de neem como insecticida recolectándolo en el momento de uso.

En cambio, para comercializarlo, es preciso estabilizarlo, para que no se deteriore, la patente US5281618 (W. R. GRACE), se dirige a una composición pesticida estable durante el almacenamiento.

A pesar de que esta patente tiene novedad, el conocimiento del uso del aceite de neem es tradicional, además, la empresa recolecta el aceite en los países donde crece este árbol, aumentando la demanda en el país de origen e incidiendo en el precio que es muy superior cuando hay una explotación comercial.

Este aumento de la demanda ha interferido en el uso que estos indígenas pueden hacer de sus propios recursos, por eso esta patente ha sido muy cuestionada, recibiendo la India incluso el apoyo de la Oficina Europea de Patentes.

Estos casos empezaron a denunciarse hace dos décadas por Crucible Group y, sobre todo, como las decisiones sobre propiedad intelectual tienen enormes implicaciones

para la agricultura, la seguridad alimentaria, el desarrollo rural y el medio ambiente (Gente, Plantas y Patente, 1994).

Valor ecológico y Árbol del siglo XXI:

El cultivo del neem se considera de gran valor ecológico por su resistencia a la sequía que permite ser cultivado en regiones áridas, semiáridas, tropicales, subtropicales y como secuestrador de CO₂.

Por ello, ha sido declarado en Estados Unidos, por el NCR (Consejo de Investigación Nacional) como el árbol del siglo XXI, por la variedad de productos y subproductos que ofrece (Marchamos 2011, nº 41, páginas 17-21).

3. *Deschampsia antarctica*.- Nueva especie en la Antártica

En el año 2000, la Universidad de Buenos Aires publicó un artículo dedicado a una nueva especie descubierta en la Antártida, a la que se llamó *Deschampsia antarctica*. Por las pruebas de ADN se supo que era una Poaceae, es decir, de la familia de los cereales.

En este caso, por su ubicación en un continente no poblado, se tenía un nuevo recurso pero sin conocimiento tradicional asociado. Pero además, es de tener en cuenta que la Antártida está sometida en invierno a temperaturas de 70 grados bajo cero y en verano a 24 horas a luz solar.

Esta resistencia a bajas temperaturas y a alta radiación solar, llevó a investigadores chilenos como Manuel Gidekel de la Universidad de La Frontera (sur de Chile) a cultivarla en laboratorio y realizar estudios de sus genes.



US 2005/0262586 A1

(19) United States
(12) Patent Application Publication (10) Pub. No.: US 2005/0262586 A1
Gidekel et al. (43) Pub. Date: Nov. 24, 2005

(54) LOW TEMPERATURE RESPONSIVE NUCLEOTIDE SEQUENCES AND USES THEREOF

(70) Inventors: Manuel Gidekel, Temuco (CL); Ana Gutierrez, Temuco (CL); Luis Deschamps-Beltrán, Fargo, ND (US); Pamela Leal, Temuco (CL); Jorge Dinamarca, Victoria (CL); Emilio Guerra, Temuco (CL)

Correspondence Address:
John Dadds
1707 N St. NW
Washington, DC 20036 (US)

(21) Appl. No.: 11/120,351
(22) Filed: May 2, 2005

Related U.S. Application Data
(60) Provisional application No. 60/567,135, filed on Apr. 30, 2004; Provisional application No. 60/567,125, filed on May 2, 2004.

Publication Classification
(51) Int. Cl.⁷ A01H 1/00; C12N 15/82; C07H 21/04
(52) U.S. Cl. 800/279; 435/468; 536/23.6

(57) ABSTRACT
This disclosure provides gene sequence of a novel gene DaRab1 of *Deschampsia antarctica* expressing in low temperatures. The promoter sequence of this gene is identified and characterized. The promoter is inducible by low temperatures, wounding and auxin treatment. Additionally the disclosure shows improved low temperature tolerance of transgenic *Eucalyptus* plants expressing DaRab1 gene.

Como resultados de ello llegaron a aislar cuatro genes de resistencia al frío, que fueron patentados sucesivamente desde 2005 en Estados Unidos. Además, una empresa europea empezó a introducir estos genes en cereales cultivado en Europa para introducir esta resistencia al frío.

También se han solicitado patentes como antineoplásico y como biofertilizante.

Posteriormente, los investigadores chilenos tras comprobar que esta especie no se vía afectada por el verano austral lo que significaba que el extracto era muy rico en antioxidantes, decidieron investigar puesto que hasta ahora los fotoprotectores solares eran de origen químico.

En 2009, solicitaron una patente internacional PCT para el extracto biológico como foto-protector solar, algo innovador en el campo de la cosmética.

(12) SOLICITUD INTERNACIONAL PUBLICADA EN VIRTUD DEL TRATADO DE COOPERACIÓN EN MATERIA DE PATENTES (PCT)

(19) Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
Oficina internacional

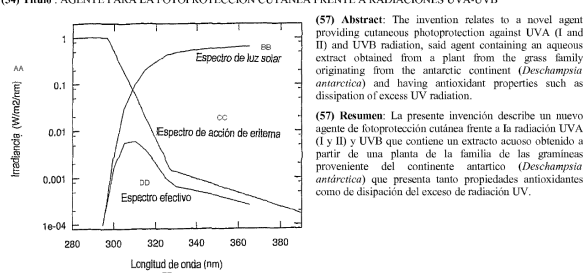
(43) Fecha de publicación internacional
5 de agosto de 2010 (05.08.2010)

(10) Número de Publicación Internacional
WO 2010/086464 A1

PCT

(54) Title: AGENT FOR CUTANEOUS PHOTOPROTECTION AGAINST UVA/UVB RAYS

(54) Título: AGENTE PARA LA FOTOPROTECCIÓN CUTÁNEA FRENTE A RADIACIONES UVA-UVB



También los australianos que acceden a este continente por el este han solicitado patentes basadas en esta especie.

Conclusiones

Este caso ilustra de la importancia del patrimonio biológico de los países, pero en especial de los países en desarrollo, que no tienen catalogado ni investigado todas las especies que crecen en su territorio y que en un futuro podrían tener un ser recursos de gran valor biológico y comercial.

También es un ejemplo de que el descubrimiento de una nueva especie, sin conocimiento tradicional asociado, puede llevar a ser muy útil para la humanidad.

Todavía sigue siendo importante la coordinación entre OMPI y CDB por las patentes que se puedan solicitar a medida que se investiga en nuevos recursos genéticos que pueden ser muy importantes para la industria farmacéutica, cosmética y alimentaria.

BIBLIOGRAFIA

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). *Conocimientos Tradicionales: Necesidades y Expectativas en materia de Propiedad Intelectual*. WIPO, 2001.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). *Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales /Expresiones del Folclore: Fuentes de Información*. WIPO, 2006.
- Glouka, L. et al. *Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica*. UICN (Unión Mundial para la Naturaleza), 1996.
- UNEP – United Nations Environment Programme. *Convenio sobre Diversidad Biológica. Texto y Anexos*. UNEP/CDB/94/1, 2001 (<http://www.biodiv.org>).
- Ten Kate, K. & Laird, S. *The Commercial use of Biodiversity*. Earthscan Publications Ltd. London, 1999
- Sukhwani, A. *Patentes Naturistas*. Oficina Española de Patentes y Marcas, 1995.

- Crucible Group. *Gente, Plantas y Patentes*. CIID (Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo), 1994.
- Revista MARCHAMOS. *Revista de Comunicación Interna de la Oficina Española de Patentes y Marcas*. Cuatrimestral (1998-2012). Nº 22, 2005; Nº 41, 2011.

**Número 1.
Noviembre 2012**

www.eumed.net/rev/riipac



LA ARTESANÍA ALIMENTARIA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA RECIENTE.

Miren Jasone URKOLA IRIARTE (*)

RESUMEN. Ante la reciente publicación del Decreto 126/2012, de 3 de julio, sobre la producción artesanal alimentaria de Euskadi, el trabajo intenta determinar si aporta alguna innovación de interés en el ámbito de la normativa autonómica comparada, para analizar a continuación su previsible coexistencia con la normativa foral vigente en materia de artesanía.

PALABRAS CLAVE:

Producción artesanal alimentaria – Persona productora artesanal – Registro de personas productoras artesanales - Normas Técnicas - Entidades de Control y Certificación – Distintivo identificativo de calidad – Mención de calidad

ABSTRACT: *Comparative analyses of Decree 126/2012, of July the 3th, concerning artisanal food production in the Basque Country with current similar regulations in the different Autonomous Communities trying to identify innovative contributions for the artisanal food production . Finally, the contribution analyses its predictable coexistence with the artisanal “foral” statutory regulation.*

KEYWORDS: *Artisanal Food Production – Artisan Food Producer - Register of Artisan Food Producers - Technical Standards – Inspection and Certification Bodies – Quality Label – Quality Award*

Sumario. Introducción. 1. El desarrollo reglamentario sobre la producción artesanal alimentaria en Euskadi. 1.1. El aspecto subjetivo de la producción artesanal alimentaria: la determinación de los portadores del patrimonio. 1.2. Incidencia de las normas técnicas específicas de producción artesanal en el procedimiento de elaboración de productos artesanales. 1.3. El control de la producción artesanal alimentaria: la colaboración de las Entidades de Control y Certificación. 1.4. La posibilidad de utilización de un distintivo identificativos de calidad y menciones facultativas en el etiquetado. 1.5. Organo consultivo en materia de producción artesanal alimentaria. 1.6. Régimen sancionador. 2. Regulación foral de la artesanía alimentaria. 2.1. Acerca del ámbito de aplicación material. 2.2. El aspecto subjetivo de la artesanía en la normativa

guipuzcoana. 2.3. Otros aspectos regulados en la normativa foral. 3. A modo de conclusión: la producción artesanal alimentaria ante el entramado normativo.

Introducción

El interés por la gastronomía tradicional ha experimentado un progresivo auge a lo largo de esta última década, al tiempo que cristalizaba una creciente presión social contra la comida rápida y sus procesos de elaboración y conservación, por el uso de aditivos y técnicas que alteran la composición natural de los alimentos y reducen sus propiedades nutritivas¹. En contraposición a la cultura de *fast food*, se extiende la filosofía *slow food*, que se interesa por la procedencia de los productos y por las implicaciones que a todos los niveles suponen las diversas opciones alimenticias, así como por la tutela de las tradiciones gastronómicas².

Gran número de ejemplos de la artesanía alimentaria de nuestros días no constituyen sino la materialización actualizada de esas tradiciones gastronómicas. Ofrece, por tanto, escaso margen a la duda su consideración como elementos integrantes del patrimonio cultural inmaterial o intangible, máxime si se tiene presente que desde el año 2010 la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad tutela la tradicional elaboración del pan de especias del norte de Croacia al mismo nivel que la cocina tradicional mexicana, la comida gastronómica francesa o la dieta mediterránea³.

(*) Profesora de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (dirección de correo electrónico: jasone.urkola@ehu.es).

¹ Resulta especialmente gráfica al respecto la denominación habitual de “comida basura”.

² El movimiento internacional [Slow Food](#), fundado en Italia, ha elegido como símbolo el caracol y actualmente se encuentra presente en más de medio centenar de países. Se trata de una organización sin ánimo de lucro que intenta fomentar una nueva lógica de la producción alimentaria, entre cuyos objetivos se encuentra la individualización de los productos alimenticios y de las modalidades de producción ligados a un concreto territorio y su protección en tanto que bienes culturales. Uno de sus proyectos, el denominado [Arca del Gusto](#) (un listado que relaciona más de 750 productos de todo el mundo), cataloga y documenta productos gastronómicos “de excelencia consagrada” en peligro de desaparición y recupera sabores olvidados. El listado valora la elaboración de productos artesanales con ingredientes y procesos tradicionales y en él se recogen productos que van desde el aguardiente de Rute andaluz hasta el fromatge de Vaca menorquina, pasando por el agrazón de Orduña o el olí de blanqueta de Muro d’Alcoi.

³ De acuerdo con el artículo 2 de la Convención para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, adoptada en París el 17 de octubre de 2003 (el Instrumento de ratificación por parte de España ha sido publicado en el Boletín Oficial del Estado –en adelante, BOE- núm. 31, de 5 de febrero de 2007), este tipo de patrimonio engloba aquellos “usos, (...) conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, los individuos, reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”, “se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana” y se manifiesta particularmente, entre otros, en las “técnicas artesanales tradicionales”.

No obstante, y a pesar de esa favorable coyuntura, muchos procesos tradicionales de elaboración de alimentos se encuentran actualmente en riesgo de desaparición en nuestro entorno inmediato, por su falta de competitividad en un mercado absolutamente transformado por la potente evolución económica y tecnológica que, también en el sector alimentario, se ha venido produciendo a lo largo de las últimas décadas⁴. Esta realidad ha abocado a las instituciones públicas a plantearse la necesidad de proteger la artesanía alimentaria subsistente, una de cuyas características distintivas es, precisamente, el tradicional proceso de producción y/o elaboración de los alimentos por parte de la persona artesana⁵.

En realidad, actualmente la normativa autonómica desplaza una normativa estatal previa adoptada desde una perspectiva predominantemente económica y cuyo origen reciente se remonta al periodo de los años sesenta del siglo pasado⁶. En cualquier caso, la vigente normativa autonómica ha heredado tal enfoque, habida cuenta de la consideración de la artesanía en cuanto sector económico cuya modernización y desarrollo propugna el artículo 130.1 de la

⁴ Vid. José María GORROTXATEGI, ["Futuro de la artesanía alimentaria"](#), *Euskonews&Media*, núm. 148, 2001-2002.

Se ha destacado la suma fragilidad de este tipo de bienes ante la presión de la cultura internacional y de la globalización (vid. TUGORES, F. y PLANAS R., *Introducción al patrimonio cultural*, edit. Trea, Gijón, 2006, pág. 73).

⁵ La supervivencia del modo de producción artesanal, que subsiste "mal que bien", radicaría, en opinión de Antxon AGUIRRE SORONDO, en una atractiva oferta de mercancías singularizadas que sólo está en manos de las personas artesanas, puesto que cada creación suya es "un fin en sí mismo". Además de esta particularidad, el autor destaca también otros rasgos que los poderes públicos han de tener muy presentes a la hora de plantearse sus políticas protectoras: la continuidad o repetición en la sucesión de los procedimientos artesanales, la desigual disposición respecto a las innovaciones técnicas en este ámbito, la específica relación de la persona artesana con sus instrumentos y su oficio, la dificultad existente para cambiar de oficio o de especialidad, la importancia que la persona artesana otorga a la estimación social, su sometimiento a un estricto autocontrol de calidad o la práctica inexistencia de una estructura para la comercialización de su producción (["Artesanía e industria tradicional en el País Vasco"](#), *Euskonews&Media*, núm. 104, 2000-2001).

⁶ Ya el Decreto 335/1968, de 22 de febrero (BOE núm. 53, de 1 de marzo) se hace eco, en su Exposición de Motivos, de los "estrados del tiempo y de las nuevas formas de vida" y del "empleo de nuevas técnicas" en los oficios artesanos tradicionales. El citado Decreto contempla dentro de su ámbito de aplicación la artesanía productora de bienes de consumo y complementaria de la industria y de la agricultura (art. 2.b), al tiempo que una "especial atención" a las actividades artesanas localizadas en zonas rurales. De conformidad con su Disposición Final Primera, la Orden del Ministerio de Industria de 22 de julio de 1968 (BOE núm. 183, de 31 de julio) fija un repertorio de oficios artesanos, entre los cuales recoge las especialidades correspondientes al ámbito de la alimentación (chacinería, quesería y mantequería, horchatería, pastelería, churrería y buñolería, confitería). Por otra parte, y de acuerdo con la remisión efectuada por la Disposición Transitoria Segunda del anteriormente citado Decreto 335/1968, la Orden del Ministerio de Industria de 10 febrero 1969 (BOE núm. 52, de 1 de marzo), regula las inscripciones en el Registro Artesano, creado previamente por Decreto 1211/1966, de 12 de mayo (BOE núm. 117, de 17 de mayo). Algunos años más tarde, el Decreto 549/1976, de 26 de febrero (BOE núm. 73, de 25 de marzo) establece un Plan de Fomento de la Artesanía.

El citado Decreto 335/1968 es derogado por el Real Decreto 1520/1982, de 18 de junio (BOE núm. 173, de 21 de julio), que aún se encuentra parcialmente en vigor y cuya Disposición Adicional deja a salvo las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en materia de artesanía en sus respectivos Estatutos en virtud del artículo 148.1.14 de la propia Constitución.

Constitución de 1978, aunque, de modo paralelo se resalta, con carácter general, su evidente significado cultural.

La conveniencia de la conservación de la producción artesanal se desprende simultáneamente, tanto de su carácter de patrimonio cultural, como también de su utilidad como instrumento de fomento del desarrollo de determinados sectores económicos⁷. Hay que aclarar, de inicio, que no todas las Comunidades Autónomas cuentan una regulación específica en materia de artesanía alimentaria⁸.

En la Comunidad Autónoma del País Vasco, la Ley 17/2008, de 23 de diciembre, de Política Agraria y Alimentaria, propugna como uno de los fines de la política agraria y alimentaria vasca “el reconocimiento social de la actividad agraria”, cuyo “carácter multifuncional” le otorga, entre otras externalidades inherentes, un papel en la conservación del patrimonio cultural de la Comunidad Autónoma⁹. De hecho, la producción agroalimentaria artesana constituye un tipo de producción específica, fruto de un sistema singular de producción agraria¹⁰. De ahí la orden que el texto legal dirige, en su art. 22.3, a las administraciones *agrarias* vascas (repárese en que no menciona las competentes en materia de cultura), de velar por el desarrollo de la producción artesanal, y la previsión de los principios que ha de respetar en todo caso la producción artesanal (principios de identificación, seguridad alimentaria y trazabilidad¹¹).

⁷ De modo específico, en calidad de instrumento de fomento del desarrollo rural (vid. MANRIQUE PERSIVA, “Producción alimenticia artesanal: patrimonio socio-cultural y modelo agrario”, *Revista de Desarrollo Rural y Cooperativismo*, núm. 1, 1997, p. 233).

⁸ Ocurre así en Aragón, en Navarra, en Castilla y León, en Andalucía y ahora en el País Vasco, con la aprobación de este Decreto que regula la producción artesanal alimentaria. Otras, como Cataluña y Galicia, recogen la protección de la artesanía alimentaria en el seno de la normativa de calidad agroalimentaria. A lo largo del presente texto nos referiremos a las mencionadas regulaciones autonómicas, sin detenernos en la normativa de un tercer grupo de Comunidades en las cuales la protección de este ámbito se integra en la normativa genérica reguladora de la artesanía, pues no se establece en ellas prescripciones específicas para la artesanía alimentaria, aunque se recojan los oficios artesanos alimentarios (Ley valenciana 1/1984, de 18 de abril, de ordenación de la Artesanía –Diario Oficial de la Generalitat Valenciana núm. 159, de 2 de mayo-, Ley balear de 3 de mayo de 1985, de ordenación de la Artesanía –Boletín Oficial de las Islas Baleares núm. 14, de 20 de mayo-, Ley riojana 2/1994, de 24 de mayo, de Artesanía –Boletín Oficial de La Rioja núm. 67, de 28 de mayo- o la Ley murciana 11/1988, de 30 de noviembre, de Artesanía de la Región de Murcia –Boletín Oficial de la Región de Murcia núm. 287, de 12 de diciembre-).

⁹ Boletín Oficial del País Vasco (en adelante, BOPV) núm. 250, de 31 de diciembre.

Así, con base en unas competencias que consideran como exclusivas, los entes forales han adoptado sus correspondientes normativas en el ámbito de la artesanía. Sin embargo, ni Álava ni Bizkaia engloban en la misma la artesanía alimentaria.

¹⁰ Tal especificidad se predica no sólo en relación con “los productos obtenidos, sino también con las prácticas, los objetivos y la forma” en que se dirige dicho sistema, en la mayoría de los casos, por parte de una familia agraria, puesto que se trata de una producción generada por un tipo de agricultura aún cuantitativamente mayoritaria en Europa, cual es la agricultura familiar. Aunque los elementos diferenciadores dependen del la persona productora y del tipo de producto, las técnicas de elaboración siempre serán un elemento distintivo, y, en algunos casos, también las condiciones de producción de la materia prima utilizada (vid. MANRIQUE PERSIVA, “Producción alimentaria artesanal...”, ob. cit., p. 237).

¹¹ El principio de identificación se dirige a asegurar que la persona consumidora pueda “realizar una elección consciente y racional y pueda utilizar los alimentos de manera segura y satisfactoria”, para lo cual exige que los productos alimentarios ofrezcan a sus destinatarios

La Ley prevé, al mismo tiempo, distintos aspectos que habrá de observar la regulación reglamentaria de dicha producción (tipo de producciones amparadas, requisitos higiénico-sanitarios, distintivo de calidad, sistema de gestión y control, Registro de Productores Artesanales), finalmente concretados en su reglamento de desarrollo, el Decreto 126/2012, de 3 de julio, sobre la producción artesanal alimentaria de Euskadi, en cuya Exposición de Motivos se reconoce la estrecha ligazón de tal tipo de producción con la conservación de la cultura alimentaria del País Vasco¹².

Se relacionan a continuación las previsiones concretas del citado Decreto con el objeto de analizar posteriormente su previsible coexistencia con la normativa foral aprobada previamente en materia de artesanía.

1. El desarrollo reglamentario sobre la producción artesanal alimentaria de Euskadi

En primer lugar, ha de apuntarse que el propio Decreto excluye de su ámbito de aplicación la producción, cría o cultivo de productos primarios de la explotación agraria, restringiéndolo a la producción artesanal alimentaria vinculada a ese tipo de explotación, producida y/o elaborada en el ámbito territorial autonómico¹³. No se extiende, pues, a la totalidad de la producción artesanal alimentaria autonómica, sino sólo a la ligada a una explotación agraria, una opción coincidente con la mayoría de las regulaciones autonómicas comparadas¹⁴.

“una información veraz, objetiva, completa y comprensible sobre las características esenciales de los mismos, con indicaciones para su correcto uso o consumo y advertencias sobre los riesgos previsibles” que implique el mismo y establece la información que como mínimo debe ofrecer el etiquetado, la presentación y la publicidad de los productos (art. 50).

Por su parte, el principio de seguridad pretende garantizar la inocuidad y salubridad, en nuestro caso, de los productos alimentarios artesanales, y exige a los productores disponer de los sistemas de autocontrol que imponga en cada momento la normativa aplicable (art. 51).

Finalmente, el principio de trazabilidad supone la capacidad de seguir el “proceso completo de un producto”, en nuestro caso, artesanal alimentario, “a través de todas las etapas de producción, transformación, envasado y comercialización” y es, precisamente, uno de los elementos que han de integrar los sistemas de autocontrol anteriormente mencionados (art. 52).

¹² Párrafo sexto de la Exposición de Motivos (BOPV núm. 148, de 31 de julio).

Al menos dos de las finalidades que asocia el Decreto a la producción artesanal alimentaria están íntimamente relacionadas con esa conservación: por un lado, la promoción y protección de “las pequeñas producciones y elaboraciones tradicionales artesanas de productos alimentarios”, y, por otro, el fomento de “métodos tradicionales de elaboración basados en la práctica del buen hacer artesano” (puntos 1.1 y 1.3, respectivamente, del art. 1).

Además de la ya mencionada Exposición de Motivos, el Decreto contiene 35 artículos distribuidos a lo largo de siete capítulos (que regulan, además de una serie de disposiciones generales, la producción artesanal alimentaria, el Registro de Productores Artesanales, el control y la certificación, distintivo de calidad identificativo, el Consejo Vasco de la Producción Artesanal Alimentaria y el régimen sancionador), una Disposición Transitoria, cuatro Disposiciones Adicionales y dos Disposiciones Finales.

¹³ La única excepción de la citada exclusión es la clasificación, envasado y marcado de huevos frescos (vid. art. 2 del Decreto).

¹⁴ El Decreto 53/2007, de 24 de mayo, por el que se regula la Artesanía Alimentaria en Castilla y León (Boletín Oficial de Castilla y León –en adelante, BOCyL- núm. 104, de 30 de mayo) se aplica, no sólo a la vinculada a explotación agraria, sino a la producida o elaborada en el

Merece también una puntualización la pretendida inexistencia de normativa comunitaria sobre este tipo de artesanía alimentaria que mantiene el enunciado de partida de su Exposición de Motivos, y recordar la vigencia del Reglamento (CE) núm. 509/2006, del Consejo, de 20 de marzo de 2006, sobre las especialidades tradicionales garantizadas de los productos agrícolas y alimenticios¹⁵. Aunque tal Reglamento en ningún momento utilice el término “artesanía”, su concepto “productos tradicionales con características específicas” integra, sin duda, también los productos alimenticios artesanales, aunque no se limite a ellos necesariamente¹⁶.

En los puntos subsiguientes se detallará su contenido y, aunque ciertamente varía el enfoque de determinados aspectos si se compara con otras normativas autonómicas, ha de avanzarse que el Decreto no aporta en su articulado ninguna novedad de calado al panorama normativo de la artesanía alimentaria.

1.1. El aspecto subjetivo de la producción artesanal alimentaria: la determinación de los portadores del patrimonio

En algunas Comunidades Autónomas se distingue entre la persona física del/la artesano/a alimentario/a y la empresa artesana alimentaria, haciéndose pivotar la definición del primero de tales conceptos en torno a una acreditación que se ha de obtener a través del correspondiente documento, denominado, según los casos, Diploma (Navarra), Carné (Cataluña) o Carta (Galicia, Aragón)¹⁷. Por el

territorio autonómico correspondiente “en cualquiera de los sectores de la alimentación humana”, con la única exclusión del sector del vino (art. 3). Diverge también en el concepto de “producción artesana”, entendiéndose como tal también el cultivo de productos hortofrutícolas.

Tampoco el Decreto 352/2011, de 29 de noviembre, por el que se regula la artesanía alimentaria en Andalucía (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía -en adelante, BOJA- núm. 237, de 2 de diciembre) exige de modo exclusivo una vinculación a explotación agraria de este tipo de artesanía (vid. arts. 1 y 3.)

¹⁵ El Reglamento opta por la expresión «especialidad tradicional garantizada» en lugar de la anterior «certificación de características específicas». Vid. Diario Oficial de la Unión Europea – en adelante, DOUE- núm. L 93, de 31 de marzo de 2006.

Por otra parte, conviene apuntar lo que se considera “tradicional” a efectos del Reglamento, que no es sino el uso demostrado en el mercado comunitario a lo largo de un periodo cuya duración suponga la transmisión generacional, lo cual se fija en un mínimo de 25 años (art. 1.b). Aprobada con base en el art. 37 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la citada norma deroga el anterior Reglamento (CEE) núm. 2082/92 del Consejo, relativo a la certificación de las características específicas de los productos agrícolas y alimenticios (Diario Oficial de las Comunidades Europeas –en adelante, DOCE- núm. L 208, de 24 de julio de 1992).

Las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 509/2006 han sido establecidas por Reglamento (CE) 1216/2007 de la Comisión, de 18 de octubre de 2007 (DOUE núm. L 275, de 19 de octubre de 2007), que viene a sustituir el anterior Reglamento (CEE) núm. 1848/93 de la Comisión, de 9 de julio de 1993 (DOCE núm. L 168, de 10 de julio de 1993).

¹⁶ Exige que los productos agrícolas o alimenticios sean producidos “a partir de materias primas tradicionales” o que presenten “una composición tradicional o un modo de producción y/o de transformación que pertenezca al tipo de producción y/o de transformación tradicional” (art. 4). Las “características específicas” del producto agrícola o alimenticio que tiene en cuenta el reglamento pueden ser, tanto las características intrínsecas del producto (físicas, químicas, microbiológicas u organolépticas), como el método de producción o elaboración del mismo o incluso, condiciones específicas que han de prevalecer a lo largo de su producción (art. 2.1.a en relación con art. 2.2).

¹⁷ El Decreto Foral 133/1994, de 23 de mayo, por el que se regula en Navarra la artesanía agroalimentaria (Boletín Oficial de Navarra –en adelante, BON- núm. 70, de 13 de junio) exige

contrario, el Decreto 126/2012 simplifica la determinación del elemento subjetivo de la producción artesanal alimentaria, que queda “sintetizado” -por decirlo de alguna manera- en la breve definición que su artículo 3.2 efectúa de “persona productora artesanal alimentaria”, que prescinde de la personalidad jurídica a la hora de configurar el concepto, pues, junto a personas físicas y jurídicas privadas, engloba también a comunidades de bienes¹⁸.

El Decreto que nos ocupa omite también la regulación alguna especie de “maestría” artesanal alimentaria, que otras Comunidades Autónomas reservan para quienes cumplen determinados méritos de creatividad y conocimientos, y que podría resultar interesante en relación con la conservación del patrimonio cultural por su virtualidad en la transmisión del conocimiento sobre técnicas y procedimientos tradicionales de elaboración¹⁹. La cuestión de la preservación y

en su art. 3 un “Diploma” que será otorgado por el Departamento de Agricultura si se cumplen una serie de condiciones que se detallan en la Orden Foral de 19 de diciembre de 1994 (BON núm. 2, de 4 de enero de 1995): mínimo temporal de experiencia en el oficio, intervención personal y directa en la ejecución de los trabajos, posesión de carné de manipulador de alimentos e informe favorable de la Comisión de Artesanía Alimentaria.

En Cataluña, la Ley 14/2003, de 13 de junio, de calidad agroalimentaria (Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña –en adelante, DOGC- núm. 3916, de 1 de julio), exige el Carné otorgado por el departamento competente en materia agroalimentaria (art. 29) que el Decreto 285/2006, de 4 de julio (DOGC núm. 4670, de 6 de julio) denomina “Carné de Artesano/a Alimentario/a”, para cuya obtención, también exige un mínimo temporal de experiencia, aparte de lo cual si no se trabaja en una empresa, se exige el alta censal tributaria y, en cualquier caso, la realización de un curso teórico-práctico especializado y relacionado con el oficio (vid. arts. 87-92).

La ley 2/2005, de 18 de febrero, de defensa de la calidad agroalimentaria de Galicia (Diario Oficial de Galicia –en adelante, DOG- núm. 49, de 11 de marzo), prevé también la expedición de la “Carta de Artesano” por la consejería competente en materia de agricultura, remitiéndose a la determinación reglamentaria de los requisitos y condiciones de obtención.

En el caso aragonés, la Ley 9/2006, de 30 de noviembre, de calidad agroalimentaria (Boletín Oficial de Aragón –en adelante, BOA- núm. 142, de 13 de diciembre) exige en su art. 41.2 la correspondiente “Carta de Artesano Alimentario”, previsión que es desarrollada en los arts. 10-12 de la Orden de 8 de febrero de 2011, del Consejero de Agricultura y Alimentación, por la que se aprueba el Reglamento de la artesanía alimentaria en Aragón (BOA núm. 53, de 15 de marzo). Esta norma baja el listón de exigencia, puesto que el periodo mínimo de experiencia pasa a ser de un año en lugar de los tres que se exigen en las normativas navarra y catalana, pero basta con disponer de una titulación profesional “íntimamente relacionada” con la actividad artesana para la que se solicite la acreditación (los requisitos no son acumulativos, como en las anteriores Comunidades Autónomas).

Finalmente, el Decreto 352/2011, de 29 de noviembre, por el que se regula la artesanía alimentaria en Andalucía exige en su art. 3.b una cualificación acreditada a la “persona artesana de alimentación”, en cuanto persona física que tiene responsabilidad directa en la elaboración del correspondiente producto.

¹⁸ A este respecto habría una pequeña divergencia entre la dicción del art. 2.2 y la del 3.2, pero parece que ha de priorizarse la definición que proporciona de modo específico el segundo de ellos.

¹⁹ Es el caso de Cataluña y Aragón (arts. 30 de la Ley 14/2003 y 41.1 de la Ley 9/2006, respectivamente). En cualquier caso, para la obtención del correspondiente Diploma de Maestro/a artesano/a, se exige un periodo mínimo previo de ejercicio como artesanos/as alimentarios/as (10 años en Aragón, 15 en Cataluña). La normativa de desarrollo detalla también los requisitos de creatividad y conocimientos: mientras que el art. 93 del Decreto catalán 285/2006 habla de “larga trayectoria profesional reconocida, dominio técnico de su oficio, experiencia y méritos de carácter extraordinario” en su práctica, la Orden aragonesa de 8 de febrero de 2011 ejemplifica el tipo de méritos: influencia en la potenciación del oficio, ejercicio de oficios en riesgo de extinción o recuperación de una actividad artesanal ya desaparecida, una incidencia especial en la mejora de los métodos tradicionales de producción,

transmisión del conocimiento dista de ser trivial. Ciertamente, existen gremios de personas artesanas, tanto en la Comunidad Autónoma del País Vasco como en otras, que imparten cursos de formación e incluso disponen de Escuelas²⁰. Ahora bien, la imagen proyectada por estas instituciones carece de la notoriedad o, tal vez, del prestigio del sistema gremial francés²¹.

A falta de otro tipo de referencia, la determinación de las personas artesanas se remite al Registro de Productores Artesanales previsto en la Ley 17/2008, y regulado con más detalle en el desarrollo reglamentario²². Se trata de un registro público de naturaleza administrativa, único para todo el territorio autonómico y de inscripción voluntaria (aunque es a través de la misma como se llega a obtener el derecho a utilizar el distintivo de calidad y las menciones que se regulan en el propio Decreto)²³.

trabajos de investigación y titulaciones académicas y profesionales, transmisión de sus conocimientos, influencia sobre la conservación del patrimonio cultural de Aragón o la obtención de premios o menciones como consecuencia del ejercicio de su actividad.

²⁰ Como ejemplo, el Gremio Provincial de Pasteleros y Confiteros de Gipuzkoa, el [Gremio de Artesanos de Confitería-Pastelería de Bizkaia](#). El mismo sector cuenta con ejemplos en otras Comunidades Autónomas: el [Gremio de Artesanos Confiteros de Asturias](#); en Cataluña, la [Escola de Pastisseria](#) del Gremi de Pastisseria de Barcelona; en la Comunidad Valenciana, la Escuela del [Gremio Provincial de Pasteleros Artesanos de Alicante](#) o el [Gremio de Maestros Confiteros de Valencia](#).

²¹ Recogido también en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad, el sistema de gremios francés, en cuanto red de transmisión de conocimientos e identidades mediante la práctica de un oficio, es calificado como “medio excepcional para transmitir conocimientos teóricos y prácticos propios” de determinados oficios, entre los que se podrían encontrarse los relacionados con la preparación de alimentos. La información de la Lista añade que “en general, se considera que el movimiento gremial es el único sistema capaz de aplicar y enseñar determinadas técnicas ancestrales, de garantizar una formación excelente para el desempeño de oficios artesanales (...)”. De acuerdo con la Decisión 5.COM 6-12, el Comité entiende que “el sistema gremial permite la transmisión de conocimientos mediante el aprendizaje, está arraigado en su comunidad y se recrea constantemente para adaptarse a la evolución de los contextos sociales” y su inscripción en la Lista Representativa podrá “sensibilizar a la pertinencia que siguen teniendo actualmente los sistemas tradicionales de aprendizaje”. La originalidad del sistema se basa en “una síntesis de métodos y procedimientos de transmisión del conocimiento muy diversos: viaje educativo por el territorio nacional, llamado la «Vuelta a Francia», o por países extranjeros, ritos de iniciación, enseñanza escolar, aprendizaje tradicional y adquisición de técnicas”. Y explica que una vez cumplidos los 16 años, un/a joven puede solicitar el ingreso como aprendiz/a en una comunidad gremial, lo que dará paso a una formación profesional media de cinco años, a lo largo de la cual efectuará desplazamientos periódicos “tanto en Francia como en el extranjero, para ir descubriendo diferentes tipos de conocimientos y de métodos de transmisión de los mismos”. A la finalización de ese periodo formativo, le corresponderá “a su vez transmitir sus conocimientos” y para ello ha de “ejecutar una «obra maestra» que es examinada y evaluada por maestros en el oficio”.

²² Capítulo III (arts. 8-18).

²³ Para poder inscribirse en el Registro, la persona productora artesanal alimentaria, además de cumplir una serie de requisitos establecidos en el propio Decreto (entre otros, acompañar su solicitud con una detallada memoria y una declaración responsable), ha de comunicar la actividad que realiza, adecuarse a lo establecido en la correspondiente Norma Técnica y asumir el compromiso de someterse al control de la correspondiente entidad de control y certificación. Obtenida la inscripción (a la que no se asigna expresamente periodo temporal de validez alguno, aunque sea posible su cancelación), esta persona es identificada a través de un código alfanumérico compuesto por la sigla “invariante” PAA (acrónimo que equivale a “Producción Artesanal Alimentaria”), seguido de dos dígitos que identifican el Territorio Histórico al que pertenece y un número de cuatro cifras que atiende al orden de inscripción en el Registro (vid. art. 14). Este tipo de previsión aparece también en el Decreto castellano-leonés (art. 8.4).

Ha sido una característica común de las distintas regulaciones autonómicas la previsión de registros similares, aunque con distintas denominaciones²⁴. En algún caso, se ha creado una “subsección” específica para la inscripción de las empresas artesanas alimentarias en el correspondiente registro de industrias agroalimentarias²⁵. Sin embargo, determinados registros, además de la información relativa a las empresas artesanas, recogen también la correspondiente a las personas artesanas alimentarias expresamente acreditadas y a las que hayan obtenido la maestría artesanal alimentaria²⁶.

Repárese que se trata de un listado que dispone necesariamente de datos de carácter personal, lo cual plantea el problema de la protección de los mismos de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre²⁷.

²⁴ En Navarra se prevé la renovación bianual de la inscripción de la empresa artesanal alimentaria en el Registro de Empresas Artesanales Agroalimentarias (arts. 5 del Decreto Foral 133/1994 y 5 de la Orden Foral de 19 de diciembre de 1994).

También son las empresas artesanales alimentarias las que se inscriben en el Registro de Artesanía Alimentaria en Galicia (art. 26 de la Ley 2/2005), cuya gestión encomienda al Instituto Gallego de Calidad Alimentaria el Decreto 259/2006, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento del citado Instituto (DOG núm. 13, de 18 de enero de 2007); según la Disposición Transitoria Segunda de la Ley gallega, en el citado Registro de Artesanía Alimentaria de Galicia se inscriben de oficio los artesanos y talleres artesanales con actividades relacionadas con la producción alimentaria inscritos en las secciones II y III del Registro General de Artesanía de Galicia.

Mencionemos, por último, el Registro Artesanal Alimentario de Castilla y León, con respecto al cual se especifica en el Decreto 53/2007, de 24 de mayo, que la inscripción de las empresas artesanas es voluntaria y gratuita (art. 11) y se prevé la emisión de un certificado de inscripción (art.7 de la Orden AYG/654/2008, de 18 de abril, por el que se desarrolla el mencionado Decreto 53/2007 –BOCyL núm. 77, de 22 de abril-).

²⁵ Es el caso de Andalucía, donde, a diferencia de los ejemplos anteriores, se integra la denominada “Subsección de empresas y producciones artesanales de alimentos de Andalucía” en el Registro de Industrias Agroalimentarias de la Comunidad Autónoma (art. 13 y siguientes del Decreto 352/2011), en cuyas fichas registrales, además de los datos especificados en el Decreto 173/2001, de 24 de Julio que aprueba el Reglamento del Registro de Industrias Agroalimentarias de Andalucía (BOJA núm. 96, de 21 de agosto), se contendrán datos relativos a la empresa de artesanía alimentaria, a la persona artesana de alimentación responsable de la producción artesanal y a la producción artesanal alimentaria.

²⁶ En concreto, el Registro de Artesanía Alimentaria en Cataluña se divide en tres secciones, denominadas sucesivamente “carné de artesano/a alimentario/a”, “diplomas de maestro/a artesano/a alimentario/a” y “empresas artesanales alimentarias” (art. 101.3 del Decreto 285/2006), y en ellas se practica de oficio la inscripción una vez emitido el correspondiente carné, publicado en el DOGC la resolución de otorgamiento del diploma o emitido la resolución de concesión de calificación de empresa artesanal alimentaria, respectivamente (art. 103).

La Orden aragonesa de 8 de febrero de 2011 se ajusta al mismo patrón, sin variar demasiado las denominaciones de las secciones creadas en el Registro de Artesanía Alimentaria de Aragón (“sección de artesanos alimentarios”, “sección de maestros artesanos alimentarios” y “sección de empresas artesanales alimentarias”). Restaría añadir que la Disposición Transitoria Primera de la Orden prevé el traslado de oficio a este Registro de las inscripciones relativas a actividades agroalimentarias recogidas, a la entrada en vigor de la misma, en el Censo de Empresas Artesanas y en el Censo de Artesanos del Registro General de Artesanos de Aragón.

²⁷ BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, datospersonales.org, publica en su núm. 22, de julio de 2006, la respuesta de la citada Agencia a una consulta formulada la administración autonómica madrileña (en concreto, por el Servicio de Feria y Artesanía de la Dirección General de Comercio de la Consejería de Económica e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid), acerca de la legitimidad de la cesión a una asociación artesanal, legalmente constituida, de un listado actualizado de los registros de

Como vemos, las personas productoras artesanales, entendido el concepto en su acepción más amplia, son uno de los elementos clave en torno a los cuales se configura la normativa que analizamos, a diferencia de la reglamentación europea, que se centra más en el producto que en la persona o entidad productora²⁸. Muestra de ello, el registro previsto por el Reglamento CE 509/2006 no es un registro de personas o entidades productoras, que es un registro de las especialidades tradicionales garantizadas reconocidas a escala comunitaria²⁹.

1.2. Incidencia de las normas técnicas específicas de producción artesanal en el procedimiento de elaboración de productos artesanales

Tal y como es habitual en este tipo de regulación, el Decreto establece que los procesos de elaboración de productos artesanales han de ser mayoritariamente manuales (aunque admite el empleo de medios mecánicos y tecnológicos elementales) y dispone que tales procesos deben ser desarrollados “conforme a la práctica del buen hacer artesano” que, para producto o grupo de productos, será definida en las denominadas “Normas Técnicas” que ha de

Carné y Carta de Empresa Artesana de las personas físicas y jurídicas inscritas en el Registro autonómico de Actividades Artesanas (la solicitud incluía datos de nombre, apellidos, oficio y dirección). En su informe, la Agencia entiende que, aunque la propia normativa reguladora del citado Registro prevé el carácter público del mismo, ha de acreditarse un “interés legítimo” para el acceso a los datos personales recogidos en el mismo, y afirma que, en ese caso, los datos pueden ser comunicados sin consentimiento del afectado, pero considera que no es “admisible una solicitud genérica” o “masiva de los datos de titularidad registral” como la que planteaba la solicitud en cuestión.

²⁸ Ciertamente, aunque el Reglamento CE núm. 509/2006 hable de “productor” y “agrupación”, parte de un distinto enfoque.

De la definición de ese concepto de “agrupación” (toda organización, cualquiera que sea su forma jurídica o su composición, de productores o de transformadores que trabajen con un mismo producto agrícola o alimenticio -art. 2-) parece deducirse la exigencia de personalidad jurídica, de modo que ni comunidades de bienes ni otro tipo de figuras sin personalidad podrían presentar solicitud al respecto. Pues bien, el Reglamento faculta a la “agrupación” en orden a la solicitud de registro de una especialidad tradicional garantizada (art. 7.1).

Por otra parte, se menciona al “productor” únicamente en relación con la declaración que ha de realizar a las autoridades de su intención de producir “por primera vez” una especialidad tradicional garantizada. Resulta extraño hablar de una producción inicial cuando hablamos de productos tradicionales que están siendo elaborados desde antaño, y no parece que la intención de la norma sea la de limitarse a los nuevos productores. Parece que la previsión ha de interpretarse en el sentido de que tenga intención de utilizar la indicación comunitaria de “especialidad tradicional garantizada” (o bien “ETG”).

²⁹ De acuerdo con su art. 3, el citado registro distingue dos listas de tales ETG, en función de si la utilización de la denominación del producto está o no reservada a los productores que respeten el pliego de condiciones del mismo, cuyo contenido se define en el art 6 y mencionaremos más adelante. La verificación del cumplimiento del pliego de condiciones ha de producirse antes de la comercialización del producto (art. 15).

El Reglamento CE núm. 1216/2007 detalla en su art. 10 la información que ha de consignar la Comisión en el Registro.

A título indicativo, señalar que en el listado están registrados el [jamón serrano](#) (fecha de registro: 13 de noviembre de 1999), la [leche de granja](#) (7 de julio de 2000) y los [panellets](#) (2 de octubre de 2008), y se encuentra en tramitación el de las [tortas de aceite de Castilla de la Cuesta](#). En el caso concreto de los panellets, el DOUE núm. L 263, de 2 de octubre de 2008 publica el Reglamento CE núm. 966/2008, de la Comisión, de 1 de octubre de 2008, por el que se aprueban modificaciones no menores de su pliego de condiciones.

aprobar la Administración³⁰. Estas Normas Técnicas han de atender a la “elaboración tradicional” a la hora de determinar los requisitos higiénico-sanitarios a cumplir por tales productos, que habrán adecuarse a la normativa en materia de salud pública, pero con la posibilidad de manejar “criterios de flexibilización” en atención a las características de ese tipo de elaboración³¹

La denominada “práctica del buen hacer artesano” ha sido recogida anteriormente, de modo expreso, en la normativa castellano-leonesa, en el mentado Decreto 53/2007, que la ha proclamado entre los principios generales a los que ha de ajustarse la producción artesana (art. 6.1), pero ha habido que esperar a su desarrollo reglamentario para avanzar en la determinación del concepto³². En cualquier caso, la normativa autonómica pionera, también en materia de normas reguladoras de este tipo, ha sido la navarra, cuya estela ha seguido la normativa más reciente³³.

Conviene reparar en que la normativa comunitaria europea prohíbe limitar las características específicas de un producto alimenticio a la composición cualitativa o cuantitativa o a un modo de producción concreto, sin que importe el origen de la normativa que lo haga³⁴. Sin embargo, la prohibición queda sin efecto cuando la norma limitativa en cuestión haya sido establecida,

³⁰ Serán aprobadas por Orden del Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial, Agricultura y Pesca, a propuesta del Consejo Vasco de la Producción Artesanal Alimentaria, y posteriormente publicadas en el BOPV (art. 5.2).

³¹ El propio Decreto menciona de modo específico tres Reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 29 de abril de 2004: Reglamento (CE) núm. 852/2004, relativo a la higiene de los productos alimenticios; Reglamento (CE) núm. 853/2004, por el que se establecen normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal; y Reglamento (CE) núm. 854/2004, por el que se establecen normas específicas para la organización de controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano (publicados todos ellos en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. L 139, de 30 de abril de 2004).

³² Precisamente, el art. 4 de la Orden AYG/654/2008 nos remite a su Anexo I, que, de acuerdo con la citada “práctica del buen hacer artesano”, identifica las materias primas y productos “semielaborados” permitidos en cada sector, apunta posibles singularidades en relación con la mecanización y determina las prácticas prohibidas.

³³ Las [Normas Reguladoras de la Artesanía Agroalimentaria de Navarra](#) son aprobadas, para los distintos oficios, por Resolución de 29 de mayo de 2000 del Director General de Estructuras Agrarias e Industrias Agroalimentarias (delegado a estos efectos por el Consejero de Agricultura Ganadería y Alimentación), a propuesta de la Comisión de Artesanía Alimentaria (BON núm. 77, de 26 de junio).

En Aragón, de acuerdo con el art. 20 de la Orden de 8 de febrero de 2011, las reglamentaciones técnicas sobre artesanía alimentaria han de ser establecidas por Orden de la Consejería de Agricultura y Alimentación, aunque en este caso no se reserva la propuesta al Consejo de Artesanía Alimentaria de Aragón, sino que su intervención se reserva a la redacción de un informe con carácter previo a la aprobación de las mismas.

Por su parte, también el art. 5 del Decreto andaluz 352/2011 remite a una Orden de la Consejería competente en materia de agricultura y pesca la determinación de las condiciones técnicas específicas necesarias y las especialidades en función del proceso de elaboración empleado, y la Comisión de Artesanía Alimentaria de Andalucía tiene un papel análogo al de su homólogo aragonés. Cabe destacar que la normativa andaluza incide, de modo similar al Decreto vasco 126/2012, en el cumplimiento de la normativa sanitaria, y, en este sentido, menciona específicamente la normativa europea relativa a la higiene de los productos alimentarios.

³⁴ Es decir, sean definidos por normativa de la Unión Europea, del Estado miembro, de un organismo de normalización o incluso por normas voluntarias (art. 2.2 párrafo 3º).

precisamente, para definir la especificidad de un producto (lo cual es, justamente, el objeto de las normas técnicas que nos ocupan).

Por lo demás, en el ámbito del Reglamento CE 509/2006 es el denominado “pliego de condiciones” el que asume un papel similar al de las normas técnicas (salvadas, por supuesto, las distancias, pues el citado pliego ha de ser presentado a la Comisión por la agrupación solicitante de registro de un producto agrícola o alimenticio)³⁵.

1.3. El control de la producción artesanal alimentaria: la colaboración de las Entidades de Control y Certificación

Por lo general, la normativa de las distintas comunidades autónomas reserva las funciones de vigilancia y control de la producción artesanal alimentaria al ámbito de las administraciones públicas, y se atribuye el ejercicio de las mismas, bien al departamento correspondiente de la propia administración autonómica, bien a entidades institucionales dependientes de la misma, de carácter público o privado³⁶. En el caso del Decreto 126/2012, aunque la función administrativa de control se reparte, en principio, entre las direcciones con competencias en materia de salud pública y en materia de control de los distintivos de calidad (art. 19), la normativa recaba adicionalmente la

³⁵ Y ello, porque el pliego de condiciones al que habrá de ajustarse un producto agrícola o alimenticio para beneficiarse de una ETG ha de contener (además del nombre, por supuesto), no sólo una descripción del producto con sus principales características (físicas, químicas, microbiológicas u organolépticas), sino también la descripción del método de producción (incluidos, en su caso, la naturaleza y características de la materia prima o de sus ingredientes y el método de elaboración), los elementos clave que definan sus características específicas y que demuestren su carácter tradicional y, finalmente, los requisitos mínimos y los procedimientos de control de las características específicas (vid. art. 6.2 del Reglamento CE 509/2006). El pliego ha de ser conciso, sin sobrepasar la decena de página, excepto en casos justificados (vid. art. 1.3 del Reglamento CE 1216/2007, cuyo Anexo III detalla el contenido del pliego).

³⁶ Cataluña, Castilla y León, Aragón y Andalucía han apostado por la primera opción. De acuerdo con el Decreto catalán 285/2006 el control administrativo corresponde a la dirección general competente en materia de calidad agroalimentaria (art. 104.bis). También en Castilla y León se reserva a las autoridades administrativas (vid. arts. 8 y 9 del Decreto 53/2007), en estos momentos, tal actividad queda en manos de la Dirección general de Industrias Agrarias y Modernización de Explotaciones (en concreto, las actividades de control directo las realizan los inspectores de calidad del Servicio Territorial correspondiente de Agricultura y Ganadería). En Aragón, el art. 8 de la Orden de 8 de febrero de 2011 atribuye al Departamento de Agricultura y Alimentación la vigilancia del cumplimiento de las normas referentes a la artesanía alimentaria. Y el Decreto andaluz 352/2011 establece que la autoridad de control es la Dirección general que se encargue de la materia de calidad agroalimentaria en la Consejería competente en materia de agricultura y pesca.

Navarra y Galicia, por su parte, se han posicionado a favor de la opción institucional. En Navarra, el punto 4º de la Resolución de 29 de mayo de 2000 asigna la función de control a un ente del sector público, pero de naturaleza privada, el Instituto de Calidad Agroalimentaria de Navarra SA (ICAN), cuyo lugar ocupa actualmente el Instituto Navarro de Tecnologías e Infraestructuras Alimentarias SA (INTIA), sociedad anónima pública del Gobierno de Navarra, creada de la fusión del citado ICAN con otras cuatro empresas públicas. En Galicia, por el contrario, el art. 27 de la Ley 2/2005 atribuye esta función a un ente de derecho público que ajusta su actividad al ordenamiento jurídico privado, el Instituto Gallego de Calidad Alimentaria (INCAGAL), cuyo Reglamento ha sido adoptado por Decreto 259/2006, de 28 de diciembre (BOG núm. 13, de 18 de enero de 2007).

colaboración de entidades privadas en las actividades de control (vía que dejan también abierta las normativas gallega y andaluza³⁷).

La solicitud de inscripción en el Registro de Productores Artesanales origina la sumisión al control de la actividad a las prescripciones del Decreto y de las correspondientes Normas Técnicas, que será ejercido por alguna de las Entidades de Control y Certificación designadas al efecto por Resolución de la Dirección de Calidad Alimentaria³⁸. Corresponde a estas entidades, en primer lugar y con carácter previo a la inscripción de una personal productora artesanal en el Registro de Productores Artesanales, efectuar las inspecciones y verificaciones necesarias para certificar el cumplimiento por parte de la misma de los requisitos establecidos en el Decreto y las correspondientes Normas Técnicas y, una vez producida la inscripción, tal actividad de verificación se repetirá con carácter anual³⁹. Por lo demás, conviene subrayar que recae sobre ellas una obligación de confidencialidad en relación con los detalles que puedan averiguar en el transcurso de sus actividades.

En realidad, la sumisión a esta actividad de control constituye una situación jurídica de sujeción caracterizable como “carga”, en tanto en cuanto se impone a toda aquella persona productora alimentaria artesanal que pretenda obtener el distintivo identificativo de calidad o las menciones facultativas que regula el Decreto, puesto que, para ello, es requisito ineludible la inscripción en el Registro.

Otro tanto puede decirse de la regulación comunitaria, en que se delega en los Estados la designación de la autoridad o autoridades competentes responsables de los controles oficiales y España ha notificado un total de ocho

³⁷ La Ley gallega 2/2005 establece que “si las demandas del sector así lo aconsejan” la Consejería competente puede permitir que la actividad de control y certificación sea realizada por entidades independientes de control que ajusten su funcionamiento a los requisitos de la Norma UNE-EN 45001 (o norma que, en su caso, la sustituya), quienes inicialmente deben presentar una declaración responsable de cumplimiento de los requisitos necesarios para su ejercicio, pero siempre a expensas de la obtención de la correspondiente acreditación para la certificación de este tipo de productos de acuerdo con el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, que aprueba el Reglamento de infraestructuras para la calidad y la seguridad industrial (puesto que si no la obtiene, no podrá continuar con su actividad de certificación. En Andalucía, el Decreto 352/2011 prevé, por su parte, que determinadas tareas de control de empresas y productos artesanos puedan ser ejercidas por entidades autorizadas, previa delegación conforme al Reglamento CE núm. 882/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre controles para la verificación del cumplimiento de la legislación en materia alimentos (vid. arts. 10 y 11).

³⁸ Tal designación se efectuará entre aquellas que figuren inscritas en el [Registro de Entidades de Control y Certificación de Productos Agrarios y Alimentarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco](#), regulado por Decreto 93/2011, de 10 de mayo (BOPV núm. 137, de 19 de julio), tengan una experiencia mínima de 3 años, estén acreditados para un alcance del sector agroalimentario por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) y actúen de acuerdo con la norma UNE-EN 45011, dispongan de personal suficiente y puedan garantizar los derechos lingüísticos de quienes se relacionen con ellas. En estos momentos, la Fundación Hazi Fundazioa es la única que figura en la [relación de entidades acreditadas por la ENAC](#) en sector agroalimentario el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

³⁹ Además, según el art. 22 del Decreto, estas entidades han de dar cuenta a la Dirección de Calidad Alimentaria del resultado los controles efectuados mediante los correspondientes certificados y comunicar a la misma los incumplimientos que detecten.

organismos autorizados⁴⁰. Como se ha avanzado, el control se efectúa, en este caso, con carácter previo a la comercialización del producto y se dirige a la verificación del cumplimiento del pliego de condiciones⁴¹.

1.4. La posibilidad de utilización de un distintivo identificativo de calidad y de menciones facultativas en el etiquetado

Aunque la precursora en la apuesta por el establecimiento de distintivos identificativos de calidad en el ámbito de la artesanía alimentaria ha sido la Comunidad Foral de Navarra, la idea ha sido posteriormente asumida con entusiasmo por las restantes regulaciones autonómicas⁴². Por ello, el Decreto 126/2012 simplemente se adhiere a la tendencia general cuando establece un distintivo identificativo de calidad, “Artisau Elikagaigintza - Artesanía alimentaria”, cuya titularidad es reservada por su art. 23 a la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y para cuya protección se prevé la correspondiente inscripción en el Registro de Patentes y Marcas de la Oficina Española de Patentes y Marcas⁴³. Esta previsión de titularidad pública no resulta baladí, desde el momento en que encontramos en el mismo Registro distintivos similares inscritos a nombre de personas físicas o jurídicas privadas concretas, carentes, como es obvio, de la cobertura protectora de un marco análogo, con la consecuente confusión para las personas consumidoras⁴⁴. Pero peor aún que esa confusión es la apropiación que esas personas concretas

⁴⁰ Vid. arts. 14 y 15 del Reglamento 509/2006 y 12 del Reglamento 1216/2007. El listado de notificaciones de los Estados miembros está publicado en el DOUE núm. C 324, de 21 de diciembre de 2005 y parece ser que no ha habido ninguna publicación similar con posterioridad.

⁴¹ Cabe mencionar que en sus Considerandos iniciales, el Reglamento CE 509/2006 remarca la necesaria “credibilidad” del régimen de control del que han de beneficiarse las ETG protegidas en territorio comunitario (considerando 9º).

⁴² En cualquier caso, tras su modificación por Decreto Foral 318/2011, de 5 de noviembre (BON núm.143, de 26 de noviembre), el Decreto Foral 103/1994 prevé que la calificación de empresa artesanal agroalimentaria comporta, no obstante su carácter voluntario, entre otros, el beneficio de la utilización con carácter exclusivo de la expresión “Artesanía Agroalimentaria de Navarra” y de un distintivo para la identificación en el mercado de sus productos, así como del establecimiento o punto de venta (art. 6.4.a), en realidad el propio logotipo de identificación de los productos artesanales en el mercado, creado merced a la iniciativa de una asociación de empresas, ha sido introducido por la Resolución de 29 de mayo de 2000.

En cuanto al resto de Comunidades Autónomas, el Decreto catalán 285/2006 habla en su art. 98.2 de un “distintivo aprobado por el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca para la identificación de los productos”. Por su parte, el Decreto castellano-leonés 53/2007 y la Orden aragonesa de 8 de febrero de 2011 los determinan en sus correspondientes Anexos, y el Decreto andaluz 352/2011 se remite a un Manual de Identidad Gráfica del distintivo Artesanía Alimentaria, a elaborar por la Dirección General competente en materia de calidad agroalimentaria, en orden a la determinación del distintivo y de sus características.

⁴³ Consultado el Registro de la Oficina Española de Patentes y Marcas, se observa que aparecen inscritos, en el apartado de “signos distintivos” (de tipo denominativo con gráfico), los de “[NA Alimentos Artesanos de Navarra](#)”, “[A Artesanía Alimentaria](#)” de Cataluña, “[Alimentos Artesanales de Castilla y León](#)”, “[Artesanía Alimentaria de Aragón](#)” y “[Artesanía Alimentaria Andaluza](#)”. Este último también figura en el [Registro de la Oficina de Armonización del Mercado Interior](#), de acuerdo con la previsión del art. 8.2 del Decreto andaluz 352/2011.

⁴⁴ Es el caso de los distintivos “[Alimentos Artesanos de Canarias](#)”, cuya titularidad corresponde a una persona física, o “[CATA Consorcio de Alimentos Tradicionales de Asturias](#)” que se trata, en realidad, de un consorcio privado de exportación. La consulta de la inscripción no admite dudas en cuanto a su naturaleza, pero la posibilidad de inducir a error a las personas usuarias es evidente.

pueden llegar a efectuar del conocimiento y de las técnicas tradicionales, pudiendo llegar a una comercialización totalmente antagónica en relación con sus iniciales valores culturales⁴⁵.

El citado distintivo podrá ser utilizado exclusivamente por las personas productoras artesanales alimentarias, inscritas en el Registro de Productores Artesanales, que cumplan convenientemente la normativa de artesanía alimentaria, aunque, como se ha dicho, no son realmente las titulares del distintivo de calidad.⁴⁶ Tal y como ocurre en la generalidad de las Comunidades Autónomas, la normativa reconoce a tales personas la posibilidad de hacer uso exclusivo del distintivo, una situación jurídica subjetiva activa cuya denominación y alcance concreto varía según los casos⁴⁷.

Estas personas podrán utilizar asimismo menciones facultativas en el etiquetado, referentes a la producción vinculada a explotación agraria, tales como la mención “Baserriko Artisau Produktuak - Alimentos Artesanos de Caserío” y los términos “artesano/a”, “artesanal” y otros análogos “que por fonética o grafismo sean similares”⁴⁸. En relación con este último aspecto, cabe

⁴⁵ Vid. CARRERA DÍAZ, G., “La evolución del patrimonio (inter)cultural: políticas culturales para la diversidad”, *Patrimonio inmaterial y gestión de la diversidad*, PH Cuadernos, núm. 17, edit. Junta de Andalucía, Cádiz, 2005, p. 27.

⁴⁶ Al igual que el Decreto 126/2011, el Decreto castellano-leonés 53/2007 recoge específicamente la previsión de titularidad por parte del ente autonómico (art 17.2). En Andalucía, la titularidad del distintivo que el art. 8.2 del Decreto 352/2011 otorga a la Comunidad Autónoma, es asignada en las inscripciones concretamente a Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, una agencia de régimen especial cuyos estatutos regula el Decreto 99/2011, de 19 de abril –BOJA núm. 83, de 29 de abril-. Pero, con independencia de las previsiones expresas de titularidad en la normativa reguladora aplicable a cada supuesto, las inscripciones en el Registro figuran, con carácter general, a nombre de las entidades autonómicas correspondientes.

⁴⁷ Tal situación jurídica positiva recibe, así, distintas calificaciones: “beneficio” (Decreto Foral navarro 133/1994, art. 6.4.a); “derecho” (Decreto castellano-leonés 53/2007, art. 17.1; Orden aragonesa de 8 de febrero de 2011, art. 7.1), facultad derivada de la obtención de la “designación” como empresa artesanal alimentaria (Decreto catalán 285/2006, art.98.2.a) y la “autorización” de uso ligada a la misma (Decreto andaluz 352/2011, art. 6.1).

En cuanto al alcance de la situación jurídica, el Decreto castellano-leonés 53/2007 resulta bastante concreto y recoge, en su art. 18 las indicaciones, códigos y demás datos que, además del distintivo, obligatoriamente tendrá que recoger el etiquetado del producto artesanal alimentario. El uso del distintivo es calificado, simultáneamente, de obligación de la empresa artesana, por lo que se trataría, en realidad, de una situación jurídica mixta.

⁴⁸ En cuanto a la mención, el BOPV núm. 163, de 22 de agosto publica la corrección del error producido en la redacción del art. 26, que recogía la mención “Baserriko Artisau *Elikagaiak*”.

Por lo que a los demás términos se refiere, para hacernos una idea, la normativa autonómica contiene ejemplos similares, tales como “artesanía alimentaria”, “artesanía o producto artesanal elaborado artesanalmente” (Decreto catalán 285/2006, art. 98.2); “producto cultivado por el artesano”/“cultivado por el artesano”, “producto recolectado por el artesano”/“recolectado por el artesano”, “producto artesano”/“producto artesano casero”; “artesano”/“artesano casero” (Decreto castellano-leonés 53/2007, art. 16); “artesano de montaña” o “artesano de casa/artesano casero” (Ley gallega 2/2005, art. 24); “artesano alimentario”, “maestro artesano alimentario” o “empresa artesanal alimentaria” (Orden aragonesa de 8 de febrero de 2011, art. 6); “producción artesanal alimentaria o de alimentos”, “empresa de artesanía alimentaria”, “alimento artesano”, “alimento de granja” o “alimento artesano de granja” (Decreto andaluz 352/2011, art. 8.3). En otro orden, cabe reseñar que en Andalucía se prevé, para determinadas modalidades de venta directa la posibilidad de uso de la mención “directamente del productor al consumidor” (art. 7).

señalar que la previsión surte sus efectos más allá de su ámbito de aplicación inicial, en concreto, en lo que se refiere a las denominaciones de origen, puesto que en alguna reglamentación se posibilita que el Consejo Regulador de una Denominación de Origen autorice el uso de la mención “artesano” en la acepción utilizada por la normativa que nos ocupa⁴⁹.

La previsión es semejante a la recogida en el Reglamento comunitario, que permite únicamente a los productores que se ajusten al pliego de condiciones hacer referencia, en el etiquetado, en la publicidad o en otros documentos, a una especialidad tradicional garantizada. Esta referencia ha de ir acompañada del nombre registrado, acompañado de la indicación “especialidad tradicional garantizada” o del símbolo comunitario correspondiente⁵⁰. El Reglamento CE 509/2006 responsabiliza, en su art. 17, a los Estados miembros en orden a adoptar las medidas necesarias para la protección jurídica de los mismos.

1.5. Órgano consultivo en materia de producción artesanal alimentaria

En el Capítulo VI del Decreto se crea el Consejo Vasco de la Producción Artesanal Alimentaria, órgano colegiado adscrito al Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial, Agricultura y Pesca, con funciones de consulta y colaboración en materia de producción artesanal alimentaria⁵¹. En cuanto a su composición, se ha previsto una representación paritaria entre las administraciones competentes en la materia y los sectores implicados, con un total de ocho representantes por cada parte⁵².

⁴⁹ Vid. art. 12.1 del Reglamento de la Denominación de Origen “Idiazabal” y de su Consejo Regulador, aprobado por Orden de 30 de noviembre de 1993. La referencia a la legislación vigente permite entender que a la autorización por parte del Consejo Regulador debería preceder la cumplimentación de los extremos que recoge el Decreto 126/2012 y, por tanto, la actuación previa de las autoridades competentes en materia de agricultura alimentaria.

⁵⁰ Vid. art. 12 del Reglamento CE 509/2006 y 9 del Reglamento CE 1216/2007. La reproducción de los símbolos comunitarios y las correspondientes indicaciones está recogida en el Anexo V de este último.

⁵¹ Relativas a la promoción y propuesta de normas técnicas específicas de cada producto o grupo de productos, propuesta de logotipo del distintivo de calidad y colaboración en su correcto uso, propuesta de medidas de fomento y promoción de la artesanía alimentaria y del asociacionismo dentro de la misma, y de control de los requisitos higiénico-sanitarios (vid. art. 27). Similares funciones se asignan a sus homólogos en las distintas regulaciones autonómicas: Comisión de Artesanía Agroalimentaria de Navarra (Decreto Foral 133/1994, art. 7), Comisión de Artesanía Alimentaria Catalana (Decreto 285/2006, arts. 105 y 107), Consejo Gallego de la Artesanía Alimentaria (Ley 2/2005, art. 28), Comisión de la Artesanía Alimentaria de Castilla y León (Decreto 53/2007, art. 20.4), Consejo de la Artesanía Alimentaria de Aragón (Ley 9/2006, art. 44.2; Orden de 8 de febrero de 2011, art. 24.1) o Comisión de Artesanía Alimentaria de Andalucía (Decreto 352/2011, art. 20).

⁵² Vid. art. 28-31. Por la parte de las administraciones competentes, quedan representados dos Departamentos autonómicos (el de Sanidad y Consumo –un/a representante- y aquel al que está adscrito el propio órgano –cuatro representantes, si se cuenta al Presidente-), las Diputaciones Forales (un/a representante por cada una de ellas). En cuanto a los sectores implicados, el órgano aglutina la representación de las personas productoras artesanales alimentarias registradas (seis representantes elegidos democráticamente por -y de- entre los inscritos en el Registro), las entidades de control y certificación (un/a representante), y las asociaciones de personas consumidoras (un/a representante, elegido previo acuerdo de las Asociaciones de Consumidores o de sus Federaciones). No se prevé, por tanto, la representación de entidades o sectores que se recoge en otras normativas autonómicas: Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación (Cataluña), ni de las organizaciones

En calidad de indicaciones mínimas de funcionamiento, el Decreto preceptúa la celebración, como mínimo, de una sesión ordinaria anual (igual que en el resto de Comunidades Autónomas, salvo en Cataluña, en que es semestral) aunque, además de por iniciativa del propio Presidente, es posible la convocatoria de posibles sesiones extraordinarias por petición de un tercio de sus miembros⁵³. En todo lo demás, se remite a la normativa de régimen interno que habrá de acordar el propio Consejo, aplicándose, supletoriamente, las normas sobre funcionamiento de órganos colegiados previstas en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común⁵⁴.

Parece, en cualquier caso, que la tarea más interesante del Consejo es la de elaboración y modificación de las normas técnicas, y para ello se prevé la constitución *ad hoc* de un grupo de trabajo de técnicos, denominado “Comité Técnico”, por producto o grupo de productos (aunque sea también posible la creación de grupos para el análisis de cuestiones comunes a varios productos), cuyos informes, ponencias o propuestas han de ser ratificadas y aprobadas por el Pleno del Consejo (art. 34)⁵⁵.

Conviene recordar que también en el caso del Reglamento CE 509/2006 se prevé un Comité permanente de las especialidades tradicionales garantizadas, como órgano de asistencia a la Comisión (art 18)⁵⁶.

1.6. Régimen sancionador

Finalmente, se echa en falta en el Decreto que nos ocupa una concreción del régimen sancionador adecuado a su contenido, similar al que efectúa el Decreto andaluz 352/2011, tanto en relación con la tipificación de las infracciones como de las sanciones⁵⁷. Ciertamente es que la genérica remisión que

profesionales agrarias y artesanales (Castilla y León, Andalucía), organizaciones empresariales o sindicales más representativas (Andalucía) o expertos en materia alimentaria o artesanal (Navarra, Aragón).

⁵³ Se aparta así de la tendencia de la normativa más reciente (Orden aragonesa de 8 de febrero de 2011, arts. 30-34; Decreto andaluz 352/2011, arts. 21-27), que concreta algo más al respecto.

⁵⁴ La conocida Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

⁵⁵ Aunque la determinación de sus funciones, su composición se remite al Pleno del Consejo, el artículo avanza que en este Comité se integran las Direcciones de Salud Pública, de Agricultura y Ganadería y de Calidad Alimentaria, la entidad o entidades de control y certificación y las seis personas representantes de los productores artesanales alimentarios, aunque estos últimos pueden delegar en otras personas cuando no dispongan de los conocimientos técnicos necesarios (art. 34.2).

La Orden aragonesa de 2 de febrero de 2011 establece la constitución de una Comisión de Calificación, que es encargada de informar las solicitudes de reconocimiento de categorías de artesanos/as alimentarios/as (art. 34). Por lo demás, la normativa autonómica comparada deja en manos del propio Consejo la constitución en su seno de “grupos de trabajo” (Decreto castellano-leonés, art. 20.6), “comisiones de trabajo” (orden aragonesa, art. 31.2) o “subcomisiones” (Decreto andaluz, art. 21.3 y 27) para el estudio de temas específicos.

⁵⁶ El Reglamento encomienda en el art. 18.3 al propio Comité la aprobación de su Reglamento Interno.

⁵⁷ El Decreto 352/2011 determina en su art. 28 las infracciones (leves, graves y muy graves) previstas en los correspondientes preceptos de la Ley andaluza de Calidad Agroalimentaria y Pesquera en función del incumplimiento de las obligaciones y requisitos establecidos en a lo

realiza a las previsiones de la Ley de Política Agraria y Alimentaria en lo relativo al régimen sancionador deja perfectamente a salvo el principio de legalidad, pero una adecuada concreción en este ámbito habría redundado probablemente en un mayor respeto del principio de tipicidad, que de esta manera se salva únicamente en su aspecto formal⁵⁸.

Por lo que se refiere a la materia alimentaria, la Ley 17/2008, para empezar, excluye el vino y los productos derivados de la uva y del vino (en cuyo ámbito se remite a la legislación comunitaria, estatal y autonómica que sea de aplicación), aunque la elaboración del vino, del vinagre y de las bebidas espirituosas ha sido recogida posteriormente en el listado de actividades artesanales alimentarias⁵⁹. La previsión parece excesivamente cautelosa, dado que el principio *ne bis in idem* protegería, en su caso, de una doble sanción a la persona infractora, y, por el contrario, la exclusión imposibilita la sanción de comportamientos u omisiones calificadas como infracciones únicamente en esta normativa⁶⁰.

De modo específico, en relación con la artesanía agroalimentaria, además de infracciones relacionadas con los registros, la documentación preceptiva y la trazabilidad⁶¹, el art. 106 recoge otras que tienen que ver con el etiquetado y con la actividad de inspección. Mencionar, a título de ejemplo, que en materia de etiquetado constituye infracción muy grave la utilización de distintivos de calidad sin tener derecho a ello y también la indebida tenencia y la falsificación de tales distintivos, siempre que no sea constitutivo de infracción penal (art. 106quater.a y b). Cabe observar, por otra parte, que las Normas Técnicas podrían ser un elemento determinante en relación con otras infracciones graves o leves previstas en este apartado⁶². En temas de inspección, conviene destacar que, además de la persona productora artesanal, puede ser también el sujeto activo de la infracción el órgano de control y certificación (en nuestro caso, la Entidad de Control y Certificación), tal y como ocurre en caso de

largo del propio texto reglamentario. Por otra parte, determina también las sanciones asociadas a los mismos (art. 29).

⁵⁸ La potestad sancionadora en materia alimentaria se regula, en concreto, en sus arts. 106-111.

⁵⁹ Vid Anexo I al Decreto 126/2012.

⁶⁰ A tales efectos, resultaría más adecuado el estilo utilizado por el propio art. 106 en su redacción inicial, pues, además de tipificar por sí mismo una serie de infracciones, se remitía de modo complementario a la normativa vitivinícola (aunque solamente a la Ley 5/2004, de 7 de mayo, de Ordenación Vitivinícola).

⁶¹ Cabe mencionar que la Ley tipifica como infracción grave la imposibilidad de seguimiento de la trazabilidad por ausencia total de registros, documentos de acompañamiento, facturas u otros documentos o datos (art. 106quater.1), pero como grave o leve la falta de conservación de los mismos por el tiempo establecido reglamentariamente en función de la previa existencia o no de requerimiento administrativo (arts. 106ter.1.e y 106bis.1.d) y también su falta de actualización en un período superior o inferior a un mes desde la fecha preceptiva (arts. 106ter.1.d y 106bis.1.e)

⁶² La utilización en etiquetado, envases, embalajes, presentación, oferta o publicidad de los productos de indicaciones erróneas sobre el sistema de producción o elaboración en una serie de supuestos es infracción grave (art. 106ter.d) y se queda en infracción leve la mera discrepancia entre las características reales y las ofrecidas, cuando se refieran a parámetros o elementos cuyo contenido estuviera limitado por la reglamentación aplicable

expedición de certificados o informes cuyo contenido no se ajuste a la realidad de los hechos⁶³.

Como cláusula de cierre, toda actuación no prevista específicamente que tienda a eludir la normativa de calidad agroalimentaria con propósito de fraude o ánimo de lucro es considerada como infracción grave (art. 106ter.5), sancionable con multa entre 2.001 y 30.000 euros (corresponde multa entre 30.001 y 300.000 euros a las infracciones muy graves y a las leves, apercibimiento y multa de hasta 2.000 euros⁶⁴).

Para finalizar este apartado, constatamos que tampoco la normativa comunitaria establece un régimen sancionador específico, por lo que, en su caso, habría de ser establecido por los Estados miembros⁶⁵.

Tras este repaso “comparado” del contenido del Decreto autonómico, nos trasladamos al ámbito foral, con el objeto de observar, a grandes rasgos la regulación vigente.

2. Regulación foral de la artesanía alimentaria

En el momento de aprobarse la Ley 17/2008 existe ya en cada Territorio Histórico normativa foral reguladora del ámbito de la artesanía, aprobada con base en el reparto competencial previsto entre las instituciones comunes y forales de la Comunidad Autónoma⁶⁶. Un análisis del resultado de ese ejercicio competencial muestra posiciones diversas en el enfoque de la materia⁶⁷.

⁶³ Infracción grave de acuerdo con el art. 106ter.i (vid. también el art. 106quater.d).

⁶⁴ Vid. art. 107.1 de la Ley.

⁶⁵ Recuérdese el art. 17 del Reglamento CE 509/2006.

⁶⁶ Tras haber sido recogida como competencia exclusiva autonómica por el Estatuto de Autonomía del País Vasco, en su art. 10.13, la Ley de Territorios Históricos asigna, a su vez, competencias exclusivas en esta materia a los entes forales (art. 7.a.12). El Real Decreto 1255/1981, de 8 de mayo, sobre traspaso de servicios del Estado a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de industria, energía y minas menciona también la competencia autonómica exclusiva en materia de artesanía. Posteriormente, los sucesivos Decretos 91/1985, 92/1985 y 93/1985, adoptados todos ellos con fecha de 5 de mayo, efectúan el traspaso de servicios desde las instituciones comunes a los Territorios Históricos de Álava, Gipuzkoa y Bizkaia, respectivamente.

⁶⁷ El Informe de Resultados del *Estudio de las Industrias Artesanas del País Vasco*, elaborado por el Grupo Consultor IKERTALDE para el Consejo Vasco de la Cultura en 2005 habla, por ello, de una “significativa diversidad reguladora en términos de enfoque y situación alcanzada”. El Territorio Histórico de Álava, se ha enfatizado la dimensión cultural del sector de la artesanía y la normativa se ha situado en torno al Departamento de Cultura; en Bizkaia se ha primado más su dimensión económica, quedando la materia en manos del área de promoción económica, y, finalmente, Gipuzkoa ha optado por un camino intermedio, pero con una consideración especial de la dimensión económica, y actualmente es al Departamento de Innovación y Sociedad del Conocimiento al que corresponde la gestión de la materia. Parece que siguen la misma línea las Bases Reguladoras y la Convocatoria para 2012 del Plan para el Fomento del Sector Artesanal en Gipuzkoa, pues orienta sus líneas de actuación “a incrementar el prestigio y la visibilidad del sector artesano que incluye la preservación de actividades artesanales tradicionales en peligro de desaparición; la potenciación del asociacionismo artesanal; el desarrollo de propuestas de actuación conjunta, bajo el concepto de el desarrollo local/endógeno, entre la artesanía, el turismo; y la reformulación, profesionalización y potenciación de las ferias de artesanía” (sic).

En Álava, la Orden Foral 445/1999, de 12 de julio, que regula la artesanía en su vertiente cultural, excluye expresamente la artesanía de bienes de consumo y complementaria de la industria y de la agricultura, extremo que ratifica el Repertorio de Actividades Artesanas relacionado en el artículo 12 de la Orden Foral 95/2002, de 3 de abril, de regulación del Artesano y de la Empresa artesana, del Registro General de la Artesanía de Álava y del Repertorio de Artesanía de Álava⁶⁸. Al respecto, cabe apuntar que la propia Ley autonómica 17/2008 define en su art. 4.3 las actividades artesanales realizadas en una explotación agraria como “actividad agraria complementaria”.

Algo similar ocurre en Bizkaia, donde la referencia de consulta ha de ser el Decreto Foral 37/1988, de 30 de marzo, por el que se regula la inscripción en el Registro de Artesanos, en cuyo Anexo brilla por su ausencia la artesanía alimentaria⁶⁹.

En cambio, los productos alimenticios y las bebidas figuran en el Repertorio de Actividades Artesanas de Gipuzkoa aprobado por Orden Foral núm. 213/1997, de 4 de diciembre, del Diputado de Economía y Turismo (que, en principio, se mantiene en vigor en todo aquello que no se oponga a lo establecido por el Decreto Foral 28/2005, de 10 de mayo, sobre regulación de la artesanía de Gipuzkoa)⁷⁰.

Seguidamente se comparan las previsiones de la normativa autonómica y de la guipuzcoana, al objeto determinar sus similitudes y diferencias.

2.1. Acerca del ámbito de aplicación material

Para empezar, hay que reparar en que la regulación autonómica se restringe a la producción artesanal agroalimentaria (la norma especifica que ha de estar “vinculada a explotación agraria”), mientras que el Decreto Foral contempla la artesanía con carácter general, con un ámbito de aplicación material más amplio, que se extiende a todo tipo de actividad artesanal, una de cuyas modalidades es, precisamente, la artesanía alimentaria⁷¹. Ahora bien, incluso dentro de esa modalidad, la esfera que abarca la normativa foral es más amplia que la autonómica, puesto no exige nexo con una explotación agraria.

⁶⁸ Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava –en adelante, BOTHA- núm. 89, de 2 de agosto y núm. 46, de 22 de abril, respectivamente.

⁶⁹ Boletín Oficial de Bizkaia –en adelante, BOB- núm. 92, de 22 de abril. Tampoco la Orden Foral núm. 894/90, de 4 de mayo, que se dicta en su desarrollo, pues se limita a concretar la documentación necesaria para tal inscripción (BOB núm. 127, de 4 de junio).

⁷⁰ Esta Orden Foral de 1997 (publicada en el Boletín Oficial de Gipuzkoa –en adelante, BOG- núm. 239, de 16 de diciembre) se dicta, en su momento, en desarrollo del Decreto Foral 75/1996, de 10 de septiembre, sobre regulación de la artesanía en Gipuzkoa (BOG núm. 183, de 23 de septiembre), que ha sido derogado expresamente por Decreto Foral 28/2005, de 10 de mayo (BOG núm. 92, de 18 de mayo), pero no así la Orden Foral, y ésta dispone, en su Anexo I, como ya se ha mencionado, de un apartado dedicado a la industria de productos alimenticios y bebidas, que se correspondería con la división 15 de la CNAE.

⁷¹ De acuerdo con el mencionado Anexo de la Orden Foral de 1997, se engloban en el concepto hasta 19 tipos, que, además de la artesanía alimentaria, abarcan un amplio abanico que se extiende, desde la artesanía textil, la de confección y peletería o la del cuero, hasta la de los tratamientos de belleza, pasando por la artesanía de la madera y del corcho, cestería y espartería, la del papel o la artesanía de edición.

Por lo demás, el art. 3 del Decreto Foral clasifica las actividades artesanales en cuatro grupos, de los cuales la “artesanía productora de bienes de consumo” ha de englobar necesariamente la producción artesanal alimentaria, pero en estos momentos resulta de mayor interés, por su relación con la protección del patrimonio cultural alimentario, el grupo de la “artesanía tradicional y popular”, para el que se prevé, precisamente, un régimen especial de promoción y protección⁷². Como ha podido constatarse a lo largo de los epígrafes anteriores, la normativa autonómica carece de una calificación específica al respecto, lo cual exige individualizar los supuestos que, dentro de la producción artesanal, se ajustan a procedimientos tradicionales de elaboración y tratamiento, para cuyos efectos la Norma Técnica del correspondiente producto se muestra como referencia fundamental.

Como sabemos, además de la utilización de materias principales obtenidas en la propia explotación agraria, la normativa autonómica exige, para poder calificar un producto como “artesano”, el respeto de los procesos de elaboración que, para cada actividad, delimite la correspondiente Norma Técnica (arts. 3.3 y 5.3⁷³). Pues bien, el Decreto guipuzcoano habla de procesos en que “la intervención personal constituye un factor predominante, supervisando y controlando la totalidad del proceso de producción, del que se obtiene un resultado final de factura individualizada y distinta de la propiamente industrial” (art. 2), sin que se contemple la necesaria adopción de una reglamentación específica que determine los procesos de elaboración y tratamiento⁷⁴. A falta de una reglamentación técnica, en este caso, habrá que acudir al Registro General de la Artesanía Tradicional y Popular para poder precisar el carácter artesano tradicional de un producto determinado.

2.2. El aspecto subjetivo de la artesanía en la normativa guipuzcoana

También en cuanto al aspecto subjetivo cambia la terminología, al menos formalmente, puesto que el Decreto Foral se centra en la figura de la “empresa artesana”. Ahora bien, en el fondo, el planteamiento resulta ser similar al autonómico, puesto que en el concepto se incluyen, tanto las personas artesanas individuales, como los talleres, empresas y unidades económicas de pequeño tamaño, que realicen habitualmente alguna de las actividades artesanales comprendidas en el Repertorio de Actividades Artesanas de Gipuzkoa y cumplan los requisitos relativos al alta en el Impuesto de Actividades Económicas⁷⁵. Repárese en que el término “unidad económica”

⁷² Vid. arts. 3.2 y 5.1 del Decreto Foral 28/2005. A tales efectos, sigue vigente el Decreto Foral 79/1997, de 25 de noviembre, que crea el Registro General de la Artesanía Tradicional y Popular (BOG núm. 238, de 15 de diciembre).

Añadiremos, a título informativo, que los otros dos grupos relacionados en el citado art. 3 son la artesanía de servicios y la artesanía artística o de creación.

⁷³ Que ha de hacerlo de acuerdo con la práctica del buen hacer artesano definido en la misma.

⁷⁴ Recuérdese que el Decreto Foral se extiende a cualquier actividad artesanal y no sólo a la alimentaria, de ahí que se subraye aquí el modo de determinar el carácter artesano del proceso de elaboración del producto.

⁷⁵ El personal empleado de la empresa, taller o unidad económica no ha de supere la decena; en otro caso, resolverá sobre su carácter artesanal el Diputado Foral para la Innovación y la Sociedad del Conocimiento (vid. art 4.1 del Decreto Foral de 2005).

que utiliza el Decreto Foral resulta más amplio que el de “comunidad de bienes” utilizado por la normativa autonómica⁷⁶.

Aparte de tales requisitos, la empresa artesana ha de inscribirse en el denominado Registro General de la Artesanía Tradicional y Popular de Gipuzkoa para poder acceder, no sólo a los beneficios que la Diputación Foral de Gipuzkoa establezca en relación con la protección y fomento de la artesanía tradicional y popular, sino también con el uso de distintivos y certificaciones expedidas por la Diputación que acrediten la autenticidad, calidad y procedencia de productos artesanos que cuenten con un valor tradicional o popular relevante. Cabe subrayar que, además de la inscripción de personas, talleres y empresas que realicen habitualmente actividades de artesanía, cuya inscripción se realiza en su Sección Primera, el Registro recoge en la Sección Segunda, inscripciones de personas artesanas que no son titulares de una actividad artesana profesional y permanente⁷⁷.

Otra cuestión en la que la normativa foral se aparta de la regulación autonómica es la Maestría Artesanal, regulada por un Decreto Foral anterior, ya en 1997, y que el que ahora analizamos recoge en su art. 5.5, según el cual “supone el reconocimiento público de una trayectoria profesional que cualifica a su titular para una actuación clave en la conservación de oficios artesanos tradicionales”, lo que se proyecta de modo principal a la docencia, pero también a la composición de órganos técnicos relacionados con la actividad artesana⁷⁸.

2.3. Otros aspectos regulados en la normativa foral

A pesar de la previsión de una actividad administrativa de acreditación de la “autenticidad, calidad y procedencia” de los productos de artesanía tradicional y popular, el Decreto Foral no contiene ningún elemento que permita moldear el ámbito de discrecionalidad, ni se ha remitido, al menos expresamente, a una

⁷⁶ En principio, pueden existir “unidades económicas” diversas de la “comunidad de bienes” regulada en los arts. 392 y siguientes del Código Civil (en adelante, CC). Piénsese, por ejemplo, en las sociedades civiles reguladas en los arts. 1665 y ss. CC: incluso en el caso de las sociedades irregulares, la jurisprudencia ha matizado la remisión que respecto de las ellas efectúa el párrafo 2º del art. 1669 CC (vid. el Considerando 3º de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1982 –Ar. 4216, 1982- o el Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia de la misma Sala de 19 de noviembre de 2008 –Ar. 411, 2009-).

⁷⁷ Como se ha dicho, el Registro está regulado por Decreto Foral 79/1997, de 25 de noviembre, que se mantiene en vigor tras la aprobación del Decreto Foral 28/2005. Debe remarcarase asimismo que la Convocatoria del Plan de Fomento del Sector Artesanal prevé como apartado de financiación específica las ayudas a personas y talleres artesanales inscritos en la Sección Primera -Base 3ª.1.(e)-, por lo que puede entenderse que las de la Sección Segunda podrían optar a alguno de los demás apartados, como el dedicado a las iniciativas de preservación de actividades artesanales en peligro de extinción a través de soportes digitales y audiovisuales pedagógicos que permitan su posible recuperación -Base 3ª.1.(e)-.

⁷⁸ Decreto Foral 80/1997, de 25 de noviembre, por el que se regula la concesión de acreditaciones de Maestría Artesanal (BOG núm. 238, de 15 de diciembre), que se mantiene vigente salvo su art. 6.3, que exigía un informe previo del Consejo Guipuzcoano de la Artesanía para la resolución de la solicitud de acreditación por parte del Diputado Foral de Economía y Turismo. En la actualidad, corresponde, en régimen de desconcentración, al Director General de Promoción de la Innovación y el Conocimiento del Departamento de Innovación, Desarrollo Rural y Turismo (Decreto Foral 41/2008, de 20 de mayo, sobre estructura orgánica y funcional del Departamento de Innovación y Sociedad del Conocimiento).

posterior adopción de normas técnicas, de modo similar a lo preceptuado por la normativa autonómica⁷⁹.

Ciertamente, el carácter tradicional de la actividad regulada resulta determinante en estos casos, incluso cuando se haya previsto la aprobación de una reglamentación técnica, a la que, atendida la finalidad protectora de este tipo de normativa, queda vedada la posibilidad de desvirtuar unos arraigados métodos y procedimientos de elaboración y tratamiento⁸⁰. Parece que las instituciones deberían fomentar la estipulación de unas referencias mínimas por tipo de producto, y contar para ello con la participación de las propias personas artesanas⁸¹. Es importante destacar el carácter mínimo de esas referencias, pues los procesos y técnicas de elaboración tradicionales no son sino “elementos vivos en continuo proceso de cambio”⁸².

A estos efectos, podría pensarse en el posible papel que podría jugar el Consejo Guipuzcoano de la Artesanía, en calidad de órgano asesor de la Diputación Foral en esta materia, que canaliza la comunicación entre ésta y el sector artesanal de Gipuzkoa, cuya composición se ha visto reducida tras la modificación efectuada por el Decreto Foral 28/2005 (art. 6)⁸³.

⁷⁹ El concepto de autenticidad es algo confuso. En cuanto valor cultural dista de ser unívoco y universal (vid. GARCÍA CUETOS, P., *El patrimonio cultural. Conceptos básicos*, edit. Pressas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2012, p. 84).

En la Conferencia de Nara sobre la Autenticidad en Relación con el Patrimonio Mundial, celebrada en la ciudad japonesa del 1 al 6 de noviembre de 1994, se adopta el *Documento de Nara sobre Autenticidad*, en cuyo punto 13º se afirma que los juicios de autenticidad, en función de la naturaleza del patrimonio cultural, de su contexto y evolución temporal, dependen de gran variedad de fuentes de información, algunos de cuyos aspectos pueden ser, además de la tradición y las técnicas que estamos subrayando, también “la forma y el diseño, los materiales y la sustancia, el uso y la función (...), la ubicación y el escenario, así como el espíritu y el sentimiento, y otros factores internos y externos”.

En suma, será labor de los expertos etnólogos e historiadores determinar el carácter auténtico de una determinada práctica y conocimiento, y, a partir de ahí, queda en manos de los agentes interesados (administraciones, productores, etc.) darles “usos y sentidos que pueden alejarse más o menos, o no alejarse en absoluto, en algunos casos, de la lectura científica” (vid. ESPEITX BERNAT, E., “Patrimonio alimentario y turismo: una relación singular”, *Pasos: Revista de turismo y patrimonio cultural*, vol. 2, núm. 2, 2004, p. 200).

⁸⁰ En un supuesto como el de la artesanía alimentaria en que son posibles las afecciones al derecho a la salud de las personas, cabrían, por supuesto, excepciones derivadas de la materia de seguridad e higiene alimentaria.

⁸¹ Una de las conclusiones de las Jornadas sobre protección de Patrimonio Inmaterial celebradas en Teruel en 2009, es que toda política cultural relacionada con la gestión del patrimonio inmaterial debe ser “debatida con y aceptada por las personas creadoras y portadoras de sus manifestaciones”, cuyo papel se considera “imprescindible” (TIMÓN TIEMBLO, M.P. y DOMINGO FOMINAYA, M. (Coord.), *La salvaguarda del Patrimonio Inmaterial*, edit. Secretaría General Técnica del Ministerio de cultura, Madrid, 2010, pág. 23).

⁸² QUEROL, M.A., *Manual de Gestión del Patrimonio Cultural*, edit. Akal, Madrid, 2010, p. 253.

⁸³ Actualmente queda integrado por tres representantes de la Diputación Foral (entre los cuales se encuentra su presidente, a los que hay que añadir otro más, que actúa como secretario, con voz pero sin voto), tres representantes de las Asociaciones y Agrupaciones Profesionales del Sector por cada uno de los grupos de clasificación artesanal (que en la composición anterior sumaban cuatro representantes) y dos personas de reconocido prestigio designadas por la Administración Foral. Desaparecen, así, los dos representantes de la Asociación de Municipios vascos EUDEL, el representante de la Cámara de comercio, los dos representantes de las asociaciones promotoras de manifestaciones feriales artesanales, y el asesor nombrado por la Diputación Foral.

Simultáneamente, ha disminuido su listado de atribuciones de modo que, a la hora de otorgar distintivos y certificaciones de identificación artesanal ya no se exige su informe previo, lo cual podría explicarse con base en el carácter reglado que se atribuye a tal actividad administrativa. Pero lo más destacable es que desaparece también, e inexplicablemente en este caso, la anterior previsión de informe preceptivo por su parte -aunque fuera no vinculante- en relación con los proyectos de disposiciones generales en materia de artesanía, actividad discrecional por excelencia⁸⁴. Lamentablemente, esta última modificación parece descartar, de modo tácito, la eventual habitualidad de su participación en la concreción de la reglamentación técnica.

Una concreción que, a falta de la declaración específica por parte del Decreto Foral 28/2005 de una serie de principios reguladores para el ámbito de la artesanía, resultaría también conveniente para disminuir el ámbito discrecional en la actividad de concesión de los distintivos que prevé su art. 5.3 como elemento de “identificación en el mercado”⁸⁵. A falta de todo ello, habrá que remitirse a la virtualidad de los principios generales del Derecho en orden al control de la discrecionalidad administrativa.

Por lo demás, de la dicción del art. 5.4 se deduce que, sin apelar a otro tipo de entidades que se hagan cargo de la actividad de control y acreditación, tal labor se reserva en exclusiva a la propia Administración Foral⁸⁶. Así, se prevé la concesión, por parte de la autoridad responsable del departamento foral competente, de un título acreditativo de la condición de “Empresa Artesana de Gipuzkoa de carácter Tradicional o Popular” a las personas, talleres y empresas artesanas inscritas en el Registro General de la Artesanía Tradicional y Popular de Gipuzkoa⁸⁷. Y corresponde también a la misma autoridad la concesión de la acreditación de “Maestría Artesanal”, en cuanto “documento acreditativo de que su titular posee la experiencia y conocimientos suficientes para el adecuado desarrollo de su oficio artesanal”, de carácter voluntario (se expide, en principio, a solicitud de la persona interesada) y vigencia indefinida, que constituye una competencia reglada, igual que la de la precedente certificación, pero que exige una labor administrativa más minuciosa a la hora de comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos, a cuyos efectos se podrá pedir a la personas interesadas “cuanta información entienda necesaria para la correcta evaluación y resolución” de su solicitud⁸⁸.

⁸⁴ Vid. art. 6.3 del derogado Decreto Foral 75/1996. Ciertamente es que ello no impide a la Administración solicitar su parecer en el proceso de elaboración normativa, pero la modificación del precepto parece vaticinar que la práctica no seguirá tales derroteros.

⁸⁵ Hay que apuntar que el distintivo [Artesanía de Gipuzkoa – Gipuzkoako Eskulangintza](#) se encuentra ya registrado en el Registro de la Oficina Española de Patentes y Marcas, aunque no engloba la artesanía alimentaria.

⁸⁶ El mencionado precepto alude a que, además de los distintivos, también las certificaciones habrán de ser expedidas por la Diputación Foral.

⁸⁷ Aunque el art. 8 del Decreto Foral 79/97 asigna tal competencia al Diputado Foral de Economía y Turismo, actualmente habría que entender que corresponde al Diputado Foral de Innovación, Desarrollo Rural y Turismo.

⁸⁸ Art. 5.2. del Decreto Foral 80/1997, de 25 de noviembre, que regula precisamente la concesión de este tipo de acreditaciones. Esta norma exige a las personas solicitantes (art. 3), además de cumplir los requisitos establecidos por el Decreto Foral regulador de la Artesanía de Gipuzkoa (como sabemos, actualmente, el Decreto Foral 28/2005) para ser considerada persona artesana y de encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales

La última de las diferencias entre el Decreto autonómico y la normativa foral es la inexistencia en esta última de previsión alguna relativa al régimen sancionador. En lugar de ello, la institución foral se ha decantado por encauzar el sector mediante la actividad de fomento, a través, concretamente, del denominado “Plan para el Fomento del Sector Artesanal de Gipuzkoa”, aprobado con la declarada pretensión de fijar una estrategia para el citado sector⁸⁹. Acerca de las actuaciones pueden ser objeto de subvención, interesa destacar que, además de las inversiones de talleres y empresas artesanales (en maquinaria, utillaje y equipamiento), los proyectos dirigidos a incrementar la profesionalización, el prestigio y la valoración social del sector, la organización de ferias y certámenes, y la participación en las mismas, el Programa incentiva las iniciativas de preservación de actividades artesanales “en peligro de extinción”⁹⁰. Cabe subrayar que en este caso sí queda en manos del Consejo de Artesanía de Gipuzkoa la propuesta de determinación de ese específico tipo de actividad artesanal.

3. A modo de conclusión: la producción artesanal alimentaria ante el entramado normativo

Los apartados precedentes muestran que, tras la aprobación del Decreto 126/2012, viene a resultar aún más tupido el enmarañado tejido normativo que envuelve la producción artesanal alimentaria vinculada a una explotación agraria, sin aportar ninguna innovación singular al panorama comparado autonómico. En este punto, por tanto, interesa más detenerse en la interrelación entre aquellas normativas cuyos respectivos ámbitos de aplicación han quedado solapados.

Como se ha visto, el Decreto se dirige estrictamente a regular el citado tipo de producción artesanal, una actividad ya reglamentada previamente desde instancias y perspectivas diversas. Este hecho sería ya, de por sí, un posible foco de problemas aunque los ámbitos de aplicación de las distintas regulaciones fuesen coincidentes, pero lo es aún más desde el momento en que la actividad se ubica en una zona de intersección en que se acoplan parcialmente las regulaciones de las distintas instancias (recordemos que todos ellos regulan la producción artesanal alimentaria, este tipo de producción no es el único que regulan la normativa europea y foral)⁹¹.

y de la normativa de la Seguridad Social, “tener intervención personal y directa en la ejecución del oficio de que se trate” y una experiencia mínima de 10 años en funciones de dirección y participación de una Empresa Artesana. Por lo demás, recordemos que el Decreto Foral 28/2005 ha derogado el art. 6.3, que exigía un informe previo del Consejo Guipuzcoano de la Artesanía para la resolución de la solicitud de acreditación por parte del Diputado Foral de Economía y Turismo.

⁸⁹ Vid. la Exposición de Motivos del acuerdo del Diputado Foral de Innovación, Desarrollo Rural y Turismo que aprueba las bases reguladoras y la convocatoria del programa para 2012, publicado en el BOG núm. 122, de 27 de junio de 2012.

⁹⁰ La Base 3.1.f limita este tipo de iniciativas a las plasmadas en “soportes digitales y audiovisuales, basados en fundamentos pedagógicos que permitieran su posible recuperación”. Tales iniciativas pueden llegar a ser subvencionadas en su totalidad, con un máximo de 40.000 euros.

⁹¹ De acuerdo con las definiciones del Reglamento CE 509/2006, las especialidades tradicionales garantizadas no han que ser, necesariamente, productos artesanos: los

En lo que al ámbito subjetivo se refiere, queda sin determinar en la reglamentación autonómica la posible validez de los documentos de acreditación de personas artesanas obtenidos en otras Comunidades Autónomas, la potencial aceptación del reconocimiento de Maestría otorgado, bien en otra Comunidad Autónoma, bien en el propio Territorio Histórico de Gipuzkoa, e, incluso, una cuestión no menor como la regulación de la actividad formativa relacionada con este tipo de actividad.

Por otra parte, parece que se ha de dedicar un especial cuidado al procedimiento de elaboración y posterior aprobación de las Normas Técnicas previstas por el Decreto 126/2012, especialmente en lo relativo a la consecución de la mayor cota posible de participación de las personas artesanas afectadas, puede ser determinante, en primer lugar, de cara a su eficacia en la aplicación de la propia normativa autonómica, pero también, dado que no tendría demasiado sentido que los mismos actores utilizaran referentes distintos en la misma actividad, en orden a una futura extensión al ámbito foral e, incluso, como referente para la presentación de los correspondientes pliegos de condiciones ante las instituciones europeas⁹². De hecho, los propios productores necesitan referencias concretas y éstas pueden ser, incluso, las que recoge la normativa de seguridad alimentaria para el correspondiente tipo de producción⁹³.

A pesar de las reticencias constatadas, especialmente en el caso de la normativa foral, ha de subrayarse la virtualidad de los órganos consultivos de cara a canalizar tal participación, pero la potenciación de su papel pasa por la seriedad con que realicen su trabajo en relación con las atribuciones que actualmente tienen asignadas.

Por lo demás, también podría jugar un papel interesante la Mesa de Coordinación de la Calidad Diferenciada que crea el Real Decreto 1335/2011, de 3 de octubre, y a la que se asocian funciones de asesoramiento y coordinación. El mencionado Real Decreto se limita, en principio, a regular el procedimiento para la tramitación de las solicitudes de inscripción de las denominaciones de origen protegidas y de las indicaciones geográficas protegidas en el registro comunitario, sin que se haya adoptado ninguna regulación específica en relación con el procedimiento de tramitación relativa a las especialidades tradicionales garantizadas, por lo que también a ellas

productos artesanos entrarían, por tanto, en su ámbito de aplicación junto con otros productos que sean especialidades tradicionales, pero que no tienen por qué ser elaboradas de modo artesanal. Y, por otra parte, la normativa foral guipuzcoana regula todo tipo de productos artesanales, y no sólo los alimentarios o agroalimentarios: éstos últimos integran, a su vez, su ámbito de aplicación con otros tipos distintos de productos artesanales.

⁹² Precisamente, el grado de participación influiría en la aceptación voluntaria de las Normas Técnicas como referencia en la correspondiente actividad.

⁹³ Así ocurre en el caso de la elaboración de la sidra natural, que, según la definición que proporciona la Orden del Ministerio de Agricultura de 1 de agosto de 1979 (BOE núm. 206, de 28 de agosto) como aquella “sidra elaborada siguiendo las prácticas tradicionales, sin adición de azúcares, que contiene gas carbónico de origen endógeno exclusivamente”, a lo que se añade la exigencia de una graduación alcohólica adquirida superior a 4,5 grados (art. 4). La propia Orden establece las prácticas permitidas (art. 6.B) y prohibidas (art. 7.C) en su elaboración, además de las características del propio producto (arts. 9 y 10).

extiende sus atribuciones, de momento, esta Mesa de Coordinación⁹⁴. En nuestro concreto caso, quedaría en el aire la posible integración de las instituciones forales interesadas en su seno, ya que la representación autonómica queda limitada a un vocal por cada Comunidad Autónoma⁹⁵.

Otro posible foco de confusión puede venir dado por el problema de la proliferación de distintivos y menciones (cada una de las instancias analizadas prevé su propio distintivo). No parece que comercialmente resulte atractiva una especie de superposición de distintivos en el etiquetado. La solución tal vez la vaya a proporcionar el propio mercado y probablemente acabe prevaleciendo el distintivo o mención que mayor prestigio logre en el mismo.

En cualquier caso, conviene insistir en la importancia de reservar la titularidad pública de tales distintivos en el Registro de Patentes y Marcas e instrumentos similares y subrayar la necesidad de que las instituciones públicas utilicen los recursos a su alcance para proteger las mismas, no sólo de posibles riesgos de confusión en las personas consumidoras, sino también, y muy especialmente, del peligro de apropiación del conocimiento y de las técnicas tradicionales y de su utilización en contra de los valores culturales protegidos.

Por lo demás, y aunque, por cuestiones de dimensión, hayan quedado al margen del presente trabajo, a todos los anteriores problemas se suma el de posibles solapamientos con otras regulaciones (agricultura ecológica, las ya mencionadas denominaciones de origen e indicaciones geográficas...) que habrán de ir superándose con soluciones similares, en ningún caso traumáticas⁹⁶.

⁹⁴ Más concretamente, entre las funciones de la Mesa de Coordinación, adscrita a la Dirección general de Industria y Mercados Alimentarios del Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino, se encuentra la propuesta de medidas que permitan asegurar un funcionamiento coordinado en la tramitación de solicitudes de protección de figuras de calidad diferenciada, el establecimiento de criterios coordinados en relación con las actividades de control oficial previas a la comercialización de los productos acogidos a una figura de protección de calidad diferenciada, tareas de estudio y asesoramiento para la adaptación de la normativa estatal a las necesidades que se planteen y que contribuyan a fijar la posición española en la materia ante organizaciones internacionales o la constitución de grupos de trabajo específicos (vid. art. 18.6).

⁹⁵ Vid. art. 18.3. Parece que, de momento, la solución vendría dada por la consecución de acuerdos entre las instituciones foral y autonómica en orden a canalizar la participación foral.

⁹⁶ No estará de más recordar la postura de la normativa europea en orden a la conveniencia de fomentar la diversificación de la producción agrícola con el objeto de incrementar la renta y la población de las zonas rurales (vid. Exposición de Motivos del Reglamento CE 509/2006).



Reseña Bibliográfica: AA. VV. *El copyright en cuestión, Diálogos sobre propiedad intelectual*. Coord. Javier Torres Ripa y José Gómez Hernández, Bilbao, edición Universidad Deusto, serie Derecho, vol. 93, 2011.

Arantza LABURU¹

El libro *El copyright en cuestión*, coeditado por Publicaciones de la Universidad de Deusto y Unión de Editoriales Universitarias y Científicas Españolas fue presentado el 4 de octubre de 2011 en La Biblioteca Nacional de España. El libro, coordinado por Javier Torres Ripa y José Antonio Gómez Hernández, recoge, actualizadas, entre otras, las ponencias presentadas en el congreso celebrado en la Biblioteca CRAI de la Universidad de Deusto, bajo el título Diálogos de Propiedad Intelectual, en el año 2010.

La obra analiza desde una óptica jurídica. el debate digital que afecta a profesores, estudiantes, editores, divulgadores, bibliotecarios y autores, En el libro se abordan las cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual provocadas por el impacto de la tecnología en la edición, creación, docencia e investigación al tiempo que se ofrece propuestas de futuro.

El Libro está dividido en Dos Partes. La Primera Parte intitulada Visión Jurídica sobre la Propiedad Intelectual recoge cuestiones diversas vinculadas a la creación:

- Los contratos editoriales en la era del acceso: la desintermediación legal/ Carlota Planas i Silva
- Una defensa convencida de la libertad de creación / Antonio Muñoz Vico
- Docencia e investigación en el marco de la propiedad intelectual. Normativa española y europea / Gema Tomás Martínez
- Etnografía y propiedad intelectual. Pinceladas sobre los retos legales planteados / Isabel Hernando Collazos
- La gestión de conocimiento a través de las licencias Creative Commons: la Real Academia de la Lengua Vasca / Ion K. Artatxo Aurtetxe

La Segunda Parte está dedicada a Bibliotecas, Instituciones e Industrias Culturales ante la Propiedad Intelectual

- Leer en digital en las nuevas bibliotecas del siglo XXI / Glòria Pérez-Salmerón
- La propiedad intelectual y los derechos de autor en bibliotecas y centros de información: revistas digitales y acceso abierto / Julio Alonso Arévalo, Fernando Carbajo Cascón y José Antonio Cordon García

¹ Licenciada en Derecho, Abogada en ejercicio en la Asesoría LABURU y asociados. Jurista

- Contenidos digitales y propiedad intelectual. Nuevos retos para la industria editorial / Andoni Sagarna
- El libro electrónico: propiedad intelectual, derechos de autor y bibliotecas / José Antonio Cordon García, Fernando Carbajo Cascón y Julio Alonso Arévalo

El libro finaliza con una interesante reflexión final efectuada por Don Andrés Urrutia Badiola, presidente de Euskaltzaindia, Real Academia de la Lengua vasca titulada “una visión para el futuro”.

Libro de interés para profesores, alumnos, profesionales del mundo jurídico y, por supuesto, para los autores del siglo XXI, que quieran entender las implicaciones del impacto de Internet en la propiedad intelectual.

NOVEDADES: EVENTOS - ENLACES RECOMENDADOS

**Número 1.
Noviembre 2012**

www.eumed.net/rev/riipac



DIRECTIVAS, PROPUESTAS DE DIRECTIVAS Y OTROS ENLACES

Isabel HERNANDO¹

I. Enlaces a Directivas y Propuestas de Directivas

Remitimos por la incidencia en la difusión digital de las obras del Patrimonio Cultural así como en la creación de bibliotecas digitales europeas:

1.- Directiva 2012/28 UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas (DOUE 27.10.2012, L299/5).

Según su Considerando 9, la Directiva pretende aportar un “*planteamiento común a efectos de determinar la condición de obra huérfana y los usos autorizados de las obras huérfanas, a fin de garantizar la seguridad jurídica en el mercado interior en relación con el uso de obras huérfanas por parte de bibliotecas, centros de enseñanza y museos, accesibles al público, así como de los archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión*”.

<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2012:299:SOM:ES:HTML>

2.- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos y la concesión de licencias multiterritoriales de música para su utilización en línea en el Mercado Unico. (12.07.2012, COM (2012) 372 final)

http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/com-2012-3722_en.pdf

3.- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público [12.12.2011, COM(2011) 877 final. 2011/0430(COD)]

Según el Considerando 10, el ámbito de aplicación de la Directiva se amplía a la bibliotecas (incluidas las universitarias), los museos y los archivos. Se trata de proporcionar al mercado un marco jurídico óptimo que facilite y estimule la

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

reutilización comercial y no comercial de datos públicos abiertos entre los que cabe considerar los bienes culturales digitalizados.

http://ec.europa.eu/information_society/policy/psi/docs/pdfs/directive_proposal/2012/en.pdf

II. Otros enlaces recomendados

1. **PASOS. Revista de Turismo y Patrimonio Cultural** (ISSN 1695-7121). Universidad de la Laguna, Instituto Universitario de Ciencias Políticas y Sociales. <http://www.pasosonline.org/index.htm>
2. **IpinCH The Intellectual Property Issues in Cultural Heritage research project.** <http://www.sfu.ca/ipinch>

