

Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore

Decimoséptima sesión
Ginebra, 6 a 10 de diciembre de 2010

NOTA SOBRE LOS SIGNIFICADOS DE LA EXPRESIÓN “DOMINIO PÚBLICO” EN EL SISTEMA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, CON REFERENCIA ESPECIAL A LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES/EXPRESIONES DEL FOLCLORE

preparada por la Secretaría

INTRODUCCIÓN

1. En su decimosexta sesión, celebrada del 3 al 7 de mayo de 2010, el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (“el Comité”) decidió que la Secretaría preparara y pusiera a disposición para la siguiente sesión del Comité [...] “un documento de información técnica sobre los significados de la expresión “dominio público” en el sistema de propiedad intelectual, con referencia especial a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales”.¹ El presente documento ha sido preparado conforme a la decisión anteriormente mencionada.

Antecedentes

2. En lo que al Derecho de la propiedad intelectual (P.I.) se refiere, por lo general se entiende por “dominio público”, todo bien inmaterial que no es objeto de derechos exclusivos de P.I. y que, por consiguiente, puede ser libremente utilizado o explotado por cualquiera.

¹ Proyecto de informe de la decimosexta sesión (WIPO/GRTKF/IC/16/8 Prov.).

3. Sin embargo, el dominio público es un concepto relativo, flexible y que comporta muchas facetas, por lo que no se presta a un único significado jurídico. Su significado y consecuencias en la teoría de la P.I. todavía no se entienden muy bien. Es una expresión que rara vez aparece en textos jurídicos y más raro es todavía que se le atribuyan normas específicas.
4. Además, el dominio público no es necesariamente un concepto “opuesto al concepto de propiedad”; por el contrario, cabría aducir que la innovación que pasa a ser propiedad privada depende de la existencia de un rico dominio público.² En ese sentido, el dominio público no constituye sencillamente todo lo que no está protegido por P.I. Por el contrario, el dominio público constituye, de por sí, un valiosísimo recurso.³ Y no hay duda de que mantener un rico y sólido dominio público suele ser un objetivo de política al que se atribuye suma importancia.
5. No obstante, en lo que respecta a los conocimientos tradicionales (CC.TT.) y las expresiones culturales tradicionales (ECT) y desde el punto de vista de los pueblos indígenas y las comunidades locales, el “dominio público” excluye de la protección a los CC.TT. y a las ECT y puede ser utilizado a los fines de justificar la apropiación indebida de esos últimos.⁴ Hay quien opina que en las culturas de los pueblos indígenas no se suele diferenciar entre lo que constituye propiedad y lo que no constituye propiedad, por lo que el concepto propiamente dicho de “dominio público” es un concepto completamente ajeno a dichas comunidades. A simple vista, los CC.TT. podrían asemejarse a material que está en el dominio público por cuanto todo lo que se intercambia en una comunidad se considera común. Y sin embargo, suelen existir restricciones sociales en cuanto a quién puede utilizar determinados conocimientos y en qué circunstancias. Determinados conocimientos se consideran secretos, sagrados y elementos inalienables del patrimonio cultural indígena desde tiempos inmemoriales y de aquí a la eternidad.⁵ Integrar los CC.TT. y las ECT en el dominio público violaría el carácter confidencial de un gran número de elementos inmateriales, sagrados y secretos que pertenecen al patrimonio vivo y no haría si no acentuar el deterioro y la apropiación ilícita de valores culturales.⁶ Además, mientras que los que abogan por el dominio público son conscientes de que si se parte de que un recurso puede ser libremente utilizado por todos, dicho recurso será explotado por todos en pie de igualdad, los que abogan por la protección de los CC.TT. y las ECT observan con preocupación que el movimiento en favor del dominio público “deja al ciudadano de a pie a la merced de un mercado sin reglamentación [...]”.⁷ Por consiguiente, los pueblos indígenas y las comunidades locales podrían aducir que en la definición de dominio público debe darse cabida a un gran número de puntos de vista que hay en todo el mundo en relación con el intercambio de conocimientos. A ese respecto, se ha afirmado que no existe un único dominio público, antes bien, varios dominios públicos que se superponen o espacios de

² CHANDER, A. y M. SUNDER: “The Romance of the Public Domain”, 92 CAL. L. REV. 1331 (2004), 1334, 1340.

³ Véase también BOETTIGER, S. y C. CHI-HAM, “Defensive Publishing and the Public Domain”, en *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices*, (Krattiger A., R.T. Mahoney, L. Nelsen, J.A. Thomson, A.B. Bennett, K. Satyanarayana, G.D. Graff, C. Fernandez, y S.P. Kowalski (eds.), 2007, MIHR (Oxford, U.K.), PIPRA (Davis, U.S.A.), *Oswaldo Cruz Foundation* (Fiocruz, Rio de Janeiro, Brasil) y *bioDevelopments-International Institute* (Ithaca, U.S.A.).

⁴ VAN CAENEGEM, W., “The Public Domain: Scientia Nullius?”, [2002] E.I.P.R., 324.

⁵ “Implementing a Traditional Knowledge Commons”, *Natural Justice*, 2010, pág. 40.

⁶ Véase el informe de la quinta sesión (WIPO/GRTKF/IC/5/15), párr. 80.

⁷ CHANDER A. y M. SUNDER, *op. cit.* nota 2, at 1341.

intercambio de conocimientos.⁸ En ese sentido, se ha propuesto el establecimiento de una “licencia *commons* de CC.TT.”.⁹

6. Por el contrario, no faltan los que opinan que la dimensión de “dominio público” de los CC.TT. y las ECT reviste valor, en el sentido de que puede fomentar la regeneración y la revitalización de dichos elementos. Ningún miembro de una comunidad indígena ni terceros podrían crear o innovar sobre la base del patrimonio cultural inmaterial si existen derechos de propiedad privada exclusiva sobre el mismo. Sobreproteger las expresiones culturales merma el dominio público, reduciéndose por ende el número de obras en las que es posible inspirarse. Por consiguiente, esos regímenes podrían crear obstáculos a los artistas indígenas que deseen desarrollar sus tradiciones artísticas reinterpretando los motivos tradicionales en forma no tradicionales y ser competitivos en los mercados del arte. Como consecuencia, esas leyes podrían fijar la cultura en un momento histórico determinado y denegar a los pueblos tradicionales una voz contemporánea.¹⁰
7. Teniendo en cuenta esos enfoques, que difieren de uno a otro, el Comité reconoció desde el principio de su labor que es fundamental que exista un conocimiento más claro del papel, el perfil y las limitaciones del “dominio público”, como parte integrante de todo análisis relacionado con la P.I. y la protección de los CC.TT. y las ECT.¹¹ Esa cuestión ha sido mencionada en varias ocasiones por los participantes en las deliberaciones del Comité y la decisión tomada por el Comité en su decimosexta sesión, en el sentido de encargar la elaboración del presente documento, tiene por objeto plantear esa cuestión fundamental de forma centrada y estructurada.
8. Se trata de un tema complejo y delicado y en el presente documento sólo se aspira a analizar detenidamente los distintos significados que conlleva la expresión “dominio público”, en términos generales, con referencia específica a los CC.TT. y las ECT. En el documento no se hace valer interpretación particular alguna y su contenido no va en detrimento de los debates acerca del dominio público que puedan tener lugar en otras instancias de la OMPI.

Estructura del presente documento

9. Partiendo de esos antecedentes, en el anexo se examina con mayor detenimiento el tema, con arreglo a los siguientes apartados:
 - a) Definiciones generales del dominio público;
 - b) Definiciones específicas del dominio público en los distintos ámbitos de la P.I.;
 - c) Identificación y significado de términos y conceptos conexos;
 - d) Debates acerca del dominio público en otras instancias de la OMPI;
 - e) Debates acerca del dominio público en el Comité; y
 - f) legislación nacional y regional en materia de CC.TT. y ECT y dominio público.

⁸ RAVEN, M., “Rethinking the Public Domain: A Challenge for Knowledge-sharing Societies in the Information Age”, *Work in Progress*, Vol. 17, Number 2, Summer 2005, pág. 23.

⁹ “Implementing a Traditional Knowledge Commons”, *op. cit.* nota 5.

¹⁰ Véase “Expresiones del folclore” documento presentado por la Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/3/11). Véase también HAIGHT FARLEY, C.: “Protecting Folklore of Indigenous Peoples: Is Intellectual Property the Answer?” 30 *Conn. L. Rev.* 1, 1997, y “Análisis consolidado de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales”, documento WIPO/GRTKF/IC/5/3.

¹¹ Véase el documento “Análisis consolidado”, *op. cit.* nota 10, párr. 15.

10. Guardan también especial relación con el presente documento varias otras expresiones que se examinan en otro documento preparado para la presente sesión, a saber: “Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales” (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9).

11. Se invita al Comité a tomar nota del presente documento y de su Anexo.

[Sigue el Anexo]

NOTA SOBRE LOS SIGNIFICADOS DE LA EXPRESIÓN “DOMINIO PÚBLICO” EN EL SISTEMA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, CON REFERENCIA ESPECIAL A LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES/EXPRESIONES DEL FOLCLORE

I. DEFINICIONES DEL DOMINIO PÚBLICO: GENERALIDADES

1. La mayor parte de las definiciones que se dan del dominio público en el contexto de la P.I.¹² giran en torno a tres puntos principales: la condición jurídica del material, la libertad para utilizar el material y la accesibilidad del material.
2. Por ejemplo, en el Diccionario de Derecho de Black se define la expresión “dominio público” como “conjunto de invenciones y obras creativas no protegidas por derechos de propiedad intelectual y, por consiguiente, a disposición gratuita de quien quiera utilizarlas. Cuando los derechos que confieren el derecho de autor, las marcas, las patentes o los secretos comerciales se pierden o expiran, la propiedad intelectual que tales derechos protegía pasa a formar parte del dominio y cualquiera puede apropiarse de dicha propiedad intelectual sin incurrir en responsabilidad por infracción.”¹³ En la segunda edición de bolsillo del Diccionario de Derecho de Black se estipula que, con respecto a la P.I., se entiende por dominio público “el conjunto de publicaciones, invenciones y procesos que no están protegidas por derecho de autor ni por patente.”¹⁴
3. A continuación se examinan detenidamente esos tres puntos:
 - A. MATERIAL EXENTO DE DERECHOS DE P.I.
4. El dominio público consiste en recursos de información exentos de derechos de P.I.¹⁵ o de recursos exentos de derechos de P.I.¹⁶, o instrumentos de información no sujetos a derechos de P.I.,¹⁷ es decir, está integrado por todo producto¹⁸ intelectual que no haya sido o ya no sea objeto de protección por P.I. Por decirlo de otra manera, consiste en material que no se prestaba desde el principio a la protección,¹⁹ es decir, material de

¹² El dominio público constituye un importante concepto en otros ámbitos del Derecho por ejemplo, el derecho de acceso de la primera enmienda (First Amendment), los acuerdos gubernamentales de confidencialidad del gobierno, las leyes en materia de espionaje, las leyes que regulan la información clasificada, las listas de material de guerra y la ley sobre la libertad de información. Véase LEE, E., “The Public's Domain: The Evolution of Legal Restraints on the Government's Power to Control Public Access Through Secrecy or Intellectual Property,” 55 HASTINGS L.J. 91 (2003), at 97. El presente documento se limita al ámbito de la P.I.

¹³ Black's Law Dictionary, 1027 (8ª edición, 2005).

¹⁴ Black's Law Dictionary, 569 (2ª edición, 2001).

¹⁵ SAMUELSON, P., “Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities,” 66 Law & Contemp. Probs. 147 (2003).

¹⁶ SUTHERSANEN, U., *A2K and the WIPO Development Agenda: Time to List the “Public Domain”*, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, Policy Brief Number 1, diciembre de 2008.

¹⁷ BOYLE, J., “The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain,” 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 33 (2003), at 59-60, 68, and BOYLE, J., “Foreword: The Opposite of Property?,” 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 1, 29-30 (2003).

¹⁸ SUTHERSANEN, U., *op. cit.*, nota 16.

¹⁹ El dominio público puede comprender elementos abstractos como ideas o descubrimientos [...], información, conceptos, principios, leyes de la naturaleza, etc. Véase SUTHERSANEN, U., *op. cit.*, nota 16. Hay quien no considera que ese material forme parte del dominio público. Véase, por

insuficiente originalidad para ser susceptible de protección por derecho de autor o invenciones que no cumplen las condiciones de patentabilidad o no eran patentables, o material “libre” en razón de una invalidación o de la expiración de un derecho de P.I. y material que se presta a la protección pero que, en el caso de la propiedad industrial, no fue objeto de una solicitud de protección.

5. En todas estas definiciones, lo que se recalca es la condición jurídica exenta de derechos de P.I., es decir, la ausencia de derechos de P.I. Esas definiciones sólo pueden ser comprendidas en relación con lo que se protege en la normativa de P.I. En ese sentido, el dominio público consiste “sencillamente” en lo que permanece tras haberse aplicado los distintos requisitos que se exigen a los fines de gozar de protección jurídica [...], lo “negativo” de todo lo que puede ser protegido [...].²⁰
6. Aun cuando lo común es clasificar el material en tanto que material exento de derechos de P.I. que pertenece al dominio público o sujeto a derechos de P.I., todo lo que se ha escrito acerca del dominio público apunta a una evolución de la condición jurídica en ese campo.²¹

B. MATERIAL DE LIBRE UTILIZACIÓN Y EXCLUSIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA

7. Existe una distinción fundamental entre los recursos de información que son de libre uso y los recursos que son susceptibles de derechos exclusivos.²²
8. Por “material de dominio público” se entiende el material libre de uso o disponible para su uso por cualquier miembro del público²³ con cualquier fin y sin tener que obtener el consentimiento o la autorización de titulares de derechos, además de ser gratuito.
9. Además, el término se utiliza para hacer referencia a material o elementos intelectuales que no pueden ser objeto de intereses exclusivos, es decir, no se prestan a la propiedad privada. El material que está en el dominio público no es propiedad de ningún individuo, antes bien, es material común y disponible para su uso sin restricciones por el público.²⁴

[Continuación de la nota de la página anterior]

ejemplo., ROSE, M., “Nine-Tenths of the Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain”, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 75 (2003), at 80; Véase también, GORDON, W., “On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutory Impulse”, 78 VA. L. REV. 149, 163 (1992).

²⁰ SAMUELS, E., “The Public Domain in Copyright Law”, 41 J. COPYRIGHT SOC’Y U.S.A. 137 (1993), citado en SAMUELSON, P., *Enriching Discourse on Public Domain*, 55 Duke Law Journal 101(2006) 105.

²¹ SAMUELSON, P., *op. cit.*, nota 20, 151.

²² BENKLER, Y., “Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain”, 74 N.Y.U. L. REV. 354, (1999), at 361-62, citado en SAMUELSON, P., *op. cit.*, nota 20, 121.

²³ Véase, por ejemplo, Copyright and Fair Use, Stanford University Libraries, “Welcome to the Public Domain,” http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter8/8-a.html (“las obras son propiedad del público y no de un autor o un artista individual. Cualquiera puede utilizarlas sin autorización pero nadie puede ser propietaria de las mismas).

²⁴ REESE, A., The New Unpublished Public Domain 2 (agosto de 2005) (texto no publicado), en 48, citado en SAMUELSON, P., *op. cit.*, nota 20, 135.

C. DISPONIBILIDAD Y ACCESIBILIDAD

10. Hay quien afirma que “para que se trate del dominio público, dicho dominio debe ser público en el sentido de ser accesible al público.”²⁵ Esa teoría se presta a dos observaciones. En primer lugar, no todo lo que es accesible está en el dominio público. Por consiguiente, es menester diferenciar el dominio público del material que sencillamente está disponible o es accesible por el público. Cabe señalar que la accesibilidad es un concepto relativo por cuanto existen varios grados a ese respecto.²⁶ Y en segundo lugar, lo que quizás viene a contradecir la anterior teoría, no todo lo que está en el dominio público es accesible necesariamente.

C.1 ACCESIBLE PERO PROTEGIDO

11. Contrariamente a lo que algunos piensan, el material que no está en el dominio público no lo está por el hecho de ser accesible o estar disponible mediante una fuente gratuita y abierta. Por ejemplo, los cuadros colgados en los museos públicos son de acceso gratuito y puede que su reproducción por foto esté autorizada, pero eso no significa que los cuadros formen parte del dominio público. Análogamente, el simple hecho de ver en Internet la reproducción de una obra o de una ECT no significa que ni una ni otra esté en el dominio público.²⁷

C.2 NO PROTEGIDO PERO NO ACCESIBLE

12. El hecho de que algo esté en el dominio público no garantiza de por sí la libertad de tener acceso a ello. La falta de protección por P.I. no impone de por sí el libre acceso al material del dominio público.²⁸
13. El material que está en el dominio público no siempre está exento de costos o cargas. Por ejemplo, la posibilidad de acceder a determinados elementos del dominio público depende a veces de la normativa que protege la información clasificada y otros secretos comerciales de su divulgación. Además, existe una cantidad considerable de información de acceso público (por ejemplo, las actas de tribunales) que se puede consultar si se invierte suficiente tiempo y esfuerzo en buscarlo, pero, desde un punto de vista pragmático, no es tan accesible.²⁹ Las medidas técnicas de protección pueden restringir todavía más los usos y estar respaldadas por normas contra la elusión, lo que puede incidir en los límites del dominio público.
14. Existe una definición restringida del dominio público en la que se parte de que consiste en “información de acceso público cuya utilización no infringe derechos ni obligación alguna de confidencialidad. [...] Se trata [...] de datos públicos e información oficial

²⁵ SAMUELSON, P., *op. cit.*, nota 20, 166.

²⁶ SAMUELSON, P., *op. cit.*, nota 20, 153. Hay información que se mantiene en estricta confidencialidad. Los secretos pueden ser objeto de licencia o ser distribuidos a una o más personas con sujeción a restricciones de confidencialidad implícitas o explícitas. (Véase, por ejemplo, POOLEY, J., TRADE SECRET LAW § 9.04[2] (1997)). Las licencias pueden ser restrictivas en mayor o menor grado en relación con quién puede tener acceso y utilizar la información y con qué fines.

²⁷ Las grabaciones digitales y la catalogación del patrimonio cultural pueden contribuir a facilitar el acceso y a la autorización y explotación inadecuadas por terceros, por cuanto al ser expuestos, su contenido puede ser considerado como parte del dominio público.

²⁸ Estudio exploratorio de la OMPI sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público, Séverine Dusollier, 2010, pág. 7.

²⁹ SAMUELSON, P., *op. cit.* nota 9, 154.

elaborados y puestos voluntariamente a disposición por gobiernos y organizaciones internacionales.³⁰

15. Análogamente, en algunas definiciones del dominio público se incluyen las obras inéditas u obras que no han sido divulgadas al público. Como ha señalado un experto, cabe preguntarse lo que significa que el material esté el dominio público y no esté sujeto a derecho de autor en la medida en que no pueda ser objeto de acceso por el público.³¹ Se aduce, a este respecto, que si los propietarios del material gozan de derechos de propiedad personal que incluyen el derecho a controlar el acceso y los usos de dicho material, el público no obtiene, en realidad, beneficio alguno de la existencia de un dominio público inédito. El control físico del material exento de derechos de P.I. puede conferir mayores prerrogativas para controlar los usos de dicho material que cualquier normativa de P.I.³²

C.3 EL DOMINIO PÚBLICO Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES DE DISPONIBILIDAD PÚBLICA

16. En el ámbito de los CC.TT., los expertos en cuestiones de acceso y participación en los beneficios en relación con los recursos genéticos y los CC.TT. conexos³³ establecen una diferencia fundamental entre los CC.TT. relacionados con los recursos genéticos que están en el “dominio público” y los que están “a disposición del público”. En un informe de un experto a ese respecto se afirma lo siguiente:
- La expresión “dominio público” utilizada para denotar disponibilidad gratuita se ha aplicado fuera de contexto para referirse a los CC.TT. relacionados con los recursos genéticos que están a disposición del público. Lo que se entiende, por lo general, por “a disposición del público” no es disponibilidad gratuita. Lo que se entiende por lo general podría ser que existe una condición para imponer condiciones de acuerdo mutuo como el pago de un importe en contrapartida para tener acceso. Se suele considerar que los CC.TT. están en el dominio público y, por ende, están disponibles a título gratuito una vez que han sido objeto de acceso y que se extraen de su contexto cultural particular y son objeto de divulgación. Pero no puede partirse de que los CC.TT. relacionados con los recursos genéticos que se han puesto a disposición del público no son propiedad de nadie. En el concepto de disponibilidad pública podría estar implícito el requisito de obtener el consentimiento fundamentado previo de un depositario de CC.TT. que sea conocido, y podrían ser aplicables las disposiciones en materia de participación en los beneficios, incluso cuando se determine un cambio en la utilización a partir de un anterior consentimiento fundamentado previo. En los casos en los que no se pueda identificar al depositario, los beneficiarios de dichos conocimientos podrían ser determinados, por ejemplo, por el Estado.³⁴
17. Los CC.TT. pueden ser ampliamente accesibles para el público por conducto de documentos, de Internet y otras formas de telecomunicación y grabación. Los CC.TT.

³⁰ *Recomendación de la UNESCO sobre la promoción y el uso del multilingüismo y el acceso universal al ciberespacio.*

³¹ Véase REESE, A., *op cit.* nota 13, 48.

³² *Ibid.*, 24-25.

³³ Los expertos de la reunión de expertos jurídicos y técnicos sobre conocimientos tradicionales relacionados con los recursos genéticos en el contexto del régimen internacional de acceso y participación en los beneficios establecieron una diferencia entre la expresión “dominio público” y la expresión “a disposición del público”, en particular, en relación con los CC.TT. conexos a los RR.GG.

³⁴ Véase el documento UNEP/CBD/WG-ABS/8/2, informe de la reunión del Grupo de Expertos Técnicos y Jurídicos sobre Conocimientos Tradicionales relacionados con los Recursos Genéticos en el contexto del régimen internacional de acceso y participación en los beneficios.

pueden ser divulgados a terceros o a no miembros de comunidades indígenas y locales que hayan generado dichos conocimientos, con o sin autorización de las comunidades indígenas o locales (véase el documento WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9 “Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales”).

II. DEFINICIONES ESPECÍFICAS DEL DOMINIO PÚBLICO EN LOS DISTINTOS ÁMBITOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

18. Como se indica en la definición anteriormente mencionada del diccionario Black el concepto de dominio público guarda relación con las patentes, el derecho de autor, las marcas y los secretos comerciales.

A. EL DOMINIO PÚBLICO Y LA LEGISLACIÓN DE DERECHO DE AUTOR

19. El sistema de derecho de autor³⁵ se fundamenta en la existencia del dominio público.

A.1 DEFINICIÓN BÁSICA

20. El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, de 1971, se aplica a todas las obras que, en el momento de la entrada en vigor del Convenio no hayan pasado al dominio público en su país de origen por expiración de los plazos de protección³⁶.
21. En el Convenio se entiende por dominio público el “ámbito de las obras y objetos de derechos conexos que pueden utilizarse y explotarse por cualquiera sin autorización y sin la obligación de abonar una remuneración a los titulares correspondientes de los derechos de autor o derechos conexos -como norma, debido a la expiración del plazo de protección, o debido a la ausencia de un tratado internacional que garantice la protección para estos titulares en un país determinado³⁷”.
22. Esa definición es principalmente negativa, por cuanto su alcance es opuesto al alcance de la protección por derecho de autor³⁸. El dominio público comprende material intelectual que, ya sea porque no satisface los criterios necesarios para prestarse a la protección por derecho de autor o por haber expirado el plazo de protección por derecho de autor, entre otras razones, no está protegido por derecho de autor. A veces esa definición es más estricta y se aplica exclusivamente a la expiración del derecho de autor.³⁹ El dominio público puede incluir también material creado antes de que existiera normativa de derecho de autor alguna (por ejemplo, ECT) y partes o aspectos que no protege el derecho de autor de obras que en su conjunto están protegidas por derecho de autor.⁴⁰ Cabe señalar que, en la medida en que la protección por derecho de autor es de índole territorial, una obra puede estar protegida en un país y formar parte del dominio público en otro. A eso viene a añadirse el hecho de que los derechos patrimoniales del derecho de autor pueden haber expirado mientras que los derechos morales subsisten de manera perpetua.

A.2 “USOS” EN EL DOMINIO PÚBLICO

³⁵ LITMAN, J., “The Public Domain”, 39 Emory L.J. 965 (1990).

³⁶ Artículo 18.1) del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.

³⁷ Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI y Glosario de derecho de autor y derechos conexos.

³⁸ Estudio exploratorio de la OMPI sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público, Séverine Dusollier, 2010, pág. 6.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ COHEN, J., *et. al.*, *Copyright in a Global Information Economy*, Aspen Law and Business, 2002.

23. En algunas definiciones del dominio público se hace hincapié en la libertad de utilizar el material aun cuando las obras que engloben dicho material estén protegidas por derechos de P.I.⁴¹ Es decir, el dominio público no sólo incluye elementos no protegidos, antes bien, utilidades no protegidas de obras protegidas por el derecho de autor, lo que incluye las excepciones al derecho de autor o el uso leal.⁴² Por consiguiente, cabe afirmar que en el dominio público están incluidos “los usos no regulados, objeto de licencia implícita, gustos sin ambigüedad o privilegiados de recursos de información protegidos por P.I.”⁴³, y sin embargo, quedan excluidas las utilidades controvertidas que en última instancia pueden considerarse justas o privilegiadas tras un proceso judicial prolongado.⁴⁴
24. También cabe incluir la utilización de obras que todavía gocen de protección por derecho de autor pero que esté legitimada debido a una licencia.⁴⁵ Por consiguiente, el dominio público puede incluir material que, aunque goce de protección en virtud de la legislación de derecho de autor, es material privilegiado o es objeto de licencia implícita para usos comunes.⁴⁶ Además, todo material que esté ampliamente disponible con arreglo a la licencia *Creative Commons* (CC) y licencias similares puede considerarse parte del dominio público, con sujeción a la estructuración de dichas licencias.⁴⁷
25. Además, el concepto de dominio público tiene variantes prácticamente equivalentes como los conceptos de “acceso libre” o “código abierto”, “*information commons*”, “*intangible commons of the mind*” o “*knowledge commons*.” Esos conceptos diferentes, aunque análogos se suelen utilizar partiendo de la base de que la innovación y la creatividad sólo pueden fomentarse si existe una mancomunidad abierta de ideas y conocimientos, es decir, un “sólido dominio público.”⁴⁸
26. Por último, las obras huérfanas y las ediciones agotadas ocupan una “zona gris” que también podría considerarse parte del dominio público.⁴⁹

A.3 ARGUMENTOS A FAVOR DE UN AMPLIO DOMINIO PÚBLICO

27. Con frecuencia se aduce que la creatividad depende de la capacidad de tener acceso y poder inspirarse en un cuerpo de material existente en el dominio público. No faltan los que afirman que los autores no crean nuevas obras por arte de magia a partir de la nada⁵⁰ y que prácticamente cada creación cultural tiene antecedentes, es decir,

⁴¹ SAMUELSON, P., *op. cit.*, nota 20, 146.

⁴² Estudio exploradores de la OMPI, *op. cit.*, nota 27, págs. 9, 11.

⁴³ BENKLER, Y., *op. cit.*, nota 22, 361-62. Véase también, MERGES, R., “A New Dynamism in the Public Domain”, 71 U. CHI. L. REV. 183, 184 (2004), citado en SAMUELSON, P., *op. cit.*, nota 20, 121.

⁴⁴ SAMUELSON, P., *op. cit.*, nota 20, 146.

⁴⁵ Estudio exploratorio de la OMPI, *op. cit.*, nota 27, págs. 9, 11. Véase también NIMMER, D. et al., “The Metamorphosis of Contract Into Expand”, 87 CAL. L. REV. 17, 23 (1999), citado en SAMUELSON, P., *op. cit.*, nota 20, 151.

⁴⁶ SAMUELSON, P., *op. cit.*, nota 20, 121.

⁴⁷ SAMUELSON, P., *op. cit.*, nota 20 123 y 152. Creative Commons, Choosing a License, <http://creativecommons.org/about/licenses/> (última visita, 16 de julio de 2010).

⁴⁸ SUTHERSANEN, U., *op. cit.*, nota 16. En relación con los programas informáticos de código abierto, véase SAMUELSON, P., *op. cit.*, nota 20, 123.

⁴⁹ Estudio exploratorio de la OMPI, *op. cit.*, nota 27, págs. 9, 11.

⁵⁰ LITMAN, J. *op. cit.*, nota 24, 965.

creaciones que ya existen en el dominio público.⁵¹ Por consiguiente, el dominio público actúa como principal salvaguardia legal de la material prima que hace posible que haya autores. [...] no debe interpretarse en el sentido de ser el conjunto de material que no merece ser objeto de protección, antes bien, como mecanismo que permite que el resto del sistema funcione al permitir que los autores puedan utilizar materia prima de otros autores.⁵² Análogamente, el dominio público tiene una "importancia central a la hora de tomar iniciativas de autoría."⁵³

28. En ese sentido, el dominio público no constituye un lugar separado ni aparte de la esfera del contenido protegido por P.I.,⁵⁴ ni constituye lo que queda después de establecer los límites que impone el derecho de autor, antes bien, constituye un depósito de recursos propiamente dicho.⁵⁵ Fomenta el desarrollo de la cultura artística al ser parte del panorama cultural.⁵⁶
29. En resumen, los que están a favor de un sólido dominio público ponen de relieve la positiva función que desempeña en la sociedad, en el sentido de ser una piedra angular para la creación de nuevos conocimientos, como fuente de imitaciones competitivas⁵⁷, creaciones de inspiración,⁵⁸ acceso de costo gratuito o bajo a la información,⁵⁹ acceso público al patrimonio cultural,⁶⁰ etcétera. Desde ese punto de vista, el dominio público podría ser un sólido cimiento para que los creadores creen nuevas obras, así como una rica fuente de contenido en aras de la educación.⁶¹

B. EL DOMINIO PÚBLICO Y EL DERECHO DE PATENTES

B.1 DEFINICIÓN DE BASE

30. En general, en lo tocante al Derecho de patentes, el dominio público consiste en los conocimientos, ideas e innovaciones sobre los cuales ninguna persona ni organización posee derechos de propiedad intelectual y acerca de los cuales no pesa ninguna restricción de utilización.⁶²

⁵¹ Véase DUTFIELD, G. y U. SUTHERSANEN: *Innovation and development*, en INNOVATION WITHOUT PATENTS: HARNESSING THE CREATIVE SPIRIT IN A DIVERSE WORLD, (Suthersanen U, Dutfield G, & Boey Chow K. eds.), Edward Elgar, 2007.

⁵² LITMAN, J., *op. cit.*, nota 24, 967, 968.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ COHEN, J.: *Copyright, Commodification and Culture: Locating the Public Domain*, en THE PUBLIC DOMAIN OF INFORMATION (P. Hugenholtz & L. Guibault eds., 2006), citado en SAMUELSON, P., *op. cit.*, nota 20.

⁵⁵ Estudio exploratorio de la OMPI, *op. cit.*, nota 27., pág. 6.

⁵⁶ COHEN, J., *op. cit.*, nota 54.

⁵⁷ Véase, *por ejemplo*, OCHOA, T., "Origins and Meanings of the Public Domain", 28 U. DAYTON L. REV. 215 (2002), at 215, citado en SAMUELSON, P., *op. cit.*, nota 20.

⁵⁸ Véase, *por ejemplo*, LITMAN, J., *op. cit.*, nota 24 en 966.

⁵⁹ Véase, *por ejemplo*, VAN HOUWELING, M., "Distributive Values in Copyright Law", 83 TEX. L. REV. 1535, 1575 (2005), citado en SAMUELSON, P., *op. cit.*, nota 20.

⁶⁰ Véase, *por ejemplo*, OCHOA, T., *op. cit.*, nota 57, en 215 ("Damos por sentado que las obras de Shakespeare y las sinfonías de Beethoven están en el dominio público y pueden ser copiadas, adaptadas e interpretadas libremente por cualquiera.")

⁶¹ Declaración conjunta de la FIAB, la EBLIDA al Comité Provisional sobre Propuestas relativas a un programa de la OMPI para el desarrollo, Ginebra, 26 a 30 de junio de 2006; véase <http://www.ifla.org/III/clm/p1/A2K-7.htm>.

⁶² Véase "La difusión de información sobre patentes" (SCP/13/5, párr. 110).

31. En general se entiende que el sistema de patentes constituye un contrato social entre el inventor y el público: por una parte, confiere derechos exclusivos al titular de la patente para evitar que otros hagan un uso comercial de la invención patentada sin su consentimiento y, por otra, lo obliga a divulgar su invención de tal manera que ésta pueda ser llevada a la práctica por un experto en la materia.
32. Los solicitantes de patentes tienen la obligación de suministrar detalles técnicos acerca de la invención, detalles que, en virtud de la mayor parte de las legislaciones nacionales, se ponen a disposición del público mediante publicación a los 18 meses de la fecha de presentación (o fecha de prioridad). Una vez expira la patente, o dicha patente es abandonada u objeto de invalidación, la invención reivindicada puede ser utilizada por terceros sin el consentimiento del titular de la patente. Incluso durante el plazo de vigencia de la patente se permite que terceros utilicen la información en nuevas invenciones en la medida en que no se infrinja en modo alguno la patente concedida. Las patentes concedidas pueden incitar a crear nuevas invenciones en relación con estas últimas. Por ejemplo, puede que terceros utilicen la información divulgada para generar nuevas tecnologías que queden fuera del ámbito de los derechos exclusivos que confiere la patente otorgada.⁶³ En los párrafos que siguen se examina el concepto de “estado de la técnica”.

B.2 INCORPORACIÓN DE LAS INVENCIONES EN EL DOMINIO PÚBLICO

33. Por lo general, las invenciones pasan a formar parte del dominio público por las siguientes razones:
 - a) ausencia de restricciones jurídicas en materia de uso: una obra puede formar parte del dominio público si no existe legislación alguna que establezca derechos de propiedad intelectual sobre la misma o si ésta no cumple los requisitos para ser protegida y queda excluida específicamente de la protección de acuerdo con la legislación vigente;⁶⁴
 - b) expiración de la protección por patente: la protección conferida por una patente está limitada en el tiempo. En la mayoría de los países, la duración de la protección por patente es de 20 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud, fecha a partir de la cual la invención deja de estar protegida por patente;⁶⁵
 - c) no renovación: para mantener en vigor una patente concedida, en la mayor parte de las legislaciones nacionales se exige al titular de la patente el pago de tasas de mantenimiento o renovación a la oficina de patentes. Si no se abonan las tasas de mantenimiento puede caducar la patente en cuestión;⁶⁶ y
 - d) revocación o invalidación: por lo general, en las legislaciones de patentes se prevén determinados procedimientos para la revocación o invalidación de una patente durante su período de vigencia, si dicha patente incumple los requisitos reglamentarios de patentabilidad.⁶⁷

B.3 TERRITORIALIDAD

⁶³ Véase el “Informe sobre el sistema internacional de patentes” (SCP/12/3, párr. 37-39).

⁶⁴ Véase “La difusión de información sobre patentes” (SCP/13/5, párr. 114).

⁶⁵ Véase “La difusión de información sobre patentes” (SCP/13/5), párr. 116.

⁶⁶ Véase “La difusión de información sobre patentes” (SCP/13/5), párr. 117.

⁶⁷ Existe una relación directa entre la calidad de las patentes concedidas y el dominio público. En los últimos años, algunas oficinas de patentes han sido criticadas por conceder patentes excesivas si se comparan con la innovación que de hecho se divulga en la solicitud de patente. Por otro lado, una aplicación más estricta de los requisitos de patentabilidad podría llevar a la expansión del dominio público. Véase “La difusión de información sobre patentes” (SCP/13/5), párr. 118.

34. La protección por patente es de índole territorial. En un gran número de casos, por decirlo de forma sencilla, una invención puede estar protegida en un país y ser parte del dominio público en otro. Eso puede deberse sencillamente a que no se ha cursado solicitud de patente en este último país o a que la legislación vigente no contempla la concesión de patentes para una índole concreta de invenciones.
35. Dado que el derecho que confiere la patente es un derecho territorial, en principio, las solicitudes deben presentarse en cada uno de los países en los que se desea obtener protección por patente.⁶⁸ Una obra puede formar parte del dominio público en la medida en que en el país de que se trate se haya solicitado protección por patente.
36. Una invención puede formar parte del dominio público si no existe una legislación que establezca derechos de propiedad intelectual sobre la misma o si ésta no cumple los requisitos para ser protegida y queda excluida específicamente de la protección de acuerdo con la legislación vigente. Las diferencias que existen entre los ordenamientos jurídicos de unos y otros países apuntan a que una invención determinada puede considerarse que forma parte del dominio público en una jurisdicción pero no en otra.⁶⁹

B.4 EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

37. Como se ha indicado en lo que respecta a la legislación de derecho de autor, cabe considerar que el dominio público no sólo abarca materia no protegida, antes bien, usos no protegidos de invenciones patentadas.
38. Habida cuenta de los objetivos de política general del sistema de patentes, el ámbito de aplicación de los derechos exclusivos que confieren las patentes se define minuciosamente en las legislaciones nacionales de patentes, con el objetivo de establecer un equilibrio entre los intereses legítimos de los titulares de patentes y los intereses legítimos de terceros.⁷⁰ Algunos países prevén en sus legislaciones nacionales excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos, entre otras, en los casos siguientes:
 - a) actos efectuados con fines privados o no comerciales;
 - b) empleo de accesorios de aeronaves, vehículos terrestres o navíos de otros países que temporal o accidentalmente penetren en el espacio aéreo, el territorio o las aguas del respectivo país;
 - c) actos efectuados únicamente con fines experimentales o de investigación;
 - d) actos efectuados por cualquier persona que, de buena fe, antes de la fecha de presentación (fecha de prioridad de la solicitud en base a la cual se ha concedido la patente, haya utilizado la invención, o que haya iniciado de forma seria y efectiva los preparativos para esa utilización en el respectivo país (excepción por uso anterior);
 - e) actos efectuados únicamente para usos que tengan una relación razonable con el hecho de recabar y presentar informaciones necesarias para la obtención de una aprobación reglamentaria; y
 - f) actos de preparación de medicamentos de conformidad con una receta.⁷¹

⁶⁸ Véase “La difusión de información sobre patentes” (SCP/13/5), párr. 175.

⁶⁹ Véase “La difusión de información sobre patentes” (SCP/13/5), párr. 114.

⁷⁰ Véase “La difusión de información sobre patentes” (SCP/13/5), párr. 235.

⁷¹ Véase el Informe sobre el sistema internacional de patentes (SCP/12/3), párr. 237.

C. EL DOMINIO PÚBLICO Y EL DERECHO DE MARCAS

39. Desde el punto de vista de su significado en el Derecho de marcas, el dominio público puede ser contemplado desde dos ángulos.

C.1 "EXTRAER" DEL DOMINIO PÚBLICO

40. Se pueden adquirir derechos exclusivos con respecto a nombres y símbolos que inicialmente se consideraban elementos del dominio público.⁷² "Tras varios años de utilización, los nombres de carácter descriptivo pueden denotar el origen de mercancías o productos y adquirir así un segundo significado y servir de marcas".⁷³ El nombre *International Business Machines* (IBM) constituye un ejemplo de marca registrada que, en un momento dado era demasiado descriptivo para ser protegido.⁷⁴
41. Además, el derecho sobre la propia imagen constituye un derecho de propiedad intelectual del *common law* que permite que las personalidades célebres se adueñen de su nombre y su representación, que normalmente pertenecen al dominio público. Ese tipo de apreciación se justifica por el tiempo, el dinero y la energía que se invierten en la creación de una imagen personal que reviste interés comercial. La gente normal no se beneficia del derecho sobre la propia imagen y su nombre e imagen pueden formar parte de un dominio público exento de derechos de propiedad intelectual, aun cuando estén protegidos por la legislación relativa al derecho a la intimidad. No obstante, si esas personas llegan a ser célebres, su nombre y su imagen suelen pasar a formar parte del ámbito de la propiedad intelectual.⁷⁵

C.2 "CAER" EN EL DOMINIO PÚBLICO

42. En contraposición a lo que antecede, las marcas protegidas pueden pasar a ser genéricas y perder su carácter distintivo. En ese caso, puede considerarse que han pasado a formar parte del dominio público, aun cuando al principio fueran palabras o símbolos protegidos por el Derecho de marcas.
43. Caber señalar que, por lo general, "las legislaciones de marcas, al igual que las demás legislaciones de P.I., son de carácter territorial. Por norma general, la titularidad de los derechos que confiere una marca en un país no entraña derecho alguno de utilizar dicha marca ni de prohibir su utilización en otro país. La marca goza de una existencia separada en cada sistema jurídico que concede y reconoce derechos conexos a las marcas; de ahí que la misma marca pueda pertenecer a diferentes personas en diferentes países."⁷⁶
44. Además, "al registrar una marca, en la mayor parte de los países se exige que el solicitante describa los productos y los servicios que se desea proteger."⁷⁷ La OMPI ha establecido un sistema de clasificación internacional, a saber, el Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, en el que se contemplan clases descriptivas para la presentación de solicitudes internacionales. Eso significa que una marca sólo puede ser registrada en relación con determinadas clases de productos o servicios y que, salvo en lo que se refiere a las

⁷² SAMUELSON, P., *op. cit.*, nota 9, 119.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Véase LANGE, D.: "Recognizing the Public Domain", 44 LAW & CONTEMP. PROBS 147 (Autum 1981), at 165, citado en SAMUELSON, P., *op. cit.* nota 9.

⁷⁶ DINWOODIE, G., INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND POLICY, Lexis Nexis, 2001, pág. 89.

⁷⁷ *Ibid.*, pág. 142.

marcas notoriamente conocidas, la protección se limita a esas clases de productos y servicios.

D. EL DOMINIO PÚBLICO Y LOS SECRETOS COMERCIALES

45. De manera general, puede considerarse secreto comercial toda información comercial confidencial que confiera a una empresa una ventaja competitiva. En la esfera de los negocios los secretos abarcan los secretos industriales o de fabricación y los secretos comerciales. La utilización no autorizada de dicha información por personas distintas que el titular se considera práctica desleal y violación del secreto comercial. Dependiendo del sistema jurídico, la protección de los secretos comerciales forma parte del concepto general de protección contra la competencia desleal o se basa en disposiciones específicas o jurisprudenciales sobre la protección de la información confidencial.⁷⁸
46. A diferencia de las patentes, los secretos comerciales se protegen sin necesidad de registro, es decir, que se protegen sin necesidad de formalidades de procedimiento. Por consiguiente, un secreto comercial puede protegerse durante un período ilimitado de tiempo. No obstante, existen ciertas condiciones para que la información se considere secreto comercial y satisfacerlas puede resultar más difícil y oneroso de lo que parece a primera vista. Si bien dichas condiciones varían de un país a otro, existen ciertas normas generales que se contemplan en el artículo 39 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC):
- a) la información debe ser secreta (en el sentido de que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en los que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión);
 - b) debe tener un valor comercial por ser secreta; y
 - c) debe haber sido objeto de medidas razonables para mantenerla en secreto por la persona que legítimamente la controla (por ejemplo, mediante acuerdos de confidencialidad).⁷⁹
47. Ahora bien, una vez que se ha divulgado públicamente un secreto comercial, aunque sea accidentalmente, ya no será posible proteger la información, que pasará a formar parte del dominio público.⁸⁰
48. Los secretos comerciales pueden ser una combinación de características y componentes, que por separado forman parte del dominio público, pero que al ser objeto de combinación, elaboración y funcionamiento conjunto, constituyen una ventaja competitiva.⁸¹

⁷⁸ Véase http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/trade_secrets/trade_secrets.htm.

⁷⁹ Véase http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/trade_secrets/protection.htm.

⁸⁰ Verbauwheide, L.: *Intellectual Property Issues in Advertising*, disponible en: http://www.wipo.int/sme/es/documents/ip_advertising.htm.

⁸¹ "Los secretos comerciales valen más que el oro: protéjámoslos", Revista de la OMPI, abril de 2002, disponible en: http://www.wipo.int/sme/es/documents/wipo_magazine/04_2002.pdf.

III. IDENTIFICACIÓN Y SIGNIFICADO DE TÉRMINOS Y CONCEPTOS CONEXOS

49. Hay conceptos que pueden confundirse con el concepto de “dominio público”, por ejemplo, el de “patrimonio común de la humanidad”, “dominio público de pago”, “estado de la técnica”, “*res nullius*”, “*res communis*” (cosa “común”) y “conocimientos tradicionales divulgados”.

A. PATRIMONIO DE LA HUMANIDAD

50. El “patrimonio común de la humanidad” (que también es conocido por “patrimonio universal de la humanidad” o sencillamente por “patrimonio común”) es un principio del Derecho internacional, conforme al cual, existen zonas territoriales definidas y elementos del patrimonio común de la humanidad (cultural y natural) que deben ser mantenidos en fideicomiso de cara a las futuras generaciones y estar protegidos contra la explotación por los Estados o empresas.⁸²
51. El concepto de patrimonio común de la humanidad fue enunciado por primera vez en el Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre, de 1967.⁸³ Ese concepto consta también en el artículo 11 del Acuerdo relativo a la Luna, en el que se declara que la Luna y sus recursos naturales constituyen el patrimonio común de la humanidad.⁸⁴ En 1982, dicho concepto fue utilizado para “la zona de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional” en virtud del artículo 136 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.⁸⁵
52. Desde hace algún tiempo se considera, por lo general, que el patrimonio cultural forma parte del patrimonio universal de la humanidad. Se ha aducido, en ese sentido, que el patrimonio cultural pertenece al conjunto de la humanidad y que, por consiguiente, no puede pertenecer a un propietario a título privado ni ser objeto de protección individual mediante el derecho de autor. Como tal, se considera parte del dominio público. A su vez, se considera que el dominio público forma parte del patrimonio cultural e intelectual común de la humanidad.
53. En los textos en los que se establecen vínculos entre los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales y la política en materia de patrimonio cultural se establecen enlaces con instrumentos internacionales como la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (1970); la Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural (1972); la Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular (1989); la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Inmaterial Cultural (2003); la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005) y el Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente (1995).

⁸² Véase la entrada de Wikipedia: “Common heritage of mankind”
http://en.wikipedia.org/wiki/Common_heritage_of_mankind.

⁸³ Tratado sobre los Principios que deben regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes, 27 de enero de 1967, 18 U.S.T. 2410, 610 U.N.T.S. 205.

⁸⁴ Acuerdo que debe regir las Actividades de los Estados en la Luna y otros Cuerpos Celestes, artículo 1, 17 de diciembre de 1979, 18 I.L.M. 1434.

⁸⁵ Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículo 1, párr. 1, 10 de diciembre de 1982, 1833 U.N.T.S. 397.

B. DOMINIO PÚBLICO DE PAGO

54. En el marco de un sistema de dominio público de pago se impone una tasa por la utilización de las obras que están en el dominio público. Por lo general, el sistema funciona como una licencia obligatoria, a saber: la utilización está condicionada al pago de la tasa fijada pero no a la obtención de autorización previa. Un sistema de esa índole suele aplicarse al dominio público integrado exclusivamente de obras cuyo derecho de autor ha expirado (salvo en los países que aplican ese sistema a las expresiones del folclore, como se explica a continuación). En determinados países solo está sujeta a pago la explotación con fines comerciales o lucrativos de elementos del dominio público.
55. Esa idea se remonta a Víctor Hugo, que estaba a favor de que se estableciera un dominio público de pago a los fines de que el dinero recaudado se destinara a un fondo para impulsar a jóvenes escritores y creadores. La idea de prever una remuneración en beneficio de las nuevas generaciones de creadores ha ido ganando reconocimiento a lo largo del tiempo.⁸⁶
56. El importe de la tasa y las utilidades que de ella se hacen varían considerablemente de un caso a otro. Por lo general, las regalías se dedican a fines sociales y culturales, por ejemplo, ayudar a jóvenes creadores, garantizar la protección social de los creadores que están en dificultades y promover las obras creativas. En determinados casos, como en Argelia, la remuneración sirve para preservar el dominio público propiamente dicho. En esos casos, las tasas recaudadas pueden considerarse un medio de financiar la protección del dominio público, al dividir la carga de financiación de la disponibilidad pública de las obras que están en el dominio público con los explotadores comerciales de dichas obras.⁸⁷
57. No obstante, el funcionamiento de un sistema de esa índole puede constituir un impedimento para la libre utilización de las obras del dominio público. El alcance de esa interferencia depende, al menos en parte, del nivel de las tasas impuestas.
58. Dicho sistema ha sido propuesto en tanto que modelo para proteger las ECT,⁸⁸ las obras artísticas de las comunidades indígenas,⁸⁹ y las obras tradicionales⁹⁰ mediante la concesión de compensación monetaria a las comunidades indígenas. Esa idea fue

⁸⁶ Se suele citar a Italia en tanto que ejemplo de país occidental que aplica un sistema de esa índole; no obstante, ese sistema fue abolido en 1996. En la actualidad, existen ese tipo de sistemas en Argelia, Kenya, Ruanda, Senegal, República de Corea, Côte d'Ivoire y Paraguay. El predominio de países africanos en esta lista se explica por el Acuerdo de Bangui por el que se constituyó la OAPI y su anexo en materia de propiedad literaria y artística, en el que se prevé un sistema de esa índole para la explotación de las expresiones del folclore y de las obras o producciones que hayan pasado a formar parte del dominio público (artículo 59 (modificado en 1999) Anexo VII, Título I).

⁸⁷ Estudio exploratorio de la OMPI, op. cit. nota 17, pág.38.

⁸⁸ LEISTNER, M., "Analysis of Different Areas of Indigenous Resources – Traditional Knowledge", en VON LEWINSKI, S., INDIGENOUS HERITAGE AND INTELLECTUAL PROPERTY: GENETIC RESOURCES, TRADITIONAL KNOWLEDGE AND FOLKLORE, Kluwer Law International, 2003, at 84. Véase también el artículo 17 de la Ley tipo de Túnez de Derecho de Autor, de 1976, en la que se insta a la utilización del dominio público de pago para ayudar a los países en desarrollo a proteger y difundir el folclore nacional; HARVEY, E., "The *domaine public payant* in comparative law with special reference to Argentina", News and Information, UNESCO Copyright Bulletin, Vol. XXVIII, N° 4, octubre-diciembre de 1994.

⁸⁹ Véase HAIGHT FARLEY, C., op. cit. nota 10 del documento de portada.

⁹⁰ BLAKENEY, M., "The Protection of Traditional Cultural Expressions" disponible en http://www.ecap-project.org/fileadmin/ecapll/pdf/en/activities/regional/aun_sept_07/traditional_cultural_expressions_w_ord.pdf.

estudiada por la OMPI y la UNESCO a principios de los años 80.⁹¹ Determinados países en desarrollo aplican ese sistema para la explotación de los elementos del folclore. No obstante, no se ha procedido a una verdadera evaluación de la eficacia de ese sistema y queda por determinar si dicho sistema permite proteger las obras tradicionales.⁹² No hay duda de que la administración y la recaudación de tasas pueden constituir una gran carga para los organismos de recaudación, en particular, los de los países en desarrollo. Y lo que es más, hay quien afirma que esa solución no sería satisfactoria para las comunidades cuya prioridad es controlar sus CC.TT. y ECT antes que obtener remuneración alguna. De ello se hace eco un informe sobre las experiencias nacionales y regionales en materia de protección de las ECT, preparado para la tercera sesión del Comité (WIPO/GRTKF/IC/3/10). En la novena sesión del Comité se formuló una propuesta de creación de una Comisión sobre el Dominio Público.⁹³

C. ESTADO DE LA TÉCNICA

59. El “estado de la técnica” determina el alcance de la novedad y el grado de actividad inventiva, que son dos requisitos fundamentales de patentabilidad que impiden que se otorguen patentes respecto de invenciones que ya existen o que resultan obvias si se las compara con invenciones existentes. El “estado de la técnica” es, en general, todo conocimiento puesto a disposición del público antes de la presentación de la solicitud o la fecha de prioridad de una solicitud de patente en examen, ya sea que existiera en forma escrita o que se hubiera divulgado oralmente o por el uso público.⁹⁴
60. Por lo general, las invenciones pasan a formar parte de lo que se considera estado de la técnica de tres maneras, a saber: 1) mediante la descripción de la invención en una publicación escrita u otra forma de publicación; 2) mediante una descripción oral de invención realizada en público, lo que viene a denominarse divulgación oral; y 3) mediante la utilización de la invención en público, o poniéndola a disposición del público de manera tal que cualquiera pueda utilizarla.⁹⁵
61. Como ya se ha indicado, los solicitantes de patentes tienen la obligación de suministrar detalles técnicos de las invenciones en sus solicitudes. Tras la publicación de las

⁹¹ Véase la labor del Comité de Expertos No Gubernamentales de la UNESCO sobre el “dominio público de pago”, *Boletín de derecho de autor*, vol. XVI, N° 3, 1982, 49. Véase también DIETZ, Adolf: “A Modern concept for the right of the community of authors (domaine public payant)”, *Boletín de derecho de autor*, 1990, XXIV, N° 4, 13-28.

⁹² Véase NIEDZIELSKA, M.: “The Intellectual Property Aspects of Folklore Protection” (1980) 16 COPYRIGHT: MONTHLY REV. WORLD INTELL. PROP. ORG. 339, at 344.

⁹³ Véase la declaración realizada por el Representante de *Music in Common*, en nombre del Sr. Peter Seeger, (documento WIPO/GRTKF/IC/9/14/PROV 2, párr. 120): “Las canciones antiguas están ahora en todo el mundo en el dominio público y a menudo son objeto de arreglos y adaptaciones y las nuevas canciones se protegen mediante el derecho de autor. Proponemos que haya una participación, del 0,1% o del 99.99%, en las regalías [...] que se destine al lugar y a las personas en cuyo origen se encuentran las canciones. Todos los países deberían tener una “comisión sobre el dominio público” que ayude a decidir qué dinero se destina a quién y a dónde. [...] El hecho de que exista un dominio público [...] no significa que el dinero generado por las ventas en cualquier parte no revierta al lugar de donde proviene la inspiración, es decir, a los pueblos o países de donde han surgido. En efecto, una de las funciones de la comisión sobre el dominio público debe ser la de velar por que se atienda a dos finalidades aparentemente contradictorias: asegurar la preservación y el desarrollo de un “recurso natural” en beneficio de todos y, al mismo tiempo, limitar el uso por parte de quienes buscan beneficiarse de éste y asegurar que una parte razonable de esos beneficios retornen a la fuente para sostenerla. [...]”

⁹⁴ Véase el informe sobre el sistema internacional de patentes (SCP) (SCP/12/3), párr. 210.

⁹⁵ Véase el “WIPO Intellectual Property Handbook” (segunda edición, 2004), pág. 19.

solicitudes de patente y de las patentes en cuestión, las invenciones pasan a formar parte del estado de la técnica. No obstante, eso no significa que entren en el dominio público. Los titulares de patentes conservan sus derechos exclusivos con respecto a las invenciones reivindicadas. Por lo general, las invenciones reivindicadas en las patentes pasan a formar parte del dominio público tras la expiración de las patentes. Por consiguiente, tras la expiración de una patente, la tecnología reivindicada puede ser utilizada libremente por cualquiera sin tener que obtener autorización del titular de la patente.

62. En algunos países, la información que ha sido divulgada públicamente en forma oral o mediante su uso en un país extranjero no forma parte del estado de la técnica. Por consiguiente, de acuerdo con el Derecho de patentes de esos países, se puede otorgar una patente a una invención que es idéntica a un conocimiento no catalogado ya disponible en el dominio público, o que obviamente se desprende de otro conocimiento en otro país. A falta de reconocimiento universal del alcance del estado de la técnica, se corre el riesgo de que se otorguen derechos de patente con respecto a una materia que ya se encuentra en el dominio público de otro país. Además, en vista del aumento de la cooperación entre oficinas de patentes, una interpretación universal de la definición de estado de la técnica es el punto de partida para llegar a un concepto común de novedad y actividad inventiva.⁹⁶

D. RES NULLIUS

63. *Res nullius* (que no pertenece a nadie) es una expresión latina que deriva del Derecho romano en virtud del cual la *res* (un objeto en el sentido jurídico del término, es decir, una cosa de la que se puede ser propietario) no pertenece todavía a nadie. Se trata de bienes sin propietario de los que es posible apropiarse libremente. Los animales salvajes y las propiedades abandonadas constituyen ejemplos de lo que se entiende por *res nullius*.

E. RES COMMUNIS O PROPIEDAD COMÚN

E.1 RES COMMUNIS

64. La *res communis* (propiedad común) es una expresión latina utilizada en Derecho público romano para designar una cosa o un bien común, es decir, algo que, por su naturaleza, no puede ser propiedad de nadie. Pertenece, a todos los ciudadanos y puede ser objeto de acceso por todos.
65. Entre los ejemplos que existen en el Derecho romano de *res communis* figuran los siguientes: el mar, el océano, la atmósfera, el espacio aéreo y también los santuarios y los baños públicos. Por el contrario, el agua o el aire, que pueden ser separados del mar, el océano, la atmósfera o el espacio aéreo, y que pueden ser objeto de apropiación con fines de uso privado o de consumo, constituyen lo que se viene a llamar *res nullius*, que pueden ser poseídos y objeto de apropiación a título individual o colectivo. La *res nullius* no tiene propietario pero puede ser objeto de apropiación. En cambio, la *res communis* no está a disposición y nadie puede impedir que otros la utilicen.

⁹⁶ Véase el informe sobre el sistema internacional de patentes (SCP/12/3), párr. 211.

66. Hay quien opina que la *res communis* del Derecho romano es un concepto similar a la noción de patrimonio común de la humanidad. Sin embargo, otros prefieren el concepto de *res universitatis*, que remite a la noción de ciudadanía y no tanto a la de humanidad.⁹⁷

E.2 BIENES COMUNES (“COMMONS”)

67. En el diccionario jurídico de Black se define el término “commons” en tanto que “derecho a utilizar la propiedad de terceros, como en el caso de las servidumbres. También se define como parcela reservada para utilización del público.
68. Se entiende por “bienes comunes” los recursos de propiedad colectiva o compartidos entre comunidades. Se considera que esos recursos son “propiedad común” e incluyen cualquier cosa, desde los recursos naturales y la tierra a los programas informáticos. A ese respecto, cabe señalar que hay quienes asimilan el proceso de transformación de bienes comunes a propiedad privada al hecho de poner vallas a una parcela.
69. Los bienes comunes se han venido definiendo tradicionalmente como elementos del medio ambiente, a saber, bosques, atmósfera, ríos, pesquerías, pastizales que son compartidos por todos. Se trata de los aspectos materiales e inmateriales del medio ambiente de los que nadie es propietario pero de los que todo el mundo disfruta.
70. En la actualidad, ese concepto puede aplicarse también en el ámbito cultural e incluir, por consiguiente, los siguientes elementos, salvo que estén protegidos en tanto que activos de propiedad intelectual: la literatura, la música, las artes del espectáculo, las artes visuales, el diseño, las películas, los videos, la televisión, la radio, la artes comunitarias y los sitios protegidos.
71. Los bienes comunes puede englobar también los “bienes públicos” como el espacio público, la enseñanza, la salud y la infraestructura que permite el funcionamiento de la sociedad (por ejemplo, los sistemas de electricidad y de agua).
72. Existen varias características principales que permiten distinguir los verdaderos bienes comunes. En primer lugar, no pueden ser transformados en mercancías por cuanto cesarían de ser bienes comunes. En segundo lugar, no son ni públicos ni privados pero su gestión suele correr a cargo de comunidades locales. Aún cuando eso sea así hasta cierto punto, los bienes comunes no son de carácter exclusivo, lo que significa que no están delimitados por fronteras por cuanto, en ese caso, pasarían a ser bienes privados. En tercer lugar, y a diferencia de los recursos, no son raros sino abundantes y si son gestionados adecuadamente, contribuyen a subsanar los problemas de carestía.⁹⁸
73. Se ha concebido un modelo “commons” para los conocimientos tradicionales a los fines de solucionar los problemas que se plantean a las comunidades indígenas y locales en la negociación de acuerdos sensatos y eficaces en materia de participación en los beneficios con investigadores que desean obtener acceso a CC.TT. con fines no comerciales.⁹⁹ Como se indica en el informe de un taller sobre conocimientos tradicionales comunes que tuvo lugar en diciembre de 2009 en Ciudad del Cabo

⁹⁷ Véase la entrada en Wikipedia sobre “*Res communis*”, en francés y http://fr.wikipedia.org/wiki/Res_communis

⁹⁸ Véase la entrada de “Commons” en Wikipedia en: <http://en.wikipedia.org/wiki/Commons>

⁹⁹ Para más información a ese respecto véase: http://naturaljustice.org.za/index.php?option=com_content&task=view&id=55&Itemid=94

(Sudáfrica), la diferencia entre conocimientos comunes y dominio público reviste particular importancia en el marco de un sistema de “commons” por cuanto las normas consuetudinarias que rigen los CC.TT. se ven influidas por aspiraciones en materia de relaciones y de reciprocidad a los fines de preservar esas relaciones, y no de transferir dichos conocimientos al dominio público. Son muchos los conocimientos tradicionales accesibles al público en publicaciones y archivos y las comunidades indígenas y locales llevan mucho tiempo luchando para impedir que esos conocimientos sean tratados como objetos del dominio público que pueden utilizarse libremente. Por consiguiente, es esencial que un sistema “commons” para los CC.TT. permita utilizar los conocimientos tradicionales exclusivamente en el marco del Derecho consuetudinario con miras a evitar que sean transferidos al dominio público. Dicho de otro modo, un sistema “commons” en relación con los CC.TT. ofrecería un acceso reglamentado a los CC.TT., rigiéndose por los valores bioculturales de las comunidades indígenas y locales y sin proporcionar un acceso totalmente libre. Por consiguiente, las comunidades indígenas y locales deben tener la posibilidad de impedir el acceso y prohibir la apropiación de toda innovación basada en sus CC.TT. cuando sea necesario proteger esos conocimientos contra su utilización indebida.¹⁰⁰

IV. DEBATE ACERCA DEL DOMINIO PÚBLICO EN OTROS ÓRGANOS DE LA OMPI

74. La noción de dominio público es hoy objeto de debate en varias instancias de la OMPI.

A. COMITÉ DE DESARROLLO Y PROPIEDAD INTELECTUAL

75. En 2007, la Asamblea General de la OMPI aprobó 45 recomendaciones a los fines de integrar la dimensión de desarrollo en todas las actividades de la Organización.¹⁰¹ En ese sentido, se creó un Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual (CDIP) a los fines de establecer un programa de trabajo para la puesta en práctica de dichas recomendaciones.

76. De entre las 45 recomendaciones de la Agenda de la OMPI para el Desarrollo, dos guardan relación con el dominio público. En la recomendación 16 se afirma que en los procesos normativos de la OMPI debe tomarse en consideración “la preservación del dominio público” y “profundizar en el análisis de las consecuencias y los beneficios de un dominio público abundante y accesible”. A su vez, la recomendación 20 está encaminada a fomentar “actividades normativas en materia de P.I. que contribuyan a mantener un sólido dominio público en los Estados miembros de la OMPI, contemplando la posibilidad de elaborar directrices que ayuden a los Estados miembros interesados a determinar los contenidos que han pasado a ser de dominio público en las respectivas jurisdicciones.

77. A los fines de la puesta en práctica de las recomendaciones aprobadas de forma eficaz y coherente, el CDIP concibió un proyecto sobre la propiedad intelectual y el dominio público cuyo objetivo es proporcionar una serie de estudios y encuestas para comprender mejor el concepto de dominio público en distintos países, los instrumentos que están a disposición para ayudar a identificar los contenidos que han pasado a ser de dominio público y la medida en que la información pertinente está disponible, cuáles son las consecuencias y los beneficios de un dominio público abundante y accesible. El

¹⁰⁰ “Implementing a Traditional Knowledge Commons”, *op. cit.* nota 5 del documento de portada.

¹⁰¹ Véase <http://www.wipo.int/ip-development/es/agenda/>

proyecto se divide en cuatro componentes que abordan la cuestión desde la perspectiva del derecho de autor (1), las marcas (2), y las patentes (3).¹⁰²

B. COMITÉ PERMANENTE DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

78. En el proyecto anteriormente mencionado sobre la propiedad intelectual y el dominio público, en el que se responde a las recomendaciones 16 y 20 de la Agenda para el Desarrollo, se contempla la preparación de un estudio exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público (Actividad 1.3).¹⁰³

C. COMITÉ PERMANENTE SOBRE EL DERECHO DE PATENTES

79. En dos estudios preparados para el Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes, a saber, “Exclusiones de la materia patentable y excepciones y limitaciones a los derechos conferidos por las patentes” (SCP/13/3) y “La difusión de información sobre patentes” (SCP 13/5) figura útil información acerca de la función que desempeña el sistema de patentes en la determinación, el acceso y la utilización de tecnología que está en el dominio público.

D. COMITÉ PERMANENTE SOBRE EL DERECHO DE MARCAS

80. En el marco del Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas se ha debatido la “privatización” de los activos culturales en el dominio público. En principio, una obra literaria o artística que ha pasado a formar parte del dominio público puede ser utilizada libremente, incluso con fines comerciales. Sin embargo, puede haber razones de política pública que justifiquen que una empresa no tenga derecho a adquirir derechos de marca respecto de una obra que haya pasado al dominio público.¹⁰⁴

V. EL DOMINIO PÚBLICO EN EL CONTEXTO DEL COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y FOLCLORE (EL COMITÉ)

81. La cuestión del dominio público ha estado particularmente presente en las deliberaciones del Comité. No faltan participantes que afirman que los CC.TT. y las ECT pertenecen al dominio público, mientras que otros no reconocen siquiera el concepto de “dominio público”, a los que vienen a añadirse otros tantos que tienen preguntas y comentarios que formular sobre esa noción. A continuación figura una selección de intervenciones efectuadas a ese respecto durante anteriores sesiones del Comité.

¹⁰² Véase el documento CDIP/4/3 Rev. 1.

¹⁰³ *Ibid.* Ese estudio ha sido preparado y puede consultarse en:
http://www.wipo.int/ipdevelopment/en/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf.

¹⁰⁴ Véase el documento SCT/16/5.

A. LOS CC.TT. Y LAS ECT FORMAN PARTE DEL DOMINIO PÚBLICO

82. En la Federación de Rusia, estas obras [del folclore], en particular las expresiones no materiales del folclore, no estaban protegidas por el derecho de autor, de conformidad con la legislación nacional que prevé además que se considere que las obras que nunca hayan gozado de protección en el territorio de la Federación de Rusia han entrado en el dominio público.¹⁰⁵
83. La Delegación de la Unión Europea y sus Estados miembros señaló que “el hecho de que el folclore se halle en su mayor parte en el dominio público no impide su evolución, al contrario, permite la aparición de nuevas creaciones en manos de artistas contemporáneos que se inspiran en dicho folclore o lo utilizan en sus creaciones”. La Delegación añadió lo siguiente: “no obstante, quienes abogan por la creación de la propiedad intelectual para sus propias expresiones del folclore han de ser conscientes de que esto daría lugar a monopolios de explotación y tendrían que hacer frente consecuentemente a las reivindicaciones de monopolio de otras regiones. De esta manera, el intercambio o la interacción serían mucho más difíciles, si no imposibles. De hecho, la protección de la propiedad intelectual debería utilizarse únicamente cuando resulte adecuada y beneficiosa para la sociedad en tanto que estimule la creatividad y la inversión, pero respetando los intereses de otros y de la sociedad en general. Si se protegieran íntegramente las expresiones del folclore, podría producirse como consecuencia que el folclore quedara paralizado para siempre. De esta manera no podría evolucionar y correría el riesgo de desaparecer, puesto que perdería una de sus características principales, su dinamismo. Existe un punto en que ha de tratarse la línea divisoria entre el dominio público y la propiedad intelectual protegida. [...] no debería ampliarse el ámbito de la protección de la propiedad intelectual hasta el punto en que se convierta en algo disperso cuya certidumbre jurídica quede atenuada.”¹⁰⁶ También dijo que, aunque en Europa el folclore era considerado como parte del dominio público, en otros países y culturas podían existir diferentes preocupaciones e interpretaciones.¹⁰⁷
84. La Delegación del Canadá observó que el objetivo general de las actividades propuestas era velar por que los conocimientos tradicionales, que ya estaban en el dominio público y eran identificables como conocimientos tradicionales, no fueran patentables. La Delegación afirmó que en el Canadá se consideraba que el estado de la técnica comprendía toda la divulgación que se hubiera puesto a disposición del público en cualquier parte del mundo. Las divulgaciones orales podían asimismo formar parte del estado de la técnica, aunque en la práctica la Oficina de patentes del Canadá sólo las utilizase cuando las divulgaciones orales se transferían al medio escrito, ya fuese impreso o electrónico. Además, la Delegación subrayó que la fecha y la procedencia del estado de la técnica deberían estar claramente consignadas y que en resumen la identificación del estado de la técnica dependía mucho de la disponibilidad y asequibilidad de los documentos pertinentes. La Delegación del Canadá afirmó además que los conocimientos tradicionales correspondían a dos categorías principales, a saber: i) los conocimientos tradicionales que habían sido codificados, es decir, que se presentaban en forma escrita, y que estaban en el dominio público; y ii) los

¹⁰⁵ Proyecto de informe de la segunda sesión (OMPI/GRTKF/IC/2/16), párr. 24.

¹⁰⁶ Comentarios de la Comunidad Europea sobre el documento WIPO/GRTKF/IC/4/3. Véase el “Análisis consolidado”, documento WIPO/GRTKF/IC/5/3, párr. 27.

¹⁰⁷ Proyecto de informe de la segunda sesión (OMPI/GRTKF/IC/2/16), párr. 169.

conocimientos tradicionales que no estaban codificados y que formaban parte de las tradiciones orales de las comunidades indígenas.¹⁰⁸

85. La Delegación del Perú señaló que ese sistema *sui generis* de protección debía abarcar aun los elementos de los conocimientos tradicionales que ya se encontraban en el dominio público.¹⁰⁹
86. El Representante del Centro de Derecho Ambiental Internacional (CIEL) señaló que la formulación de un sistema *sui generis* debía tener en cuenta y estudiar la utilización de sistemas de protección similares a los secretos comerciales para las esferas de conocimientos tradicionales que no estuviesen en el dominio público y la definición de ciertos mecanismos compensatorios para la distribución equitativa de los beneficios de los conocimientos considerados como estado de la técnica en el dominio público.¹¹⁰
87. La Delegación de Nueva Zelandia dijo que tiene una importancia fundamental que cualquier lista de opciones o sistemas *sui generis* de protección incluya alguna forma de protección de los conocimientos tradicionales y de las ECT en el dominio público.¹¹¹

B. NO RECONOCIMIENTO DEL CONCEPTO DE DOMINIO PÚBLICO

88. La Delegación de Nigeria señaló que por la expresión “dominio público” se suele entender algo que antiguamente había sido protegido pero cuya protección ha terminado y que las ECT nunca han estado protegidas en virtud de la legislación de propiedad intelectual, pero esto no debe suponer que una obra forme parte del dominio público al ser accesible y que puede disponerse de ella gratuitamente.¹¹²
89. El Representante de las Tribus Tulalip señaló que numerosos pueblos indígenas no aceptan el concepto de dominio público. La historia del concepto y su relación con el establecimiento de derechos de propiedad intelectual debería mostrar que ambos se han desarrollado al unísono, como resultado de los movimientos intelectuales occidentales que se produjeron al final del Siglo de Oro y la Ilustración. La puesta a disposición de las ECT por los custodios de esos dones no significa que las ECT hayan pasado a formar parte del dominio público. Si dichos dones son objeto de utilización indebida por el público, que no es custodio de esas ECT, eso puede ocasionar graves daños físicos o espirituales a los custodios de dichos conocimientos. El Representante instó encarecidamente a los gobiernos a encontrar formas de proteger las ECT y los conocimientos tradicionales que se consideran elementos del dominio público. Numerosas canciones o cuentos, por ejemplo, son custodiados por personas o familias. Esas canciones y cuentos se interpretan en público y pueden ser conocidos por todos los miembros de una comunidad. Ahora bien, el derecho a cantar esas canciones o a narrar esos cuentos pertenece únicamente a las personas o familias custodios de los obsequios del Creador. Las ECT no se encuentran en el “dominio público” debido a que los pueblos indígenas hayan omitido tomar las medidas necesarias para proteger los conocimientos en el sistema de propiedad intelectual occidental, sino a causa del fracaso de los gobiernos y los ciudadanos en reconocer y respetar el derecho consuetudinario que

¹⁰⁸ Proyecto de informe de la segunda sesión (OMPI/GRTKF/IC/2/16), párr. 131. Véase también el documento WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8.

¹⁰⁹ Proyecto de informe de la segunda sesión (OMPI/GRTKF/IC/2/16), párr. 123.

¹¹⁰ Proyecto de informe de la segunda sesión (OMPI/GRTKF/IC/2/16), párr. 149.

¹¹¹ Proyecto de informe de la sexta sesión (WIPO/GRTKF/IC/6/14), párr. 41.

¹¹² Proyecto de informe de la quinta sesión (WIPO/GRTKF/IC/5/15), párr. 37.

reglamenta su utilización. Las inquietudes formuladas acerca de las posibles repercusiones en la innovación cultural se expresan de conformidad con teorías en vigor en el sistema de propiedad intelectual occidental y no reflejan las motivaciones de numerosos pueblos indígenas del mundo. No existe en las culturas tradicionales un concepto que pueda compararse al de “dominio público”.¹¹³

90. El Representante del Consejo Saami adujo que los intereses comerciales y de otra índole guían continuamente la explotación del patrimonio cultural indígena ya existente y subyacente, sosteniendo que dichas expresiones pertenecen al “dominio público” y que dicho término carece de significado para los pueblos indígenas. Dijo también que no es frecuente que los pueblos indígenas pongan cosa alguna en el llamado “dominio público”, que es, un concepto del sistema de propiedad intelectual. Dijo también que se oponía a las sugerencias de que la protección de las ECT en el dominio público constituye una amenaza para los artistas indígenas y su creatividad, ya que esto equivale a pasar por alto las leyes consuetudinarias sobre la utilización de las ECT.¹¹⁴
91. El Representante del movimiento indígena Tupaj Amaru dijo que incorporar CC.TT. y ECT en el dominio público constituiría una violación del carácter confidencial de los numerosos elementos intangibles, sagrados y secretos que pertenecen al patrimonio vivo y aceleraría el deterioro de los valores culturales y provocaría su apropiación indebida por parte de corporaciones.¹¹⁵

C. PREGUNTAS Y COMENTARIOS SOBRE EL CONCEPTO DE DOMINIO PÚBLICO

92. La Delegación de Noruega manifestó que es especialmente importante encontrar el equilibrio entre los CC.TT. susceptibles de recibir protección y los conocimientos que han pasado a formar parte del dominio público. Y añadió que no hay un enfoque coherente en lo que respecta al verdadero significado del término “dominio público”.¹¹⁶ Dijo que considera que, como mínimo, dichos conocimientos deben considerarse como parte del dominio público cuando se han difundido ampliamente fuera de la comunidad que los ha generado y, por consiguiente, el público puede acceder fácilmente a ellos a partir de otras fuentes ajenas a la comunidad o representantes de dicha comunidad. El criterio decisivo para determinar en qué momento los CC.TT. pasan a formar parte del dominio público será entonces el grado de difusión de los mismos fuera del grupo que los ha desarrollado. La forma en que se difundieron los conocimientos no deberían contar para nada en esa evaluación, debe ser simplemente una evaluación objetiva. La idea de trazar una línea de separación entre los CC.TT. protegidos y los conocimientos que pertenecen al dominio público según el alcance de su difusión al público no quiere decir que éstos pierden su protección debido solamente a que alguien fuera de la comunidad ha obtenido los conocimientos o que se puede acceder a éstos fuera de la comunidad (entre otras cosas, mediante las bases de datos).¹¹⁷

¹¹³ Proyecto de informe de la quinta sesión (WIPO/GRTKF/IC/5/15), párr. 56.

¹¹⁴ Proyecto de informe de la quinta sesión (WIPO/GRTKF/IC/5/15), párr. 53.

¹¹⁵ Proyecto de informe de la quinta sesión (WIPO/GRTKF/IC/5/15), párr. 80.

¹¹⁶ La protección de los conocimientos tradicionales: objetivos y principios revisados (WIPO/GRTKF/IC/17/5), pág. 25 del Anexo.

¹¹⁷ La protección de los conocimientos tradicionales: objetivos y principios revisados (WIPO/GRTKF/IC/17/5), pág. 37 del Anexo.

93. La Delegación de Suecia preguntó lo siguiente: 1) ¿Qué relación hay entre la protección prevista para los CC.TT. y los conocimientos que ya forman parte del dominio público?, ¿Dónde debe establecerse el punto pertinente para el acceso a los CC.TT. que no esté fijado a escala local? 2) En qué modo prevén los Estados miembros la protección de los CC.TT. que contienen las bases de datos?¹¹⁸
94. La Delegación del Japón formuló la siguiente pregunta: ¿cómo se tratarían los conocimientos que pertenecen al dominio público y cómo se definiría el dominio público en este contexto?¹¹⁹

VI LEGISLACIONES NACIONALES Y REGIONALES RELATIVAS A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y A LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES EN RELACIÓN CON EL DOMINIO PÚBLICO

95. En la Ley del Perú N° 27811 que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos se adopta una postura concreta en relación con los CC.TT. en el dominio público. En el artículo 13 se estipula que los conocimientos colectivos se encuentran en el dominio público cuando hayan sido accesibles a personas ajenas a los pueblos indígenas, a través de medios de comunicación masiva, tales como publicaciones, o cuando se refieran a propiedades, usos o características de un recurso biológico que sean conocidos masivamente fuera del ámbito de los pueblos y comunidades indígenas.¹²⁰
96. En el artículo 8 de la Ley de la República Kirguisa sobre la Protección de los Conocimientos Tradicionales se estipula que a los fines de impedir la concesión ilegal de patentes sobre objetos creados sobre la base de conocimientos tradicionales se creará una base de datos relativas a los conocimientos tradicionales a los fines del examen de las solicitudes de patente. Dicha base de datos será actualizada por la autoridad competente a partir de los datos relativos a los conocimientos tradicionales registrados y de informaciones relativas a los conocimientos tradicionales que hayan pasado a formar parte del dominio público.¹²¹
97. El dominio público, en relación con los conocimientos tradicionales, es objeto de definición en el proyecto de Ley tipo sobre la Protección de los Conocimientos Ecológicos, las Innovaciones y las Prácticas Tradicionales de los Países Insulares del Pacífico. En el artículo 3 se estipula que dicha Ley se aplica, entre otras cosas, a los conocimientos ecológicos tradicionales que forman parte del dominio público. A los fines de determinar en qué medida se aplica la ley al dominio público, se estipula que ello depende de la evaluación de los factores que se enuncian a continuación: a) en qué medida tiene intención el titular de compartir los conocimientos y, en caso afirmativo, con

¹¹⁸ La protección de los conocimientos tradicionales: objetivos y principios revisados (WIPO/GRTKF/IC/17/5), pág. 25 del Anexo.

¹¹⁹ La protección de los conocimientos tradicionales: objetivos y principios revisados (WIPO/GRTKF/IC/17/5), pág. 37 del Anexo.

¹²⁰ Versión en español e inglés de la Ley del Perú N° 27811 “Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos”, que pueden consultarse en <http://www.wipo.int/clea/es/details.jsp?id=3420>.

¹²¹ Versión en inglés de la Ley de la República Kirguisa sobre la Protección de los Conocimientos Tradicionales, que puede consultarse en: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=5571>.

qué fines; b) obtención o no de autorización para publicar o difundir los conocimientos; c) en qué medida el titular está al corriente de que sus conocimientos pueden ser utilizados con fines comerciales; d) en qué medida es consciente el titular de que el hecho de compartir los conocimientos con terceros supone una pérdida de control en relación con su utilización ulterior; e) en qué medida la utilización no autorizada de los conocimientos puede socavar la integridad espiritual y cultural de los titulares.”¹²²

98. En el artículo 89 de la Ley N° 032-99/AN de 22 de diciembre de 1999 de Burkina Faso, sobre la Protección de la Propiedad Literaria y Artística se estipula que las expresiones del patrimonio cultural tradicional de autores individuales conocidos pertenecen a sus autores en la medida en que, en función de la duración de la protección del derecho de autor, no hayan pasado a formar parte todavía del dominio público. Incumbe al que haga valer que es el autor de una expresión del patrimonio cultural tradicional aportar las pruebas por todos los medios legales a su disposición. Las regalías pagaderas por los usuarios por la explotación de las expresiones del patrimonio cultural tradicional cuyos autores sean conocidos serán distribuidas entre los titulares de los derechos y el organismo de gestión colectiva, conforme al reglamento a ese respecto de dicho organismo.”¹²³
99. En el capítulo XIV de la Ley N° 23 de Colombia, de 28 de enero de 1982, sobre el Derecho de Autor se hace referencia al dominio público. En el artículo 187 se estipula lo siguiente: “pertenecen al dominio público: i) las obras cuyo período de protección está agotado; ii) las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos; iii) las obras cuyos autores hayan renunciado a sus derechos; y iv) las obras extranjeras que no gocen de protección en la República. En el artículo 189 se estipula lo siguiente: “el arte indígena, en todas sus manifestaciones, inclusive, danzas, canto, artesanías, dibujos y esculturas, pertenece al patrimonio cultural”.¹²⁴

[Fin del Anexo y del documento]

¹²² Véase la Ley tipo para la Protección de los Conocimientos, las Innovaciones y las Prácticas Ecológicas Tradicionales, que puede consultarse en: http://www.grain.org/brl_files/brl-modellaw-pacific-en.pdf.

¹²³ Versiones en francés e inglés de la Ley N° 032-99/AN de 22 de diciembre de 1999, de Burkina Faso, sobre la Protección de la Propiedad Literaria y Artística, que pueden consultarse en: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=420>.

¹²⁴ Versiones en español, francés e inglés de la Ley N° 23 de Colombia de 28 de enero de 1982 sobre el Derecho de Autor, que pueden consultarse en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=872>