

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/5/3
ORIGINAL: Inglés
FECHA: 2 de mayo de 2003

S

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

**COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL
SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS
GENÉTICOS, CONOCIMIENTO TRADICIONAL Y FOLCLORE**

**Quinta sesión
Ginebra, 7 a 15 de julio de 2003**

**ANÁLISIS CONSOLIDADO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS EXPRESIONES
CULTURALES TRADICIONALES**

Documento preparado por la Secretaría

I. RESEÑA

1. En este documento se presenta un análisis consolidado de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales (ECT) (sinónimo de “expresiones del folclore”), que comprende una versión actualizada y ampliada del documento “Análisis preliminar sistemático de experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore” (WIPO/GRTKF/IC/4/3), preparado por la Secretaría. Asimismo se examina el marco de políticas de protección de las ECT y se analizan las formas disponibles de protección por propiedad intelectual (P.I.) de las ECT mediante sistemas convencionales y generales de P.I. (incluyendo tanto el derecho de autor como una serie de formas de P.I.), mediante sistemas adaptados y ampliados de P.I. (como son las adaptaciones del derecho de autor que permiten mejorar el reconocimiento de las ECT) y mediante nuevos sistemas o leyes *suigeneris* especialmente creados para otorgar protección por P.I. a las ECT.
2. Este documento de presentación ofrece un panorama general del análisis consolidado y esboza sus aspectos principales. El texto completo del análisis figura en el Anexo de este documento. El análisis debe leerse acudiendo como referencia al “Resumen comparativo de la legislación *suigeneris* sobre protección de las expresiones culturales tradicionales” (traducción oficial) (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3), que constituye una fuente de información complementaria donde se exponen y contrastan los principales elementos de diversos instrumentos clave relativos a la protección *suigeneris* de las ECT. El análisis puede contribuir al progreso en el trabajo y los debates sobre política relacionados con la protección jurídica de las ECT documentando y contrastando la experiencia práctica con una amplia variedad de mecanismos jurídicos utilizados para proteger las ECT; asimismo puede servir como un recurso empírico estructurado en los debates internacionales sobre posibles recomendaciones o directrices futuras que ayuden a los encargados de la adopción de políticas a desarrollar los sistemas de P.I. de protección de los ECT.
3. Se ha propuesto mantener este análisis abierto a futuras aportaciones de información nueva y actualizada sobre las formas actuales de protección por P.I. de las ECT por parte de los miembros del Comité, y se a mediante sistemas de P.I. existentes, sistemas de P.I. adaptados, o nuevos sistemas *suigeneris*. Este documento finaliza con una propuesta de marco para considerar las opciones de política relativas a la protección de las ECT.

II. INTRODUCCIÓN

4. Durante su cuarta sesión celebrada en diciembre de 2002, el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (denominado en adelante “el Comité”) examinó un “Análisis preliminar sistemático de experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore” (WIPO/GRTKF/IC/4/3). Solicitó a la Secretaría de la OMPI que preparara un “análisis consolidado” como versión actualizada de esa labor analítica previa.
5. Para elaborar este análisis actualizado, la Secretaría tomó en consideración los comentarios sobre el documento WIPO/GRTKF/IC/IC/4/3 formulados durante la cuarta sesión del Comité, el material de las ponencias sobre la protección jurídica de las ECT presentadas durante esa misma sesión, y otros comentarios y observaciones sobre el documento WIPO/GRTKF/IC/4/3 que, desde la cuarta sesión hasta el 1 de mayo de 2003, la Secretaría había recibido de Canadá, Estados Unidos de América, Filipinas, la Organización

AfricanadelaPropiedadIntelectual(OAPI)y laComunidadEuropeaysusEstados miembros.

6. Lasprincipalesinnovacionesconrespectoalmaterialanteriormenteexaminadoporel Comitésonlassiguientes:i) unasecciónampliadasobrepolíticasyopcionesdepolítica pertinentes;ii) unasecciónsobrelasEC Tentantoqueactivoeconómicosyculturales; iii) unasecciónrevisadasobrelascolecciones,basesdedatosyregistrosdel patrimonio cultural;yiv) laintegracióndeinformaciónpreviamenteincluidaenel“Informe final sobre las experienciasnacionalesenmateriadeprotecciónjurídicalasexpresionesdelfolclore” (WIPO/GRTKF/IC/3/10).Además,sehanañadidodatosadicicionalesobreexperiencias nacionales, ejemplosyanálisisjurídicosendiversaspartesdeldocumento, como consecuenciadela información, loscomentariosylasobservacionesrecibidosdelos miembrosdelComité.

7. Conel tiempoymedidaquesevayacomplementandoydesarrollandoeste análisis, podríallegaraconstituirlabasedeunmanualprácticosobrelaprotecciónjurídicalas ECT,talcomoloaprobóelComitéensus tercerasesión(véase WIPO/GRTKF/IC/3/10, párrafo 155y WIPO/GRTKF/IC/5/3,párrafo 294).

III. RESUMENDELOS PRINCIPALES ASPECTOS DEL ANÁLISIS CONSOLIDADO

El contextodepolíticas

8. ElanálisisconsolidadoquefiguraenelAnexositúalaprotecciónjurídicalasECTen elcontextodelaspolíticas culturalesydepropiedadintelectualaplicablesacuestionestales como:i) lapreservaciónysalvaguardiadel patrimoniocultural tangibleeintangibil e;ii) el fomentodeladiversidadcultural;iii) elrespetopor los derechosculturales;yiv) elfomento delacreatividadylainnovación –incluidas las nacidasdelatradición –comoingredientes deldesarrolloeconómicosostenible.Elobjetivodelanálisisdepolíticasescaptarelmodo en quelasP.I.,yenespeciallaprotecciónporP.I.delasECT, interactúaconestascuestiones.

Latradicióncomofuente de creatividad

9. Aunque son pocos los que consideran que la tradición se reduce a la imitación y a la reproducción, la innovación y la creación también forman parte del marco tradicional. Gracias a los artistas y practicantes tradicionales que no dejan de plasmar nuevas perspectivas y experiencias en su obra, la tradición es una importante fuente de creatividad e innovación. En consecuencia, a menudo el patrimoniocultural y las culturas tradicionales constituyen una fuente de creatividad para las comunidades indígenas y locales y demás comunidades culturales.El patrimoniocultural es también una fuente de inspiración y creatividad para las industrias culturales.

La propiedad intelectual y el concepto de “protección”

10. Lamayoría de las formas de P.I., como el derecho de autor, los derechos conexos, las patentes y los diseños industriales, confieren derechos de propiedad privada a las creaciones e innovaciones con el fin de que se pueda controlar su explotación comercial y se proporcionen incentivos para una mayor creación y difusión de los productos de la creatividad humana. La protección por P.I. debe distinguirse de los conceptos de “preservación” y “salvaguardia”. Porejemplo, los objetivos de la protección por derecho de autor son principalmente fomentar

la creatividad, estimular la divulgación pública y permitir que el titular controle la explotación comercial de la obra. Por el contrario, la preservación y la salvaguardia en el contexto del patrimonio cultural se refieren generalmente a la identificación, catalogación, transmisión, revitalización y promoción del patrimonio cultural tangible o intangible, que permiten asegurar su mantenimiento y viabilidad.

11. Es preciso aclarar exactamente lo que se entiende por “protección”, ya que, al parecer, en algunos casos, las necesidades y expectativas de los depositarios de las ECT recibirían, mediante la adopción de medidas de preservación y salvaguardia, una atención más apropiada que mediante la protección por propiedad intelectual. Entodo programa de registro y catalogación de expresiones culturales tradicionales de bendeterminarse claramente los objetivos de preservación y protección y sopesarse debidamente esos objetivos. En el caso de que surjan inquietudes acerca de la protección contra el uso comercial indebido de las ECT, la legislación sobre competencias de lealtambién puede dar una respuesta práctica a las necesidades y expectativas de las comunidades tradicionales.

El patrimonio cultural y la protección de la propiedad intelectual

12. En el análisis del Anexo se establece una distinción entre: i) el patrimonio cultural y la cultura tradicional y existentes y subyacentes, a lo cual se puede aludir como cultura o folclore tradicional en sentido estricto; y ii) las producciones literarias y artísticas contemporáneas creadas por las generaciones actuales de la sociedad y basadas en el patrimonio cultural y la cultura tradicional y existentes, o derivadas de ellos.

13. Aunque la cultura tradicional y existente y las expresiones particulares de la misma no estén generalmente protegidas por la legislación convencional de derecho de autor de diseños industriales, toda producción literaria y artística contemporánea derivada de la cultura tradicional inspirada en ella, y que incorpore nuevos elementos o expresiones, constituye una “nueva” obra de la que existe generalmente un creador (o creadores) vivo e identificable. Tal producción contemporánea puede suponer un nuevo planteamiento, arreglo, adaptación o compilación del patrimonio cultural y expresiones ya existentes en el dominio público, como también su “nueva representación” en formato digital o en color, etcétera. Las expresiones y representaciones contemporáneas de la cultura tradicional que se inspiran en la tradición suelen estar protegidas por la legislación vigente de derecho de autor y de diseños industriales, ya que son suficientemente “originales” o “nuevas”.

14. El análisis consolidado examina en detalle la aplicabilidad de los sistemas existentes de protección de la ECT por P.I., haciendo referencia, siempre que sea posible, a casos y experiencias prácticas reales.

El “dominio público”

15. En el análisis del Anexo se indica que a fin de crear un marco de políticas apropiado para la protección de las ECT por P.I., es fundamental que exista un conocimiento más claro del papel, el perfil y las limitaciones del “dominio público”. Los depositarios y custodios de las ECT se preguntan si la pertenencia del patrimonio cultural al dominio público brinda las mejores oportunidades para la creación y el desarrollo. Sin embargo, otros argumentan que el hecho de que el patrimonio cultural pertenezca al dominio público es importante, ya que permite la regeneración y revitalización del patrimonio cultural. La pertenencia del patrimonio cultural al dominio público también está relacionada con su papel como fuente de creatividad e innovación. Ni los miembros de una comunidad cultural ni las industrias

culturales podrían crear e innovar inspirándose en el patrimonio cultural si éste estuviera sometido a derecho exclusivo de propiedad privada.

Necesidades y expectativas de las comunidades indígenas y locales

16. En el análisis se identifican sucintamente las necesidades y expectativas de las comunidades indígenas y locales, compuestas de estrategias de protección por P.I. “positiva” o “defensiva”, o de combinaciones de ambas. (La naturaleza de la protección por P.I. y la distinción entre las estrategias de protección positiva y defensiva también se tratan en el documento WIPO/GRTKF/IC/5/12, párrafos 20, 28, y 41 a 44). En el Anexo se aborda la cuestión de en qué medida la protección por P.I. es pertinente para atender a las necesidades, entre las que se destacan algunas que probablemente tengan más que ver con la preservación y la salvaguardia que con la protección por P.I. Asimismo, se señala que la legislación sobre competencias de leyes y otras leyes de protección al consumidor pueden ser especialmente pertinentes y valiosas.

Cuestiones de política fundamentales y conclusiones

17. Una cuestión fundamental de política consiste en determinar si limitando la protección por P.I. a las expresiones culturales contemporáneas inspiradas en la tradición se alcanzan verdaderamente los objetivos culturales de política y de propiedad intelectual definidos. ¿Es esa la mejor solución para promover la creatividad y el desarrollo económico? ¿Es esa la mejor manera de preservar la diversidad y la cultura? ¿Será una respuesta a las inquietudes de los custodios de la cultura tradicional?

18. Estas preguntas giran en torno a la cuestión de si cabe aplicar la protección por P.I. al ECT que actualmente son de dominio público, es decir, a aquellas expresiones culturales tradicionales que no se prestan a la protección mediante derecho de autor u otras formas de P.I. En el debate internacional y especialmente como consecuencia de la labor del Comité, se han propuesto dos planteamientos generales. Si bien existe una tendencia a considerarlos opuestos, no tienen por qué excluirse mutuamente, y es posible encontrar una solución global que incluya elementos de ambos.

Ninguna protección por P.I. para las ECT de dominio público: aplicación de las normas de P.I. existentes y adaptadas, y de medidas especiales de propiedad intelectual

19. Algunos miembros del Comité consideran que si se tiene en cuenta todo el potencial que ofrecen, los derechos de propiedad intelectual convencionales son una solución adecuada para la protección de las ECT. Se pueden citar numerosos ejemplos de comunidades tradicionales que han protegido con éxito canciones, obras gráficas y otras obras literarias y artísticas mediante el derecho de autor y los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes. Si se analizan los intereses de unos y otros beneficiarios del sistema de P.I., se llega a la conclusión de que los miembros de las comunidades culturales así como los de otras comunidades son libres de crear e innovar valiéndose de sus tradiciones culturales, y de adquirir y beneficiarse de todo derecho de propiedad intelectual que se derive de las creaciones e innovaciones. Eso contribuye al desarrollo económico de la comunidad y a alcanzar ciertos objetivos del patrimonio cultural y de las políticas de interculturalidad. La protección por propiedad intelectual brinda incentivos para idear y divulgar nuevas creaciones intelectuales. Entre los partidarios de este enfoque, algunos consideran que puede resultar necesario adaptar los derechos existentes y/o tomar medidas especiales dentro del sistema de propiedad intelectual con el fin de atender a necesidades específicas — como la

protección por derecho de autor de las obras que no han sido fijadas en forma material (por ejemplo, las obras que sólo se han transmitido en forma oral) y medidas de subsanación contra la infracción del derecho de autor, que también va en detrimento de la cultura.

Derechos de propiedad aplicados a las ECT de dominio público – sistema sui generis

20. Encambio, muchos miembros del Comité, comunidades y partes interesadas consideran necesario establecer medios de protección jurídica de las ECT que han pasado a ser del dominio público. Se trató de dos tipos de ECT: las ECT que en un momento dado estaban protegidas por el derecho de autor pero cuyo plazo de protección ha caducado o ha caducado, lo cual plantea la cuestión de la protección retrospectiva; y las ECT que, por sus características, no se prestan a la protección por derecho de autor (por ejemplo, debido a la falta de originalidad suficiente, o de paternidad bien definida). Desde el punto de vista jurídico, ese material es del dominio público, aunque a menudo las comunidades interesadas ponen en duda esta condición, especialmente cuando el material ha sido grabado o plasmado por escrito sin el consentimiento fundamentado previo.

21. El meollo de esta cuestión consiste en decidir si cabe aplicar a ese material nuevas formas de protección por propiedad intelectual: ¿deben las ECT de dominio público ser objeto de una protección positiva? ¿Deben cristalizarse esas protecciones en una serie de derechos que impidan o autoricen el uso por terceros, o deben limitarse a una protección por derecho a una remuneración equitativa, como por ejemplo, una regalía sobre el uso por terceros? ¿Debe establecerse un sistema de “derechos morales” relativos a la atribución y a la integridad en el uso de las ECT? Si bien existen sistemas *sui generis* que confieren tales derechos (véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3), es en los enfoques planteados y en las cuestiones de política, que se identifican y tratan en el análisis exhaustivo contenido en el Anexo.

22. Si los Estados se inclinan por establecer la protección positiva de las ECT y si se toma como ejemplo la Ley Tipo del Pacífico Sur de 2000, se podría deducir un sistema de protección positiva que:

- a) permitiría y facilitaría el acceso y el uso de las ECT para fomentar la creatividad y la innovación, y sea por los miembros de la comunidad cultural en cuestión o por otras comunidades culturales;
- b) promovería el respeto de todo objeto de propiedad intelectual resultante de dicha creatividad e innovación;
- c) velaría por que el uso de esas ECT, especialmente el uso con fines comerciales, el usuario se comprometa a dejar constancia de la fuente, a distribuir equitativamente los beneficios que se derivan de dicho uso y a no servirse bajo ningún concepto de las ECT en forma peyorativa, injuriosa, difamatoria o engañosa; y,
- d) sin perjuicio de lo anterior, protegería las expresiones sagradas y secretas contra cualquier tipo de uso o explotación comercial.

23. En el Anexo se plantea asimismo otro enfoque que podría complementar lo anterior, a partir de los siguientes principios y elementos fundamentales:

- a) la cultura tradicional y las ECT ya existentes constituyen, entre otras cosas, una base para fomentar la creatividad y la innovación. El derecho de autor y la legislación sobre los diseños industriales suelen ser instrumentos adecuados para proteger las expresiones culturales contemporáneas inspiradas en la tradición. Los creadores pueden valer de la P.I.

para comercializar sus obras en beneficio económico propio, para impedir que terceros obtengan esos mismos beneficios, o para evitar que se adquieran derechos de P.I. sobre la misma materia en cuestión. Las marcas (incluidas las marcas de certificación y las marcas colectivas), las indicaciones geográficas, la competencia de lealtad y la protección de información no divulgada (en el caso de las ECT secretas) constituyen otros medios particularmente útiles para proteger la propiedad intelectual;

b) esto indica que quizás no sea apropiado aplicar de un modo general los derechos de propiedad de todas las formas de ECT que actualmente son del dominio público, y sea como política de propiedad intelectual o como política cultural. Los derechos exclusivos de propiedad aplicados a las ECT de dominio público pueden mermar la capacidad de crear e innovar de las comunidades indígenas y tradicionales, y de otras comunidades que se inspiran en la tradición;

c) sin embargo, un dominio público sin reglamentación alguna no permitiría responder a todas las necesidades de las comunidades indígenas y locales. Particularmente:

i) en primer lugar y en ciertas condiciones, los Estados y las comunidades indígenas y tradicionales deberían poder impedir determinados usos de las ECT que tienen lugar fuera del contexto de la comunidad cultural, por ejemplo: i) los usos que equivocadamente insinúan una conexión con la comunidad cultural; ii) los usos depreciativos, injuriosos, difamatorios, ofensivos y engañosos; y/o iii) los usos de ECT sagradas o secretas;

ii) la legislación en el ámbito de la competencia de lealtad y de la protección al consumidor parecerse a algunas de las inquietudes de las comunidades indígenas y locales. La naturaleza de la protección en materia de competencia de lealtad se explica en el Anexo. Esa legislación constituye una parte flexible de la legislación de P.I. y puede adaptarse a situaciones nuevas;

iii) en los casos en que no es posible aplicar la legislación sobre competencia de lealtad, podrían establecerse registros nacionales e incluso un registro internacional para que las comunidades registren aquellas ECT cuyos usos no deberían estar permitidos. La ventaja del registro es que permite proteger cada ECT por separado y proteger aquellas expresiones que las comunidades consideran dignas de protección y cuyo registro en prioridad. Con un registro anticipado se gana en precisión y certidumbre, a diferencia de los sistemas de protección más generales;

iv) en segundo lugar, los conflictos y tensiones entre el derecho de autor y otros derechos de propiedad intelectual sobre expresiones culturales contemporáneas inspiradas en la tradición y las responsabilidades de los usos y costumbres de los pueblos indígenas exigen un examen más detenido, cuyos resultados pueden inspirar ideas que deriven en medidas para solucionar dichos conflictos y tensiones.

24. Sin embargo, estos no son los únicos modelos posibles y en las ponencias que se presentaron en la cuarta sesión del Comité se apreció la diversidad de enfoques posibles. En el análisis que da patentes como muchos Estados consideran necesario crear nuevas disposiciones, directrices o recomendaciones que sirvan de modelo para ayudar a los Estados y a las organizaciones regionales a establecer sistemas eficaces y armonizar los nuevos sistemas nacionales en esa esfera.

25. En el análisis se propone que, para proteger las ECT, podría contemplarse por último un conjunto de soluciones que combinen derechos de propiedad intelectual con las opciones *suigeneris* anteriormente mencionadas.

26. Asimismo se indica que, en la medida de lo posible, para proteger las ECT, deberían aplicarse las normas ya conocidas y existentes, a un cuadro que se adapte y modifique para atender necesidades específicas. De esa manera se aprovecharían la jurisprudencia y los sistemas jurídicos vigentes, lo que facilitaría la aceptación política de las soluciones, su integración en los sistemas nacionales e internacionales y, en definitiva, su observancia, ya que los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley podrían aplicar esos principios y experiencias.

27. También se abordan en el análisis cuestiones relativas a la naturaleza de las ECT; las Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO sobre la Protección del Folclore de 1982; las ECT como activo económico y culturales; la producción regional e internacional; las colecciones, bases de datos y registros del patrimonio cultural; y la adquisición, gestión y observancia de los derechos.

28. La lectura de este documento debería complementarse con la del documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3, que incluye un resumen en forma de cuadro comparativo de las leyes *suigeneris* ya existentes en materia de protección de las ECT. Está previsto que ese cuadro lleve a formar parte del futuro manual práctico sobre la protección jurídica de las ECT. Se insta a los Estados y a las organizaciones regionales interesadas a actualizar y precisar aún más la información contenida en el cuadro, al cual podrá añadirse la información y las anotaciones oportunas a fin de mejorar su utilidad práctica.

IV. CONCLUSIONES

29. En ocasiones, los debates sobre la protección de las ECT se han centrado en la cuestión de si debería darse una protección *suigeneris* para las ECT o si bastaría con aplicarlos sistemas de P.I. convencionales establecidos. Sin embargo, es difícil establecer una distinción estricta entre ambas posiciones. Algunas leyes generalmente inspiradas en el sistema de derecho de autor y aconfieren en varias formas de protección a las expresiones de la cultura tradicional (por ejemplo, modificando las disposiciones relativas al requisito de fijación y a la protección de obras anónimas). Recientemente y en el ámbito del sistema de derecho de autor y los derechos conexos, la protección internacional se ha ampliado a ciertas ECT, hasta entonces consideradas de dominio público: en virtud del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 1996, los artistas intérpretes o ejecutantes de ECT (o expresiones del folclore) reciben protección por la naturaleza de sus interpretaciones o ejecuciones. Por ejemplo, un artista intérprete o ejecutante de una canción o un cantautor tradicional tiene derecho a establecer condiciones en relación con la grabación (“fijación”) de la interpretación o ejecución, y con la manera en que la grabación se distribuirá y comercializará, a un cantautor no se presta la protección por derecho de autor (es decir, cuando se trata más de una “expresión del folclore” que de una “obra literaria o artística”). El sistema convencional de P.I. permite considerar varios elementos *suigeneris* similares de protección de las ECT. Ello plantea la necesidad de aclarar la distinción entre un sistema de P.I. ampliado, adaptado, o tan sólo más eficazmente aplicado, por una parte, y una forma distinta de derecho *suigeneris*, por otra. Como pone de manifiesto el análisis de este documento, el debate sobre los sistemas *suigeneris* plantea cuestiones de política fundamentales. Es probable que sean necesarios más esfuerzos para aclarar

estas cuestiones de política y quizá sentar las bases del consenso internacional en materia de recomendaciones o directrices para la protección de las ECT.

30. En este documento se recurre a amplia experiencia en materia de protección de las ECT presentada al Comité con objeto de registrar y aclarar la diversidad de cuestiones y objetivos de política que pueden ser necesarios o pesarse cuando se consideren opciones para la protección de las ECT. Las cuestiones siguientes pueden ayudar a los encargados de la adopción de políticas que abordan el tema de la protección de las ECT a comprender mejor las opciones de política:

- a) ante todo, saber si es necesario realmente una forma de protección por P.I. y, de ser así, si ha de ser en el marco del sistema actual o de sistemas de P.I. adaptados, ampliados o *sui generis*;
- b) si la protección ha de ser fundamentalmente positiva o defensiva, o si se ha de adoptar una estrategia de combinación de ambas;
- c) saber qué opciones están disponibles en virtud de los sistemas convencionales de P.I., en particular, la competencia de la ley, y cuáles son las opciones para proteger las ECT mediante elementos adaptados, ampliados o *sui generis* de la P.I. ya existente;
- d) saber qué opciones están disponibles en los regímenes de contrato o en sistemas distintos de la P.I. que permitan alcanzar los objetivos deseados, tales como el patrimonio cultural, la protección del consumidor y las leyes del comercio;
- e) con respecto a las ECT que no gocen de protección, saber si los objetivos de la política de P.I. y las políticas culturales y de otra índole (relacionadas, por ejemplo, con la diversidad cultural, la creatividad y la preservación del patrimonio cultural) despiertan un interés por explorar sistemas *sui generis* nuevos y específicos para su protección por P.I.;
- f) saber qué mecanismos existen en otros sistemas locales, nacionales o regionales, incluidos los sistemas indígenas y consuetudinarios, y qué enseñanzas prácticas o conceptuales pueden extraerse de los mismos;
- g) saber qué marco político y qué opciones de política son pertinentes al ahorro de elaborar sistemas para la protección *sui generis* específica de las ECT, en caso de ser éste el camino elegido;
- h) saber cómo se relacionan esos sistemas *sui generis* con los sistemas convencionales de P.I., particularmente cuando la materia abordada es la misma; y
- i) saber cómo interactúan los sistemas nacionales mediante marcos jurídicos bilaterales, regionales o internacionales.

31. Con el fin de progresar en las deliberaciones, potenciar la utilidad de los documentos de política preparados para el Comité y aumentar la capacidad de los encargados de la adopción de políticas y los representantes de las comunidades, se ha propuesto que la Secretaría prepare un menú anotado de opciones para la protección de las ECT, junto con un análisis de los posibles beneficios e inconvenientes de cada opción, que sometería al Comité para su consideración. El menú de opciones trataría las cuestiones expuestas en el párrafo 30 y, en lo referente a la protección *sui generis* de las ECT, abordaría los factores específicos enumerados en el párrafo 58 del documento WIPO/GRTKF/IC/5/12. De este modo se haría uso de la gran cantidad de material puesto a disposición del Comité en relación con las ECT y se proporcionaría a los encargados de la adopción de políticas y a los representantes de las comunidades ese material de forma sintetizada y práctica, en el contexto del continuo desarrollo de políticas. Asimismo, se crearía una plataforma esencial para la cooperación internacional y los debates sobre cuestiones de política. Dichos menús anotados de opciones también podrían ser un parte o un complemento del manual práctico sobre la protección

jurídica de las ECT, aprobado por el Comité en su tercer sesión (véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/3/10, párrafo 155 y WIPO/GRTKF/IC/5/3, párrafo 294).

32. La elaboración de un menú anotado de opciones de política expone claramente qué elecciones se han de hacer al considerar una protección nueva o renovada por P.I. para las ECT. En este documento se proponen nuevas áreas para consideración por parte del Comité. No obstante, el Comité decidió en su cuarta sesión "abordar nuevamente en su quinta sesión la cuestión del asesoramiento material legislativo en forma de disposiciones tipo y de elementos de un posible sistema *suigeneris* internacional para la protección del folclore. De esta forma se podría disponer de tiempo suficiente para estudiar la versión actualizada del documento WIPO/GRTKF/IC/4/3". (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párrafo 92). Por consiguiente, convendría que el Comité examinara estas cuestiones más detenidamente partiendo del presentado documento. Si el Comité eligiera seguir este camino, el menú anotado de opciones de políticas sería una base exhaustiva y práctica para la elaboración de recomendaciones directrices en el ámbito internacional. En ocasiones anteriores, los Estados y otras organizaciones exigieron la elaboración de disposiciones tipo, directrices o recomendaciones vinculantes para ayudar a los Estados y a las organizaciones regionales a establecer sistemas eficaces. La OAPI también ha apoyado la protección regional e internacional de las ECT, apoyo que ha quedado plasmado en sus comentarios sobre el documento WIPO/GRTKF/IC/4/3. Se ha propuesto que la Secretaría lleve a cabo ciertas actividades en relación con las colecciones, bases de datos y registros del patrimonio cultural, abordadas en el documento WIPO/GRTKF/IC/4/3 y respaldadas por varios miembros del Comité (véanse, por ejemplo, los comentarios de la Comunidad Europea y sus Estados miembros, así como de la OAPI sobre el documento WIPO/GRTKF/IC/4/3 y la declaración de Suiza efectuada durante la cuarta sesión del Comité (WIPO/GRTKF/IC/4/15)).

33. Asimismo, se propone que el análisis de la protección por P.I. de las ECT contenido en el Anexo del presentado documento permanezca abierto para que los miembros del Comité puedan aportar información completa, actualizada y precisa sobre las formas actuales de protección por P.I. de las ECT, bien mediante sistemas ya existentes de P.I., sistemas adaptados de P.I., o nuevos sistemas *suigeneris*. Ello podría consistir en ejemplos oportunos de los sistemas de P.I. para proteger las ECT y copias de proyectos de leyes o textos legislativos promulgados para la protección de las ECT.

34. Se invita al Comité a: i) tomar nota del presentado documento y de su Anexo y formular comentarios al respecto, así como a exhortar a sus miembros a continuar aportando información nueva o actualizada a la Secretaría; y ii) sobre la base de este documento, dar orientaciones para proseguir la labor relativa a la protección por P.I. de las ECT, con la posibilidad de elaborar un menú anotado de opciones de política que constituya un apoyo práctico para la protección de las ECT y sirva de fundamento para la elaboración de recomendaciones directrices.

[Sigue el Anexo]

ANEXO

ANÁLISIS CONSOLIDADO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS EXPRESIONES
CULTURALES TRADICIONALES

I.	CONTEXTO NORMATIVO Y OPCIONES DE POLÍTICA	3
	<i>Introducción</i>	3
	<i>La tradición como fuente de creatividad</i>	4
	<i>Tradición, modernidad y mercado</i>	6
	<i>La propiedad intelectual y el significado de la “protección”</i>	7
	<i>El patrimonio cultural y la protección por derechos de propiedad intelectual</i>	8
	<i>El dominio público</i>	9
	<i>Necesidades y expectativas de los custodios de las ECT</i>	12
	<i>Cuestiones fundamentales de política y observaciones finales</i>	14
II.	¿QUÉ SON LAS “EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES”?	20
	<i>Introducción</i>	20
	<i>Expresiones culturales tangibles e intangibles</i>	21
	<i>Utilización del término “tradicional”</i>	21
	<i>Relación entre “expresiones culturales tradicionales” y “conocimientos tradicionales”</i>	23
	<i>Descripción operativa de las expresiones culturales tradicionales</i>	26
III.	BREVE HISTORIA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y DE LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES	26
	<i>Protección internacional para las “obras no publicadas” en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1967)</i>	27
	<i>Aprobación de la Ley Tipo de Túnez sobre el Derecho de Autor para los Países en Desarrollo (1976)</i>	27
	<i>Las Disposiciones Tipo (1982)</i>	28
	<i>Intentos por elaborar un tratado internacional (1982 a 1985)</i>	28
	<i>Aprobación del Tratado de la OMPI sobre Interpretación Ejecución y Fonogramas (WPPT) (1996)</i>	29
	<i>Misiones exploratorias de la OMPI (1998 -1999)</i>	30
	<i>Consultas regionales OMPI -UNESCO sobre la protección de las expresiones del folclore (1999)</i>	31
	<i>Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore</i>	31
IV.	LA EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES EN TANTO QUE ACTIVO SECONÓMICOS Y CULTURALES	32
V.	EJEMPLOS DE APROPIACIÓN Y APROPIACIÓN INDEBIDA	34
VI.	ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES MEDIANTE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL CONVENCIONALES Y MEDIDAS Y SISTEMAS SUIGENERIS	39
	<i>Introducción</i>	39
	<i>Derecho de autor</i>	39
	<i>Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes</i>	53

<i>Las marcas, incluidas las marcas colectivas y de certificación</i>	54
<i>Indicaciones geográficas</i>	60
<i>Diseños industriales</i>	61
<i>Patentes</i>	65
<i>Competencias leal (incluyendo "passing off")</i>	66
<i>Información no divulgada (legislación sobre secreto comercial)</i>	67
VII. LAS DISPOSICIONES TIPO PARA LEYES NACIONALES, DE 1982.....	68
VIII. PROTECCIÓN REGIONAL E INTERNACIONAL	70
IX. COLECCIONES DE PATRIMONIO CULTURAL, BASES DE DATOS Y REGISTROS	72
<i>Introducción</i>	72
<i>Museos e instituciones dedicados al patrimonio cultural</i>	73
<i>Convenios y programas internacionales pertinentes</i>	76
<i>El acceso a las ECT y su puesta a disposición por las personas que trabajan en el terreno, los museos y los archivos</i>	80
<i>Catalogar, registrar e inventariar las ECT</i>	87
<i>La creación de registros, listas e inventarios de ECT como estrategia de propiedad intelectual</i>	91
X. ADQUISICIÓN, GESTIÓN Y OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS	91

I. CONTEXTO NORMATIVO Y OPCIONES DE POLÍTICA

Introducción

1. En este documento se presenta un análisis consolidado de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales (ECT) (sinónimo de “expresiones del folclore”), que comprende una versión actualizada y ampliada del documento “Análisis preliminar y sistemático de experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore” (WIPO/GRTKF/IC/4/3), preparado por la Secretaría. Asimismo se examina el marco de políticas de protección de las ECT y se analizan las formas disponibles de protección por propiedad intelectual (P.I.) de las ECT mediante sistemas convencionales o generales de P.I. (incluyendo tanto el derecho de autor como una serie de formas de P.I.), mediante sistemas adaptados y ampliados de P.I. (como son las adaptaciones del derecho de autor que permiten mejorar el reconocimiento de las ECT) y mediante nuevos sistemas o leyes *suigeneris* especialmente creados para otorgar protección por P.I. a las ECT.

2. Los términos “ECT” y “expresiones del folclore” se utilizan indistintamente en los debates de política internacional relativos a esta esfera de la propiedad intelectual. En el presente documento se utiliza como término neutrale el de “expresiones culturales tradicionales” o ECT, puesto que a algunas comunidades han formulado reservas acerca de las connotaciones negativas del término “folclore”. La protección de las ECT/expresiones del folclore está vinculada a menudo al conocimiento tradicional, pero este último término (cuando se utiliza en sentido limitado para hacer referencia al conocimiento de tipo técnico como los conocimientos ecológicos o medicinales tradicionales: véase la sección “¿Qué son las “expresiones culturales tradicionales”?”) es distinto desde el punto de vista conceptual. En el presente documento no se trata directamente de la protección del conocimiento tradicional en el sentido estricto del término descrito.

Contexto normativo

3. El contexto normativo de la protección de las ECT está conformado por principios y políticas en constante evolución sobre varios asuntos interrelacionados como: i) la conservación y la salvaguardia del patrimonio cultural tangible e intangible; ii) el fomento de la diversidad cultural; iii) el respeto de los derechos culturales; y iv) el fomento de la creatividad y la innovación -incluidas las creaciones nacidas de la tradición - como ingredientes del desarrollo económico sostenible.

4. La cultura y el patrimonio cultural son elementos fundamentales de la identidad individual, comunitaria y nacional, los intercambios culturales internacionales e internacionales y la diversidad creativa mundial. Las características singulares y diversas de las numerosas comunidades culturales del mundo se ven amenazadas por la uniformidad que traen consigo las nuevas tecnologías y la mundialización de la cultura y el comercio. Estas tecnologías producen medios totalmente nuevos de crear, repetir, intercambiar y utilizar los productos culturales. Los problemas que plantean el multiculturalismo y la diversidad cultural, especialmente en las sociedades en que conviven las comunidades autóctonas y las inmigrantes, exigen la adopción de políticas culturales que mantengan el equilibrio entre la protección y la conservación de las expresiones culturales, tradicionales o de otro tipo, y el libre intercambio de experiencias culturales. Otra cuestión problemática es lograr el equilibrio entre la conservación del patrimonio cultural y la singularidad cultural, por una parte, y el fomento de la cultura “viva” como fuente de creatividad y desarrollo.

5. En consecuencia, la conservación y salvaguardia del patrimonio cultural y la promoción de la diversidad cultural constituyen los objetivos fundamentales de varios convenios y programas internacionales, así como de distintas políticas, prácticas y procedimientos regionales y nacionales¹. En varios instrumentos relativos a los derechos humanos se presta atención a la protección de los derechos culturales².

6. ¿Qué relación tiene con estas cuestiones la propiedad intelectual, especialmente la protección de las ECT mediante derechos de P.I.? La relación existente entre la P.I. y las políticas culturales relativas al patrimonio, la diversidad y la creatividad compleja y ha de resultar equilibrada y coordinada. Afine de apreciar mejor estas relaciones necesario articular claramente la naturaleza y los objetivos de la protección mediante derechos de P.I., así como las diversas necesidades y expectativas de los depositarios y custodios de las ECT en lo concerniente a su conservación y protección jurídica. También resulta pertinente la naturaleza del patrimonio cultural como algo vivo y como fuente de creatividad. Asimismo, es importante la función que desempeña en el comercio y el mercado, y la noción de "dominio público". Una cuestión fundamental es abordar la protección de las ECT de manera que se equilibren los intereses de los usuarios, los derechos de terceros y el interés público. En los párrafos siguientes se examinarán atentamente estas cuestiones.

7. Entre las cuestiones fundamentales de este debate figuran las siguientes: en caso de que las expresiones y representaciones del patrimonio cultural reciban alguna forma de protección mediante los derechos de P.I., ¿conlleva esto un cambio en los objetivos de ese tipo de protección? ¿Qué relación tiene la P.I., especialmente el derecho de autor y los derechos conexos, con las políticas culturales que sirven de mediadoras entre la conservación del patrimonio cultural, la promoción del multiculturalismo y el fomento del libre flujo de expresiones culturales? ¿Qué formas de protección de las ECT mediante los derechos de P.I. resultan más útiles para la creatividad y el desarrollo? ¿En qué punto debería separarse el uso inadecuado de las ECT y el uso de dichas expresiones como fuente de inspiración legítima? ¿De qué manera deberían velar las políticas y modelos de P.I. por que las ECT quereciben protección mediante esos sistemas se aseguran que merecen protegerse conforme a los intereses de las comunidades culturales?

La tradición como fuente de creatividad

8. Aunque a menudo se piensa que la tradición está compuesta únicamente por imitaciones y reproducciones, también tiene que ver con la innovación y la creación en el marco tradicional. Así pues, la tradición no es inmutable. El patrimonio cultural se halla en

¹ Entre los ejemplos que figura en la escala internacional está la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972 de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Programa de la UNESCO sobre la Proclamación de las Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad, de 1998, el anteproyecto de Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural y Material que se está debatiendo en la UNESCO, la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, de 2001, y el interés suscitado por establecer un instrumento internacional sobre la diversidad cultural dentro de la Red Internacional de Políticas Culturales (RIPC) y la UNESCO.

² Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, y el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

proceso permanente de producción; es decir, es un proceso acumulativo e innovador. Por naturaleza, la cultura es orgánica y para sobrevivir precisa crecer y desarrollarse, por lo que cabe decir que la tradición pone los cimientos del futuro³. Como ha dicho recientemente el diseñador industrial japonés Sori Yanagi, tiene más mérito incorporar el elemento de un arte popular tradicional en un diseño moderno que imitar el propio oficio popular: “La tradición sólo crece a través de la evolución. Debe avanzar a la par de la sociedad”⁴. Así pues, dado que los artistas tradicionales plasman continuamente en su obra nuevas perspectivas y experiencias, la tradición es una importante fuente de creatividad e innovación.

9. En el ámbito de la música tradicional también se produce una constante reutilización del material disponible. Se ha afirmado incluso que “la música folclórica por definición y, por lo que sabemos, en la realidad, totalmente producto del plagio”⁵. Es posible que esta afirmación sea una exageración, pero las variaciones que se producen en la cultura tradicional conllevan “cambios y opciones deliberadas e intencionales introducidos por el artista individual cuyo genio creativo no se contenta con la simple repetición imitativa en el proceso de hacer suya una versión de la historia (o canción) con arreglo a su propio estilo. En lugar de oponerse mutuamente, la creatividad y la tradición, el individuo y la comunidad, revitalizan conjuntamente el elemento mismo que sus fuentes integradas contribuyen a modelar y lo mantienen vivo”⁶.

10. Por consiguiente, las manifestaciones de la cultura y el patrimonio tradicional son a menudo fuentes de creatividad para las comunidades indígenas, locales y de otras culturas. La recreación y repetición pura de la tradición no es necesariamente el mejor modo de conservar la identidad y mejorar la situación económica de las sociedades indígenas, locales y otras comunidades culturales. En reconocimiento de esto, actualmente se valoran más los vínculos existentes entre el patrimonio cultural y el desarrollo cultural y económico. Instituciones financieras internacionales y regionales, como el Banco Mundial, han comenzado a patrocinar proyectos de desarrollo cultural que consideran a la cultura como fuente económica que contribuye a aliviar la pobreza, crear empleo y obtener ingresos por divisas.

11. La artesanía, una forma de expresión cultural tangible, ejemplifica las ventajas que supone combinar la tradición y la creatividad. Se considera que los productos artesanos son a la vez tradicionales y contemporáneos, en concordancia con la idea de que las expresiones culturales tradicionales son testimonio de una cultura viva y evolucionan a pesar de inspirarse en formas y conocimientos tradicionales. Esto muestra la capacidad que tienen numerosas comunidades tradicionales de combinar la tradición con las influencias e intercambios culturales característicos de la modernidad con el fin de mantener su identidad y mejorar su

³ Véase Bergey, Barry, “A Multi-faceted Approach to the Support and Conservation of Folk and Traditional Culture”, documento presentado en el Simposio Internacional sobre la Protección y Legislación de la Cultura Popular/Tradicional, celebrado en Beijing del 18 al 20 de diciembre de 2001.

⁴ *Japan Times*, 30 de junio de 2002.

⁵ Seeger, P., *The Incomplete Folksinger*, 1992, citado en McCann, Anthony, “*Traditional Music and Copyright – the Issues*”, 1999, p.5.

⁶ Bronner, S.J., *Creativity and Tradition in Folklore: New Directions*, 1992, citado en McCann, *op.cit.*, p.6.

entorno social y económico.⁷ Un ejemplo excelente a este respecto es el programa gubernamental de lucha contra la pobreza denominado “Invertir en la cultura” para el pueblo Khomani Sande Sudáfrica. Este programa revitaliza la actividad artesanal de la comunidad y le permite generar sus propios ingresos por primera vez en su historia.⁸

12. Las formas o manifestaciones del patrimonio cultural son igualmente fuente de investigación y creatividad para las industrias culturales, y sirven de motor del crecimiento económico, generando importantes ingresos y creando empleo, impulsadas por la creciente demanda de productos y servicios culturales en un mercado en expansión. Actualmente, muchas empresas pequeñas, medianas y grandes crean riqueza utilizando formas y materiales de la cultura tradicional como por ejemplo las cooperativas locales que fabrican y comercializan productos artesanales, los fabricantes textiles que emplean diseños tradicionales, los productores de grabaciones de música tradicional, los fabricantes de productos farmacéuticos que utilizan los conocimientos indígenas de las plantas medicinales, los promotores turísticos y las grandes empresas del mundo del espectáculo que utilizan distintas formas de representación tradicional en sus películas, parques temáticos y juguetes infantiles.⁹

Tradición, modernidad y mercado

13. No obstante, no siempre se considera satisfactoria la relación existente entre la tradición, la modernidad y el mercado. Lo que unas personas consideran creatividad corre el riesgo de menoscabar la cultura tradicional, según otras. Además, la imitación o comercialización de formas culturales y obras artísticas singulares desde el punto de vista cultural por parte del sector comercial puede resultar contraproducente para el bienestar de la comunidad en que estas se originan. Es posible que la creación o utilización de ECT fuera del contexto de la comunidad tradicional tenga repercusiones negativas en dicha comunidad de manera invisible pero destructiva. Muchos productos culturales profundamente arraigados en el patrimonio cultural de países en desarrollo han atravesado las fronteras y alcanzado importantes nichos de mercado en los países industrializados. No obstante, la comercialización de estos bienes culturales no ha beneficiado a menudo a los países de origen. De hecho, se ha afirmado que una grave consecuencia de este proceso es el empobrecimiento gradual del patrimonio cultural de los países.¹⁰

14. También se plantean cuestiones relativas a la P.I. Comunidades que son portadoras y custodios del patrimonio cultural afirman que, mientras que ellas mismas no pueden proteger el patrimonio y las tradiciones culturales mediante los derechos de P.I., personas ajenas al entorno comunitario pueden obtener la protección mediante esos derechos de creación e innovaciones derivadas de ese patrimonio e inspiradas en él. Por lo tanto, las comunidades se

⁷ Blake, Janet “ *Developing a New Standard -setting Instrument for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage* (UNESCO), 2002, página 4.

⁸ Véanse las “Las expresiones culturales tradicionales: un tanto que activo económico y culturales”.

⁹ “Safeguarding Traditional Cultures: A Global Assessment” (UNESCO y la Institución Smithsonian), citado en Bergey, Barry “ *Cultural Diversity, Cultural Equity and Commerce* ”, conferencia pronunciada en el Seminario de Expertos en Diversidad Cultural, OEA, 19 de marzo de 2002.

¹⁰ “La diversidad cultural en los países en vías de desarrollo. Los desafíos de la mundialización”, Red Internacional de Política Cultural, 2002.

consideran excluidas en ambos casos. Comunidades indígenas, locales y de otro tipo se han quejado de que se utilizan sus expresiones y representaciones culturales sin autorización y de modo irrespetuoso e inadecuado, con lo que se les ocasiona daños y perjuicios culturales. Asimismo, se sostiene que la adquisición de protección mediante P.I. de obras derivadas amenaza los modos de creatividad y transmisión practicados por las comunidades culturales e incluso la existencia misma de algunas comunidades cuyas relaciones se expresan y se mantienen por medio de expresiones y recursos creativos. A fin de determinar si estos y otros argumentos son válidos es necesario examinar cuidadosamente la naturaleza de la protección mediante los derechos de P.I., especialmente mediante el derecho de autor y los derechos conexos, y su interacción con la conservación y promoción del patrimonio cultural y la diversidad creativa. También es importante evitar distinguir de modo artificial a las comunidades tradicionales y el mercado, puesto que numerosas comunidades de ese tipo comercializan de hecho determinados aspectos de su cultura.

La propiedad intelectual y el significado de la “protección”

15. La mayoría de las formas de protección mediante derechos de P.I., como el derecho de autor, los derechos conexos, los derechos de patentes y los relativos a los diseños industriales, establecen derechos de propiedad privada sobre las creaciones e innovaciones a fin de otorgar control sobre su explotación, especialmente la explotación comercial, y facilitar incentivos para fomentar la creación y difusión de los productos de la creatividad humana. Además, la protección mediante derechos de P.I.: i) facilita el funcionamiento ordenado de los mercados evitando la confusión y el fraude (la base normativa de la protección de las marcas e indicaciones geográficas) e impidiendo la competencia desleal; ii) salvaguarda la integridad de determinadas obras y creaciones, así como sus derechos de atribución (la base normativa de la protección de los derechos morales en el derecho de autor, por ejemplo); iii) protege la información confidencial de su uso o apropiación de mala fe. Asimismo, la protección mediante la P.I. contribuye a convertir en activos monetarios los activos de P.I. Este tipo de protección genera ingresos cuando se utiliza estratégicamente en el entorno del mercado. Su valor no reside tanto en el derecho a impedir que otros sejerzan sus derechos, sino a permitir la concesión de licencias basadas en activos de P.I. De este modo, contribuye especialmente a que las pequeñas empresas recauden el capital necesario de los inversores y otro tipo de fondos, así como a lograr financiación y créditos. Los activos de P.I. pueden utilizarse como garantía para la financiación de la deuda o servir de base de alternativa para obtener fondos de los inversores.

16. La protección por derecho de P.I. debe distinguirse de los conceptos de “conservación” y “salvaguardia”. En el documento WIPO/GRTKF/IC/5/12 (a partir del párrafo 17) se examina esas diferencias en el contexto del trabajo general del Comité. El derecho de autor protege los productos de la creatividad, en forma de obras artísticas y literarias originales, contra determinados usos como la reproducción, adaptación, interpretación o ejecución pública, radiodifusión y otras formas de comunicación pública. El titular de los derechos de autores sobre una obra tiene el derecho exclusivo a impedir o autorizar a otros que ejecuten cualquier acto de esos actos, salvo determinadas excepciones o limitaciones. Los objetivos de la protección del derecho de autor son principalmente fomentar la creatividad, estimular la divulgación al público y permitir que el titular controle la explotación comercial de la obra. Asimismo, se proporciona protección sobre el uso de un signo distintivo de una obra, un problema que afecta a menudo a las obras culturales tradicionales.

17. Por el contrario, la conservación y la salvaguardia en el contexto del patrimonio cultural se refieren generalmente a la identificación, catalogación, transmisión, revitalización y

promoción del patrimonio cultural (tangible e intangible) a fin de asegurar su mantenimiento o viabilidad ¹¹.

18. Como se señaló Canadá en sus comentarios al documento WIPO/GRTKF/IC/4/3, al examinar la protección jurídica de las ECT merecen ser considerados el término “protección” puede tener distintos significados, como la conservación, el fomento de un uso más amplio, el control del uso, la prohibición del uso indebido o la distribución adecuada de beneficios a los titulares de esas expresiones. Es en estas diversas formas de protección que pueden llevarse a cabo mediante distintas medidas jurídicas y normativas a parte del derecho de P.I. A título de ejemplo, cabe mencionar que puede ser útil poseer derechos de P.I. en relación con una leyenda que ha sido registrada si los trámites de la leyenda pueden contribuir a impedir que otros utilicen la leyenda de manera que una comunidad considere inadecuada, por ejemplo, reproduciéndola en una camiseta. No obstante, en caso de que la leyenda y el idioma que debe utilizarse para recitarla sean conocidos únicamente por unas pocas personas, la “protección” podría consistir en medidas que ayuden a que esas personas transmitan sus conocimientos sobre la leyenda y el idioma a la generación siguiente. Si en el caso de que el pedazo de la leyenda comienza a deteriorarse, la “protección” podría consistir en una serie de medidas para garantizar la conservación del tejido para las generaciones futuras. En otros casos, la “protección” podría consistir en la promoción de la leyenda en ámbitos ajenos a los comunitarios a fin de que otras personas tengan conocimiento de ella y comprendan y respeten la cultura de la comunidad en que tienen su origen.

19. Es preciso aclarar exactamente lo que se entiende por “protección”, ya que, al parecer en algunos casos las necesidades y expectativas de los depositarios y custodios de las ECT recibirían una atención más adecuada mediante medidas de conservación y salvaguardia que mediante la protección por P.I. Puede que sea necesario combinar ambos planteamientos mediante una estrategia complementaria: por ejemplo, en los proyectos para la conservación de la cultura tradicional que conllevan la transcripción de obras orales y la digitalización de grabaciones o transcripciones, es posible que existan cuestiones delicadas relativas a la titularidad y al ejercicio de los derechos de autor derivados de esas actividades. También es importante el ejercicio de los derechos de P.I. cuando los depositarios y custodios de las ECT deseen controlar la comercialización de sus expresiones. Asimismo, es importante que las medidas de conservación/salvaguardia y de protección de la P.I. sean complementarias y se apoyen mutuamente.

El patrimonio cultural y la protección por derechos de propiedad intelectual

20. En relación con la interacción existente entre el patrimonio cultural y la P.I., cabe distinguir entre i) el patrimonio cultural y la cultura tradicional (a los que se puede aludir como cultura tradicional o folclore en sentido estricto) ya existentes y ii) las producciones literarias y artísticas contemporáneas creadas por las generaciones actuales de la sociedad e inspiradas en el patrimonio cultural y la cultura tradicional ya existentes o derivadas de ellas.

i) La cultura tradicional ya existente generalmente abarca varias generaciones (es decir, es antigua) y es propiedad colectiva de uno o más grupos o comunidades. Es probable que se de origen anónimo, en la medida en que no resulta pertinente la noción de paternidad. La

¹¹ Véase *Glossary: Intangible Cultural Heritage*, Comisión de los Países Bajos para la UNESCO, 2002.

cultura tradicional ya existente como tal y sus expresiones particulares no están generalmente protegidas por la legislación convencional de derecho de autor de diseños industriales.

ii) Por otra parte, las producciones literarias y artísticas contemporáneas derivadas de la cultura tradicional inspiradas en la que incorporan nuevos elementos o expresiones constituyen una “nueva obra” de la que existe generalmente un creador (o creadores) que está vivo y puede ser identificado. Tal producción contemporánea puede suponer una nueva interpretación, arreglo, adaptación o compilación del patrimonio cultural y expresiones ya existentes en el dominio público, así como una “nueva presentación” en formato digital o en color, etc. Las expresiones y representaciones contemporáneas de la cultura tradicionales que se inspiran en la tradición suelen estar protegidas por la legislación vigente de derecho de autor y de diseños industriales, ya que son suficientemente “originales” y “nuevas”, respectivamente. La legislación no efectúa distinción sobre la base de la “autenticidad” o la identidad del autor, es decir, un autor inventor que no sea miembro de la comunidad cultural correspondiente en la que se haya creado la tradición podría satisfacer el requisito de originalidad con arreglo a la legislación de derecho de autor.

21. A los efectos del presente análisis se hará referencia a las ECT contemporáneas a las que puede aplicarse la protección por derechos de P.I. o reúnen las condiciones necesarias para solicitar dicha protección, especialmente la protección mediante el derecho de autor y la legislación de diseños industriales, como “expresiones culturales contemporáneas basadas en la tradición”.

El dominio público

22. Afinde crear un marco normativo apropiado para la protección por derechos de P.I. de las ECTes fundamentales que exista un conocimiento más claro de la función, el perfil y las limitaciones del dominio público.

23. En el presente documento se utilizará el “dominio público” en el sentido en que se utiliza el término en el contexto del derecho de autor y hacer referencia a los elementos de P.I. que no tienen derecho a titularidad privada y cuyo contenido puede ser utilizado por cualquier miembro del público¹². En este contexto el término “dominio público” no significa lo mismo que el de “disponible para el público”; por ejemplo, cabe la posibilidad de que determinado contenido de Internet esté disponible para el público, pero no pertenezca al dominio público desde el punto de vista del derecho de autor. Igualmente, es posible que una comunidad posea activos de P.I. como obra en colaboración o marca colectiva, pero no por este motivo esos activos formarán parte del dominio público. En el presente análisis somos conscientes de que el dominio público es una figura del sistema de P.I. en la que no se tienen en cuenta los dominios privados establecidos por las leyes consuetudinarias y de los pueblos indígenas. Esta cuestión es uno de los temas que se examinan en el estudio de las relaciones existentes entre la P.I. y las leyes consuetudinarias y de los pueblos indígenas.

¹² Litman, J., *The Public Domain*, citada en Bragdon, Susan, “ *Rights and Responsibilities for Plant Genetic Resources: Understanding the role of the public domain and private rights in the production of public goods* ”, proyecto de documento presentado en la Primera Reunión del Comité Asesor para el proyecto del IPGRI sobre el dominio público, Portland (Oregon), 14 y 15 de noviembre de 2002.

24. Al igual que sucede en cierta medida con los recursos fitogenéticos y la diversidad biológica, en algunos casos se ha considerado el patrimonio cultural como propiedad común (como parte del “patrimonio universal de la humanidad”, tal y como se menciona por ejemplo en algunos instrumentos y declaraciones culturales¹³), y, por lo tanto, como dominio público.
25. También es olicitad de manera creciente que se revalúe la condición de dominio público del patrimonio cultural, al igual que en el caso de los recursos fitogenéticos y la diversidad biológica, especialmente por parte de comunidades locales e indígenas preocupadas por las repetidas tentativas fallidas de la P.I. de proporcionar protección al patrimonio cultural y a existente junto con la disponibilidad de protección por medio de los derechos de P.I. en el caso de expresiones culturales contemporáneas basadas en la tradición sin que existan los correspondientes mecanismos para compensar a quienes han conservado y fomentado los recursos culturales (en el caso de los recursos fitogenéticos y la diversidad biológica se trató de corregir estos desequilibrios en el Compromiso Internacional de la FAO y, más recientemente, en el Tratado Internacional y en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, respectivamente)¹⁴.
26. Los depositarios y custodios de las ECT se preguntan si la pertenencia del patrimonio cultural al dominio público brinda las mejores oportunidades para la creación y desarrollo. Así, se preguntan si todo el material tradicional debería formar parte del dominio público y si debería negarse el derecho a la protección por que no es lo suficientemente reciente. Se afirma que la mera protección por derechos de P.I. de expresiones culturales contemporáneas basadas en la tradición resulta una forma inadecuada de luchar por la supervivencia y que no es la mejor manera de contribuir a la diversidad cultural y al mantenimiento de las culturas. Casi todas las creaciones poseen antecedentes culturales e históricos y deberían establecerse sistemas que permitan beneficiarse a las comunidades culturales de todas las creaciones e innovaciones que se basan en la tradición.
27. Por otra parte, resulta valioso el hecho de que el patrimonio cultural pertenezca al dominio público. Esto fomenta varios de los objetivos relacionados con la salvaguardia y conservación de dicho patrimonio y se afirma que es fundamental para su renovación y supervivencia. La conservación debería fomentar las prácticas culturales vivas y la revitalización de la cultura, por ejemplo, por medio de programas nacionales de protección del folclore. La pertenencia del patrimonio cultural al dominio público también está relacionada con su función como fuente de creatividad e innovación, y se afirma que ese patrimonio se mantiene vivo y se transmite a las generaciones futuras cuando se comparte y se adapta por medio de obras contemporáneas¹⁵. Como ha declarado la Comunidad Europea y sus Estados miembros en los comentarios efectuados al documento WIPO/GRTKF/IC/4/3, “el hecho de

¹³ La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (1972), la Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular (1989) y más recientemente la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural.

¹⁴ Bragdon, Susan, “ *Rights and Responsibilities for Plant Genetic Resources: Understanding the role of the public domain and private rights in the production of public goods* ”, proyecto de documento presentado en la Primera Reunión del Comité Asesor para el Proyecto de IPGRI sobre el dominio público, Portland (Oregon), 14 y 15 de noviembre de 2002.

¹⁵ Véase Uchtenhagen, Ulrich, “ *Protection of Adaptations and Collection of Expressions of Folklore* ”, Simposio Nacional sobre la Protección Jurídica de las Expresiones del Folclore, Beijing, 13 al 15 de septiembre de 1993.

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 de artistas contemporáneos que se inspiran en dicho folclore o lo utilizan en sus creaciones". En el comentario efectuado al documento WIPO/GRTKF/IC/4/3, Canadá opinó que "el derecho de autor insta a los miembros de la comunidad a mantener vivo el "patrimonio cultural ya existente" facilitando a sus miembros protección cuando utilizan distintas expresiones del "patrimonio cultural ya existente" en sus obras o creaciones actuales".

28. Conviene recordar que el derecho de autor otorga al autor el derecho exclusivo únicamente respecto de la forma específica de la expresión contemporánea; por otra parte, no protege las ideas o hechos contenidos en la obra objeto de la protección y permite el "uso leal" incluso de la expresión misma ¹⁶.

29. Ni los miembros de las comunidades culturales ni las industrias culturales podrían crear innovar basándose en el patrimonio cultural si se establecieran derechos de propiedad privada en ese caso (dependiendo de la naturaleza de los derechos de propiedad y de sus excepciones). Al sobreproteger las expresiones culturales, disminuye el dominio público, por lo que se reduce 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 formas no tradicionales y ser competitivos en los mercados de artes y oficios. Como consecuencia, esas leyes podrían fijar la cultura en un momento histórico determinado y denegar a los pueblos tradicionales un voz contemporánea ¹⁷.

30. Por lo tanto, algunos participantes en el Comité han sostenido que en la protección de las ECT se debería establecer el equilibrio adecuado entre la protección contra los abusos y el fomento de una mayor difusión de las expresiones, así como de la creatividad individual inspirada por estas últimas ¹⁸. Dichos participantes opinan que el sistema de P.I. permite alcanzar ese equilibrio. Por lo tanto, el medio principal de protección de las ECT debería ser la legislación convencional de P.I., complementada según las condiciones/necesidades de las comunidades locales por leyes específicas que se ocupen de problemas específicos. Como han declarado la Comunidad Europea y sus Estados miembros:

"...No obstante, quienes abogan por la protección 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, sino 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 innovación, 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 quedar paralizado o parasiempre. De esta manera, no podría evolucionar

¹⁶ Harper & Row Publishers, Inc. y Nation Enterprises, 471 U.S. 539, citado en Eldred y Ashcroft, 537 U.S. 2003.

¹⁷ Véase Farley, Christine Haight, "Protecting Folklore of Indigenous Peoples: Is Intellectual Property the Answer?" Connecticut Law Review, otoño de 1997.

¹⁸ Por ejemplo, Canadá; China; Ecuador; Estados Unidos de América; Kirguistán; Malasia; México; República de Corea; Rumania; Suiza.

correría el riesgo de desaparecer, puesto que perdería una de sus características principales, su misma existencia. Existe un punto en el que ha de trazarse 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 de perscuyacertidumbre jurídica que deatenuada”¹⁹.

31. En sus respuestas al cuestionario sobre ECT que envió la OMPI en 2001, varios países indicaron que las expresiones de la cultura tradicional se consideran parte del dominio público. Estos países son Australia, Bélgica, Canadá, Colombia, Federación de Rusia, Grecia, Honduras, Hungría, Italia, Japón, Kirguistán, Países Bajos, República Checa, República de Corea y Viet Nam.

32. Indudablemente, los intercambios culturales y los flujos comunitarios han influido desde hace tiempo en la música y en otras formas culturales. Tradiciones musicales como el jazz surgieron a principios del siglo XX en encrucijadas culturales como Nueva Orleans, combinando elementos de las culturas afroamericana, afrocaribeña y europea²⁰. La música rock evolucionó a partir del blues, y en ella se valoró a ser recompensado la imitación, la revisión y la improvisación. En este contexto, el derecho de autor no impide que los artistas utilicen las fuentes tradicionales. En cambio, de este modo se apoya la idea de que los nuevos artistas se inspiren en las obras de otros autores y se recompensan la improvisación en el marco de la tradición²¹.

33. Por lo tanto, se propone que un sólido dominio público constituya la base en la que se asiente el funcionamiento del sistema de derecho de autor, en lugar de ser la antítesis de este tipo de protección. El poder contar con las fuentes del dominio público es lo que permite el intercambio de ideas y la creatividad. No obstante, respecto de las ECT, existe la duda de si la protección del dominio público debería conllevar el establecimiento de un régimen que valore únicamente la creatividad contemporánea y permita utilizar de manera absolutamente gratuita la creatividad “tradicional”, sin que existan normas al respecto.

Necesidades y expectativas de los custodios de las ECT

34. Encuanto a las necesidades y expectativas de los custodios de las ECT, cabe identificar más de una estrategia de P.I. En el documento WIPO/GRTKF/IC/5/12 (a partir del párrafo 17) se ofrece un panorama de las distintas estrategias de P.I. aplicables generalmente a los conocimientos tradicionales y a las ECT. A partir de las misiones exploratorias y de las consultas llevadas a cabo por la OMPI desde 1998, se han planteado tres tipos de objetivos:

a) *La protección por P.I. al servicio del desarrollo económico*: algunas comunidades desean adquirir y ejercer derechos de P.I. sobre sus creaciones e innovaciones inspiradas en la tradición a fin de poder explotarlas comercialmente en aras de su desarrollo económico;

b) *la protección por P.I. para impedir el uso no autorizado por terceros*: es posible que las comunidades deseen valerse de la P.I. para poder ejercer activamente los derechos de

¹⁹ WIPO/GRTKF/IC/3/11.

²⁰ Bergey, *op. cit.*

²¹ Vaidhyathan, Siva, *Copyrights and Copy wrongs*, 2001 (New York University Press), 125.

P.I. afinde impedir el uso y la comercialización de su patrimonio cultural y de las ECT por parte de terceros, incluido el uso de gradante u ofensivo para su cultura.

En ambos casos, los depositarios y custodios de las ECT desean proteger esas expresiones mediante el ejercicio activo de derechos de P.I. En el ámbito del Comité, estos se denominan "protección positiva". Ese tipo de protección conlleva dos aspectos: los depositarios de las ECT pueden utilizar la protección que ofrecen los derechos de P.I. para impedir que terceros cometan actos no autorizados o inapropiados o pueden recurrir a ella para dar mayor peso a su poder de negociación en las relaciones comerciales de otro tipo que mantengan con sus interlocutores. Por ejemplo, una comunidad puede valer de la protección por derechos de P.I. para evitar que un fabricante use un diseño tradicional, pero también puede recurrir a ella para establecer su propia empresa comercial o para conceder licencias y verificar que terceros se sirvan de ella de manera adecuada de las ECT, así como para estructurar y definir los beneficios financieros de otro tipo que devengue de todo uso autorizado.

c) *Estrategias de protección preventiva de las ECT:* Un tercer objetivo consiste en servir de estrategias de prevención preventiva destinadas a impedir que terceros adquieran derechos de P.I. de derivaciones y adaptaciones de ECT y sus representaciones. Quienes adoptan este planteamiento no están interesados en obtener protección por derechos de P.I., sino en salvaguardar su patrimonio y sus expresiones culturales, razón por la cual consideran que nadie debe adquirir derechos de P.I. sobre ellos.

35. Un objetivo ligeramente distinto es impedir la utilización y la comercialización de las ECT fuera de su contexto tradicional (en lugar de impedir la adquisición de derechos de P.I. sobre las ECT), si bien a menudo pueden coincidir ambos objetivos. Cabe ejercer los derechos de P.I. como defensa contra los usos indeseados de las ECT. Entre estos últimos cabe citar: i) usos que insinúan erróneamente que existe un vínculo con la comunidad; ii) usos despreciativos, injuriosos, difamatorios o engañosos; iii) usos de ECT sagradas y secretas. El Consejo Saami se ha referido al traje típico saami como ejemplo de expresión cultural utilizada de manera inapropiada por la industria del turismo. El pueblo Saami no tiene interés alguno en comerciar con esas partes de su patrimonio cultural. Antes bien, desea evitar que el traje se utilice de forma indebida por personas no autorizadas²².

36. Es importante recalcar en qué medida y en qué casos resulta pertinente la protección por P.I. para atender esas necesidades, ya que a veces el objetivo puede ser la conservación y la salvaguardia en lugar de la obtención de protección. La legislación sobre competencias de ley y otras leyes de protección del consumidor pueden ser particularmente útiles, sobre todo debido a que los temores que suscitan el uso comercial abusivo de las ECT se derivan a menudo de la idea de que estas últimas se utilizan para crear la impresión equivocada de que una comunidad tradicional fabrica o promueve un producto determinado.

37. En líneas generales, es improbable que se atiendan todas las necesidades de la comunidad mediante una única forma de protección de las expresiones culturales tradicionales: puede ser necesario recurrir a varios instrumentos jurídicos positivos y preventivos para alcanzar los objetivos de proteger y preservar la cultura tradicional.

²² Declaración del Consejo Saami, cuarta sesión del Comité Intergubernamental, 9 a 17 de diciembre de 2002.

Cuestiones fundamentales de política y observaciones finales

38. Una cuestión fundamental quizás sea determinar si limitando la protección mediante derechos de P.I. a las expresiones culturales contemporáneas inspiradas en la tradición y considerando el patrimonio cultural y existente como parte del dominio público que está sin reglamentar, se satisfacen adecuadamente las políticas y objetivos culturales y de propiedad intelectual. ¿Es esta la mejor solución para promover la creatividad y el desarrollo económico? ¿Es esta la mejor manera de preservar la diversidad y la cultura? ¿Se presta atención de esta manera a los intereses de los custodios de la cultura tradicionales?

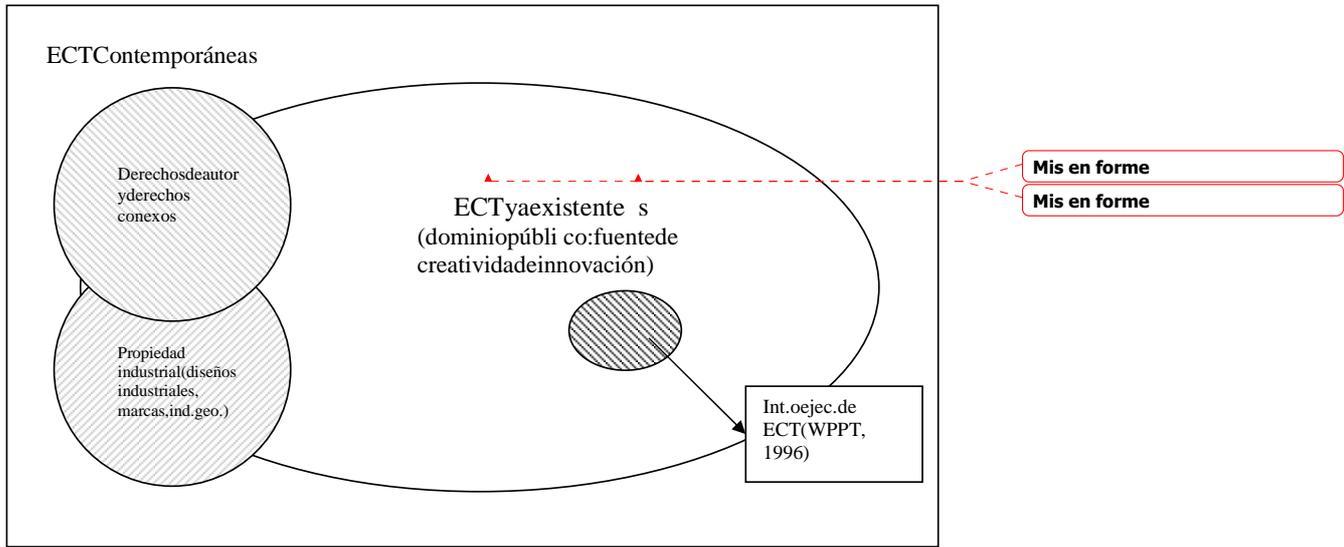
Ausencia de protección por derechos de P.I. de las ECT de dominio público: aplicación de las normas existentes y normas adaptadas y medidas especiales de P.I.

39. Algunos miembros del Comité consideran que, si se tiene en cuenta todo el potencial que ofrecen, los derechos de P.I. son una solución adecuada para la protección de las ECT. Se pueden citar numerosos ejemplos de comunidades tradicionales que han protegido satisfactoriamente canciones, obras gráficas y otras obras literarias y artísticas mediante el derecho de autor y los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes. Si se analizan los intereses de los distintos beneficiarios del sistema de P.I., se llega a la conclusión de que los miembros de las comunidades culturales así como los de otras comunidades son libres de crear e innovar valiéndose de sus tradiciones culturales, y de adquirir y beneficiarse de todo derecho de P.I. que se derive de sus creaciones e innovaciones. Eso contribuye al desarrollo económico de la comunidad y a alcanzar ciertos objetivos del patrimonio cultural y de las políticas de intercambio cultural. La protección por derechos de P.I. brinda incentivos para crear y divulgar nuevas creaciones intelectuales. Algunos de los partidarios de esta postura consideran que puede ser necesario adaptar los derechos existentes o tomar medidas especiales en el sistema de P.I. con el fin de satisfacer necesidades específicas, a saber, la protección por derecho de autor de obras que no han sido fijadas (por ejemplo, las obras que sólo se han transmitido en forma oral) y las medidas de subsanación contra las infracciones del derecho de autor, que también van en detrimento de la cultura.

40. En el sistema del derecho de autor y derechos conexos se ha extendido la protección internacional de determinadas ECT que anteriormente se consideraba que formaban parte del dominio público, a saber: en virtud del Tratado de la OMPI sobre Interpretación Ejecución y Fonogramas, de 1996, los artistas intérpretes o ejecutantes de ECT (o expresiones del folclore) reciben protección por la naturaleza sonora de sus interpretaciones o ejecuciones; por ejemplo, un artista intérprete o ejecutante de una canción o canto tradicional tiene derecho a establecer condiciones en relación con la grabación (fijación) de la interpretación o ejecución, y con la manera en que la grabación se distribuye y comercializa, aun cuando la canción o el canto no se presta a la protección por derecho de autor. Por consiguiente, una parte del dominio público ya está sujeta a derechos privados, aunque de forma indirecta.

Diagrama 1

Los derechos de propiedad intelectual aplicados a las ECT de dominio público:
sistemas *sui generis*



41. Por otro lado, muchos miembros del Comité, comunidades y partes interesadas consideran necesario que se establezcan medios de protección jurídica de las ECT que en la actualidad son de dominio público. Se trata, generalmente, de los siguientes casos: ECT que en un momento dado estaban protegidas por derecho de autor pero cuyo plazo de protección ha caducado o ha caducado (lo que plantea la cuestión de la protección retrospectiva); y ECT que por sus características no se prestan a la protección por derecho de autor (por ejemplo, por la falta de originalidad suficiente y de paternidad bien definida). Desde el punto de vista jurídico es material de dominio público, aunque a menudo las comunidades interesadas ponen en duda esta condición (especialmente cuando el material ha sido grabado o plasmado por escrito sin consentimiento fundamentado).

42. El meollo de la cuestión es decidir si cabe aplicar nuevas formas de protección por P.I. a ese material: ¿deben ser objeto de protección positiva las ECT de dominio público? ¿Debe cristalizarse esa protección en una serie de derechos que impidan o autoricen el uso de terceros? ¿Debería limitarse esa protección al derecho a una remuneración equitativa (por ejemplo, un regalía por el uso de terceros), o establecerse un sistema de "derechos morales" relativos a la atribución y a la integridad en el uso de las ECT? Si bien existen sistemas *sui generis* que confieren derechos (véanse los sistemas expuestos en el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3), su aplicación plantea cuestiones de política general, a saber:

a) ¿Cómo abordar el reconocimiento de la titularidad colectiva y la protección indefinida? Las marcas colectivas y las indicaciones geográficas constituyen ejemplos de derechos de P.I. de titularidad colectiva; muchas obras protegidas por derecho de autor (como las obras de multimedia) tienen múltiples autores y derechos asociados, lo que exige un enfoque colectivo de la gestión y observancia de los derechos. Las marcas y las indicaciones

geográficas pueden protegerse durante un plazo indefinido, pero al apuntar a una protección indefinida se piensa en mecanismos más cercanos a la legislación de derechos de autor, de derechos conexos y de diseños industriales, que suele contemplar plazos limitados de protección, y con arreglo al cual el material protegido pasa en un momento dado a ser de dominio público;

b) ¿Quién sería el “titular” y/o gestor de los derechos de las ECT de “dominio público”? Podría ser el Estado o una autoridad nombrada por el mismo, aunque no necesariamente. Como se señalan los Estados Unidos de América en los comentarios efectuados al documento WIPO/GRTKF/IC/4/3, puede que resulte problemático para el Estado ser titular o decidir quién sería el titular de los derechos sobre las ECT: “los gobiernos son entidades políticas contemporáneas y efímeras, a diferencia de los depositarios de las tradiciones. En algunos casos, el Estado puede ir en contra de los intereses de las comunidades tradicionales que se hallan dentro de sus fronteras”. Los Estados Unidos de América también señalan que, aunque decidir quién es la “autoridad competente” puede ser competencia de las comunidades, los miembros de estas últimas no siempre llegan a un acuerdo sobre a quién corresponde ejercer dicha autoridad. Probablemente el objetivo sea garantizar que los beneficios recaigan en las comunidades culturales en cuestión, siempre que puedan identificarse. A este respecto, las organizaciones de gestión colectiva existentes o las nuevas podrían participar en la gestión de los derechos en beneficio de las comunidades correspondientes;

c) ¿Cómo encarar las creaciones “no tradicionales” que también son de dominio público (como las obras de Shakespeare o los acontecimientos históricos y relatos griegos, egipcios, romanos y babilónicos que desdibujan el tiempo en el tema central de óperas, libros y obras de teatro, y obras más recientes que han pasado a ser de dominio público)? ¿Deberían las creaciones “tradicionales” gozar de una condición jurídica privilegiada con respecto a otras creaciones “no tradicionales” de dominio público? Llegados a este punto, se impone la necesidad de aclarar exactamente lo que se entiende por “tradicional”. Propugnar una serie de normas para las creaciones no tradicionales no será fácil, y es una cuestión de política que corresponde decidir a los Estados. Quizás sea necesario aplicar los sistemas especiales destinados al material “tradicional” de dominio público a otros materiales que también son de dominio público;

d) Este último punto está íntimamente relacionado con la necesidad de determinar qué “comunidades” deben ser objeto de protección especial. ¿A cuáles nos referimos específicamente a los “pueblos indígenas” y las “comunidades locales” tal como se entienden estos términos en la actualidad? ¿Cabe contemplar como principio de política general la creación de un sistema *sui generis* para ciertas comunidades (como los pueblos indígenas o locales, a diferencia de las demás personas “no indígenas” o “no locales”)? El principio del trato nacional contemplado en los tratados internacionales sobre el P.I. puede tener consecuencias en los regímenes nacionales especializados de protección de las ECT: en caso de que se considere que el régimen de ECT es un derecho de P.I. que entra dentro del ámbito de dichas obligaciones internacionales, será necesario extender la protección a determinados ciudadanos extranjeros además de las poblaciones indígenas locales. No siempre es necesario aplicar el principio del trato nacional, y así es porque la protección internacional puede basarse en otros principios, como el de la reciprocidad, o porque el régimen aplicable a las ECT queda fuera del ámbito del derecho de P.I. amparado por las obligaciones de tratado. No obstante, esto puede plantear un importante problema jurídico y normativo. Además, como señalaron los Estados Unidos en los comentarios efectuados al documento

WIPO/GRTKF/IC/4/3, si se decide otorgar protección a una serie de comunidades concretas, será necesario considerar la manera de proceder en el caso de las personas que continúan practicando sus tradiciones pero que viven fuera de sus comunidades;

e) denorecibir una protección positiva global, ¿deberían las ECT de dominio público ser objeto de protección preventiva contra ciertos usos como: i) usos que insinúan falsamente que existe un vínculo o con una comunidad; ii) usos despreciativos, injuriosos, difamatorios o engañosos; y iii) usos de ECT sagradas y secretas? Como se ha observado, algunos Estados y organizaciones regionales ya han adoptado medidas en aras de este objetivo, como las que sirven para impedir la inclusión no autorizada de signos y símbolos indígenas o tradicionales en las marcas. La legislación de protección del consumidor es útil y pertinente en este contexto;

f) ¿debería requerirse una autorización únicamente para ciertos usos de las ECT? (Por ejemplo, en los sistemas *sui generis* existentes se distingue entre uso tradicionales/no tradicionales y usos comerciales y no comerciales);

g) ¿debería integrarse en las estrategias de P.I. la catalogación de las ECT de dominio público?

h) ¿Debería aplicarse una protección “global” o exigirse el registro previo de ECT definidas y específicas? ¿Qué función podrían desempeñar en ese sentido los registros, listas e inventarios creados en el marco de programas de patrimonio cultural 1?

i) ¿Qué debería disponerse en todos los sistemas *sui generis* en relación con los usos anteriores y actuales de las ECT?

j) ¿Cómo se alinearían dichos sistemas con los derechos y obligaciones de P.I. dimanantes de convenciones, tratados y acuerdos comerciales internacionales, regionales y bilaterales?

Cuestiones secundarias

43. De esas cuestiones fundamentales de política se derivan cuestiones secundarias, a saber:

a) ¿qué vínculo existen entre la legislación de P.I. y otras legislaciones como la de protección del patrimonio cultural, la de protección del consumidor y la legislación y los instrumentos en materia de comercialización y etiquetado?; lade

b) Para reconocer y respetar las leyes y los protocolos consuetudinarios de los pueblos indígenas, ¿debe recurrirse al sistema vigente de P.I. o establecerse sistemas *sui generis*?

c) Al margen de que existan derechos sobre las ECT o de que se prevea crearlos, ¿qué estructuras, programas y medidas institucionales de apoyo se necesitan para convertir los sistemas jurídicos de protección en sistemas realmente eficaces que beneficien a los custodios de las ECT? los

d) Puesto que los antropólogos, los especialistas en folclore, los museos y los archivos constituyen el punto de encuentro entre la comunidad y el mercado, ¿cómo incidir sus actividades en las iniciativas para otorgar protección jurídica a las ECT?

Enfoques posibles de la protección positiva

44. Si los Estados se inclinan por establecer la protección positiva de las ECT, tomando por ejemplo la Ley Tipo del Pacífico Sur de 2002, cabe deducir que dicho sistema:

i) permitiría y facilitaría el acceso a las ECT y su uso para fomentar la creatividad y la innovación, yasea por parte de los miembros de la comunidad cultural en cuestión o de otras comunidades culturales;

ii) fomentaría el respeto de los derechos de P.I. que resulten de dicha creatividad e innovación;

iii) velaría por que en todo uso que se haga de las ECT, especialmente en los usos con fines comerciales, el usuario se comprometa a dejar constancia de la fuente, así como a distribuir equitativamente los beneficios que se derivan de dicho uso y a no servirse bajo ningún concepto de las ECT en forma peyorativa²³, injuriosa, difamatoria o engañosa; y,

iv) sin perjuicio de lo anterior, protegería las expresiones sagradas y secretas contra cualquier tipo de uso o explotación comercial.

45. Otro enfoque, quizás complementario, sería a partir de los siguientes principios y elementos fundamentales:

a) el patrimonio cultural ya existente constituye, entre otros factores, la base para fomentar la creatividad y la innovación. Esto va unido a su carácter de dominio público y se corresponde con la función que posee este último como fuente de intercambio y creatividad. El derecho de autor y la legislación sobre diseños industriales son ejemplos de instrumentos adecuados para proteger las expresiones culturales contemporáneas inspiradas en la tradición. Los creadores pueden valerse de la P.I. para comercializar sus obras en aras de su propio beneficio económico, para impedir que terceros obtengan esos mismos beneficios o evitar que se adquieran derechos de P.I. sobre las expresiones culturales. Las marcas (incluidas las marcas de certificación y las marcas colectivas), las indicaciones geográficas y la legislación en materia de competencia de la información confidencial (en el caso de ECT secretas) constituyen otros medios especialmente útiles de proteger los derechos de P.I.;

b) de este modo, parece que no es adecuado aplicar de modo general los derechos de propiedad a todas las formas de ECT que actualmente forman parte del dominio público, ya sea como parte de la política de propiedad intelectual o de la política cultural. Los derechos de propiedad aplicados a las ECT de dominio público pueden menoscabar la capacidad de crear e innovar de las comunidades indígenas y tradicionales, y de otras comunidades que se inspiran en la tradición. Asimismo, parece que con arreglo a las opiniones expresadas por varios Estados, no todos están convencidos de la conveniencia y necesidad de establecer derechos de propiedad sobre las ECT de dominio público;

²³ No obstante, como han señalado los Estados Unidos en los comentarios efectuados al documento WIPO/GRTKF/IC/4/3, puede que no sean permisibles las limitaciones de uso en forma peyorativa con arreglo a la doctrina de la libre expresión en los Estados Unidos de Norteamérica.

c) no obstante, un dominio público sin reglamentación alguna no permite responder a todas las necesidades de las comunidades indígenas y locales, especialmente respecto de los usos inadecuados de sus ECT. Concretamente:

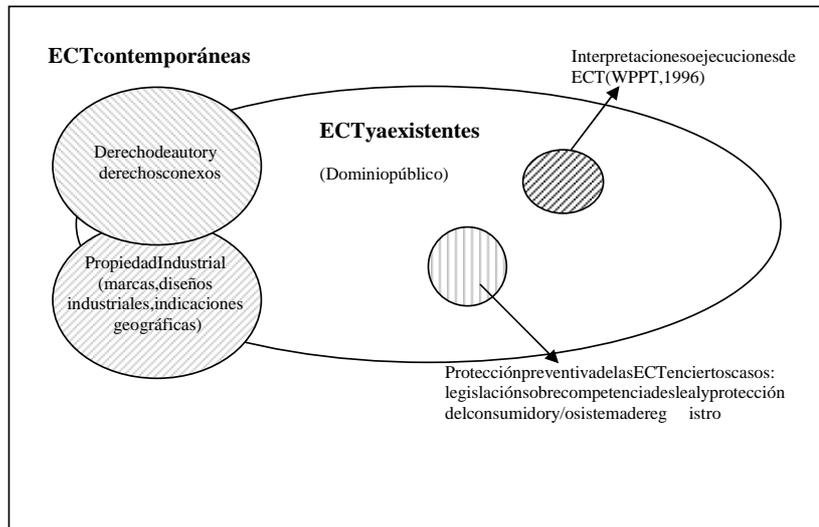
- i) en primer lugar, los Estados y las comunidades indígenas y tradicionales deberían poder impedir ciertos usos de las ECT de dominio público fuera del contexto de la comunidad cultural, por ejemplo: i) usos que insinúan falsamente que existe un vínculo con la comunidad cultural; ii) usos despreciativos, injuriosos, difamatorios, ofensivos y engañosos; y/o iii) usos de ECT sagradas o secretas;
- ii) la legislación en el ámbito de la competencia de los Estados y otros tipos de legislación de protección del consumidor y la legislación en materia de comercialización parecen responder a muchas de las necesidades de las comunidades indígenas y locales a este respecto. Un ejemplo pertinente de legislación para fomentar la veracidad en las actividades de comercialización es la Ley Indígena de Artes y Oficios de los Estados Unidos de Norteamérica, que se describe en otra sección del presente documento. La ventaja de la legislación en materia de competencia de los Estados es su flexibilidad. Asimismo, es un concepto que ya está establecido ante los tribunales por lo que es más probable que pueda aplicarse eficazmente. La naturaleza de la protección mediante la legislación de competencia de los Estados se explica en otra sección del presente documento;
- iii) en los casos en que no pueda aplicarse la legislación sobre competencia de los Estados, podrían establecerse registros nacionales e incluso un registro multilateral para que las comunidades registren sus ECT cuyas usos no deberían permitirse. La ventaja de los registros es que permite proteger cada ECT por separado y las expresiones que las comunidades consideran dignas de protección y cuyo registro de prioridad. Con un registro anticipado y egana en precisión y en certidumbre, a diferencia de los sistemas de protección más generales;
- iv) en segundo lugar, los conflictos entre el derecho de autor y otros derechos de P.I. sobre expresiones culturales contemporáneas inspiradas en la tradición y las responsabilidades y usos y costumbres de los pueblos indígenas exigen un examen más detenido, cuyos resultados pueden aportar ideas sobre las medidas necesarias para solucionar dichos conflictos.

(Véase el diagrama 2 que figura en la página siguiente, en el que se trata de ilustrar un sistema basado en esos elementos fundamentales).

46. No obstante, éstos no son los únicos modelos de actuación posibles, y en las presentaciones efectuadas durante la cuarta sesión del Comité se reflejó la diversidad y variedad de planteamientos al respecto. Parece que en las normas de P.I. vigentes en las Disposiciones Tipo de 1982 son suficientes de por sí al menos para atender las necesidades y expectativas de las comunidades indígenas y locales, y que es conveniente poner a prueba modelos alternativos, combinando las medidas aplicables en el marco de la P.I. y otros tipos de medidas. A este respecto, varios Estados y otros sectores interesados consideran necesario crear nuevas disposiciones, directrices o recomendaciones que sirvan de modelo para ayudar

los Estados y las organizaciones regionales a establecer sistemas eficaces y armonizar los nuevos sistemas nacionales que reflejan distintos planteamientos. La participación de las comunidades afectadas y de los depositarios de las ECT es fundamental para el desarrollo de este tipo de políticas.

Diagrama 2



47. Para proteger las ECT podría contemplarse un conjunto de soluciones que combinen los derechos de P.I. con las opciones *sui generis* mencionadas anteriormente. En el resto del documento se examinan más atentamente cuáles son las opciones más convenientes, desde la perspectiva de la propiedad intelectual y de las políticas culturales pertinentes.

II. ¿QUÉ SON LAS “EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES” ?

Introducción

48. El significado y el alcance del término “expresiones culturales tradicionales” y de otros términos que hacen en mayor o menor medida referencia al mismo tema, como las “expresiones del folclore, la cultura indígena y la propiedad intelectual” y “el patrimonio cultural intangible y tangible” (quizá el término más completo y amplio en alcance) siguen siendo objeto de examen en varias instancias intergubernamentales, regionales y nacionales. En estos términos quedanteóricamente incluidos costumbres, tradiciones, formas de expresión artística, conocimientos, creencias, productos y procesos de producción arraigados en un gran número de comunidades distribuidas por todo el mundo ²⁴.

49. El contexto en el que se genera y preserva el patrimonio cultural incide en gran medida en la terminología utilizada, que varía en función de la región y de la comunidad cultural de la

²⁴ En el documento WIPO/GRTKF/IC/3/9 se expone un análisis terminológico detallado.

que se derive el término y su definición. Por consiguiente, lo que se considera o par el del “patrimonio cultural” o de las “expresiones culturales tradicionales”, para ser más específicos, es una cuestión compleja y subjetiva que explica que no existan definiciones de esos términos que gocen de aceptación general ²⁵.

50. Los términos “ECT” y “expresiones del folclore” se usan indistintamente en el debate internacional sobre políticas relativas a este campo de la propiedad intelectual. Para este documento se prefirió emplear el término neutro “expresiones culturales tradicionales” o ECT ya que algunas comunidades han expresado sus reservas acerca de las connotaciones negativas de la palabra “folclore”. Aunque la protección de las ECT/expresiones del folclore suele asociarse al conocimiento tradicional, los conocimientos tradicionales constituyen un concepto aparte. En el presente documento no se aborda la protección de los conocimientos tradicionales, como los sistemas específicos de protección de estos conocimientos en el ámbito de la ecología o la medicina.

Expresiones culturales tangibles e intangibles

51. Las “expresiones de la” cultura tradicional (o “expresiones del” folclore) pueden ser intangibles, tangibles, o ambas cosas. En su comentario sobre el documento WIPO/GRTKF/IC/4/3, los Estados Unidos proporcionan varios ejemplos de expresiones culturales tradicionales en las que se combinan los elementos tangibles e intangibles: colchas afroamericanas de retales en las que figuran episodios de la Biblia; la práctica del “mumming” en Newfoundland durante el período navideño cuando los aldeanos juegan a las charadas, tocan música, comen, beben, bailan y se disfrazan; y los “indios” del *Mardi Gras* en Nueva Orleans que constituyen un verdadero ejemplo de elementos tangibles (disfraces, instrumentos, carrozas) e intangibles (música, canciones, baile y canto) del folclore que no pueden separarse. Por otro lado, la cultura tradicional o conocimiento folclórico en que se basa la expresión suele ser intangible. Por ejemplo, en una pintura sobre un viejo mito o leyenda, el mito y la leyenda forman parte del “folclore” intangible de base, como también lo son los conocimientos y las técnicas utilizadas para realizar la pintura, mientras que la propia pintura es una expresión tangible de dicho folclore ²⁶.

52. Al fin de la propiedad intelectual, las expresiones culturales tradicionales abarcan tanto componentes tangibles como componentes intangibles. Separar esos componentes sería artificial pues cabría decir que por expresiones tangibles se entiende el “cuerpo” y por expresiones intangibles, el “alma”, elementos que, unidos, forman un todo. Ahora bien, puede que las expresiones tangibles requieran medidas de protección jurídica diferentes que las expresiones intangibles.

Utilización del término “tradicional”

53. Tal como se ha indicado anteriormente, el patrimonio cultural es un proceso permanente de producción, es decir, es un proceso acumulativo e innovador. Por naturaleza, la cultura es orgánica y para sobrevivir precisa crecer y desarrollarse, por lo que cabe decir que la tradición pone los cimientos del futuro. Aunque no son pocos quienes consideran que la tradición se

²⁵ Véase Palethorpe y Verhulst, “Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law” (estudio solicitado por la Comisión Europea), octubre de 2000, págs. 6 a 13.

²⁶ *Idem*.

reducir la imitación y la reproducción, la innovación y la creación son también importantes en el marco tradicional²⁷. Así pues, el término “tradicional” no significa “viejo” sino que las expresiones culturales se derivan o se basan en la tradición y se identifican o asocian con un pueblo indígena o tradicional determinado y pueden realizarse o practicarse de manera tradicional.

54. De ahí que puede diferenciarse el patrimonio cultural “tradicional” del patrimonio cultural moderno y en constante evolución. En otras palabras, cabe distinguir i) la cultura tradicional de base ya existente (que cabe denominar cultura tradicional o folclore *strictu sensu*) y ii) las producciones literarias y artísticas creadas por las generaciones actuales de la sociedad y basadas en culturas o folclore tradicionales o derivadas de las mismas.

55. Esta distinción se contempla en varias leyes nacionales, como la de Túnez (en la que se hace referencia al “folclore” a la vez que a las “obras inspiradas en el folclore”)²⁸. En la Ley de Derecho de Autor de Hungría de 1999 se excluyen las expresiones del folclore del ámbito de protección abarcado por la ley pero, en virtud del párrafo 7 del Artículo 1 de la Ley, “eso no iría en menos a la protección por derecho de autor que corresponde al autor de una obra inspirada en el folclore, de naturaleza individual y original”. Por otro lado, en la Ley Tipode Derecho de Autor de Túnez de 1976 se protegen, a título de obras originales, las obras derivadas, incluidas las “obras derivadas del folclore nacional”, mientras que el propio folclore, descrito como “obras del folclore nacional” goza de un tipo especial (*sui generis*) de protección por derecho de autor.

56. Aunque quizás no sea importante haber cuantificado la naturaleza “viva” y acumulativa del patrimonio cultural, esta distinción es pertinente en todo análisis que se realice desde el punto de vista de la propiedad intelectual. La razón reside en que las nuevas interpretaciones del folclore existentes se prestan más a la protección mediante las leyes vigentes de propiedad intelectual. En cambio, el folclore existente no está bien protegido en las leyes vigentes y determinarse si debe ser objeto de protección jurídica es una cuestión fundamental de política. En caso afirmativo, no hay duda de que en esa esfera puede ser necesario enmendarlos derechos existentes, tomar medidas específicas para complementar los derechos existentes y/o adoptar mecanismos o sistemas *sui generis*.

57. Del mismo modo que la tradición puede ser fuente de innovación para los miembros de la comunidad cultural de quienes trate o paraterceros, cabe determinar otros usos de la tradición que vienen al caso en un análisis efectuado desde el punto de vista de la propiedad intelectual. Además de ser motor de innovación, la tradición puede ser “imitada” por terceros, o “recreada” por miembros de la comunidad cultural. La tradición también puede “revitalizarse” (en los casos en los que hayadesaparecido) o “reavivarse” (en los casos en los que hayacaído en desuso). La innovación basada en la tradición se presta más a la protección por propiedad intelectual que las imitaciones, la recreación o la revitalización de las expresiones culturales tradicionales.

²⁷ Véase Bergey, Barry “A Multifaceted Approach to the Support and Conservation of Folk and Traditional Culture”, documento presentado en el Simposio Internacional sobre la Protección y Legislación de la Cultura Popular/Tradicional, celebrado en Beijing, del 18 al 20 de diciembre de 2001.

²⁸ Ley 94-36 de 24 de febrero de 1994 sobre la propiedad literaria y artística.

Relación entre “expresiones culturales tradicionales” y “conocimiento tradicionales”

58. La protección jurídica de las ECT (o expresiones del folclore) ha sido objeto de debate durante numerosas décadas. Remontándose a 1967, se efectuó una enmienda en el Convenio de Berna a fin de otorgar protección a obras no publicadas de autores desconocidos (véase el párrafo 73), y en 1982 se elaboraron, bajo los auspicios de la OMPI y la UNESCO, las Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales. Desde entonces, varias legislaciones nacionales en materia de propiedad intelectual han incorporado dichas disposiciones y se han creado nuevos sistemas *sui generis*. Por consiguiente, hasta la fecha existe una experiencia considerable en relación con la protección jurídica de las ECT, aunque aún debe adquirirse mayor experiencia. En los debates intergubernamentales relativos a las ECT han participado por lo general representantes de las oficinas de derecho de autor y ministerios y departamentos encargados de asuntos relacionados con la cultura, el patrimonio, el turismo, la justicia y la educación. En el plano internacional, la UNESCO ha realizado una amplia labor a favor de la salvaguarda y la preservación del patrimonio cultural y la promoción de la diversidad cultural. Tal como se mencionó anteriormente, la mejor manera de considerar y examinar la protección jurídica de las ECT es en relación con las políticas culturales y de propiedad intelectual, así como con los objetivos relativos a la preservación del patrimonio cultural, la promoción de la creatividad y la diversidad cultural.

59. El concepto de “conocimiento tradicional” surgió más recientemente en el ámbito de las políticas en materia de propiedad intelectual. El concepto se utiliza en el contexto de la propiedad intelectual en dos sentidos. En ocasiones se utiliza en un sentido restringido para referirse a los conocimientos técnicos²⁹ especializados y conocimientos relacionados con la conservación de la diversidad biológica, la agricultura, la medicina y los recursos genéticos, entre otros ámbitos similares. En este caso, el discurso es diferente al sostenido durante décadas en relación con las expresiones culturales, ya que se refiere principalmente a las leyes de patentes y a los sectores comerciales, a grupos interesados distintos y aun contextos de políticas determinadas y relacionadas, entre otras cosas, con el medio ambiente, la agricultura, la diversidad biológica y la salud. No obstante, el término “conocimiento tradicional” se utiliza en ocasiones en un sentido más amplio para referirse tanto a los conocimientos especializados técnicos como a las expresiones tradicionales y manifestaciones de la cultura que se plasman en la música, los cuentos, las pinturas, la artesanía, los idiomas y los símbolos, las interpretaciones o ejecuciones y otras manifestaciones similares; es decir, las ECT²⁹.

60. Con frecuencia, existe una estrecha relación entre los conocimientos tradicionales “técnicos” y las expresiones artísticas tradicionales. Varios participantes en el Comité han destacado³⁰ la naturaleza holística de los sistemas culturales y de conocimientos tradicionales, así como la necesidad de reconocer las complejas relaciones que existen entre la identidad social y cultural de una comunidad y los componentes específicos de su base de conocimientos, en la que pueden interactuar los conocimientos técnicos especializados, las

²⁹ Esta cuestión se debate en profundidad en los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/12 y WIPO/GRTKF/IC/5/8.

³⁰ Por ejemplo, el Brasil (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párrafo 220) y Tailandia (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párrafo 187); véase el debate que figura en el documento WIPO/GRTKF/IC/5/12, párrafo 36 y el documento WIPO/GRTKF/IC/5/8, a partir del párrafo 104.

expresiones culturales y las formas narrativas tradicionales, prácticas ecológicas tradicionales y distintos aspectos del estilo de vida y de los sistemas espirituales, de modo que cualquier intento por aislar y definir independientemente elementos particulares del conocimiento de la cultura puede ser causa de inquietud y preocupación. Un enfoque para abordar estas inquietudes consiste en distinguir claramente entre el carácter holístico e interrelacionado de los conocimientos y la cultura tradicional subyacente, tanto que materias susceptibles de protección, y los mecanismos jurídicos destinados a otorgar formas específicas de protección jurídica ese material (véase el debate paralelo que figura en los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/12, a partir del párrafo 36, y WIPO/GRTKF/IC/5/8, a partir del párrafo 32).

61. No obstante, se han expresado inquietudes acerca de la inclusión de las expresiones culturales en el concepto general de “conocimiento tradicional”. Habida cuenta de la imprecisión del ámbito de los conocimientos tradicionales, esto podría conducir a una falta de contexto para la protección de las expresiones culturales, ya que puede concernir a un conjunto distinto de grupos interesados e instrumentos jurídicos, así como a la pérdida de gran parte del labor realizado en relación con las expresiones culturales y el folclore. La protección de las ECT puede precisar asimismo que se tomen en consideración políticas culturales y de propiedad intelectual diferentes, y con frecuencia concierne a autoridades nacionales distintas de las oficinas de propiedad industrial o las autoridades encargadas del medio ambiente o la agricultura, concernidas por los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales técnicos. Varios participantes del Comité han solicitado que se consagren más tiempo a las cuestiones específicas relacionadas con las ECT (propuesta referendada asimismo por el Canadá en sus comentarios relativos al documento WIPO/GRTKF/IC/4/3).

62. Varios Estados y otros sectores interesados han sostenido que, aunque reconocen los vínculos que existen entre ellos, las ECT y los conocimientos tradicionales técnicos deberían abordarse de manera paralela y complementaria, al menos desde el punto de vista metodológico. Por ejemplo, en la tercera sesión del Comité, la Unión Europea y sus Estados miembros firmaron que “el Comité debería continuar trabajando para definir los límites entre conocimientos tradicionales y folclore... [y recomendó] que se examinaran diferentes vías jurídicas que pudieran complementarse y examendarse los elementos... [la Delegación consideró] necesario definir el ámbito de los conocimientos tradicionales en lo concerniente a la biodiversidad, y propuso acordar protección a las expresiones del folclore y las artesanías a través de otras medidas”³¹. Las Delegaciones del Canadá,³² China³³, Venezuela³⁴ y los Estados Unidos de América³⁵ expresaron opiniones similares.

63. Una manera útil de explicar la relación que existe entre los conocimientos tradicionales técnicos y las ECT consiste en determinar las diferencias que existen entre los mismos utilizando los términos y la lógica de las distintas formas de protección de la propiedad intelectual (véase al respecto, el debate que figura en el párrafo 41 del documento WIPO/GRTKF/IC/5/12). Así pues, por ejemplo, habida cuenta de que ciertas formas de protección de la propiedad intelectual abarcan el contenido de los conocimientos (particularmente las patentes y los secretos comerciales), puede considerarse que la protección

³¹ WIPO/GRTKF/IC/3/17, párrafo 218.

³² Párrafo 235.

³³ Párrafo 242.

³⁴ Párrafo 286.

³⁵ Párrafo 254.

delos “conocimientos tradicionales” se refiere a la protección del contenido de las sustancias de los conocimientos especializados tradicionales, las capacidades, las prácticas y las enseñanzas tradicionales. Por otra parte, el derecho de autor, los derechos conexos y los derechos relativos a los diseños protegen formas o expresiones específicas de conocimientos tradicionales. Por consiguiente, puede considerarse que la protección de las “expresiones culturales tradicionales” se refiere a la protección de las expresiones de los conocimientos tradicionales. Del mismo modo, las marcas, las indicaciones geográficas y las marcas colectivas y de certificación protegen signos distintivos, símbolos e indicaciones, con lo que se crea una tercera categoría de materias susceptibles de protección de los conocimientos tradicionales; a saber, la reputación, los signos, las indicaciones y los símbolos tradicionales. Estas categorías son generales y los límites entre ellas bastantes difusos. Del mismo modo en que formas distintas de propiedad intelectual pueden duplicarse e imbricarse en relación con la misma creación, pueden aplicarse simultáneamente distintas formas de protección de la propiedad intelectual a los distintos elementos subyacentes de la misma creación o innovación tradicional. Por ejemplo, numerosos productos artesanales poseen calidad de tanto técnicas como estéticas, y pueden ser protegidas por una combinación de la ley sobre propiedad industrial, el derecho de autor o ambas. Este hecho es predecible y no se aplica únicamente a las creaciones e innovaciones “tradicionales” (por ejemplo, los programas informáticos pueden ser protegidos tanto por las patentes como por el derecho de autor). Por ello, la Guía Práctica que elabora actualmente la Secretaría aborda tanto las expresiones culturales tradicionales como los conocimientos tradicionales conexos (conocimientos especializados técnicos).

64. Una manera similar a un nivel más básico de proceder consiste en considerar las ECT y los conocimientos tradicionales técnicos como subconjuntos de los “conocimientos tradicionales” en un sentido más amplio. Algunas ECT pueden describirse como expresiones culturales de los conocimientos tradicionales (o como conocimientos tradicionales expresados en formas culturales), mientras que los conocimientos tradicionales técnicos se componen del contenido o de los conocimientos y aptitudes especializados de los conocimientos tradicionales. Este enfoque permite aplicar un tratamiento diferenciado cuando el resultado es apropiado, reconociendo simultáneamente la relación que existe entre ambos e incluso que categorías de conocimientos tradicionales. Éste es precisamente el enfoque adoptado por la Secretaría de la OMPI, por ejemplo a los fines de las misiones exploratorias. En otros documentos paralelos relativos a los conocimientos tradicionales se examina más detalladamente esta distinción (por ejemplo, el documento WIPO/GRTKF/IC/5/8, a partir del párrafo 18).

65. El hecho de que se haya reconocido que las expresiones culturales merecen ser consideradas paralelo con los debates conexos relativos a los conocimientos tradicionales es positivo a fin de que se considere la protección jurídica de las expresiones culturales en el contexto de la política y objetivos pertinentes, y de que se basen en la labor previa en esta esfera, tomen en consideración los sistemas pertinentes de propiedad intelectual (en particular el derecho de autor y los derechos conexos, aunque sin limitarse a los mismos) y conciernan a los grupos interesados pertinentes. En el futuro podrá considerarse la posibilidad de que el Comité cree un grupo de trabajo subsidiario u otro órgano subsidiario en el que se aborden en particular cuestiones específicas como las ECT y se presenten informes al Comité, y en el que podrían participar expertos culturales y representantes de las oficinas de derecho de autor y otros departamentos pertinentes, así como organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes. Habida cuenta del continuo interés que despierta esta cuestión en el Comité Permanente de la OMPI de Derechos de Autor y Derechos Conexos, los documentos e informes de dichos órganos subsidiarios y del Comité podrían distribuirse a título informativo.

Descripción operativa de las expresiones culturales tradicionales

66. Si bien no constituye una definición completa, puede considerarse una descripción operativa de las expresiones culturales tradicionales si se utiliza la descripción de folclore que figura en las Disposiciones Tipo de 1982 como punto de partida:

“[...] se entiende por “expresiones culturales tradicionales” las producciones integradas por elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad de [nombre del país] o por individuos que reflejen las expectativas artísticas tradicionales de esa comunidad, en particular:

- a) las expresiones verbales, tales como: los cuentos populares, la poesía popular y los enigmas, los signos, los símbolos y las indicaciones;
- b) las expresiones musicales, tales como: las canciones y la música instrumental popular;
- c) las expresiones culturales, tales como: las danzas y representaciones escénicas populares y formas artísticas rituales; sea que estas expresiones estén fijadas o en un soporte; y
- d) las expresiones tangibles, tales como:
 - i) las obras de arte popular y tradicional, tales como: dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaico, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, tapices, trajes;
 - ii) la artesanía;
 - iii) los instrumentos musicales;
 - iv) las obras arquitectónicas”.

67. En el documento WIPO/GRTKF/IC/5/12 se señala que: “Las expresiones culturales tradicionales podrían ser utilizadas como sinónimo de las expresiones del folclore y generalmente en concordancia con las legislaciones *sui generis* nacionales vigentes sobre el folclore y las Disposiciones Tipo OMPI - UNESCO, para hacer referencia a obras o producciones tangibles o intangibles y a formas o expresiones de conocimiento tradicionales y del patrimonio cultural tradicional, que poseen las características del patrimonio tradicional vinculado a una comunidad. Este planteamiento refleja la manera en que puede otorgarse protección a las expresiones comunes, y no solamente al contenido”.

III. BREVE HISTORIA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y DE LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES

68. Gracias a anteriores actividades de la OMPI en la esfera de la propiedad intelectual y de las ECT, varias de las cuales se realizaron en colaboración con la UNESCO, en los últimos 30 años se han identificado, en ocasiones, intentado abordar varias necesidades y cuestiones jurídicas, conceptuales, operativas y administrativas relacionadas con la propiedad intelectual y las ECT.

*Protección internacional para las “obras no publicadas” en el Convenio de Berna para la
Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1967)*

69. La Conferencia Diplomática de Estocolmo de revisión del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (el “Convenio de Berna”), celebrada en 1967, constituyó un primer intento por proteger el folclore mediante el derecho de autor en el plano internacional. Como resultado, el Artículo 15.4) de las Actas de Estocolmo (1967) y París (1971) del Convenio de Berna contienen la siguiente disposición:

“4)a) Para las obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor pero por las que se pueda suponer que 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 en la Unión.

b) Los países de la Unión que, en virtud de lo establecido anteriormente, procedan a esa designación, lo notificarán al Director General [de la OMPI] 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”.

70. Este artículo del Convenio de Berna, de conformidad con las intenciones de la Conferencia de revisión, implica la posibilidad de conceder protección a las ECT. Su inclusión en el Convenio de Berna responde a las demandas de protección internacional específicas para las ECT formuladas en aquel momento³⁶.

*Aprobación de la Ley Tipo de Túnez sobre el Derecho de Autor para los Países en Desarrollo
(1976)*

71. En 1971 se revisó el Convenio de Berna, a fin de satisfacer las necesidades específicas de los países en desarrollo y de facilitar el acceso de los mismos a las obras extranjeras protegidas por el derecho de autor, garantizando al mismo tiempo la protección internacional adecuada de sus propias obras. Se consideró apropiado dotar a los Estados con una ley tipo destinada a prestarles asistencia en la adaptación de sus legislaciones nacionales a las normas del Convenio.

72. Así, pues, en 1976, el Comité de Expertos Gubernamentales nombrados por el Gobierno tunecino, que se reunió en Túnez del 23 de febrero al 2 de marzo de 1976, aprobó la Ley Tipo de Túnez sobre el Derecho de Autor para los Países en Desarrollo, con la asistencia de la OMPI y de la UNESCO. La Ley Tipo de Túnez prevé protección específica para obras del folclore nacional. Dichas obras no necesitan plasmarse en forma material para recibir protección, y su protección no tiene límite temporal³⁷.

³⁶ Véase Ficsor, M., “Attempt to Provide International Protection for Folklore by Intellectual Property Rights”, documento presentado en el Foro Mundial OMPI – UNESCO sobre la protección del folclore, celebrado en Phuket (Tailandia), del 8 al 10 de abril de 1997, pág. 17; Ricketson, S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* : 1886-1986 (Londres, 1987) págs. 313a-315. Únicamente un país, la India, procedió a la designación mencionada en el Artículo.

³⁷ Véase en particular el Artículo 1(5^{bis}) y el Artículo 6 de la Ley Tipo de Túnez.

Las Disposiciones Tipo (1982)

73. Las Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras acciones lesivas fueron aprobadas en 1982 bajo los auspicios de la OMPI y la UNESCO (las Disposiciones Tipo)³⁸.

74. Durante la elaboración de las Disposiciones Tipo, un grupo de trabajo creado por la OMPI y la UNESCO acordó que: i) era conveniente proporcionar una protección jurídica apropiada del folclore; ii) esa protección jurídica podía ser fomentada en el plan nacional mediante disposiciones tipo que pasarían a formar parte de la ley; iii) esas disposiciones tipo deberían ser lo suficientemente precisas para que pudieran aplicarse tanto en países donde no existiera ninguna legislación al respecto, como en países cuya legislación en vigor se podía seguir desarrollando; iv) las disposiciones tipo mencionadas también deberían prevenir la protección mediante el derecho de autor y los derechos conexos en los casos en que pudiera aplicarse ese tipo de protección; y v) las disposiciones tipo para las legislaciones nacionales deberían allanar el terreno para la protección de las creaciones del folclore en los planos subregional, regional e internacional.

75. Las Disposiciones Tipo fueron elaboradas a la vista de la preocupación suscitada por el hecho de que las expresiones del folclore, que representan una parte importante del patrimonio cultural vivo de las naciones, se ansusceptibles de experimentar varias formas de explotación ilícita y otras acciones lesivas. En particular, tal como se afirma en el preámbulo a las Disposiciones Tipo, el Comité de Expertos consideró que la divulgación del folclore podría conducir a la explotación indebida del patrimonio cultural de una nación, que todo abuso de naturaleza comercial de otra índole otorga distorsión de las expresiones del folclore e ran perjudiciales para los intereses culturales y económicos de esa nación, que las expresiones del folclore constituían manifestaciones de creatividad intelectual que merecían ser protegidas de maneras similares a la protección que se otorga a las producciones intelectuales, y que la protección del folclore se había convertido en un medio indispensable de fomento de su pro y desarrollo, conservación y divulgación.

76. Con respecto a la aplicación de las Disposiciones Tipo, varios países las han utilizado como base de legislaciones nacionales para la protección del folclore. Muchos de esos países han promulgado disposiciones para la protección del folclore en el marco de sus legislaciones sobre el derecho de autor.

Intentos por elaborar un tratado internacional (1982 a 1985)

77. Varios participantes destacaron en la reunión del Comité de Expertos Gubernamentales que aprobaron las Disposiciones Tipo, que sería indispensable contar con medidas internacionales para ampliar las expresiones del folclore de un país determinado más allá de las fronteras de ese país. La OMPI y la UNESCO siguieron esas recomendaciones cuando crearon conjuntamente un Grupo de Expertos sobre la protección internacional de expresiones del folclore mediante propiedad intelectual, que se reunió en París del 10 al 14 de diciembre de 1984. Sepidió al Grupo de Expertos que examinara la necesidad de una normativa

³⁸ Véase el documento OMPI/GRTKF/IC/1/13 (Informe de la primera sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore), párrafos 156 a 175. Véase asimismo Ficsor, M., *op.cit.*

internacionales específicas sobre la protección internacional de las expresiones del folclore mediante la propiedad intelectual, así como el contenido de un proyecto apropiado. Los debates de la reunión del Grupo de Expertos reflejaron el reconocimiento general de la necesidad de contar con una protección internacional para las expresiones del folclore, en particular con respecto a las que son más o menos controladas y a esas expresiones mediante las modernas tecnologías, más allá de las fronteras del país de las comunidades donde se originan.

78. No obstante, la gran mayoría de los representantes consideró prematuro el establecimiento de un tratado internacional ya que no se dispone de la suficiente experiencia en relación con la protección de las expresiones del folclore en el plan nacional, en particular en lo que respecta a la aplicación de las Disposiciones Tipo. El Grupo de Expertos encontró dos problemas principales: la falta de recursos apropiados para identificar las expresiones del folclore que debían protegerse y la falta de mecanismo viables para resolver las cuestiones relativas a las expresiones del folclore que no se encuentran en un solo país, sino en varios países de una región. El Comité Ejecutivo del Convenio de Berna y el Comité Intergubernamental del Convenio Universal sobre el Derecho de Autor, en sus sesiones conjuntas celebradas en París en junio de 1985, examinaron el informe del Grupo de Expertos y, en líneas generales, se mostraron de acuerdo con sus conclusiones. La inmensa mayoría de los participantes consideró prematuro elaborar un tratado para proteger las expresiones del folclore. La elaboración de un instrumento internacional debía ser realista y, por el momento, no podía ser más que una especie de recomendación para el futuro.

Aprobación del Tratado de la OMPI sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas (WPPT) (1996)

79. Los cuentos populares, poesías, canciones, música instrumental, bailes, obras de teatro y expresiones similares del folclore siguen vivos gracias a las interpretaciones o ejecuciones regulares. Así pues, si se amplía la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes a los intérpretes o ejecutantes de dichas expresiones del folclore –tal como sucede en numerosos países– también gozarán de protección las interpretaciones o ejecuciones de dichas expresiones del folclore. No obstante, existe un ligero problema en relación con la noción de “artistas intérpretes o ejecutantes” (y la noción de “interpretaciones o ejecuciones” derivada indirectamente de la noción de “artistas intérpretes o ejecutantes”), tal como figura en la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (la “Convención de Roma”) (1961). En virtud del Artículo 3.a) de la Convención de Roma, se entiende por “artista intérprete o ejecutante, todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, reclame, interprete o ejecute en cualquier forma *una obra literaria o artística*” (la cursiva es nuestra). Al igual que las expresiones del folclore no se corresponden exactamente con el concepto de obras literarias y artísticas, la definición de “artistas intérpretes o ejecutantes” en la Convención de Roma no parece aplicarse a los intérpretes o ejecutantes que interpretan expresiones del folclore.

80. No obstante, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas (WPPT), que fue aprobado en diciembre de 1996, establece que, a los fines del Tratado, la definición de “artista intérprete o ejecutante” incluirá al intérprete o ejecutante de una

expresión del folclore ³⁹. Al 15 de abril de 2003, 41 Estados habían ratificado el WPPT, que entró en vigor el 20 de mayo de 2002.

81. En la Conferencia Diplomática en la que se aprobaron, en diciembre de 1996, el WPPT y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), el Comité de Expertos de la OMPI sobre un posible protocolo al Convenio de Berna y el Comité de Expertos de la OMPI sobre un posible instrumento para la Protección de los Derechos de los Artistas Interpretes o Ejecutantes y los Productores de Fonogramas recomendaron que “se adoptasen disposiciones para la organización de un foro internacional, con el fin de examinar las cuestiones relativas a la preservación y protección de las expresiones del folclore, los aspectos de propiedad intelectual del folclore, y la armonización de los diferentes intereses regionales” ⁴⁰.

Foro Mundial UNESCO-OMPI sobre la Protección del Folclore (1997)

82. De conformidad con la recomendación formulada durante la Conferencia Diplomática de 1996, se celebró en Phuket (Tailandia), en abril de 1997, el Foro Mundial UNESCO-OMPI sobre la Protección del Folclore. Durante la reunión se examinaron numerosas necesidades y cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual y el folclore ⁴¹. Se aprobó un “plan de acción” en el que se identificaban, entre otras, las siguientes cuestiones y necesidades:

a) la necesidad de elaborar nuevas normas internacionales para la protección jurídica del folclore;

b) la importancia de alcanzar un equilibrio entre la comunidad titular del folclore y los usuarios de las expresiones del folclore.

83. A fin de realizar progresos para satisfacer dichas necesidades y cuestiones, en el Plan de Acción se sugería, entre otras cosas, que “se celebrasen consultas regionales...” ⁴².

Misiones exploratorias de la OMPI (1998 -1999)

84. Durante los años 1998 y 1999, la OMPI realizó misiones exploratorias a fin de determinar, en la medida del posible, las necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales. Entre los grupos de personas consultadas en el curso de estas misiones se encontraban comunidades locales e indígenas, organizaciones no gubernamentales, representantes gubernamentales, representantes del mundo académico, así como investigadores y representantes del sector privado. A los fines de estas misiones, se incluyeron las ECT como un subconjunto de los “conocimientos tradicionales” ⁴³. En las “expresiones culturales tradicionales” se incluyó a artesanos y otras

³⁹ A los fines del WPPT, se entenderá por artista intérprete o ejecutante que puede gozar de protección, todo “actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística o expresiones del folclore”.

⁴⁰ Véase el documento BCP/CE/VI/16 –INR/CE/V/14, párrafo 269.

⁴¹ Véase la publicación N. 758 de la OMPI (E/F/I).

⁴² En el Plan de Acción se indica que “los participantes de los Gobiernos de los Estados Unidos de América y del Reino Unido afirmaron expresamente que no se asociarán con el Plan de Acción”.

⁴³ Véase el capítulo relativo a la “Terminología” en el Informe sobre las misiones exploratorias.

expresiones culturales tangibles. Gran parte de la información obtenida en dichas misiones se relaciona directamente o indirectamente con las ECT.

85. Las misiones exploratorias se llevaron a cabo en 28 países, entre mayo de 1998 y noviembre de 1999. La OMPI publicó el resultado de estas misiones en un informe titulado "Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales: Informe de la OMPI sobre las misiones exploratorias (1998-1999)"⁴⁴.

Consultas regionales OMPI - UNESCO sobre la protección de las expresiones del folclore (1999)

86. De conformidad con la propuesta incluida en el Plan de Acción aprobado en el Foro Mundial UNESCO-OMPI sobre la protección del folclore (1997), la OMPI y la UNESCO organizaron en 1999 cuatro consultas regionales sobre la protección de las expresiones del folclore⁴⁵. Encada una de las consultas regionales se aprobaron resoluciones o recomendaciones que determinaban necesidades en materia de propiedad intelectual, así como propuestas para el futuro, en relación con las expresiones del folclore⁴⁶. Todas ellas pueden hallarse en la Secretaría de la OMPI en el sitio Web de la OMPI⁴⁷.

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

87. A finales de 2000, los Estados miembros de la OMPI crearon un Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore a fin de que los Estados miembros pudieran debatir las cuestiones anteriormente mencionadas. Los documentos de trabajo del Comité Intergubernamental pueden obtenerse en la Secretaría, así como en el sitio Web de la OMPI⁴⁸.

88. Hasta la fecha, el Comité Intergubernamental se ha reunido en cuatro ocasiones y ha realizado progresos considerablemente en las cuestiones de política como en lo relativo a los vínculos prácticos que existen entre el sistema de propiedad intelectual y las inquietudes y necesidades de los titulares de conocimientos tradicionales y custodios de culturas tradicionales. Bajo la orientación del Comité, la Secretaría ha realizado una serie de estudios analíticos detallados basados en amplias encuestas sobre las experiencias nacionales en esta esfera, a fin de constituir la base para un debate internacional en materia de políticas, y ha creado así mismo instrumentos prácticos destinados a suscitar el interés por la propiedad intelectual entre los titulares de conocimientos tradicionales, expresiones culturales

⁴⁴ Publicación 768E/F de la OMPI. El informe figura asimismo en la siguiente dirección: <http://www.wipo.int/globalissues/tk/report/final/index>.

⁴⁵ Para los países africanos las consultas regionales se celebraron en Pretoria (Sudáfrica), en marzo de 1999; para los países de Asia y el Pacífico, en Hanoi (Viet Nam), en abril de 1999; para los países árabes, en Túnez (Túnez), en mayo de 1999; y para los países de América Latina y el Caribe, en Quito (Ecuador), en junio de 1999. A las consultas regionales asistieron 63 gobiernos de Estados miembros de la OMPI, 11 organizaciones intergubernamentales y cinco organizaciones no gubernamentales.

⁴⁶ WIPO-UNESCO/FOLK/AFR/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/LAC/99/1.

⁴⁷ <http://www.wipo.int>.

⁴⁸ <http://www.wipo.int/globalissues/igc/documents/index-es.html>.

tradicionales (ECT) y recursos genéticos. A las sesiones del Comité asisten más de 400 representantes de Estados miembros, organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales.

89. En lo tocante a las ECT, el Comité ha examinado el análisis detallado de la Secretaría sobre la utilización del sistema de propiedad intelectual en vigor y los sistemas *sui generis* para proteger jurídicamente las ECT (documentos WIPO/GRTKF/IC/3/10 y WIPO/GRTKF/IC/4/3). Este análisis se basa en las experiencias nacionales de 66 Estados miembros, compiladas mediante un cuestionario distribuido por la OMPI en 2001, y un conjunto de estudios de casos entre los que se cuenta un estudio práctico de casos reales en los que indígenas australianos han solicitado protección mediante propiedad intelectual para sus ECT. Estos últimos estudios se titulan “Minding Culture – Case Studies on Intellectual Property and Traditional, Cultural Expressions”⁴⁹ y figuran asimismo en el sitio Web de la OMPI y como documento WIPO/GRTKF/IC/Study2. Asimismo, la OMPI ha publicado un estudio sobre experiencias prácticas en la India, Indonesia y Filipinas. El Comité ha recibido información detallada de la Federación de Rusia, Nueva Zelanda, Nigeria, Panamá, Túnez y la Secretaría General de la Comunidad del Pacífico sobre sus recientes experiencias legislativas en relación con la protección jurídica de las ECT.

90. Tal como decidió el Comité, la OMPI elabora actualmente una guía práctica sobre la protección jurídica de las ECT y los conocimientos tradicionales conexos (de la que este documento es precursor), y realiza un estudio práctico sobre la relación que existe entre los derechos de propiedad intelectual y los sistemas de protección consuetudinarios de indígenas. Los resultados de este estudio se incluirán en la Guía Práctica.

IV. LA EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES ENTANTO QUE ACTIVOS ECONÓMICOS Y CULTURALES

91. La preservación y la protección del patrimonio cultural y de las ECT es importante para los pueblos de todo el mundo, ya que se refiere fundamentalmente a la protección del patrimonio intangible y la cultura mundial para que puedan ser transmitidos a las generaciones futuras. La pérdida de patrimonio cultural es un tragedia para los pueblos y comunidades que dependen para su supervivencia de la integridad de sus sistemas culturales y de conocimientos. Así pues, aunque gran parte de su patrimonio cultural no tenga potencial comercial alguno, no por ello es menos digno de respeto y protección.

92. No obstante, el patrimonio cultural constituye con frecuencia una fuente de creatividad e innovación, y la protección adecuada de las expresiones y manifestaciones de las culturas tradicionales pueden contribuir a la prosperidad de los creadores tradicionales o al desarrollo económico de una comunidad. Estos tipos de activos de conocimiento han sido pasados por alto en la comunidad de la propiedad intelectual hasta hace poco y en ese sentido pueden calificarse de activos intelectuales tradicionales a la vez que nuevos. Las innovaciones y las creaciones basadas en la tradición, que son una parte importante del patrimonio cultural de

⁴⁹ Disponible en la siguiente dirección:
<http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

una comunidad, pueden constituir aportes en otros mercados, como el de espectáculo, el arte, el turismo, la arquitectura y la moda⁵⁰.

93. El valor comercial de las ECT en relación con las industrias culturales está en la concentración en las artes y la artesanía, el turismo cultural, la música, los multimedia y la edición, la arquitectura y la moda. Lamentablemente, existen muy pocos datos económicos sobre el valor de la contribución de las ECT a estas industrias. Ahora bien, existen algunos ejemplos (al igual que en el resto del documento, se invita a los participantes del Comité a suministrar a la Secretaría de la OMPI ejemplo de información adicionales):

a) Tal como se pone de manifiesto en un reciente informe australiano⁵¹, publicado por el Departamento Australiano de Comunicaciones, Artes y Tecnologías de la Información, las artes visuales y la artesanía son una fuente importante de ingresos para los artistas y las comunidades indígenas, y el nivel de protección mediante derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual del que gozan reviste la máxima importancia para estos artistas y comunidades. Se estima que las artes visuales y la artesanía indígena generan un volumen de negocios de aproximadamente 130 millones de dólares de los EE.UU. en Australia, del que los pueblos indígenas reciben aproximadamente 30 millones de dólares de los EE.UU. como remuneración⁵¹;

b) Un programa gubernamental para paliar la pobreza “invertir en culturas”, destinado al pueblo Khomaní de Sudáfrica está revitalizando la producción de artesanía de la comunidad y permite a la misma generar por primera vez sus propios ingresos a partir de la artesanía. Los miembros más ancianos de la comunidad transmiten sus conocimientos a los miembros más jóvenes, revitalizando así el saber tradicional que se encuentra en peligro de extinción. Gracias a su artesanía tradicional, los miembros de la comunidad experimentan un sentimiento creciente de identidad cultural, cohesión social y orgullo por su cultura. Si bien anteriormente dependían completamente de las subvenciones gubernamentales, actualmente cada artesano de la región gana 600 dólares de los EE.UU. al año, lo que constituye una verdadera fortuna para esta empobrecida comunidad. La comunidad considera actualmente la posibilidad de introducirse en mercados locales y extranjeros más sofisticados, en los que pueden vender sus productos a precios más elevados⁵². La comunidad está interesada actualmente en utilizar los derechos de propiedad intelectual para proteger su artesanía. Las marcas e indicaciones geográficas podrían resultar particularmente apropiadas;

c) Una empresa sudafricana, *BuyAfrica*, ayuda a los artesanos y mujeres locales a comercializar sus productos por medio de Internet, ayudándoles a introducirse en el mercado de la exportación y suministrar al mundo artesanía y productos típicos sudafricanos. Los encargos de dicha artesanía se hacen en línea por medio de *BuyAfrica*⁵³;

⁵⁰ Porejemplo, véase asimismo el *Study on International Flows of Cultural Goods*, de la UNESCO, 1980-98, París, 2000, en la siguiente dirección:

http://www.unesco.org/culture/industries/trade/html_eng/question3.shtml.

⁵¹ Informe relativo a encuestas sobre las artes visuales y la artesanía contemporáneas, Australia, 2002, págs. 116 y 135.

⁵² Información recibida del Departamento de Deportes, Artes y Cultura, Gobierno Provincial de Northern Cape (Sudáfrica).

⁵³ Matlou, Jubie “*Rural arts and crafts go global*” **Mail and Guardian**: <http://archive.mg.co.za>; véase asimismo la siguiente dirección: www.buyafrica.com.

d) La música tradicional ha cautivado en los últimos años la imaginación del público, lo que se refleja en el gran éxito cosechado por este tipo de música. Los avances tecnológicos de las técnicas de grabación, el crecimiento de la industria de la música y el gusto por la música tradicional se combinan para crear un inmenso mercado para sonidos nuevos y diversos. Los discos *Graceland* y *Rhythm of the Saints*, que grabó Paul Simons en 1986 y 1990, utilizando música africana y latinoamericana, respectivamente, pusieron de manifiesto las increíbles ganancias que se generaban cuando músicos occidentales incorporaban sonidos no occidentales en sus canciones. *Graceland* permaneció durante 31 semanas en la lista de discos más vendidos y se han vendido más de 3,5 millones de copias en todo el mundo.⁵⁴ Del disco *Rhythm of the Saints* se vendieron 1,3 millones de copias durante los primeros cuatro meses desde su lanzamiento.⁵⁵

V. EJEMPLOS DE APROPIACIÓN Y APROPIACIÓN INDEBIDA

94. Sobre la base de las misiones exploratorias que realizó la OMPI en 1998 y 1999, las respuestas al cuestionario y otros documentos sobre el folclore que se exponen en estas líneas son concretos y ofrecen ejemplos específicos de expresiones culturales tradicionales para las que se solicitó protección jurídica.⁵⁶

i) Hay casos de pinturas realizadas por miembros de comunidades indígenas que han sido reproducidas por personas ajenas a la comunidad en formas, telas, camisetas, trajes y otros accesorios, así como en tarjetas de felicitación, distribuyéndose y poniéndose a la venta ulteriormente. Entre los ejemplos de este tipo de casos están los que expone Australia en su respuesta al cuestionario sobre el folclore, recogidos también en el informe final (WIPO/GRTKF/IC/3/10)⁵⁷. Varios de esos casos son también objeto de examen en el estudio publicado por la OMPI "Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions"⁵⁸. No faltan tampoco los casos en que se han fotografiado pinturas corporales y reproducido "petroglifos", es decir, pinturas realizadas en rocas (entre otras cosas, mediante la fotografía), a cargo de personas ajenas a las comunidades indígenas, que ulteriormente distribuyen y ponen en venta esas obras. En el estudio "Minding Culture" se reseñan también esos casos. En otro ejemplo, el Museo Olímpico de Lausana publicó en su sitio Web tres obras de arte aborígenes australianas, con ocasión de los juegos olímpicos de Sydney en 2000, sin pedir autorización a los artistas y alentando a los visitantes del sitio Web a que descargasen las obras de arte como fondo de pantalla. El acto resultaba ofensivo para los artistas, dos artistas aborígenes consagrados, cuya obra revestía una importancia cultural considerable y se relacionaba con su conocimiento de la tierra. Las obras aborígenes fueron

⁵⁴ Sherylle Mills, "Indigenous Music and the Law: An Analysis of National and International Legislation," *Yearbook for Traditional Knowledge Music*, 1996, pág. 57.

⁵⁵ *Ídem*.

⁵⁶ El traslado de objetos sagrados y ceremoniales (bienes culturales muebles) no se aborda en este documento. Estas cuestiones son menos pertinentes desde el ángulo de la propiedad intelectual y entran más en el ámbito de las leyes sobre el patrimonio cultural, la arqueología y la antropología. Con estos ejemplos se pretende ilustrar los distintos tipos de ECT para los que se solicita protección. No todos los Estados convienen en que se otorgue protección mediante propiedad intelectual a cada una de las ECT.

⁵⁷ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10, párrafo 126.

⁵⁸ "Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions," de Terri Janke. Disponible en la siguiente dirección:
<http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

retiradas de Isitio Webytrasciertas negociaciones relativas a la infracción del derecho de autor y los derechos morales, se llegó a un acuerdo gracias al cual los artistas recibieron una suma de dinero por la infracción, un carta de excusas firmada por el Presidente Tedella Fundación del Museo Olímpico, en la que reconoció la infracción del derecho de autor y los derechos morales y se excusó por los perjuicios culturales causados. Las excusas se publicaron asimismo en el sitio Web del Museo Olímpico⁵⁹.

ii) Se ha hecho grabaciones, adaptaciones y arreglos de canciones y música tradicional, que luego se han representado o comunicado al público, incluso por Internet. En la actualidad digital, lo único que necesita un músico es un computador y un pequeño estudio para tener acceso y mezclar música de todas partes del mundo. Los archivos de música gratuita permitiendo descargar música tradicional en la computadora personal, música que luego puede almacenarse como información digital que puede transferirse a otros dispositivos sonoros (es decir, nuevas composiciones) que pueden manipularse conforme a la creatividad de cada uno⁶⁰. A ese respecto, uno de los principales problemas es que la música originalmente grabada en fineset no gráficas se “samplea” y utiliza hoy en nuevas composiciones susceptibles de protección por derecho de autor. En ocasiones esto se lleva a cabo mediante acuerdos negociados (como el concierto para el álbum “Play” del popular artista tecno Mbube, grabado en 1999, que “sampleó” el CD “Sound of the South” del musicólogo Alan Lomax). Ahora bien, en otros casos, el “sampleado” se lleva a cabo sin que medie ningún tipo de acuerdo. Gran parte de esas obras musicales se graba a partir de interpretaciones o ejecuciones directas de música indígena o tradicional, con frecuencias en informar a los artistas intérpretes o ejecutantes. Un ejemplo es el más conocido en estos sentidos es quizás el popular disco compacto “Deep Forest”, realizado en 1992, que era una mezcla de muestras digitales de música procedente de Ghana, las Islas Salomón y comunidades “pigmeas” africanas con ritmos “tecno-house”⁶¹. En 1995, salió el segundo álbum, “Bohème”, en el que también se mezcló la música de Europa Oriental, Mongolia, y Asia Oriental con música norteamericana autóctona. Los derechos sobre la canción “The Lion Sleeps Tonight”, basada en la composición “Mbube”, realizada en 1930 por el ya fallecido compositor sudafricano Solomon Linda, siguen siendo objeto de un complejo litigio⁶². Otro ejemplo es el hito musical “Return to Innocence” que el grupo europeo Enigma grabó en 1993⁶³. Un problema relacionado con lo que se acaba de mencionar es la composición a cargo de personas ajenas a comunidades indígenas de canciones y música “pseudoinígena”, en el sentido de que son obras que abordan cuestiones indígenas y/o tienen una compañía rítmica que puede asociarse a la música indígena⁶⁴.

⁵⁹ Véase la carta de excusas en línea en la siguiente dirección:

http://www.olympic.org/uk/passion/museum/home_uk.asp.

⁶⁰ Véase Sandler, Felicia, “Music of the Village in the Global Marketplace – Self-Expression, Inspiration, Appropriation, or Exploitation?”, Discursos de doctorado, Universidad de Michigan, 2001, págs. 58 y 59.

⁶¹ *Ídem*, págs. 58 a 63; Mills, “Indigenous Music and the Law: An Analysis of National and International Legislation” 1996 Yearbook for Traditional Music, 28 (1996), 57 a 85.

⁶² Conversación con el Sr. Owen Dean, de *Spoorn and Fisher Attorneys*, Pretoria (Sudáfrica), 23 de octubre de 2002. Véase también Malan, Rian “Where does the Lion Sleep Tonight”, en la siguiente dirección: <http://www.3rdearmusic.com/forum/mbube2.html> (23 de octubre de 2002).

⁶³ Véase “Taiwanese singer found a global audience,” Artículo publicado en el número del 2 de abril de 2002 del **Financial Times**. Disponible en la siguiente dirección: <http://news.ft.com/ft/gx.cgi/ftc?pagename=View&c=Article&cid=FT3DDC52KZC&liv> (12 de agosto de 2002).

⁶⁴ Sandler, *op. cit.*, págs. 39 y 40.

iii) Se han recogido por escrito historias y poesías de tradición oral de las comunidades indígenas, que luego han sido traducidas y publicadas por personas ajenas a esas comunidades, lo que plantea el problema de los derechos e intereses de las comunidades que suministran el material en contraposición al derecho de autor conferido y ejercido por quienes han realizado dichas grabaciones, traducciones y publicaciones.

iv) Se sabe también de instrumentos musicales tradicionales que se han transformado en instrumentos modernos y que han recibido un nuevo nombre para luego ser comercializados o utilizados por profesionales no tradicionales de la comunidad musical mundial o del movimiento *new age*, o a los fines del turismo (como el *steelpan* de la región del Caribe y el *didgeridoo* de las comunidades aborígenes de Australia)⁶⁵. Los instrumentos musicales, como los tambores y el *didgeridoo*, son también objeto de producción en serie a título de artículos de recuerdo. Janke ha expuesto ejemplos de fabricación de *didgeridoos* y otros objetos fuera de Australia, que luego se han importado al propio país y se han vendido de forma fraudulenta como objetos locales⁶⁶.

v) Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales se han referido a la necesidad de poder proteger los diseños incorporados en textiles, tejidos y accesorios hechos a mano que han sido copiados y comercializados por personas ajenas a esas comunidades. Entre esos ejemplos cabe destacar los siguientes: los *amauti* del Canadá; los *saris* de Asia Meridional, El *batik* de Nigeria y Malí, el tejido *kente* de Ghana y otros países de África Occidental; los sombreros tradicionales de Túnez; el *huipil* mayade Guatemala; los paneles *mol* de las mujeres kunade Panamá; las tapicerías y bandas textiles tejidas del Perú; los tapicerías y bandas textiles tejidas del Perú; los tapices (de Egipto, Omán, República Islámica del Irán y otros países); las carpas (como los tradicionales *tipi* de América del Norte) y el calzado (como los diseños de mocasines tradicionales de América del Norte). En su respuesta a la cuestión anterior sobre el folclore, Bhután informó sobre la copia y el uso de sus diseños y modelos textiles tradicionales en la hechura de máquinas, lo que resta valor intrínseco a sus diseños textiles y va en detrimento del oficio local del tejido característico de las mujeres de las aldeas⁶⁷. La imitación de diseños textiles tradicionales es un fenómeno que genera un perjuicio económico sino que amenaza con destruir los textiles tradicionales y los oficios basados en el tejido. Esto es lo que sucede cuando los viajeros visitan comunidades tradicionales para “aprender” técnicas de tejido tradicional y luego se marchan con todos esos conocimientos sin haber obtenido el consentimiento fundamentado previo.

vi) La grabación, adaptación e interpretación pública de historias, obras de teatro y danzas indígenas (como la danza *sierra* del Perú y la danza *haka* del pueblo maorí de Nueva Zelanda) plantea el problema de proteger el derecho de las comunidades indígenas sobre esas expresiones culturales.

vii) La fotografía de interpretaciones o ejecuciones en directo de canciones y danzas de comunidades indígenas, y la ulterior reproducción y publicación de fotografías en disco compacto, cintas, postales y en Internet (como la interpretación o ejecución de los bailarines *WikApalech* de Australia, otro de los casos objeto de estudio en el documento “Minding Culture”) plantean problemas similares.

⁶⁵ Sandler, Felicia, *op.cit.*, págs. 35 a 38.

⁶⁶ Janke, *op.cit.*, págs. 37 a 40.

⁶⁷ Véase la respuesta de Bhután a los cuestionarios sobre el folclore.

viii) Parásurtirel mercadodeobjetosturísticosderecuerdo, sehanreproducido, imitado y producido en serie objetos artísticos y artesanales (como la cestería, las pequeñas pinturas y tallas) caracterizados por estilos artísticos tradicionales, para crear artículos no tradicionales como camisetas, toallitas, mantelitos individuales, tarjetas, posavasos, termos, calendarios y alfombritas para el ratón de la computadora. Sobran los ejemplos de artículos artesanales que han sido comercializados por terceros de esta manera, como el caso de los *chiva* de Colombia.

ix) La recopilación, el registro y la divulgación e investigación en la cultura de los pueblos indígenas plantea un gran número de problemas para los pueblos afectados. En primer lugar, existe el riesgo de no respetar la confidencialidad entre el nógrafo y la persona entrevistada (aunque esto es poco probable que suceda con los nógrafos profesionales vinculados por códigos de ética profesional). En segundo lugar, la posibilidad de una representación errónea de la cultura tradicional e indígena. Además, puede también plantearse un problema de falta de acceso al material documental para las personas cercanas a la escuela que se involucra en la investigación. Por último, gran parte de la documentación sobre las culturas indígenas y tradicionales se realiza, comercializada y está en manos de personas ajenas a las comunidades indígenas y tradicionales.⁶⁸

x) Encuanto a la imitación de artículos (como las obras de arte y artesanía) de forma fraudulenta y su comercialización como objetos “indígenas”, existen casos de empresas ajenas a las comunidades indígenas o tradicionales que se han servido de este tipo de elaboración de esos objetos. Entre los ejemplos que cabe mencionar figuran las tallas, las telas y otras formas de artes visuales en las que se incorporan motivos o diseños indígenas o tradicionales, y estilos musicales de danza en los que se incorporan material, ritmos, tempos, etc. característicos de las comunidades indígenas o tradicionales.⁶⁹ Como expuso el Grupo de Países de América Latina y el Caribe (GRULAC) en el documento que presentó a examen del Comité Intergubernamental en su primera sesión, los métodos de fabricación y el “estilo” de los productos tradicionales están muy expuestos a la imitación:

“... Sin embargo, varios sectores representativos de comunidades y grupos creadores de manifestaciones tradicionales de arte textil y de artesanía (alfarería, escultura, etc.) han denunciado que sus obras y diseños industriales están siendo objeto de una copia más sutil, pero igualmente perniciosas para sus economías, que la copia o plagio de estilos de arte original. Algunas obras y diseños de productos textiles se producen mediante técnicas tradicionales de considerable antigüedad. Se han producido situaciones en las que personas ajenas al lugar de origen del arte o del diseño han acudido a dicho lugar a fin de aprender métodos tradicionales, para luego reproducirlos en el extranjero de manera artesanal o incluso industrial. En estos casos, los diseños tradicionales se estilizan de manera tal que, aunque no pudiera alegarse una copia de ningún diseño o obra específica, el estilo del producto evoca directamente a los productos originales de la comunidad o región que los creó inicialmente”⁷⁰.

⁶⁸ Janke, Terri, “Our Culture, Our Future” (Informe preparado para el *Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies* y la *Aboriginal and Torres Strait Islander Commission*, 1999), págs. 30a-32; Sandler, *op.cit.*, págs. 53a-56.

⁶⁹ Sandler, *op.cit.*, págs. 46a-48.

⁷⁰ OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, págs. 7 y 8.

xi) También hay casos de uso, divulgación y reproducción no autorizados de material sagrado o secreto, como los textiles sagrados de Coroma (Bolivia)⁷¹, y de canciones sagradas que solo pueden representarse en un lugar concreto y con un fin específico⁷². En Nueva Zelanda, los ancianos maoríes seopusieron a que se filmase una película de Hollywood cerca del monte Taranaki, un volcán activo considerado como una divinidad en la mitología maorí, que lo considera sagrado⁷³.

xii) Otro tanto de problemas culturales y jurídicos ha planteado el uso comercial de palabras de origen indígena por parte de entidades no indígenas, como “tohunga”, “mata nui”, “pontiac”, “cherokee”, “billabong”, “tomahawk”, “bumerán”, “tairona”, “vastu”⁷⁴, “ayurveda”, “gayatri”, “siddhi”, “yoga”, y “rooibos”⁷⁵. En el reciente caso “tohunga”, *Lego*, una empresa danesa de juguetes, se enfrentó con el pueblo maorí de Nueva Zelanda. Varios juguetes de una nueva serie creados por esa empresa fueron bautizados con nombres maoríes y polinesios, en particular “tohunga”, que significa curandero espiritual tradicional. Dado que el problema no estaba relacionado con el registro de marcas, no cabía aplicar la legislación sobre marcas, aún cuando los maoríes consideraban que esos particulares de su idioma eran inadecuados y ofensivos. A raíz de una serie de iniciativas tomadas por grupos maoríes en los que denunciaba la explotación de sus derechos culturales, se supo que *Lego*, aunque alegaba que consideraba no haber hecho nada ilegal, había reconocido la necesidad de tener en cuenta esas reivindicaciones culturales en futuras actividades⁷⁶. Según se ha informado, representantes de grupos maoríes y de *Lego* se han reunido para examinar la posibilidad de elaborar un código internacional de conducta destinado a las empresas de fabricación de juguetes⁷⁷. Recientemente la comunidad maorí ha formulado quejas en relación con el juego Playstation 2 que, a juicio de la comunidad maorí, utilizaba imágenes y patrimonio maorí. Moana Maniapoto, cantante neozelandesa, sostiene que no puede utilizar su propio nombre en un CD y en un concierto en Alemania, ya que el nombre “Moana” ha sido reivindicado como marca por un tercer personaje que actualmente goza de los derechos exclusivos sobre dicho nombre en Alemania⁷⁸.

⁷¹ Lobo, Susan, “The Fabric of Life: Repatriating the Sacred Coroma Textiles”, en *Cultural Survival Quarterly*, verano de 1991, págs. 40 y 41.

⁷² Sandler, *op. cit.*, págs. 41 a 44.

⁷³ Véase “Maori elder stry to scupper Cruise movie”, *Telegraph*, 15 de enero de 2003.

⁷⁴ Véase “War of words: Whose Vastu is it, anyway?”, *Times News Network*, 28 de diciembre de 2002.

⁷⁵ Véase Silver, Bradley “Tempest brew over trademark”, *The National Law Journal*, 14 de octubre de 2002 en la siguiente dirección: www.nlj.com.

⁷⁶ “No se ha impresionado mucho la voluntad de *Lego* de reconocer que se había causado un perjuicio involuntario y de tomar medidas en ese sentido” afirma Andrew Osborn en “Maori win *Legobattle*,” artículo publicado en el número del 31 de octubre de 2001 de *The Guardian*, disponible en la siguiente dirección: <http://www.guardian.co.uk/Archive/Article/0,4273,4288446,00.html>.

⁷⁷ Véase la respuesta de Nueva Zelanda al cuestionario sobre el folclore y la siguiente dirección: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/asia-pacific/1619406.stm>.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, la siguiente dirección: <http://www.law.auckland.ac.nz/learn/legalsys/daviddocs/Class11.doc>.

VI. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LAS
EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES MEDIANTE DERECHOS DE
PROPIEDAD INTELECTUAL CONVENCIONALES Y MEDIDAS Y SISTEMAS
SUI GENERIS

Introducción

95. En resumen, a estas alturas del debate se perciben dos enfoques generales en el Comité en relación con esta cuestión. Varios miembros consideran que las ECT gozan y de la debida protección mediante los derechos de propiedad intelectual, y que quizá habría que añadir a esos derechos medidas específicas para responder a necesidades concretas, y que no es necesario ni adecuado contemplar un sistema adicional y específico de protección. Otros consideran que es necesario establecer sistemas reglamentarios específicos, y se para complementar los derechos de propiedad intelectual ya existentes o para reemplazar esos derechos por estímulos que son una forma adecuada de protección. Estos últimos se denominan en el presente documento medidas y sistemas “*suigeneris*”. Entre quienes opinan que los sistemas de propiedad intelectual convencionales resultan adecuados, puede observarse un tercer enfoque que apoya la utilización adaptada, ampliada o modificada de los derechos de propiedad intelectual existentes cuando sea necesario para satisfacer necesidades específicas.

96. Estos dos enfoques deben estudiarse de forma paralela sin anteponer uno a otro, como ya señalaron varios Estados. Los dos enfoques principales no tienen por qué excluirse mutuamente. Debería adoptarse un doble enfoque, a saber, partir de la base de que varios aspectos principales de las ECT gozan y de protección en virtud de determinados derechos y mecanismos de propiedad intelectual pero puede ser necesario adoptar medidas adicionales para complementar el sistema jurídico vigente y responder a sí lo que se percibe como lagunas de dicha protección. Una de las posibilidades es contemplar un conjunto multifacético de opciones en relación con la protección de las ECT, recurriendo a los derechos de propiedad intelectual y a determinados mecanismos *suigeneris*⁷⁹. En algunos casos, la ampliación o modificación del uso del sistema de derechos de propiedad intelectual ha venido a constituir un puente entre uno y otro enfoque. En sintonía con ese punto de vista, en el presente documento se examinan los derechos ya existentes y los enfoques *suigeneris*.

97. La categoría de derechos de propiedad intelectual analizados son: el derecho de autor; las marcas, incluidas las marcas colectivas y de certificación; las indicaciones geográficas; los diseños industriales; las patentes; la competencia desleal, incluido el fraude de imitación; y la información no divulgada (secretos comerciales).

98. Este análisis de los sistemas convencionales de propiedad intelectual debe completarse con la lectura de “Resúmenes comparativos de las leyes *suigeneris* para la protección de las expresiones culturales tradicionales” (documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3).

Derecho de autor

Las expresiones culturales tradicionales como “producciones del ámbito literario y artístico”

⁷⁹ Documento WIPO/GRTKF/IC/3/17, párrafos 179, 181, 189, 192, 194, 197 y 198.

99. El derecho de autor protege las “obras literarias y artísticas”, como se estipula en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1971 (el Convenio de Berna)⁸⁰. En el Convenio se estipula claramente que todas las producciones de los ámbitos literario, científico y artístico quedan protegidas, y no se permite limitación alguna debido al modo o expresión de dichas obras. En el Convenio se enumeran las obras protegidas; la lista ilustra las obras incluidas en la definición y no es exhaustiva.

100. Gran parte de las expresiones de la cultura tradicional que desean proteger los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales son “producciones en el campo literario, científico y artístico” y, por consiguiente, en principio constituyen materias susceptibles de protección por derecho de autor. Entre los ejemplos de esas producciones están: la música y las canciones, la danza, las obras de teatro, las historias, las ceremonias y los rituales, los dibujos, las pinturas, las talladas, la alfarería, los mosaicos, la banistería, la forja, la joyería, la cestería, las obras de costura, los textiles, los tapices, los trajes, los instrumentos musicales, la arquitectura, la escultura, el grabado, la artesanía, la poesía y los diseños.

101. El derecho de autor (los derechos patrimoniales a impedir o autorizar, entre otras cosas, la reproducción, adaptación y comunicación al público y a terceros, y los derechos morales de atribución e integridad) parece ser el medio adecuado para responder a muchos de los objetivos y necesidades expresados por los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales. La posibilidad que se estipula en virtud del derecho de autor de recibir compensación por el uso de las ECT, yasea mediante el pago de regalías o mediante el pago de daños y perjuicios por infracción, responde también a determinados objetivos y necesidades.

Limitaciones en el uso del derecho de autor

102. Ahora bien, ¿protege el derecho de autor adecuadamente a las ECT? Varios Estados, comunidades indígenas y locales, así como otros sectores interesados, consideran que varios aspectos de la legislación de derecho de autor obstaculizan el potencial de ese instrumento en lo que se refiere a la protección de las expresiones culturales tradicionales⁸¹. Se han señalado las siguientes limitaciones de la legislación de derecho de autor:

⁸⁰ Artículo 2.1) del Convenio de Berna: “Los términos obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo al cinematográfico, las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias”. Véanse también los Artículos 2.3), 2.4) y 2.5), en los que se contemplan la protección de otros tipos de obras.

⁸¹ Documento OMPI/GRTKF/IC/1/5 (documento presentado por el Grupo de Países de América Latina y el Caribe (GRULAC)); Documento WIPO/GRTKF/IC/3/11 (documento presentado por la Comunidad Europea y sus Estados miembros); Respuestas al cuestionario sobre la protección del folclore (OMPI/GRTKF/IC/2/7) y el cuestionario sobre la protección del conocimiento tradicional (OMPI/GRTKF/IC/2/5) de Australia, Bhután, Filipinas, Hungría,

[Siguela nota en la página siguiente]

a) El derecho de autor protege exclusivamente las obras originales y gran parte de las producciones literarias y artísticas tradicionales no son originales. Por ejemplo, en su respuesta al cuestionario sobre la protección del folclore, Hungría dijo lo siguiente: no se puede “equiparar las expresiones del folclore a obras de paternidad, por cuanto su principal característica es el hecho de reflejar la personalidad singular de un autor sin la representación inmutable de las características del dominio público cultural”⁸².

b) El derecho de autor requiere la identificación del creador individual o creadores conocidos. Ahora bien, resulta difícil, cuando no imposible, identificar a los creadores de expresiones culturales tradicionales pues esas expresiones constituyen creaciones colectivas y/o porque a veces se desconoce el autor. Como afirman la Comunidad Europea y sus Estados miembros en el documento “Expresiones del folclore”, que sometieron a examen del Comité en su tercer sesión: “el derecho de autor se basa en la identificación de la persona creadora de la obra, mientras que el folclore se distingue por el anonimato del creador de la tradición por el hecho de que la tradición es atributo de una comunidad”⁸³.

c) El concepto de “titularidad” de la legislación de derecho de autores incompatible con las leyes y los sistemas consuetudinarios. El derecho de autor confiere derechos de propiedad exclusiva a los individuos, mientras que los autores indígenas deben atenderse a normas, reglamentos y responsabilidades complejas que se prestan a más derechos de uso y gestión, que son de índole comunal⁸⁴. Así se refiere a la compleja tramada de derechos que regulan la producción de material cultural indígena, un artista indígena, en el caso australiano *M*, Payunka, Marika and Others* contra *Indofurn Pty Ltd*⁸⁵:

“Como artista, aunque haya obtenido protección por derecho de autor para una obra de arte específica en virtud de la legislación occidental, en lo que se refiere a las leyes aborígenes, no tengo derecho a utilizar imágenes o historias así es a utilización puede ir en detrimento del derecho de los demás miembros de la comunidad Yolngu (su clan) que pueden tener un interés directo e indirecto en esas obras. Por consiguiente, recibo en custodia la imagen en nombre de los demás miembros de la comunidad Yolngu que pueden tener interés sobre la historia”⁸⁶.

(También conocido como casos de los tapices, es uno de los casos estudiados en nombre de la OMPI por Terri Janke en el documento “Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions”. Estos estudios pueden consultarse en la siguiente dirección: <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>).

[Continuación de la nota de la página anterior]

Indonesia, Islas Salomón, Noruega, Nueva Zelandia, Panamá, Perú, República de Corea, Samoa, Singapur, Viet Nam y otros.

⁸² Respuesta de Hungría al cuestionario sobre el folclore, pág. 2. Todas las respuestas pueden consultarse en la siguiente dirección: <<http://www.wipo.int/globalissues/questionnaires/ic-7/index.html>>.

⁸³ Documento WIPO/GRTKF/IC/3/11, pág. 3.

⁸⁴ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/11, pág. 3; McDonald, pág. 45.

⁸⁵ (1994) IPR209.

⁸⁶ Pág. 215, citado en McDonald, *ibid.*

McDonald expone muy claramente la naturaleza de la titularidad de los derechos culturales en virtud de las leyes consuetudinarias: la "titularidad" consuetudinaria se asemeja a los derechos que tienen empleados sobre las obras que crean en el marco del contrato de empleo (ese ejemplo hace referencia a las jurisdicciones en las que se estipula la atribución del derecho de autor al empleador sobre toda obra creada por el empleado). En sentido amplio, se "faculta" al empleado a crear obras cuyo "titular" será el empleador; se entiende que los empleados sólo pueden utilizar o crear la obra de conformidad con la autoridad que le confiere el empleador⁸⁷.

La divergencia entre lo que se viene a llamar "titularidad" en el sentido del derecho de autor y los derechos y responsabilidades comunales sobre el "uso" tienen mucha importancia en casos como la concesión de licencias. En virtud de la legislación de derecho de autor, el titular indígena del derecho de autor tiene la facultad de conceder licencias o ceder sus derechos a terceros pero puede que no sea ese el caso en virtud de la normativa consuetudinaria. El caso australiano *Yumbulul* contra *Reserve Bank of Australia*⁸⁸ ilustra muy bien esta cuestión.

d) El requisito de fijación que se estipula en el derecho de autor impide la protección de expresiones intangibles y orales de la cultura, como la danza y las canciones, a menos que estén fijadas en algún tipo de soporte. Puede incluso que determinadas expresiones "fijadas" no reúnan el requisito de fijación necesario, como la pintura facial y corporal⁸⁹.

e) Se arguye que la limitación del plazo de protección en virtud del derecho de autor es inadecuada en lo que respecta a las expresiones del folclore y las culturas tradicionales. En primer lugar, se pasa por alto la necesidad de proteger de forma perpetua las expresiones del folclore. Además, esa limitación del plazo de protección requiere la certidumbre en cuanto a la fecha de creación de la primera publicación de la obra, fecha que se desconoce en el caso de las expresiones culturales tradicionales⁹⁰.

El requisito de originalidad

103. Aunque en el Convenio de Berna no se estipula de forma explícita, del Artículo 2.1) se desprende que para quedar protegidas, las obras deben ser creaciones intelectuales, requisito que confirma el uso de esas mismas palabras en el Artículo 2.5). De ahí que en un gran número de leyes nacionales se estipule que las obras deben ser "originales". Ahora bien, como ya se ha señalado, varios Estados y otras entidades consideran que ese requisito impide la protección de las expresiones del folclore mediante el derecho de autor.

104. Pero, ¿qué se entiende realmente por "originalidad"? Ese término no está definido en los tratados internacionales existentes en ese ámbito, y no suele estar definido en las leyes nacionales. Se considera, antes bien, una cuestión que compete a los tribunales a la hora de

⁸⁷ McDonald, pág. 46.

⁸⁸ (1991) 21 IPR 481.

⁸⁹ Véase también McDonald, pág. 42 y Ellinson, Dean "Unauthorised Reproduction", UNSW Law Journal, 1994, pág. 333.

⁹⁰ Respuestas al cuestionario sobre la protección del folclore (OMPI/GRTKF/IC/2/7) y al cuestionario sobre la protección del conocimiento tradicional (OMPI/GRTKF/IC/2/5) de Hungría, Nueva Zelanda, Noruega y Vietnam; documento WIPO/GRTKF/IC/3/11 (documento presentado por la Comunidad Europea y sus Estados miembros), pág. 3.

examinar casos concretos. No obstante, no parecen sino un modelo que se llama “novedad” en la legislación sobre patentes. Aunque puede haber diferencias entre los sistemas de Derecho codificado y los sistemas de Derecho anglosajón sobre esta cuestión, cabe afirmar que en ambos sistemas jurídicos se considera que una obra es “original” si entraña cierto grado de esfuerzo intelectual y no constituye una copia de la obra de terceros⁹¹.

105. Al menos en lo que se refiere a las jurisdicciones de Derecho anglosajón, para satisfacer el requisito de originalidad se exige un nivel relativamente bajo de creatividad. Así pues, el requisito de originalidad no tiene por qué representar un obstáculo insuperable en relación con las formas contemporáneas de expresión de la cultura tradicional, al ser nuevas producciones realizadas por las actuales generaciones de la sociedad e inspiradas o basadas en diseños indígenas o tradicionales existentes. Los casos expuestos por Australia en su respuesta al cuestionario sobre la protección del folclore son un buen ejemplo a este respecto. Véase, por ejemplo, el caso *M*Pa yunka, Marika and Others* contra *Indofurn Pty Ltd*⁹², en el que el tribunal no tuvo dificultad alguna para hacer valer que las obras de arte en cuestión eran originales:

“Aunque las obras de arte presentan la forma tradicional aborigen y están basadas en sueños, cada una se caracteriza por un detalle y complejidad intrínsecos, señal de grandes dotes técnicas y de originalidad”⁹³.

106. Aunque los casos australianos mencionados tienen que ver con las artes visuales, no hay razones para pensar que se obtendrían otros resultados en otros ámbitos, como la música. Poca importancia parece tener que el autor de dicha obra se haya atenido a las normas consuetudinarias al momento de determinar cómo, cuándo y con qué fines se creó la obra; desde un punto de vista independiente, y sobre la base del paradigma del derecho de autor, la obra puede considerarse “original”.

107. Por consiguiente, cabe afirmar que, al menos en lo que respecta a las jurisdicciones de Derecho anglosajón, las expresiones contemporáneas del folclore que se inspiran o están basadas en el folclore ya existentes son suficientemente originales, por lo que pueden gozar de protección por derecho de autor, siempre que se añada una nueva expresión que trascienda la mera reproducción de la forma tradicional de expresión.

108. En la legislación no hay diferencias en función de la identidad del autor, es decir que el requisito de originalidad puede satisfacerse sea o no el autor de la expresión contemporánea del folclore miembro de la comunidad cultural en la que se generó la tradición. Es posible que perjudicaría a las comunidades indígenas y tradicionales, que quizás deseen restringir la posibilidad de que personas ajenas a sus comunidades gocen de protección por derecho de autor para las creaciones originadas en dicha comunidad cultural. Esto plantea importantes

⁹¹ Paley y Verhulst, pág. 28; Goldstein, P., pág. 161; véase también Ricketson, S., “The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986” (Londres, 1987), págs. 228a-234.

⁹² (1994) 30 IPR 209. Este caso se conocía también con el nombre de caso de los tapices. Es uno de los casos reseñados en los estudios realizados en nombre de la OMPI por Terri Janke con el título “Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions”, disponible en la siguiente dirección:
<http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

⁹³ (1994) 30 IPR 209, pág. 216.

cuestiones de política relativas al intercambio cultural, la diversidad cultural y otros objetivos de política cultural y de propiedad intelectual. Puede resultar preferible hallar medios para que dicha persona adquiere ciertas obligaciones en relación con la comunidad vinculada a su derecho de autor (como el reconocimiento expreso y/o la distribución de beneficios derivados de la explotación del derecho de autor y/o el respeto de alguna forma de derechos morales sobre la utilización de las tradiciones).

109. La cuestión es más compleja cuando se trata de imitaciones no originales o de meras recreaciones del folclore existente, que probablemente no cumplen el requisito de “originalidad”. Esas obras forman parte del dominio público de la perspectiva del sistema de derecho de autor. Por ejemplo, en su respuesta al cuestionario sobre la protección del folclore, de 2001, Hungría expuso un ejemplo de jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la naturaleza de la protección concedida a las expresiones del folclore, a saber:

“En 1977, el Tribunal Supremo había dictaminado fallos sobre la cuestión de si el “autor” conocido de un “cuento popular” había o no creado una obra individual y original. El Tribunal consideró que, como en el caso de los cuentos populares, la originalidad y paternidad debían juzgarse según las reglas específicas de la poesía popular. A ese respecto, era importante tener en cuenta la constante variación de los cuentos populares: éstos se transmiten y conservan oralmente por lo que están expuestos a continuas modificaciones. Los narradores de cuentos no pueden beneficiarse de protección por derecho de autor si su función en la elaboración de cuentos no excede en los marcos tradicionales de la narración de cuentos”.

110. Análogamente, Kutty informó de un caso en Indonesia en relación con la máscara de madera decorada que llevan los bailarines indonesios, que se fabrica y comercializa en el mercado extranjero. Dos grupos comerciales comercializaban esos objetos artísticos. La feroz competencia entre las dos compañías llevó a una de las partes a reivindicar el derecho de autor sobre la máscara en cuestión. La parte afectada se opuso a la petición de la primera compañía. El caso se saldó con el reconocimiento del derecho de autor sobre la máscara por considerarse que es una creación artística que pertenece al pueblo de Indonesia⁹⁴.

111. Como se ha observado anteriormente, que el Estado debe ofrecer un cierto grado de protección a ese material que forma parte del dominio público es, ante todo, cuestión de enfoque político.

112. El Estado tiene la posibilidad de examinar de qué forma han enfocado la cuestión de la originalidad los sistemas *sui generis* existentes. Por lo general, esos sistemas no se conciben como parte del derecho de autor *stricto sensu* y no exigen el requisito de originalidad. Por ejemplo, en las Disposiciones Tipo de 1982 no se hace referencia alguna al requisito de originalidad; de ahí que un gran número de legislaciones nacionales de derecho de autor que han aplicado esas disposiciones no estipulan tampoco ese requisito. Análogamente, ni la legislación de Panamá ni el marco regional de protección del conocimiento tradicional y las expresiones culturales formulado por los países insulares del Pacífico, se estipulan requisitos al guano en materia de originalidad.

⁹⁴ Kutty, P. V., “Study on the Protection of Expressions of Folklore,” estudio elaborado para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Disponible como documento WIPO/GRTKF/Study1 y en la siguiente dirección: <http://www.wipo.int/globalissues/cultural/index.html>.

El requisito de identificación del autor

113. El derecho de autor no sólo protege a los creadores individuales, sino también a los grupos de creadores. De hecho, hoyes bastante frecuente que en una obra individual protegida por derecho de autor haya intervenido más de una persona. En una única producción puede haber varias formas de derecho de autor en manos de diferentes partes. Ahorabien, la legislación de derecho de autor estipula la necesidad de que el creador o los creadores puedan ser identificados. Cuando más de un autor contribuye a la expresión original con intención de fundir sus contribuciones en un conjunto unitario, pueden considerarse “coautores” en numerosas jurisdicciones y cada uno de ellos se considera como titular del derecho de autor. En otros casos, en los que existen varias obras separadas combinadas en una única producción, cada uno de los distintos creadores puede ser titular de un derecho de autor independiente en relación con su contribución. Distintas formas de derecho de autor, cuya titularidad pertenecerá a distintos países, pueden ser inherentes a una producción. En cada uno de estos casos, los autores individuales conservan su propio derecho de autor, a menos que los autores se organicen como persona jurídica (lo que, en el caso de las ECT, puede ser una asociación, una empresa, una sociedad fiduciaria u otra entidad jurídica que represente a un tribu o a una comunidad cultural). En las jurisdicciones en las que el derecho de autor beneficia al empleador, si las personas que contribuyen a la obra son empleados que crean en el marco de su empleo, el empleador será titular del derecho de autor en primer instancia, en lugar de las personas en cuestión. Del mismo modo, habida cuenta de que la persona jurídica que representa a la comunidad social emplea a los autores, la persona jurídica (asociación, sociedad fiduciaria, etc.) podrá ser el titular del derecho de autor.

114. En lo tocante a las nuevas expresiones culturales, en la mayoría de los casos se puede identificar al creador o creadores, por lo que se suele satisfacer el requisito. Unavez más, los casos australianos ilustran bien esta cuestión. En los casos en los que no puede identificarse al creador, como en el caso del folclore existente, la cuestión se complica y es probable que no se obtenga protección por derecho de autor. Ahorabien, en lo que se refiere a la legislación de derecho de autor, en algunos casos se ha hecho gala de bastante creatividad para responder al requisito de “identificación del autor”. Por ejemplo, en el Artículo 7.3) del Convenio de Berna se estipula la protección de las obras anónimas y seudónimas. Ahora bien, de la última frase del artículo se desprende que esa forma de protección no se aplica tanto al folclore existente, a saber:

“Los países de la Unión no están obligados a proteger las obras anónimas y seudónimas cuando hay motivos para suponer que su autor está muerto desde hace 50 años”.

115. Así pues, en el requisito de identificación del autor se aparta de la existencia de un “autor”. Aunque cabría aducir que parte de las ECT existentes fueron creadas por un “autor” en un momento dado, en la mayor parte de los casos, lo más probable es que no hubieran ni haya “autor” desde el punto de vista del derecho de autor. Por consiguiente, en el caso de las ECT existentes, no se trata por lo general de obras verdaderamente anónimas, en el sentido de que existe un autor pero se desconoce su identidad. En un gran número de expresiones de la cultura tradicional, la paternidad no es lo suficientemente clara como para que dichas expresiones se recojan en la legislación de derecho de autor. Ahorabien, para la protección de las obras de autor desconocido, caberemitirse al Artículo 15.4) del Convenio de Berna.

116. Para los Estados, decidir si los grupos de individuos desconocidos pueden o no adquirir y ejercer el derecho de autor o derechos similares sobre expresiones culturales tradicionales es una cuestión de enfoque y opción política. Contemplar esa posibilidad en el contexto general de la legislación de propiedad intelectual es posible, como se desprende de los sistemas *sui generis* existentes:

a) En las Disposiciones Tipo de 1982 se reconoce la posibilidad de obtener derechos colectivos comunitarios. Al tratarse de un sistema *sui generis* y no de un sistema de derecho de autor, no se hace referencia a los "autores" de las expresiones del folclore. Ni siquiera se hace referencia directa a los "titulares" del folclore. Antes bien, se estipula que la autorización para utilizar las expresiones del folclore debe solicitarse a una entidad (la "autoridad competente") establecida por el Estado (esa opción induce a pensar que el Estado es el "autor" y/o el "titular" de los derechos sobre las expresiones) o la "comunidad concernida" (Artículo 10). En resumen, en las Disposiciones Tipo no se exige que el "autor" o los "autores" sean identificables.

b) Análogamente, en la Ley Tipo de Túnez de Derecho de Autor se estipula, en lo que se refiere a las obras del folclore nacional (en contraposición a las obras derivadas del folclore), que los derechos concedidos sobre el folclore serán ejercidos por una autoridad designada por el Gobierno (Artículo 6).

c) En la legislación de Panamá se estipula la protección de los "derechos colectivos de los pueblos indígenas", y se dispone que las solicitudes de registro de esos derechos serán efectuadas por "los respectivos congresos generales o la autoridad tradicional indígena".

d) En la Ley Tipo del Pacífico Sur se confieren "derechos culturales tradicionales" a los "titulares tradicionales", entendidos como grupo, clan o comunidad, o a un individuo reconocido por un grupo, clan o comunidad como persona a la que se confía la custodia o la protección de las expresiones culturales de conformidad con las leyes y prácticas consuetudinarias de ese grupo, clan o comunidad. Esos derechos se añaden y no afectan a ningún derecho de propiedad intelectual existentes sobre las expresiones culturales.

117. Ahora bien, aunque desde el punto de vista jurídico es posible establecer mecanismos que permitan conferir derechos a las comunidades o al Estado (eludiéndose así la necesidad de identificar el "autor"), la eficacia de esas disposiciones depende de consideraciones prácticas, como la capacidad de organización de las comunidades, su conocimiento de las leyes y sus acceso a las mismas, los recursos de que dispongan para gestionar y hacer valer sus derechos, etc. A este respecto, la gestión colectiva puede desempeñar una función importante.

Conceptos de "titularidad"

118. Con este título se alude a la relación que existe entre un artista/autor individual y tanto que titular del derecho de autor, y el artista individual como miembro de una comunidad indígena. La diferencia de enfoque de la "titularidad" entre la legislación de derecho de autor, por un lado, y las leyes y protocolos consuetudinarios, por otro, reviste importancia práctica, en particular, en los casos en los que el artista indígena se beneficia y está sujeto a las normas relativas al derecho de autor a la vez que tiene la obligación de atender a normas consuetudinarias. Los derechos de propiedad intelectual confieren derechos privados de propiedad, mientras que en el enfoque consuetudinario, ser "propietario" no significa necesariamente o exclusivamente "titular" en el sentido occidental no indígena. Desde una óptica consuetudinaria se entiende más bien una responsabilidad para con la cultura tradicional antes

delmeroderechoaexcluideterminadosusosportercerosdelasexpresionesdelacultura tradicional, enfoque más propio de la naturaleza de un gran número de sistemas de derechos de propiedad intelectual ⁹⁵.

119. El conflicto entre los derechos privados de titularidad en virtud del derecho de autor y la titularidad comunal de los artistas y sus comunidades ha sido objeto de atención en el plano judicial. En el caso australiano *Yumbulul* anteriormente mencionado, el tribunal dedujo en conclusión lo siguiente: “el reconocimiento oficial de los intereses comunitarios aborígenes en la reproducción de objetos sagrados es una cuestión que debe ser debidamente estudiada por los encargados de enmendar las leyes y los legisladores” ⁹⁶.

120. Esta cuestión se abordó concretamente en uno de los casos que expuso Australia en su respuesta al cuestionario sobre el folclore de 2001, a saber, el caso *John Bulun Bulun* contra *R and T Textiles* ⁹⁷. Lo que nos importa en estos casos es la demanda que interpuso la comunidad a la que pertenecía el artista en el sentido de que dicha comunidad controlaba de hecho el derecho de autor sobre la obra de arte, y que los miembros de dicha comunidad eran los beneficiarios de la creación de la obra de arte por el artista, que era un depositario en nombre de la comunidad. Por consiguiente, reclamaban que se les otorgara cierta forma de derecho colectivo en relación con el derecho de autor sobre la obra, independientemente de la cuestión de la paternidad. A título de observación incidental, el Tribunal consideró que el artista tenía un deber fiduciario para con los miembros de su comunidad. Aunque quedó facultado a seguir explotando la obra artística en beneficio propio, había un deber fiduciario, el artista tenía la obligación de abstenerse de tomar toda medida que pudiera perjudicar los intereses comunales de la comunidad sobre la obra de arte. Golvan *añade*:

“[El Tribunal] observó que el artista había tomado las medidas adecuadas y que, de no haberlo hecho, el clan hubiera podido exigir que se aplicaran remedios de equidad. Así pues, si el artista no hubiera tomado las medidas necesarias se hubiera buscado soluciones de equidad para los beneficiarios, autorizando a estos últimos a interponer una demanda en su propio nombre contra el infractor y el titular del derecho de autor. En esas circunstancias, la ley impondría un fideicomiso al titular legal del derecho de autor a favor del clan a título de beneficiarios” ⁹⁸.

121. Esta cuestión merece un examen más detenido. Muchos consideran que hay que encontrar la forma de conciliar la protección por derecho de autor con las responsabilidades consuetudinarias. Las divergencias entre la legislación de propiedad intelectual y las leyes y protocolos consuetudinarios son uno de los motivos por los que se han creado sistemas *sui generis*. En la legislación de Panamá y la Ley sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Ley de la República N.º 8371), de octubre de 1997, de Filipinas se hace una referencia directa al Derecho consuetudinario.

⁹⁵ Véase Janke, *op.cit.*, pág. 44.

⁹⁶ Pág. 492.

⁹⁷ (1998) 41 IPR 513. Estos casos figuraron también entre los casos estudiados por Terri Janke en su estudio “Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions”, encargado por la OMPI y pronto disponible en la siguiente dirección: <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

⁹⁸ Golvan “Aboriginal Art and Copyright: An Overview and Commentary Concerning Recent Developments”, E.I.P.R., 1999, pág. 602.

122. No obstante, no falta quienes consideran que es una cuestión sólo pertinente en relación con los pueblos y comunidades indígenas que se rigen por leyes consuetudinarias y que no están en conflicto con las normas de propiedad intelectual. Además, creer que existe una forma genérica de sistemas colectivos/comunitarios basados en la costumbre podría inducir a error pues se pasaría por alto la gran diversidad de sistemas tradicionales de propiedad, muchos de los cuales son sumamente complejos⁹⁹.

123. Cabría quizás aducir que las normas consuetudinarias no deben enfocarse de forma diferente a las normas de otras leyes no relacionadas con la propiedad intelectual que parecen estar en conflicto con las normas de propiedad intelectual. Por ejemplo, las leyes de moralidad pública prohíben la publicación de fotografías pornográficas; sin embargo, en virtud de la legislación de derecho de autor se concede al autor derechos sobre la reproducción y publicación de las fotografías. Ahora bien, no hay conflicto alguno en este sentido, por cuanto el derecho de autor no concede al titular la facultad de ejercer derechos; antes bien, autoriza al titular del derecho a impedir que terceros ejerzan los derechos (o a autorizar el ejercicio de los mismos). La facultad del titular del derecho de ejercer sus derechos puede depender de otras leyes, como se desprende claramente del Artículo 17 del Convenio de Berna:

“Las disposiciones del presente Convenio no podrán suponer perjuicio, cualquiera que sea, al derecho que corresponde al gobierno de cada país de la Unión de permitir, vigilar o prohibir, mediante medidas legislativas de política interior, la circulación, la representación, la exposición de cualquier obra o producción respecto a la cual la autoridad competente hubiere de ejercer el derecho”.

124. Así pues, por analogía, cabe aducir que no hay “conflicto” entre el derecho de autor y las leyes consuetudinarias pues, en caso de que las leyes consuetudinarias se reconozcan con esos fines en la legislación nacional, el derecho de autor no facultaría ni obliga a un artista tradicional a contravenir sus responsabilidades consuetudinarias.

125. Como se señala en el informe final sobre experiencias nacionales, estas cuestiones serán abordadas en un estudio que realice la Secretaría de la OMPI, estudio que fue aprobado por el Comité en su tercer sesión. La finalidad de dicho estudio será determinar qué circunstancias y en qué medida puede ser necesario que el derecho de autor y otras formas de protección que se aplican a las expresiones culturales estén en cuenta en las leyes y protocolos consuetudinarios. Las enseñanzas que se obtengan sobre la base de este estudio se integrarán en el programa de cooperación jurídica -técnica emprendido por la Secretaría de la OMPI y en el “Manual Práctico de la OMPI sobre la Protección Jurídica de las Expresiones Culturales Tradicionales”.

El requisito de fijación

126. De conformidad con los principios generales internacionales, el derecho de autor protege tanto las obras orales como las obras escritas. En el Artículo 2.1) del Convenio de Berna se estipula que, entre los tipos de producciones protegidas por derecho de autor, están “las conferencias, alocuciones, sermones, y otras obras de la misma naturaleza”. Aunque las palabras “de la misma naturaleza” limiten el tipo de obras orales que pueden protegerse a las

⁹⁹ Dutfield, “Protecting Traditional Knowledge and Folklore” proyecto, (UNCTAD/ICTSD), pág. 14.

obra similar a las conferencias, las allocuciones y los sermones, en el Artículo 2.2) del Convenio se aclara que no hay obligación de que en las leyes nacionales se estipule, como condición general para gozar de protección, la fijación en un soporte material.

127. Sin embargo, un gran número de leyes nacionales, en particular las de los países de Derecho anglosajón, estipulan este requisito por considerar que la fijación es una prueba de la existencia de la obra y constituye una base más clara y definida en lo relativo a los derechos. Ahora bien, ningún tratado estipula este requisito y en un gran número de países no se exige la fijación; entre estos países se encuentran España, Francia y Alemania y otros países de Derecho codificado de América Latina y otros continentes.

128. Por consiguiente, la fijación no es un requisito obligatorio de la legislación de derecho de autor y los Estados tienen la facultad de estipular que todas las obras, en general, o las expresiones culturales tradicionales, en particular, no precisan estar fijadas en un soporte material para gozar de protección. Este es el caso, por ejemplo, de la Ley Tipo de Túnez de 1976, en la que se excluye la posibilidad de exigir la fijación de las obras del folclore. Los legisladores consideraban que, por su naturaleza, las obras del folclore suelen ser obras orales de las que no hay constancia escrita por lo que pedirse que estén fijadas como condición para gozar de protección comprometería la posibilidad de obtenerse una protección y, conforme a los comentarios sobre la Ley Tipo, en 1982, en la Ley de Panamá, en la Ley Tipo del Pacífico Sur. De todo modos, cuando existe el requisito de fijación, el problema sólo afecta a las expresiones intangibles del folclore. Por otra parte, sin algún tipo de fijación, cabe el riesgo de que a un mayor número de personas se apropien de expresiones culturales tradicionales (no obstante, en el presente documento se sostiene asimismo que la simple documentación de las ECT no resultaría apropiada como estrategia de propiedad intelectual destinada a proteger mediante el derecho de autor a las ECT).

Plazo limitado

129. El plazo de protección por derecho de autor suele ser de 50 años contados a partir de la muerte del autor o de 70 años en algunas jurisdicciones. En el Convenio de Berna se estipula un plazo mínimo de protección de 50 años y se reserva al país el libre albedrío de prever plazos de protección más largos. Ahora bien, se considera que uno de los elementos del sistema de derecho de autor es que el plazo de protección no es indefinido; se parte de un plazo de protección limitado de modo que, al largo plazo, las obras pasen a formar parte del dominio público. Ahora bien, gran parte de los pueblos indígenas y comunidades tradicionales desean gozar de protección indefinida, por lo menos en lo que respecta a determinados aspectos de las expresiones culturales tradicionales y, en ese sentido, el sistema de derecho de autor no responde a sus aspiraciones.

130. La protección indefinida no es un concepto nuevo desde el punto de vista de la legislación de propiedad intelectual¹⁰⁰, y los Estados son libres de establecer sistemas que

¹⁰⁰ La protección de las marcas y de las indicaciones geográficas puede ser indefinida (con sujeción a determinadas condiciones). En la decisión que tomó en su día la Cámara de los Loes en el caso *Millar contra Taylor* (4 Burr. (4ª edición) 2303, 98 Eng. Rep 201 (K.B. 1769)) se estipuló un plazo perpetuo de protección por derecho de autor, aunque dicho principio quedó anulado a raíz de otras sentencias que se pronunciarían posteriormente.

contemplenciertaformadeprotecciónindefinidadelasproduccionesliterariasyartísticas, aunqueesopodríagenerarciertogradodeconflictoconlapóliticageneralylOSSsupuestos jurídicosobreelderechodeautor. En laspropiasDisposicionesTipode 1982noseestipula plazoalgunoylomisimocabedecirdelaslegislacionesdePanamáydelaLeyTipodel PacíficoSur. EnloquerespectaalosEstados,adoptaronoeseenfoqueesunacuestiónde política.

Elderechodeautorylaprotecciónpreventiva

131. Aunque los puntos de vista expuestos hasta ahora apuntan más a la incapacidad del derecho de autor de suministrar protección concreta, hay quien aduce que la legislación de derecho de autor vigente adolece de algunas que limitan la capacidad de los miembros de comunidades indígenas y tradicionales de impedir el uso de sus producciones literarias y artísticas por terceros (es decir, que la legislación de derecho de autor no ofrece protección “preventiva” en el sentido descrito anteriormente).

a) En el sistema de derecho de autor se considera que las expresiones del folclore forman parte del dominio público pero, aunque no se pertenezca a una comunidad indígena o tradicional, se puede adquirir el derecho de autor en relación con “nuevas” expresiones folclóricas o expresiones folclóricas incorporadas en obras derivadas, como las adaptaciones y los arreglos musicales.

b) Incluso en lo que respecta a las expresiones culturales tradicionales contemporáneas que son tan protegidas por derecho de autor, las excepciones que se autorizan en virtud del derecho de autor pueden ir en detrimento de los derechos otorgados por las leyes y los protocolos consuetudinarios; por ejemplo, en las leyes nacionales de derecho de autor suele estipularse que las expresiones culturales o artesanales o artísticas expuestas con carácter permanente en lugares públicos pueden ser reproducidas en fotografías, dibujos y por otros medios sin autorización previa. Se ha señalado que los artistas indígenas y tradicionales no siempre están al tanto de las consecuencias que entraña la exposición pública de determinadas obras¹⁰¹. Análogamente, en las legislaciones nacionales de derecho de autor suele autorizarse a los archivos y bibliotecas públicas y otras entidades de esa índole a realizar reproducciones de obras literarias y artísticas y ponerlas a disposición del público. Ahora bien, en lo que se refiere a las expresiones culturales tradicionales protegidas por derecho de autor, es posible plantearse problemas para los derechos culturales e indígenas. Por otra parte, ¿por qué no estarían sujetas las expresiones culturales tradicionales contemporáneas protegidas por derecho de autor a las mismas limitaciones y excepciones que las demás obras protegidas por derecho de autor?;

c) La protección por derecho de autor no se aplica al “estilo” o método de elaboración; sin embargo, el método de elaboración y el “estilo” de los productos tradicionales están particularmente expuestos a la imitación¹⁰²;

d) Las medidas de subsanación previstas en la legislación vigente no siempre son apropiadas para disuadir infracciones en el uso de las obras protegidas por derecho de autor de

¹⁰¹ McDonald, I., “Protecting Indigenous Intellectual Property (Australian Copyright Council, Sydney, 1997, 1998), pág. 44.

¹⁰² OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, págs. 7 y 8.

los artistas indígenas, y no siempre prevén una compensación por daños y perjuicios equivalente al grado del daño cultural y no económico ocasionado por la infracción.

132. Quizás sea necesario analizar más detenidamente esta cuestión para aclarar y examinar opciones concretas en relación con los aspectos de la legislación y prácticas vigentes de derecho de autor que se consideran incompatibles o perjudiciales en lo que respecta a los derechos, responsabilidades y prácticas indígenas o consuetudinarios.

133. Encuanto al estilo y método de elaboración, la protección por derecho de autor no abarca los aspectos utilitarios, los conceptos, los elementos simbólicos y otros elementos originales, los colores, la materia y las técnicas utilizadas para crear la obra. Se trata de un principio fundamental bien arraigado en la legislación de derecho de autor de todos los países. Como se aclara en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), existen límites en lo que puede protegerse por derecho de autor, a saber: “La protección del derecho de autor abarca sólo las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”. Por consiguiente, el derecho de autor autoriza la imitación de los elementos no originales o las ideas y conceptos subyacentes a las obras, que es una práctica generalizada pues la creatividad se sustenta y se inspira en otras obras. Los Estados Unidos han señalado en sus comentarios sobre el documento WIPO/GRTKF/IC/4/3, que, en virtud de la legislación de los Estados Unidos, los elementos de estilo pueden protegerse en la medida en que un estilo incorpore expresiones originales.

134. De ahí que, aun cuando el derecho de autor se aplica a las nuevas expresiones culturales basadas en la tradición, no podría impedirse por sí que el “estilo” tradicional de la obra protegida sea copiado. A este respecto pueden ser más útiles otras ramas de la legislación de propiedad intelectual, como la legislación en materia de competencias de lealtad o ilícito de imitación fraudulenta que contempla el Derecho anglosajón, aunque se dispone de poca experiencia en la aplicación de esos conceptos a la imitación de estilos indígenas. Esta cuestión se examina en otras secciones del presente documento. Esto puede relacionarse con la protección de un estilo *per se*, como objeto de protección, o como la protección de una connotación o representación que puede inducir a engaño que se base en la utilización de un estilo o un imaginario o símbolos distintivos. Esta cuestión se examina con más detalle a continuación (véase el párrafo 202).

135. Esos problemas podrían examinarse también en el marco de sistemas *suigeneris*, en caso de que el Estado opte por establecer un sistema de esa índole. También podrían dar lugar a una enmienda específica de la ley nacional de derecho de autor, aunque otorgar una protección especial al “estilo” de las expresiones culturales tradicionales y no hacer lo mismo con el estilo de (otras) obras plantea un problema de orden jurídico y político.

136. Habida cuenta de que esos problemas derivan de las importantes divergencias que existen entre las formas consuetudinarias de “propiedad” y los derechos de propiedad intelectual, se abordarán en el estudio que la Secretaría de la OMPI ha previsto solicitar a ese respecto, como ya se ha mencionado.

Conclusiones

137. Los requisitos de originalidad y de identificación del autor que estipula la legislación de derecho de autor no parecen impedir que las generaciones actuales obtengan protección para las expresiones culturales basadas en la tradición (conocidas como expresiones culturales

contemporáneas basadas en la tradición), sean o no obras de miembros de comunidades indígenas y tradicionales. En cuanto al requisito de fijación, en la medida en que se estipula en determinadas leyes nacionales, impide la protección de expresiones culturales contemporáneas intangibles (como la música, el baile y los rituales), a menos que estén fijadas en alguna forma de soporte .

138. Por consiguiente, a modo de conclusión, cabe afirmar que la protección por derecho de autor se aplica a las expresiones culturales tradicionales, contemporáneas y tangibles. Los casos de Australia y el Canadá ejemplifican este hecho ¹⁰³. Asimismo, cabe añadir que en los países que no estipulan el requisito de fijación, las expresiones intangibles también quedan protegidas. Dichos derechos de autor se confiere al autor o autores de la nueva obra que, por lo general, deben ser identificables.

139. Ahora bien, el plazo limitado de protección y otras características del derecho de autor (como el hecho de que no se protege el estilo o el método de elaboración, ni se tienen en cuenta criterios basados en el patrimonio cultural particular) pueden ser un desincentivo para que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales soliciten este tipo de protección. Además, la divergencia entre los derechos del titular del derecho de autor y las responsabilidades consuetudinarias puede plantear problemas a los creadores indígenas.

140. Por consiguiente, aun que la protección por derecho de autor es posible en determinados casos, no siempre responde a las necesidades y objetivos de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales.

141. En los Estados que no desean ofrecer protección adicional a las expresiones culturales tradicionales al margen de la que ya se contempla en la legislación de derecho de autor, los esfuerzos deberían centrarse en facilitar el acceso y el uso del sistema de derecho de autor por parte de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales. Se han formulado varias propuestas a este respecto, entre las que se cuentan iniciativas de sensibilización, formación, asistencia jurídica y asistencia en materia de observancia de los derechos, y el uso de la gestión colectiva.

142. En lo que se refiere a las expresiones culturales tradicionales ya existentes y a las meras imitaciones y recreaciones de esas expresiones, lo más probable es que no satisfagan el requisito de originalidad y de identificación del autor. Afectos del derecho de autor, forman parte del dominio público.

143. Los Estados que desean reforzar la protección de las expresiones culturales tradicionales por otros medios que el derecho de autor deben determinar en qué medida se justifica introducir determinadas enmiendas en la legislación y práctica de derecho de autor y/o considerar la posibilidad de establecer sistemas *sui generis*, como ya es el caso en algunos países.

¹⁰³ Los casos australianos han sido debatidos anteriormente y figura en los estudios de casos de la OMPI "Minding Culture". En el Canadá, la Ley de Derecho de Autor ha sido utilizada por artistas, compositores y escritores aborígenes a fin de proteger sus creaciones basadas en la tradición. Entre estas creaciones figura un tallado de madera realizado por artistas del Pacífico, joyería en plata de artistas haida, canciones y grabaciones de sonido de artistas aborígenes, y esculturas de artistas inuit.

144. Aunque es posible mejorar la protección que suministra el derecho de autor a las nuevas expresiones culturales contemporáneas basadas en la tradición, mediante enmiendas en la legislación y práctica del derecho de autor, para proteger el folclore puede ser necesario perfeccionar las normas existentes a modo de sistema *sui generis*. Tal como señalaron los EE.UU. en su comentario sobre el documento WIPO/GRTKF/IC/4/3, “es prácticamente imposible otorgar ‘plena’ protección a las ECT enmendando simplemente las leyes sobre el derecho de autor, ya que el derecho de autor por su propia naturaleza no resulta apropiado para proteger las ECT. El derecho de autor protege únicamente las expresiones originales, perteneciendo al dominio público obras que se han convertido en un parte intrínseca de nuestra historia y nuestra cultura”.

Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes

145. Entre los ejemplos de las expresiones culturales tradicionales para las que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales desean protección se incluyen las interpretaciones o ejecuciones tradicionales, como danzas y otras teatrales.

146. Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, tal como se reconocen en el WPPT, de 1996, protegen las interpretaciones o ejecuciones de “obras literarias o artísticas o expresiones del folclore”. Por consiguiente, al menos en principio, el tipo de interpretaciones o ejecuciones para el que se desea obtener protección están protegidas por el derecho internacional, y se apartar de obras literarias y artísticas o expresiones del folclore (cabe destacar que la protección de las interpretaciones o ejecuciones de las obras literarias y artísticas que establecen la Convención de Roma de 1961 y el Acuerdo sobre los ADPIC no se limita a las obras protegidas por el derecho de autor). Al 15 de abril de 2003, 41 Estados habían ratificado el WPPT. De ellos se desprende que los intérpretes o ejecutantes de expresiones del folclore de dichos Estados contratantes pueden gozar de protección en los demás Estados contratantes - existe, por ende, un sistema internacional de protección para las interpretaciones o ejecuciones de expresiones del folclore. El WPPT concede a los artistas intérpretes o ejecutantes derechos tanto morales como patrimoniales, que figuran en los Artículos 5a y 10 de la Convención.

147. Se ha sugerido con frecuencia que la protección de las interpretaciones o ejecuciones de las expresiones del folclore podría, indirectamente, suministrar la protección adecuada a las expresiones mismas del folclore. Se trata de una expectativa razonable, siempre que el artista intérprete o ejecutante proceda de la misma comunidad cultural que el “titular” de la expresión del folclore. En caso contrario, la expresión podría seguir gozando de protección indirecta por los beneficios no favorecerían a la comunidad pertinente.

148. No obstante, existen ciertos aspectos de la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes que no presenten tantas ventajas desde la perspectiva de los pueblos indígenas y de las comunidades tradicionales. Algunos de estos aspectos se plasman en el ejemplo que figura en la sección relativa a la “Recopilación, registro y divulgación de expresiones culturales tradicionales - el derecho de autor y los derechos conexos”. Quizás uno de los aspectos principales sea que el WPPT no se amplía a la parte visual de las interpretaciones o ejecuciones. Únicamente se protegen las partes auditivas; asaber, las partes que pueden ser percibidas por el oído humano. Esto parece limitar seriamente la utilidad del WPPT en el tocante a las expresiones del folclore. Siguen en curso los trabajos destinados a elaborar un instrumento para proteger las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

Las marcas, incluidas las marcas colectivas y de certificación

Introducción

149. Las marcas son signos utilizados para distinguir en el mercado los bienes o servicios de una empresa de los de otra empresa. Dichos signos pueden consistir, entre otras cosas, en palabras, dibujos, símbolos, emblemas y formas de los productos. Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales muestran preocupación por el hecho de que empresas y personas no indígenas utilicen sus palabras, nombres, diseños, símbolos y otros signos distintivos en sus operaciones comerciales y los registren como marcas. Tal como se indicó anteriormente, existen varios ejemplos notorios de utilización no autorizada de palabras, nombres, diseños, símbolos y otros signos distintivos indígenas y tradicionales y de su registro como marcas. Simultáneamente, los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales sostienen que no pueden proteger sus palabras y símbolos mediante las leyes sobre marcas en vigor, ya que no se adaptan suficientemente a sus necesidades. Al diferenciar las distintas formas de protección que pueden aplicarse a la materia objeto de protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, en el párrafo 44 del documento WIPO/GRTKF/IC/5/12 se observa que: “la protección también podría aplicarse eventualmente al uso engañoso o fraudulento de conocimientos tradicionales o expresiones culturales tradicionales, o de los signos o símbolos conexos, así como a los usos que sugieran engañosamente que existe un vínculo con las comunidades indígenas locales que estas últimas los suscriben. Esta idea sugiere que es posible establecer leyes o derechos específicos de propiedad intelectual que definan o propaguen la reputación, los signos y los símbolos distintivos de comunidades tradicionales y culturas indígenas (por ejemplo, las etiquetas de autenticidad y las marcas de certificación, así como las prohibiciones del uso de determinados términos o símbolos)”.

Registro por terceras partes de palabras, nombres y marcas indígenas como marcas de fábrica

150. Se ha afirmado que terceras personas se apropian de palabra tradicional e indígena y otras marcas con objeto de comercializarla “indigeneidad” a cambio de beneficios financieros¹⁰⁴. Ahora bien, habida cuenta de que las marcas sirven para indicar el origen comercial de los productos y para distinguir un producto de otro, la utilización no autorizada de palabras y símbolos indígenas por parte de entidades no indígenas podría inducir a los consumidores a error en relación con el verdadero origen de los productos concernidos. La utilización de signos indígenas como marcas puede dar a los consumidores la falsa impresión de que dichos productos son genuinamente indígenas y poseen ciertas características y cualidades que son inherentes a las culturas indígenas. Debido a la utilización por parte de terceros de sus símbolos, palabras, etc. como marcas, se asocia a los pueblos indígenas y a las comunidades tradicionales con productos que pueden ser inferiores, estereotipados o se asocian a un cierto estilo de vida¹⁰⁵.

151. Además de las consideraciones relativas a las marcas, son pertinentes a este respecto la legislación contra la competencia desleal (incluido el fraude de imitación) y la legislación

¹⁰⁴ Sandler, F. “Music of the Village in the Global Marketplace: Self-Expression, Inspiration, Appropriation, or Exploitation?” pág. 39.

¹⁰⁵ Cassidy, Michael (ed.) “Intellectual Property and Aboriginal People: A Working Paper,” pág. 22.

sobre la publicidad y etiquetado de falsos engañosos. La Ley de Artes y Oficios de 1990 (la IACA) protege a los artesanos norteamericanos autóctonos garantizandoles la autenticidad de sus artesanías en virtud de la autoridad de una Junta Indígena de Artes y Oficios. La IACA, una ley que propicia la transparencia en las transacciones comerciales, impide la comercialización con la mención “*Indianmade*” cuando los productos no hayan sido realizados por norteamericanos autóctonos, tal como está definido en la Ley ¹⁰⁶. La legislación contra la competencia de se le se aborda en otra sección del presente documento.

Medidas para impedir el registro de palabras, nombres y otras marcas indígenas como marcas de fábrica

152. Ciertos Estados y organizaciones regionales han tomado medidas para impedir en la medida de lo posible el registro no autorizado de marcas indígenas como marcas de fábrica (con el fin de tomar medidas designadas anteriormente en el presente documento “protección preventiva”). Entre ellos se encuentran la Comunidad Andina, los Estados Unidos de América y Nueva Zelanda:

a) En el Artículo 136.g) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina se establece que “no podrán registrarse como marca aquellos signos que se usan en el comercio afectar indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso”. En Colombia, se presentó un caso en el que se había denegado el registro de una marca como resultado de la excepción anteriormente mencionada. El caso concernía a la solicitud del registro como marca de la expresión “Tairona”, que coincide con una cultura indígena que vive en territorio colombiano. Se decidió que la expresión “Tairona” quedaba protegida como parte del patrimonio cultural del país. A este respecto, únicamente los representantes de esta cultura o las personas que cuentan con la autorización de sus representantes pueden solicitar la autorización de utilizar la expresión como signo distintivo, y, en este caso particular, como marca;

b) La Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América (USPTO) ha establecido una base de datos exhaustiva de las insignias oficiales de todas las tribus norteamericanas autóctonas reconocidas por los Estados o por la Federación ¹⁰⁷. En virtud del Artículo 2.a) de la Ley de Marcas de 1946, en su forma enmendada, una marca propuesta para su registro puede ser rechazada o cancelada (en cualquier momento) si la marca consta o está compuesta de materia que pueda sugerir falsamente una conexión con personas vivas o fallecidas, instituciones, creencias o símbolos nacionales, o que pueda desprestigiarlos. La USPTO puede denegar el registro de una marca propuesta que sugiera falsamente una conexión con un tribu indígena o con creencias de dicho tribu. Dichas disposiciones nos sólo prevén la protección de los aspectos folclóricos de las tribus de los nativos norteamericanos sino también “*de los demás pueblos indígenas del mundo*”. La Ley de Aplicación del Tratado sobre el Derecho de Marcas, de 1998, exigía a la USPTO que realizara un estudio sobre la protección de las insignias oficiales de las tribus nativas norteamericanas reconocidas

¹⁰⁶ Documento WIPO/GRTKF/IC/3/10, párrafo 122.i).

¹⁰⁷ Véase el “*Report on the Official Insignia of Native American Tribes*”, 30 de septiembre de 1999.

en los Estados y toda la Federación. Como resultado directo de este estudio¹⁰⁸, el 31 de agosto de 2001, la USPTO estableció una base de datos de insignias oficiales de tribus nativas norteamericanas. Es posible efectuar búsquedas en dicha base de datos¹⁰⁹ e impedir así el registro de una marca que pueda confundirse con una insignia oficial. Por “insignia” se entiende “*labandera o el escudo de armas u otro emblema o dispositivo de cualquier tribu nativa norteamericana reconocida por los Estados o por la Federación*” y no incluye palabras¹⁰⁹;

c) La Ley de Marcas de Nueva Zelanda contiene una disposición que permite al Comisionado de Marcas denegar el registro de una marca, sobre la base de motivos razonables, cuando su uso o registro sea susceptible de constituir una ofensa para una parte importante de la comunidad, incluido el pueblo indígena de dicho país, los maoríes. En el artículo en que se enumeran los motivos para no registrar marcas, la Ley establece lo siguiente:

- “1) El Comisionado no:
 - b) registrará una marca o parte de una marca si
 - i) el Comisionado considera que, sobre la base de motivos razonables, su uso o registro sea susceptible de constituir una ofensa para una parte importante de la comunidad, incluidos los maoríes”¹¹⁰

Procedimientos de oposición e invalidación

153. Si una palabra u otra marca indígena o tradicional ha sido registrada como marca por una persona o entidad no autorizada por la comunidad pertinente, esta comunidad podrá iniciar procedimientos de invalidación (o la comunidad podrá oponerse a una marca para la que se solicitó protección). Entre los motivos de invalidación se incluye, por ejemplo, que la marca propuesta carezca de carácter distintivo, que el registro de la marca sea “contrario a la ley” o “escandaloso” o que la marca propuesta pueda inducir a engaño o confusión en relación con los productos y servicios del solicitante. El derecho de marca puede darse por los mismos motivos relativos de oposición, sobre la base de los derechos de terceras partes, como los derechos anteriores de que goza una comunidad en relación con el signo, hasta el punto en que el signo denota la identidad o el origen de la comunidad.

154. No obstante, sobre la base de los informes disponibles, parecen existir muy pocos casos en los que pueblos o comunidades indígenas se hayan opuesto al registro de una marca o hayan intentado invalidar una marca registrada. Janke, en su estudio realizado para la OMPI sobre “La utilización de las marcas para proteger las expresiones culturales tradicionales”¹¹¹, afirma que los pueblos indígenas tienen un acceso limitado a las asesorías jurídicas y a las publicaciones periódicas y boletines oficiales en los que se notifican las solicitudes de marcas.

¹⁰⁸ Disponible en la siguiente dirección: <http://www.uspto.gov/web/menu/current.html> (publicado el 30 de noviembre de 1999).

¹⁰⁹ *Ibid.*, págs. 24 a 26.

¹¹⁰ La Ley puede consultarse en la siguiente dirección:

<http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/2002/an/049.html>.

¹¹¹ <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

Propone que se suministren a los pueblos indígenas información y formación acerca del modo en que funcionan los procedimientos de oposición y anulación o invalidación¹¹².

Registro de marcas por parte de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales

155. En sus respuestas al cuestionario sobre el folclor realizado por la OMPI en 2001, los Estados proporcionaron varios ejemplos de la utilización de las marcas por parte de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, entre los que se cuenta el *Indigenous Label of Authenticity* (el sello indígena de autenticidad) de Australia¹¹³. Los citados son ejemplos de la afirmación positiva de los derechos de propiedad intelectual en relación con las ECT, tal como se mencionó anteriormente en el presente documento.

156. Por ejemplo, en el Canadá, los pueblos aborígenes utilizan las marcas, incluidas las marcas de certificación, para identificar una amplia gama de productos y servicios que van desde las artesanías tradicionales hasta los productos alimenticios, pasando por la vestimenta, los servicios turísticos y las empresas administradas por Primeras Naciones. Muchas empresas y organizaciones aborígenes han registrado marcas relacionadas con símbolos y nombres tradicionales. El número de marcas no registradas utilizadas por empresas y organizaciones aborígenes es considerablemente superior al número de marcas registradas. Algunas marcas se registran a fin de impedir la utilización indebida de símbolos o nombres. Asimismo, la Primera Nación Snuneymuxw de Canadá utilizó, en 1999, la Ley de Marcas para proteger diez imágenes petroglíficas (pintura antigua en rocas). Debido a que los petroglifos tienen un significado religioso especial para los miembros de la Primera Nación, la reproducción y modificación no autorizadas de las imágenes se consideró contraria a los intereses culturales de la comunidad y las imágenes petroglíficas fueron registradas con el fin de obstaculizar la venta de productos comerciales tales como camisetas, joyas y tarjetas postales que incorporaban esas imágenes. Acto seguido, los miembros de la Primera Nación Snuneymuxw indicaron que los comerciantes y artesanos locales efectivamente habían dejado de utilizar las imágenes petroglíficas y que el uso de la protección por marca, acompañada de una campaña de sensibilización acerca de la importancia del petroglifo para la Primera Nación Snuneymuxw, había alcanzado gran éxito.

157. Otro ejemplo se sitúa en México. Entre las creaciones del pueblo Serí se encuentran numerosos objetos de ornato para los mercados artesanales que constituyen una considerable fuente de ingresos para las familias y las comunidades. A mediados de 1993, se celebró una reunión para debatir la difícil situación de los artesanos Serí creadores de piezas de palofierro frente a la producción masiva de artesanos mestizos. Habida cuenta de que nos sólo estaba involucrado un proceso y un producto, no se optó por la denominación de origen sino por las marcas. A fin de garantizar la protección a una gran diversidad de productos Serí (canastas, collares, tallados en madera y piedra, muñecas, etc.), la Sociedad Cooperativa de Consumo "Artesanos Los Serí" S.C.L. registró la marca Arte Serí en cinco clases diferentes entre 1994 y 1995 ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Si bien las marcas vigentes en sus diferentes categorías, los Serí no hacen un uso constante de ella. De estas cosas se desprenden útiles enseñanzas y puede ser objeto de un estudio más profundizado a los fines de

¹¹² Páginas 9 y 10.

¹¹³ Como parte de los estudios de casos *Minding Culture* de Terri Janke, el estudio del caso "Indigenous Arts Certification Mark" se publicará próximamente en la siguiente dirección: <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

la “Guía Práctica de la OMPI” sobre expresiones culturales tradicionales y conocimientos tradicionales conexos.

158. En Portugal, las alfombras Arraiolos, la artesanía del Alentejo Norte, el queso rallado y los pañuelos del Miño están registrados como marcas colectivas, al igual que los zapatos de Portugal, los bordados de Caldas de Rainha, la piña de las Azores, el queso de Évora y la artesanía de las Azores.

159. En Nueva Zelanda, el *Te Waka Toi* (Consejo Maorí de Artes Creativas de Nueva Zelanda), utiliza la protección de marcas por medio del establecimiento de la marca *Toi Iho*TM (de fabricación maorí)¹¹⁴. La marca es una marca de certificación que denota autenticidad y calidad e indica a los consumidores que el creador de los productos es de procedencia maorí y produce obras de determinada calidad¹¹⁵. La marca *Toi Iho* es una marca registrada creada en respuesta a las preocupaciones del pueblo maorí en relación con la protección de los derechos culturales y de propiedad intelectual, la utilización indebida y el abuso de los conceptos, estilos e imágenes maoríes, así como la falta de beneficios comerciales a favor de los maoríes. La marca es considerada por numerosas personas como un medio provisional para ofrecer una protección limitada a la propiedad cultural maorí. Este mecanismo no impedirá la utilización indebida de los conceptos, estilos e imágenes maoríes pero podrá reducir el mercado de productos de imitación¹¹⁶. La marca *Toi Iho* fue designada y creada por artistas maoríes y tiene dos marcas de apoyo, la *Mainly Maori Mark* y la *Maori Co-production Mark*. La *Toi Iho Mainly Maori Mark* pertenece a un grupo de artistas, la mayoría de ellos descendientes de maoríes, que colaboran a fin de producir, presentar o ejecutar obras en distintas formas artísticas mientras que la *Toi Iho Maori Co-production Mark* pertenece a artistas maoríes que crean obras con personas que no son de procedencia maorí, a fin de producir, presentar o ejecutar obras en distintas formas artísticas. La *Toi Iho Mainly Maori Mark* refleja el crecimiento de las empresas innovadoras y colaboradoras entre maoríes y no maoríes¹¹⁷. Esta forma de marca ofrece protección para la reputación asociada a la ECT (garantizando en esencia que la ECT para la que se solicita protección es legítima), más que una forma directa de protección para la EC. Si en sí misma, a diferencia de los petroglifos Snuney y Muxwani anteriormente citados, en algunos casos las ECT son en sí mismas el objeto directo de la protección.

160. Los pueblos tradicionales e indígenas han manifestado que el sistema de marcas no satisface sus necesidades. Por ejemplo, las marcas de fábrica o de comercio son marcas que se utilizan en el curso de operaciones comerciales. Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales que deseen registrar una palabra o marca indígena como marca deben utilizarla en el curso de operaciones comerciales o tener la intención genuina de hacerlo. Esto no ayuda a las comunidades culturales tradicionales que desean únicamente proteger sus palabras y otras marcas contra la explotación por parte de terceros. No obstante, los derechos de una comunidad a su propio nombre e identidad pueden resultar útiles y podrían seguir examinándose.

¹¹⁴ Para más información sobre la marca *Toi Iho*TM véase la siguiente dirección:
<http://www.toiho.com>.

¹¹⁵ Véase la Regla 5.3 en “Rules Governing the Use By Artists of the Toi IhoTM Maori Made Mark” publicado por el Consejo de las Artes de Nueva Zelanda *Toi Aotearoa*.

¹¹⁶ Véase la respuesta de Nueva Zelanda al cuestionario sobre el folclore.

¹¹⁷ <http://www.toiho.com/about/about.htm>.

161. Ahorabien, Janke ¹¹⁸ deja constancia de numerosos casos en los que los indígenas australianos han intentado registrar o han registrado palabras y diseños indígenas como marcas, así como palabras inglesas que revisten un significado particular para los indígenas australianos. Un ejemplo del anterior es la palabra “ *dreaming*” para la que se han presentado 90 solicitudes. Quince han sido registradas y nueve se encuentran aún pendientes.

162. Janke señala que los indígenas australianos han registrado marcas, o al menos han solicitado el registro de marcas relacionadas con festivales culturales, jabones, perfumería, aceites esenciales, lociones corporales y otros productos naturales, centros artísticos, productos textiles y vestimentarios, música, películas, radiodifusión, publicaciones y servicios relacionados con Internet.

163. Ahorabien, muchas de estas solicitudes no conducen al registro. Janke concluye lo siguiente:

“Ha aumentado el número de empresas y organizaciones indígenas que intentan utilizar el derecho de marca para registrar sus propias marcas a fin de proteger sus obras artísticas y otros conocimientos indígenas, particularmente con el propósito de que la utilización comercial sea indígena. En la mayoría de los casos, las marcas no han llegado a ser registradas. Se aventuró la hipótesis de que con frecuencia las marcas propuestas se componen en su totalidad de palabras meramente descriptivas... al recibir un informe desfavorable, el solicitante indígena no suele contestar a fin de aclarar la solicitud... El número de marcas no registradas utilizadas por las empresas y organizaciones aborígenes es considerablemente mayor que el de las marcas registradas... Si bien existen pruebas concluyentes de que la utilización indígena del sistema de marcas está aumentando, al parecer los pueblos indígenas precisan un mayor conocimiento del sistema, en particular del modo de aplicar y superar la descriptividad de las marcas y otras cuestiones que se plantean en los informes desfavorables...” ¹¹⁹

Conclusiones

164. En esta etapa, cabe concluir que las leyes que protegen a los signos distintivos, en particular las marcas y las indicaciones geográficas, ofrecen oportunidades para proteger las marcas tradicionales e indígenas destinadas a ser utilizadas en el curso de operaciones comerciales, al igual que sucede con otros signos. Como ya se ha explicado, la duración permanente potencial de la protección de la marca y la utilización de marcas colectivas y de certificación son ventajas innegables.

165. Los Estados están estableciendo así mismo mecanismos para impedir el registro de marcas indígenas y tradicionales y símbolos como marcas por terceras partes, y comienza a tomar medidas encaminadas a aplicar una protección “preventiva”.

166. No obstante, subsisten obstáculos prácticos, como la falta de solicitudes y renovación y una ausencia general de sensibilización entre las comunidades indígenas y tradicionales sobre la legislación y sus posibilidades, particularmente en lo tocante a los procedimientos de oposición e invalidación.

¹¹⁸ <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

¹¹⁹ Pág. 22.

Indicaciones geográficas

167. En esta esfera, las indicaciones geográficas podrían resultar útiles, como se señalaron varios participantes en la labor del Comité.

168. La expresión “indicaciones geográficas” está definida en el Artículo 22.1 del Acuerdo sobre los ADPIC; se trata de indicaciones que identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico¹²⁰. Respecto de las indicaciones geográficas, y de conformidad con el Artículo 22.2 del Acuerdo sobre los ADPIC, los Estados deberán arbitrar medios legales para que las “partes interesadas” puedan impedir la utilización de cualquier medio que, en la designación o presentación del producto, indique o sugiera que el producto de que se trate proviene de una región geográfica distinta del verdadero lugar de origen, de modo que induzca al público a error, así como cualquier utilización que constituya una conducta de competencia desleal, en el sentido del Artículo 10bis del Convenio de París. Con arreglo al Artículo 22.3, los Estados podrán denegar o invalidar el registro de marcas que contengan o consistan en una indicación geográfica respecto de productos no originarios del territorio indicado, si esa utilización de la indicación pudiera inducir al público a error.

169. Algunas ECT, como las artesanías realizadas utilizando recursos naturales, podrían reunir los requisitos necesarios para ser consideradas “productos” que podrían gozar de protección mediante indicaciones geográficas. Además, algunas ECT podrían ser indicaciones geográficas, por ejemplo, los nombres indígenas y tradicionales, los signos y otras indicaciones.

170. Algunos Estados han ofrecido ejemplos del registro de indicaciones geográficas con respecto a las ECT y los conocimientos tradicionales conexos:

a) Portugal hizo referencia a los vinos de *Porto, Madeira, Redondo, Dão*; los quesos de *Serpa, Azeitão, San Jorge, Serrada Estrela, Nisa*; los bordados de *Madeira*; y la miel del *Alentejo y Açores*.

b) En México, la denominación de origen OLINALÁ indica artículos de madera hechos en el municipio de Olinalá, en el Estado de Guerrero. Es una tradición de los

¹²⁰ En este sentido, “indicación geográfica” engloba la expresión “denominación de origen”, definida en el Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional, de 1979, y según se menciona en el Convenio de París. Otro objeto de protección por propiedad intelectual son las “indicaciones de procedencia”, mencionadas también en el Convenio de París y que se refieren a toda expresión o signo utilizado para indicar que un producto o servicio origina en un país, región o lugar determinados. Es decir, que la diferencia entre las “indicaciones geográficas” mencionadas en el Acuerdo sobre los ADPIC y las “denominaciones de origen” mencionadas en el Convenio de París, por una parte, y las “indicaciones de procedencia”, por la otra, es que las primeras exigen que exista un vínculo de calidad entre el producto y su zona de producción, lo que no es el caso para las indicaciones de procedencia. A menudo, se utiliza la expresión “indicación geográfica” para indicar tanto las denominaciones de origen como las indicaciones de procedencia. Para tener en cuenta todas las formas existentes de protección, se utiliza en este documento la expresión “indicación geográfica” en su acepción más amplia.

artesanos del alcaque utilizan materias primas naturales; el producto es un claro ejemplo de la relación entre el entorno y la cultura, es decir que reúne las condiciones necesarias para ser denominada de origen. Fue la Unión de Artesanos Olinca, A.C. la que solicitó que se reconociera la denominación, aunque de hecho la declaración fue presentada por el Estado de Guerrero, al que corresponde, eliminando así cualquier posibilidad de excluir de manera arbitraria a otras partes interesadas. Ese hecho demuestra la importancia de las denominaciones de origen como elementos del patrimonio nacional que deberían ser protegidos por el Estado. Estos productos artesanales son artesanías y cajones realizados en madera del árbol de aloe (*Bursera aeloxylon*), un árbol característico de la Región del Alto Balsas. El procedimiento de la cadosupone la utilización de otras materias primas como grasas de insectos y polvos de minerales. Para la fabricación de artesanías Olinalá se utiliza la madera de un arbusto que es un recurso biológico característico de la región. Otro ejemplo mexicano es la denominación de origen TEQUILA, que indica una bebida alcohólica producida en distintas regiones de México por destilación del mosto fermentado derivado del corazón de una planta denominada agave azul, la variedad "azul" de la *Agave tequilana* Weber. El nombre tequila procede de la región epónima en Jalisco, pero la producción tradicional se realiza en varias municipalidades, en los Estados de Jalisco, Nayarit, Tamaulipas, Guanajuato y Michoacán. La elaboración del tequila supone conocimientos que son tradicionales de la región desde mediados del siglo XV, y evolucionaron hasta su aplicación en gran escala en la industria, hacia fines del siglo XIX. El tequila está considerado como la bebida alcohólica mexicana por excelencia.

c) En la Federación de Rusia, varias industrias antiguas están registradas, y sus artículos están relacionados con designaciones que reivindican la protección como denominaciones de origen: platanegra de *Velikiy-Ustyug*, pinturas de *Gorodets*, esmaltes de *Rostov*, juguetes de arcilla de *Kargopol* y juguetes de *Filimonov*.

Diseños industriales

171. La legislación sobre diseños industriales protege la apariencia externa de productos funcionales creados de manera independiente y que sean nuevos u originales¹²¹. Los derechos relativos a los diseños pueden basarse en la creación o en el registro y confieren derechos exclusivos a su titular. La protección de los derechos sobre los diseños tendrá una duración de al menos 10 años, ya sea en algunas jurisdicciones¹²². El titular de un diseño protegido goza del derecho a impedir a terceros la reproducción, la venta o la importación de artículos con un diseño idéntico o similar al diseño protegido¹²³.

172. Existen varios ejemplos de expresiones culturales tradicionales que podrían ser pertinentes a la protección de los diseños industriales, como los productos textiles (telas, trajes, prendas, tapices, etc.) y otras expresiones tangibles de la cultura como tallados, esculturas, cerámicas, artesanía en madera, manufacturas en metal, joyería, cestería y otras formas de artesanía.

173. Tal como pusieron de manifiesto las misiones exploratorias y otras actividades posteriores de la OMPI, los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales sostienen que la legislación en vigor sobre diseños industriales no puede proteger sus diseños como diseños

¹²¹ Artículo 25.1 del Acuerdo sobre los ADPIC de 1994.

¹²² Artículo 26.3 del Acuerdo sobre los ADPIC de 1994.

¹²³ Artículo 26.1 del Acuerdo sobre los ADPIC de 1994.

industriales, si bien la protección de éstos parece apropiada para proteger el diseño, la forma y los rasgos visuales de los productos de artesanía, especialmente “cuando los productos artesanales fuesen utilitarios y no pudieran considerarse como obras de arte para protegerlas mediante el derecho de autor...”¹²⁴. Sostiene asimismo que “terceras partes explotan sus diseños sin autorización, sin reconocer la fuente ni distribuir los beneficios, en algunos casos, obtienen incluso derechos de propiedad intelectual en relación con sus diseños “nuevos” u “originales”. Unadelas reivindicaciones más frecuentes es que el “estilo” de un diseño indígenahasido objeto de apropiación indebida.

174. En esta sección se examinarán los argumentos a favor de la protección positiva y de la protección preventiva.

Protección positiva de los diseños tradicionales

175. Para que un diseño pueda protegerse como diseño industrial deberá ser “nuevo u original”¹²⁵. Si bien en los tratados internacionales no existe una definición establecida del concepto de “nuevo”, suele considerarse que significa que antes de la fecha del registro o la fecha de prioridad no se ha puesto a disposición del público ningún diseño idéntico o muy similar. Por lo general, se entiende que “original” significa que un diseño no difiere significativamente de diseños conocidos o combinaciones de características de diseños conocidos¹²⁶.

176. Podría parecer que ciertos diseños tradicionales no satisfacen este requisito. No obstante, existe un ejemplo en los que se han registrado diseños tradicionales en virtud de legislaciones sobre diseños industriales:

a) durante una misión exploratoria a China, realizada por la OMPI en diciembre de 2002, la delegación de la OMPI se reunió con un diseñador que había obtenido protección en virtud de la legislación sobre diseños industriales de ese país para sus juegos de té inspirados en la tradición, pero originales;

b) en Kazajstán se ha concedido protección mediante los diseños industriales al aspecto de los trajes típicos nacionales, tocados (*sakyle*), tapices (*tuskiiz*), decoraciones de sillas de montar y decoraciones femeninas en forma de brazaletes (*blezik*)¹²⁷. La protección de los diseños se encuentra en la Ley de patentes de dicho país¹²⁸, donde se define al diseño industrial como “*una solución artística y técnica que define la apariencia de un artículo manufacturado*”¹²⁹. En la Ley se establece asimismo que para que pueda protegerse un diseño industrial, éste debe ser nuevo, original y tener aplicación industrial.¹³⁰ Cabe notar asimismo la descripción de “nuevo” que figura en la ley: “se considerará que un diseño industrial

¹²⁴ Véase el documento presentado por el GRULAC “Los conocimientos tradicionales y la necesidad de otorgarles una protección de propiedad intelectual adecuada” (OMPI/GRTKF/IC/1/5), Anexo I, párrafo 6.

¹²⁵ Artículo 25.1 del Acuerdo sobre los ADPIC de 1994.

¹²⁶ Artículo 25.1 del Acuerdo sobre los ADPIC de 1994.

¹²⁷ Véase el Informe sobre las experiencias nacionales (WIPO/GRTKF/IC/3/10), párrafo 126.

¹²⁸ Véase la Ley de Patentes de la República de Kazajstán, N.º 428-ILRK, de 16 de julio de 1999, en <http://www.kazpatent.org/english/acts/patent_law.html>.

¹²⁹ Artículo 8.1) de la Ley de Patentes de Kazajstán.

¹³⁰ *Ibidem*.

nuevos ilasumadelas características esenciales que figuran en las fotografías del diseño y en la descripción de sus características esenciales, no se conocía a partir de la información disponible en el mundo con anterioridad a la fecha de prioridad del diseño”¹³¹.

177. Deberá disponerse de más ejemplos similares antes de poder extraer conclusiones. No obstante, todo indica que mientras que formas contemporáneas de diseño tradicionales pueden satisfacer el requisito de “novedad”, lo más probable es que las recreaciones de los diseños ya explotados y notoriamente conocidos nos satisfagan dicho requisito.

El procedimiento de registro de los diseños y su incidencia sobre los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales

178. Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales opinaron que la protección de los diseños en virtud de la legislación sobre diseños industriales debe ser la siguiente:

a) un diseño registrado se divulga al público, lo que en el caso particular de los dibujos o modelos sagrados o secretos no responde a las necesidades de los pueblos tradicionales e indígenas. No obstante, cabe señalar que los diseños sagrados o secretos no precisarse registrados para recibir protección –podrían protegerse como información no divulgada; y, en segundo lugar, un diseño que no es secreto ni sagrado y está siendo utilizado por una comunidad, será divulgado de todos modos, y el registro suminstras simplemente la protección necesaria (sin embargo, cabe observar que la protección prevista en la legislación sobre diseños industriales suele concederse a un diseño que es nuevo o original, de manera que un diseño que ya se haya divulgado al público podrían no cumplir las condiciones necesarias para gozar de protección);

b) el plazo de protección es limitado y, una vez transcurrido, el diseño pasa al dominio público. Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales desean proteger indefinidamente sus diseños tradicionales contra la explotación por parte de personas no indígenas; en particular, cabe recordarlo, en el caso de los diseños que revisten un significado cultural y espiritual particular, cuando proteger su integridad puede ser más importante que explotar su valor comercial. Es posible que en dichos casos resulte preferible proteger ciertos diseños en virtud del derecho de autor como expresiones artísticas, y no como diseños industriales, cuyo plazo de protección es más limitado que el establecido por las legislaciones sobre derecho de autor;

c) las comunidades tropiezan con dificultades a la hora de proteger sus derechos colectivos. Si bien los diseños industriales pueden registrarse en nombre de dos o más personas, cada una de ellas con una parte idéntica e indivisa del diseño registrado, únicamente pueden concederse derechos colectivos si el órgano que solicita la protección del dibujo o modelo industrial tiene capacidad jurídica (de la que, probablemente, la mayoría de las comunidades carece);

d) los costos que entraña el registro de un diseño industrial y, llegado el caso, de hacer valer los derechos correspondientes.

¹³¹ *Ibidem*.

Facilitar la utilización de la legislación sobre diseños industriales

179. Se han formulado varias propuestas destinadas a modificar la legislación y la práctica en materia de diseños industriales, para que sea más fácil para los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales sacar partido de la protección de los dibujos y modelos industriales.

180. A este respecto, en el Acuerdo sobre los ADPIC se establece que “cada Miembro se asegurará de que las prescripciones que hay que cumplir para conseguir la protección de los dibujos o modelos textiles – particularmente en lo que se refiere a costo, examen y publicación – no dificulten injustificadamente las posibilidades de búsqueda y obtención de esa protección”¹³².

181. Una propuesta útil consiste en que sería importante que la estructura del labor de las iniciativas de catalogación de conocimiento tradicional satisfaga los requisitos mínimos de catalogación para la adquisición, el ejercicio y la observancia de los derechos relativos a los diseños. Véase más adelante la sección sobre “Colecciones de patrimonio cultural, bases de datos y registros”.

Protección preventiva

182. Tal como se mencionó anteriormente, la *quejas* conciernen con frecuencia a la apropiación del “estilo” de los dibujos o modelos tradicionales. Esta cuestión se recoge a sí mismo en la Sección relativa al “derecho de autor”, cuyas conclusiones se aplican a sí mismo a los diseños. Es pertinente la aplicación de la legislación sobre competencia desleal sobre *passing off*, que se examina a partir del párrafo 202 del presente documento.

183. Otro modo para proteger de manera preventiva las expresiones del folclore es mediante la catalogación, que se examina en mayor detalle en la sección “Colecciones de patrimonio cultural, bases de datos y registros” del presente documento.

Protección sui generis de los diseños

184. Cabe observar que los sistemas *sui generis* en vigor abarcan a sí mismos los diseños tradicionales y se examinarán con más detalle en el Manual Práctico. En pocas palabras:

a) las Disposiciones Tipo de 1982 establecen la protección de los diseños como expresiones tangibles del folclore¹³³ contra su reproducción o utilización no autorizada;

b) la Ley *sui generis* de Panamá “Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas para la Protección y Defensa de su Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales”¹³⁴, se refiere expresamente a los diseños de los vestidos y textiles tradicionales. También pueden ser de aplicación las

¹³² Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), de 1994, Sección 4, Art. 25.2.

¹³³ Véase el Artículo 2 de las Disposiciones Tipo.

¹³⁴ Establecido por la Ley N.º 20, de 26 de junio de 2000, y reglamentado por el Decreto -Ley N.º 12, de 20 de marzo de 2001. Véase asimismo el Informe final sobre las experiencias nacionales (WIPO/GRTKF/IC/3/10), párrafo 121.ii).

“Disposiciones sobre la Protección, el Fomento y el Desarrollo Artesanal”¹³⁵. El Capítulo VIII de esta Ley establece la protección de la artesanía nacional al prohibir la importación de productos artesanales o la actividad de quienes imiten piezas y vestidos autóctonos y tradicionales panameños¹³⁶.

Conclusiones

185. El requisito de “novedad” u “originalidad” puede presentar dificultades en relación con los diseños tradicionales y comercializados y/o divulgados al público. No obstante, existen experiencias nacionales que demuestran que los diseños tradicionales pueden registrarse en virtud de las leyes sobre diseños industriales. No obstante, al parecer, los diseños contemporáneos realizados por las actuales generaciones satisfacen en mayor medida el requisito de “novedad” u “originalidad” que los diseños verdaderamente antiguos y notoriamente conocidos. Sería útil contar con información empírica adicional.

186. Además de estas y otras cuestiones más técnicas, desde el punto de vista de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales existen asimismo otras desventajas conceptuales y prácticas en el sistema de diseños industriales.

187. En relación con las cuestiones conceptuales (como el límite del plazo y la protección de los derechos colectivos), en ciertos casos se han establecido mecanismos *sui generis* para los que se necesita experiencia adicional. En lo que atañe a cuestiones prácticas (como los costos de adquisición y la observancia de los derechos), los Estados pueden, si así lo desean, abordarlas de distintas maneras – véase más adelante.

Patentes

188. Las patentes de invención también podrían aplicarse a la protección de las expresiones culturales tradicionales. Por ejemplo, los métodos tradicionales de producción de ECT podrían protegerse por patente, y la concesión de un derecho de patente podría incidir en los intereses de las comunidades tradicionales, lo cual plantea varias cuestiones prácticas y jurídicas que se tratan (centrando la atención en la materia del conocimiento tradicional y de los recursos genéticos) en los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/5 Y WIPO/GRTKF/IC/5/6. Un ejemplo pertinente a este caso es la patente obtenida en relación con el modo de elaboración del instrumento musical *steelpan*, que ha suscitado objeciones en varios medios en el Caribe¹³⁷. Si un nacional o una entidad de un país del Caribe hubieran previamente adquirido derechos de patentes respectod el mismo reivindicación o reivindicaciones similares, podrían haber hecho valer sus derechos impidiendo la adquisición de los derechos de patente por terceros. De haber existido un interés preventivo, la catalogación del modo tradicional de fabricación del instrumento y su publicación como parte del estado de la técnica podrían haberse emprendido con fines estratégicos de propiedad intelectual.

¹³⁵ Ley de Panamá N.º 27, de 24 de julio de 1997.

¹³⁶ Véase la respuesta de Panamá al cuestionario sobre el folclore en <http://www.wipo.org/globalissues/questionnaires/ic-2-7/panama.pdf>.

¹³⁷ Véase “ANation’s Steel Soul”, en el número del 7 de julio de 2002 del New York Times en: <http://www.nytimes.com/2002/07/07/weekinreview/07BARA.html>

189. En la Federación de Rusia, se han concedido patentes a industrias nacionales, entre otras cosas, sobre “esmalte para cerámica” (patente N.º 2148570; Solicitante: Asociación “Gzhel”) y para un “Método de producción de artículos artísticos y decorativos realizados en madera (variantes)” (Patente N.º 2156783; Solicitante: “Asociación para la pintura *Khokhloma*”).

Competencias desleal (incluyendo “passing off”)

190. Como ya se observó, la legislación sobre competencias desleal puede responder a muchas de las necesidades expresadas por las comunidades indígenas y tradicionales, hecho señalado por el GRULA C en el documento WO/GA/26/9; la Delegación de Noruega planteó que se considerara:

“La posibilidad de proporcionar protección a los conocimientos tradicionales de manera análoga, utilizando el Artículo 10 *bis* como un modelo para examinar el marco de un sistema *suigeneris* para la protección de los conocimientos tradicionales. Según la Delegación, la idea consistiría en disponer de una norma general internacional que obligara a los Estados a proporcionar protección contra la explotación desleal de conocimientos tradicionales. Dicha norma general podría complementarse con directrices de aplicación acordadas a nivel internacional. Uno de los aspectos de ese enfoque del problema implicaría que los conocimientos tradicionales se protegerían como tales sin requisitos de examen o inscripción previos, y las decisiones judiciales acerca de si determinados casos concretos se han infringido o no la protección de los conocimientos tradicionales se adoptarían sobre la base de una norma flexible relativa a la honestidad y equidad. La Delegación señaló que dichas directrices acordadas internacionalmente ayudarían a los jueces nacionales a aplicar esa norma”¹³⁸.

191. El Artículo 10 *bis* del Convenio de París dispone que todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial constituye un acto de competencia desleal. En particular, quedan prohibidos los siguientes:

- a) actos que puedan crear confusión respecto de los productos o servicios o la actividad industrial o comercial de un competidor;
- b) aseveraciones falsas que puedan desacreditar los productos o servicios o la actividad industrial o comercial de un competidor;
- c) indicaciones o aseveraciones cuyo empleo pudiera inducir al público a error, en particular, sobre el modo de fabricación de un producto o la calidad, cantidad o demás características de los productos o servicios.

192. Además de esos “casos particulares”, se han señalado otros actos que podrían constituir competencia desleal, entre ellos, la violación del secreto comercial y el aprovechamiento indebido de los logros ajenos (“beneficio gratuito”). El Artículo 10 *bis* del Convenio de París se ha incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC¹³⁹.

¹³⁸ Documento WIPO/GRTKF/IC/3/17, párrafo 227.

¹³⁹ Artículo 2.1 del Acuerdo sobre los ADPIC.

193. La legislación sobre competencias de leal puede ser un complemento de la legislación sobre propiedad industrial o conceder un tipo de protección que esa otra legislación no prevé. Por lo tanto, para desempeñar esa función, la legislación sobre competencias de leal debe ser flexible y es independiente de cualquier formalidad como, por ejemplo, el registro. En particular, la legislación sobre competencias de leal debe poder adaptarse a nuevas formas de comportamiento del mercado. Esa flexibilidad nos supone necesariamente una falta de previsibilidad.

194. Recientemente tuvo lugar en Australia un caso que puede servir de ejemplo. En abril de 2003, la Comisión Australiana de Competencia y Defensa del Consumidor obtuvo mandamientos provisionales del Tribunal Federal de Brisbane que impedían a la empresa *Australian Icon Products Pty Ltd.*, hasta la celebración del juicio, describir o catalogar sus *souvenir* de tipo indígena, pintados o tallados a mano, como “arte aborigen” o “auténticos”, a menos que tuviera razones para creer que la obra de arte o el *souvenir* hubieran sido pintados o tallados por una persona aborigen. Los mandamientos, comunicados a la empresa, incluían una orden exigiendo a *Australian Icon* que enviara una carta a sus clientes y que la publicara en su sitio Web, corrigiendo esas expresiones. *Australian Icon* es uno de los fabricantes australianos más importantes de *souvenir* de estilo aborigen, cuenta con más de 1.700 revendedores en todo el país y exporta a 38 países. La Comisión Australiana de Competencia y Defensa del Consumidor estableció procedimientos alegando que *Australian Icon* indicaba que algunos de sus *souvenir* pintados a mano con estilo aborigen eran “auténticos”, contaban con “certificado de autenticidad” y/o eran “arte australiano aborigen”. La Comisión sostiene que esas expresiones podían inducir a error, puesto que la mayor parte de los artistas de *Australian Icon* que fabricaban los *souvenir* no eran aborígenes ni descendientes de aborígenes. Además, se sostuvo que también inducía a error una declaración hecha por *Australian Icon* en su sitio Web, que indicaba que el grupo de artistas que pintan esos *souvenir* son “australianos, aborígenes o descendientes de aborígenes”. Las alegaciones de la Comisión Australiana de Competencia y Defensa del Consumidor no se aplican a los *souvenir* que *Australian Icon* adquiere de artistas indígenas o hace producir por ellos. La Comisión también solicitó otros mandamientos:

- a) que se declare que la conducta indicada induce a errores engañosos;
- b) que se impida a *Australian Icon* realizar actos similares en el futuro;
- c) que se envíen avisos a los revendedores y que se publiquen en el sitio Web de *Australian Icon* ;
- d) que se imponga a *Australian Icon* la entrega de avisos a los revendedores, advirtiéndolos a los clientes que lean con atención las etiquetas, y no den por supuesto que los productos con diseños indígenas son diseñados o fabricados por pueblos aborígenes, a menos que la etiqueta lo declare expresamente; y
- e) que se implemente un programa de observancia de las prácticas comerciales ¹⁴⁰.

Información no divulgada (legislación sobre secreto comercial)

195. El Artículo 39 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone que al garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el Artículo 10 bis del Convenio de París, los Miembros de la Organización Mundial del Comercio protegerán la “información no divulgada”, de conformidad con la definición que figura en ese Artículo,

¹⁴⁰ Véase < <http://www.accc.gov.au/>> (7 de abril de 2003).

contra la adquisición ilegítima, la divulgación o la utilización contraria a las prácticas comerciales honestas.

196. En el caso *Foster contra Mountford* (1976) 29 FLR 233, ventilado ante un tribunal australiano, se aplicó la doctrina de *common law* relativa a la información confidencial para impedir la publicación de un libro que contenía información delicada desde el punto de vista cultural. El caso se refería a un antropólogo, el Dr. Mountford, que emprendió una expedición al interior del territorio septentrional de Australia, en 1940. Los pueblos aborígenes locales le revelaron lugares y objetos de la tribu que tenían para ellos un profundo significado religioso y cultural. El demandador registró esta información y publicó una parte en un libro, en 1976. Los demandantes lograron que el juez dictara un mandamiento interlocutorio impidiendo la publicación del libro, por violación de confidencialidad. (Los demandantes no pudieron interponer una acción por infracción del derecho de autor por que no gozaba de ese derecho sobre el libro). El tribunal dictaminó que la publicación del libro habría divulgado información con profundo significado religioso y cultural para los aborígenes que la habían revelado al demandado con un acuerdo implícito de confidencialidad, que había sido violado por la divulgación de esa información.

VII. LAS DISPOSICIONES TIPO PARA LEYES NACIONALES, DE 1982

197. En 2001, la OMPI publicó un cuestionario sobre las experiencias nacionales en materia de aplicación de las Disposiciones Tipo, del que surgió que muchos países las habían utilizado en mayor o menor grado para establecer su legislación. Entre quienes respondieron al cuestionario, pueden citarse como ejemplo Burkina Faso, Ghana, Kenya, México, Mozambique, Namibia, República Unida de Tanzania, Senegal, Sri Lanka, Togo y Vietnam.

198. Sin embargo, puede decirse que sólo en pocos países esas disposiciones se utilizan activamente y se aplican en la práctica, por lo que la experiencia en la materia es escasa.

199. Ello obedece a varias razones, puesto que los Estados tropiezan con distintas dificultades en el ámbito jurídico, conceptual, de la infraestructura y de funcionamiento práctico para establecer y aplicar disposiciones legislativas viables y eficaces en el plano nacional. La necesidad en esos aspectos es variada y no existen soluciones ni enfoques únicos.

200. Estas conclusiones sugieren claramente, en primer lugar, la necesidad de fortalecer y hacer efectiva la aplicación en el plano nacional de los sistemas y las medidas existentes, como las Disposiciones Tipo, para protegerlas ECT, teniendo en cuenta las necesidades jurídicas, conceptuales, de infraestructura y funcionamiento práctico de los países. Será necesario lograr una cooperación jurídica-técnica integrada, utilizando, de ser el caso, todo el sistema de propiedad intelectual y otras medidas a disposición, y teniendo en cuenta las obligaciones internacionales de los Estados en materia de propiedad intelectual. El éxito de esa asistencia dependerá de la participación plena y comprometida de los gobiernos nacionales. Los ministros, departamentos, organismos y oficinas competentes en materia de protección de ECT insisten en la necesidad de crear enfoques interministeriales. Asimismo, habría que consultar y dar participación, cuando corresponda, a los pueblos y comunidades interesados, así como a los abogados locales. Véase, más adelante, "Adquisición, gestión y observancia de los derechos", en la Sección X del presente documento.

201. El Comité ha aprobado la disposición de la Secretaría de la OMPI, formulada por solicitud y en calidad de proyecto, de mejorar la cooperación jurídica y técnica en materia de propiedad intelectual con los Estados, sus pueblos y comunidades, y, si corresponde, con las organizaciones regionales, para fortalecer y aplicar los sistemas y medidas vigentes de protección de las ECT. En el documento WIPO/GRTKF/IC/5/4 figura un breve informe del Comité relativo a dicha cooperación. En sus comentarios acerca de versiones anteriores de este documento, Filipinas coincidió también con esas conclusiones y con el enfoque indicado de mejorar la cooperación jurídica y técnica.

202. En segundo lugar, los resultados del cuestionario de la OMPI, así como las actividades previas de la Organización, pusieron de manifiesto varias sugerencias de actualización y modificación de las Disposiciones Tipo, a solicitud de algunos, la elaboración en esta esfera de nuevas disposiciones tipo no obligatorias, directrices o recomendaciones ¹⁴¹.

203. Se ha sostenido que la elaboración de disposiciones tipo, directrices o recomendaciones podría ser de gran utilidad en las oficinas nacionales y las instituciones que procuran establecer sistemas eficaces de protección, así como mantener la coherencia en los nuevos sistemas nacionales y regionales que, de no ser así, se desarrollarían en direcciones distintas.

204. Por lo general, se ha sugerido que las nuevas disposiciones tipo, directrices o recomendaciones para las legislaciones nacionales deberían elaborarse teniendo en cuenta las modificaciones en el contexto jurídico, tecnológico y de política ocurridas a partir de fines del decenio de 1970 y comienzos del siguiente, cuando se elaboraron las Disposiciones Tipo. Entre estas modificaciones cabe señalar: una mayor conciencia acerca de los derechos y necesidades de los pueblos indígenas y tradicionales, una mejor comprensión de la relación entre la preservación del patrimonio cultural, la promoción de la diversidad cultural y la propiedad intelectual; la aparición de nuevos instrumentos culturales relativos al patrimonio y la diversidad cultural; los cambios en el panorama de la propiedad intelectual, en particular en lo que atañe al acuerdo sobre los ADPIC de 1994 y al WPPT, de 1996; y los avances tecnológicos, así como las nuevas formas de explotación comercial, que han surgido a partir de comienzos del decenio de 1980.

205. En particular, se han señalado ciertas limitaciones fundamentales y conceptuales respecto de las Disposiciones Tipo. En este documento y en el documento WIPO/GRTKF/IC/4/3, se ha señalado que esas Disposiciones contemplan un cierto grado de

¹⁴¹ Véase las declaraciones de los Estados en el Comité intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (WIPO/GRTKF/IC/1/13, WIPO/GRTKF/IC/2/16), y las respuestas al cuestionario (por ejemplo, de Burundi; Chad; Côte d'Ivoire; Colombia; Ecuador; el Grupo Africano; Irán (República Islámica del); Jamaica; Kirguistán; Malasia; México; Namibia; Nueva Zelanda; Pakistán; Panamá; Filipinas; Polonia; Rumania; Sri Lanka; Togo; Túnez; Venezuela y Viet Nam). Véase también Consulta Regional OMPI -UNESCO sobre la protección de las expresiones del folclore para los países de Asia y el Pacífico, Hanoi, 21 a 23 de abril de 1999 (WIPO-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1); La Consulta Regional Africana OMPI -UNESCO sobre la protección de las expresiones del folclore, Pretoria, 23 a 25 de marzo de 1999 (WIPO-UNESCO/FOLK/AFR/99/1). Atítulo de ejemplo, véase la misión exploratoria a África Occidental, en el documento OMPI, necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares del conocimiento tradicional: Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999), (OMPI, 2001), párrafo 151.

protección global para las ECT que se encuentran en el dominio público, aunque la excepción “de préstamo” prevista en ellas es muy amplia. Por lo tanto, no parecería haber protección contra la creación de obras derivadas a partir de las ECT que están en el dominio público. Por otra parte, las Disposiciones Tipo no prevén formalmente un mecanismo de protección preventiva para las ECT que las comunidades culturales hayan considerado merecedoras de protección mediante el registro previo. Es decir, que unas nuevas disposiciones tipo en forma de directrices o recomendaciones podrían abordar estas y otras cuestiones.

VIII. PROTECCIÓN REGIONAL E INTERNACIONAL

206. Existen ciertos mecanismos y marcos para la protección jurídica regional e internacional de las ECT, por ejemplo:

a) el Artículo 15.4 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1971 (el Convenio de Berna) permite a una autoridad designada por un Estado miembro del Convenio de Berna defender y hacer valer los derechos respecto de obras no publicadas y anónimas, cuyos autores se supongan que son nacionales del Estado en cuestión, en todos los Estados miembros del Convenio de Berna. Tal como se ha dicho anteriormente en este documento, ese artículo se introdujo específicamente teniendo en mente la protección internacional de las expresiones del folclore. En otras palabras, para dar un ejemplo práctico: la India, que es el único país que ha hecho formalmente la designación mencionada en el Artículo, puede designar una autoridad para proteger y hacer valer en cualquier otro país miembro del Convenio de Berna los derechos respecto de las expresiones del folclore cuyos autores se supone que son nacionales de la India. De hecho, al menos en teoría, parece existir un sistema internacional de protección para las expresiones del folclore que son “obras”; no obstante, este mecanismo aún no ha sido utilizado y existen ciertas limitaciones para su uso. La relación con el Artículo 7 del Convenio, relativo al plazo de protección, podría exigirse un análisis más detallado, particularmente en lo que atañe al Artículo 7.3 y 7.8. Por ejemplo, comparando los plazos del Artículo correspondiente del Convenio de Berna¹⁴², el plazo de protección aplicable en el país en el que se solicita la protección es el más corto de los plazos aplicables en ese país o en el país de origen de la obra. Por consiguiente, a menos que el país en el que se solicita protección proteja las expresiones del folclore en forma indefinida, el plazo de protección concedido a la obra puede haber expirado en ese país. Puede haber otras limitaciones del mismo tipo si se aplica el Artículo 15.4. Dicha protección, que se aplica a obras anónimas y que redundan en beneficio de los Estados, tampoco resulta interesante para los pueblos indígenas y las comunidades locales que desean ejercer directamente sus derechos. No obstante, parece ser que la aplicación práctica del Artículo así como sus ventajas y desventajas merecen una ulterior consideración, aunque sólo lo fueran por que se trata de una medida presente en un convenio en el que son parte muchos Estados;

b) para los países que prevén la protección de las expresiones del folclore como obras de derecho de autor, el Convenio de Berna establece que todos los Estados que han ratificado el Convenio deben proteger las obras extranjeras sobre la base del principio del trato nacional. Ello significa en efecto que los países que protegen el folclore en calidad de obras de derecho de autor y que son signatarios del Convenio de Berna gozan de protección para sus expresiones del folclore en los demás países miembros. No obstante, la comparación

¹⁴² Artículo 7.8 del Convenio de Berna.

delos plazos y otras disposiciones podrían limitarse también en estas cosas de la pertinencia práctica de esta observación;

c) en virtud de los tratados de propiedad intelectual de ciertas organizaciones regionales, las expresiones del folclore se protegen en los territorios de los Estados signatarios de esos acuerdos sobre la base del principio del trato nacional. Por ejemplo:

i) en el Capítulo I del Anexo VII del Acuerdo de Bangui, se prevé una protección específica de las expresiones del folclore y de las obras inspiradas en ellas. La forma de protección se basa en el modelo del *domaine public payant*¹⁴³. El Acuerdo también aborda la protección de las expresiones del folclore en el Capítulo II, relativo a la protección y promoción del patrimonio cultural. En el Acuerdo figuran disposiciones sobre el trato nacional. Por consiguiente, los 15 países que son miembros de la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI) y que han ratificado el Acuerdo están obligados a proteger las expresiones del folclore de los países miembros sobre la base del principio del trato nacional. Muchos de los países son países vecinos, no obstante, aún no se sabe si estas disposiciones se han aplicado en la práctica; y

ii) la Decisión 351 sobre derecho de autor y derechos conexos de la Comunidad Andina dispone la protección, entre otras cosas, de la artesanía, sobre la base del trato nacional. En otras palabras, los cinco Estados obligados por la Decisión deben proteger la artesanía de los demás Estados de manera no menos favorable que como protegen la de sus propios nacionales. No se sabe si esta posibilidad ha sido utilizada en la práctica;

d) ciertas legislaciones nacionales, como la de Panamá, prevén una forma de trato nacional; sin embargo, como la legislación reciente, es un aspecto aún no ha sido comprobado en la práctica.

207. Cabe recalcar que son pocos, si los hay, los Estados que en sus respuestas a las preguntas del Cuestionario de 2001 de la OMPI relativo a la protección internacional de las expresiones del folclore han mencionado el Artículo 15.4 del Convenio de Berna, el Acuerdo de Bangui o la Decisión 351 de la Comunidad Andina (según el caso). Estas medidas vigentes parecen ser poco utilizadas y/o conocidas.

208. Mientras en la mayoría de las respuestas al Cuestionario de la OMPI sobre folclore, de 2001, se manifestó la necesidad de contar con protección internacional para las ECT, varios países no parecían estar dispuestos a emprender la tarea de elaborar un acuerdo de esa índole. Por cierto, quedan pendientes varias cuestiones jurídicas y conceptuales, y la diversidad de enfoques en el ámbito nacional complica los esfuerzos destinados a lograr un acuerdo internacional amplio. Durante su tercera sesión, el Comité no aprobó la tarea propuesta por la Secretaría de examinar esta cuestión en mayor detalle.

209. La mayoría de las legislaciones nacionales establece un mecanismo para proteger las obras extranjeras, y queda a discreción de los Estados, a la laborar sus leyes nacionales para proteger las expresiones culturales tradicionales, dar protección a las expresiones extranjeras sobre la base del trato nacional o de la reciprocidad. De este modo, las redes de

¹⁴³ Véase el Artículo 59.

legislaciones nacionales, que establecen la protección recíproca de las expresiones del folclore de otros países, podrían finalmente conducir a sistemas de protección subregionales, regionales incluso interregionales.

IX. COLECCIONES DE PATRIMONIO CULTURAL, BASES DE DATOS Y REGISTROS

Introducción

210. En la presente sección se abordan varias cuestiones relativas a i) los primeros en acceder al patrimonio cultural y a las ECT (son los folcloristas, etnógrafos, etnomusicólogos, antropólogos culturales y demás personas que trabajan en el terreno y ii) las ECT son catalogadas, registradas, exhibidas y puestas a disposición del público por museos, inventarios, registros, bibliotecas, archivos e instituciones similares.

211. Las actividades de los coleccionistas, las personas que trabajan en el terreno, los museos, los archivos, etc., son importantes para la preservación, conservación, mantenimiento y transmisión a las generaciones futuras de formas intangibles y tangibles de patrimonio cultural. Los museos también desempeñan un papel educativo muy valioso.

212. Sin embargo, el hecho de que el patrimonio cultural y las ECT que no estén protegidos por propiedad intelectual se encuentren en el dominio público representa un desafío a los esfuerzos destinados a proteger los intereses de las comunidades indígenas y locales sobre su patrimonio cultural y sus ECT, en particular, a la luz de la tendencia creciente de los museos a digitalizar sus colecciones de patrimonio cultural y ponerlas a disposición del público con fines museísticos y de conservación, así como comerciales.

213. Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales han expresado algunas inquietudes relacionadas con la recolección, registro y puesta a disposición de su patrimonio cultural tangible e intangible, en particular en relación con las obligaciones indígenas y consuetudinarias, inquietudes que también deben ser atendidas.

214. En la presente Sección se aborda:

a) la eventual elaboración de *protocolos, códigos de conducta y directrices* relacionados con la propiedad intelectual, que habrían de aplicarse a quienes trabajan en el terreno, así como a los museos y demás instituciones similares;

b) la eventual elaboración de una *lista de verificación* de propiedad intelectual y de *cláusulas contractuales típicas de propiedad intelectual* aplicables a la elaboración de acuerdos relativos al depósito, el acceso, la distribución y la concesión de licencias celebrados por etnomusicólogos y demás personas que trabajan en el terreno, por archivos, museos, bibliotecas y demás instituciones;

c) en cuanto al patrimonio cultural digitalizado, la elaboración de *reglamentos de uso y avisos de derecho de autor* tipo, para utilizar en sitios Web, CD-ROM, bases de datos especializadas y demás productos electrónicos multimedia.

215. Estas sugerencias se formularon, entre otras, durante actividades anteriores de la OMPI y de otros organismos (como las misiones exploratorias de la OMPI y la *Folk Heritage*

Collections in Crisis Conference, organizada por la *American Folklore Society* y el *American Folklife Center* en la biblioteca del Congreso, en diciembre de 2000)¹⁴⁴.

216. En la presente sección también se aborda la conveniencia, desde el punto de vista de la propiedad intelectual, de que las comunidades culturales emprendan el registro y la catalogación de las ECT que se encuentran en el dominio público, como estrategia para:

i) crear derechos de propiedad intelectual respecto de las ECT (a los efectos de una protección “positiva”); o

ii) impedir la adquisición de derechos de propiedad intelectual sobre las ECT (a los efectos de una protección “preventiva”).

217. Entre las cuestiones pertinentes que cabe explorar, figura a) el papel de los registros, inventarios y listas creados en el marco de la legislación y los programas sobre patrimonio cultural; b) si, a los efectos de la protección positiva o preventiva de propiedad intelectual de las ECT, es conveniente y factible establecer un sistema de registro; c) la utilidad de este respecto de la protección *suu generis* de las bases de datos; d) el papel de los instrumentos digitales de gestión de derechos, en lo relativo tanto a los reglamentos de utilización como a la seguridad del contenido, y e) si la catalogación y el registro de las ECT pueden, y de qué manera, propiciar y promover el respeto de las obligaciones indígenas y consuetudinarias correspondientes.

218. La Comunidad Europea y sus Estados miembros, y la OAPI, en sus comentarios acerca del documento WIPO/GRTKF/IC/4/3, así como Suiza durante la cuarta sesión del Comité, apoyaron las actividades a ese respecto que se esbozaban en ese documento. Con sujeción a las consideraciones presupuestarias, esas cuestiones conexas podrían abordarse en forma colectiva en talleres técnicos y de expertos con la participación de las OIT, las ONG, las instituciones culturales y los registros pertinentes, como los que se mencionan más adelante en los documentos anteriores. Los resultados de esos talleres podrían pasar a ser señal de los progresos realizados respecto de algunos de los elementos mencionados anteriormente, y se incluirían en el “Manual Práctico de la OMPI” sobre la protección jurídica de las ECT y los conocimientos tradicionales conexos.

Museos e instituciones dedicados al patrimonio cultural

219. En las respuestas al cuestionario de la OMPI sobre folclore, de 2001¹⁴⁵, los resultados de otras actividades de la OMPI y del Informe de la OMPI sobre las misiones exploratorias figuran muchos ejemplos de museos e instituciones dedicados al patrimonio cultural. Se citan a continuación algunos ejemplos de distintas regiones:

¹⁴⁴ Véase OMPI, *necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de los conocimientos tradicionales: Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimiento tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001). Esta necesidad se mencionó expresamente, por ejemplo, durante la misión en Asia Meridional y los Países Árabes (véanse las páginas 111 y 168). Véase también *Concluding Discussion and Recommendations, Folk Heritage Collections in Crisis Conference*, 1 y 2 de diciembre de 2000.

¹⁴⁵ Por ejemplo, véanse las respuestas de Antigua y Barbuda, Barbados, Burkina Faso, Estados Unidos de América, Gambia, Ghana, Honduras, Irán (República Islámica del), Namibia, Panamá y Senegal.

i) el Museo Canadiense de la Civilización es una corporación federal de la Corona que funciona como Museo Nacional de historia humana del Canadá. El programa de estudios culturales del museo colecciona artefactos olclóricos tangibles, así como grabaciones de canciones, idiomas, relatos orales y personales. Con el fin de reflejar la voluntad de los miembros de ciertos grupos aborígenes sobre el acceso a sus expresiones del folclore, la sección de etnología del Museo restringe el acceso a algunas colecciones de material aborigen sagrado a los miembros de los grupos de dicha afiliación cultural, y no los pone a disposición del público en general;

ii) el Centro Omaní de Música Tradicional, de Mascate (Omán) fue creado en 1983 con el fin de catalogar, conservar y promover la música tradicional omaní. Desde entonces, el Centro ha catalogado más del 80% de las tradiciones musicales de Omán, con inclusión de más de 23.000 fotografías, 580 grabaciones audiovisuales y un gran número de grabaciones sonoras. El Centro también ha compilado bases de datos digitalizadas con el material catalogado. El Centro ha adoptado un enfoque de catalogación en dos etapas: en primer lugar, el Centro averigua qué tradición es viva, ha hablado con los músicos tradicionales y, en segundo lugar, registra la música y los bailes tradicionales en grabaciones sonoras, grabaciones audiovisuales, fotografías o una combinación de las mismas. El Centro adopta un enfoque global de la catalogación de las tradiciones musicales que comprenden no solo la grabación de una obra musical determinada, sino también de los bailes, costumbres y reuniones de carácter social, métodos curativos, métodos de plantación y agrícolas, métodos de pesca, artesanía, etc. asociados a ella. Este enfoque global de la documentación es necesario porque “en Omán, la música tradicional es parte de los estilos de vida tradicionales” que abarcan los métodos curativos, la pesca, las técnicas de plantación y otras técnicas laborales¹⁴⁶. En esta labor de documentación, el Centro ha identificado más de 130 tipos diferentes de música tradicional en Omán que pueden clasificarse, catalogándolos, como expresiones de cuatro tradiciones principales de las canciones omaníes: las canciones del mar y de la pesca, las canciones de celebración, la música tradicional beduina y la música tradicional de la montaña;

iii) en China, la literatura y las artes populares nacionales se registran en las Diez Colecciones de Literatura y Artes Folclóricas Nacionales Chinas (conocidas como “La Gran Muralla de la Civilización”). Estas Diez Colecciones abarcan unos 300 volúmenes de colecciones de canciones, proverbios, óperas, música instrumental, baladas, bailes y cuentos de China¹⁴⁷;

iv) el Archivo de Cultura Popular del Centro de Costumbres Populares Norteamericanas, de la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos de América fue establecido en 1928 y posee actualmente una colección etnográfica de formato múltiple con más de dos millones de fotografías, manuscritos, grabaciones sonoras y películas. Existe otro depositario gubernamental importante de material etnográfico, el Centro de Arte Popular y

¹⁴⁶ Reunión con funcionarios del Centro Omaní de Música Tradicional, Mascate, 27 de febrero de 1999. Véase OMPI, *Necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales en materia de propiedad intelectual: Informe de la OMPI sobre misiones exploratorias relativas a la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001).

¹⁴⁷ Simposio Internacional sobre la Protección y la Legislación de la Cultura Folclórica/Tradicional (Beijing, 18 a 20 de diciembre de 2001).

Patrimonio Cultural del *Smithsonian Institution*. Establecido en 1967, su archivo contiene más de un millón y medio de fotografías, manuscritos, grabaciones sonoras y películas¹⁴⁸;

v) en Ghana, el Centro Internacional de Música y Bailes Africanos, con sede en la Universidad de Ghana en Legon, tiene por objeto promover los conocimientos y la creatividad de la música y los bailes africanos en el plano internacional. Una de sus prioridades es ser un archivo y un centro de estudios para la música y los bailes africanos. El principal objetivo del Centro es crear un archivo de biblioteca única de textos orales (entrevistas, textos de canciones, relatos, etcétera), manuscritos sin publicar y documentación sobre manifestaciones musicales (como festivales, rituales y ceremonias) y adquirir manuscritos, libros y material audiovisual sobre música, danza, teatro y obras de carácter general de África en la esfera de la etnomusicología y la educación musical. Las obras catalogadas contienen material antropológico e histórico sobre sociedades y culturas africanas, diccionarios y enciclopedias de música, diccionarios lingüísticos y una importante colección de grabaciones sonoras y de vídeo de música, danza y literatura oral de África¹⁴⁹;

vi) en Guatemala, se ha dedicado gran empeño a registrar y catalogar ciertas expresiones de la cultura y del folclore tradicionales. Desde 1954 se mantiene un Registro de Propiedad Arqueológica, Histórica y Artística cuya importancia ha ido aumentando en los últimos tiempos. Su objetivo es registrar y mantener información sobre el origen histórico, el significado y las características de las expresiones culturales. En el Registro figuramos sólo artefactos, monumentos y otros objetos tangibles del patrimonio cultural nacional (incluidos todos los objetos mayas prehispánicos), sino también las expresiones intangibles de la cultura nacional, tales como las fiestas tradicionales, las tradiciones orales y las leyendas. En Guatemala, estas últimas han sido recopiladas y catalogadas especialmente por el Centro de Estudios Folclóricos de la Universidad de San Carlos¹⁵⁰;

vii) el Centro de Música Árabe y Mediterránea "Ennejma Ezzahra", Sidi Bou Said (Túnez) fue establecido en 1991 con los siguientes objetivos: catalogar y conservar las expresiones de música tradicional árabe y del Mediterráneo; establecer una base de datos que abarque una serie amplia y exhaustiva de grabaciones de música tradicional de Túnez; publicar y poner a disposición del público esa música; publicar estudios e investigaciones sobre música tradicional árabe, del Mediterráneo y de Túnez; y organizar conciertos. El Centro ha reunido una notable colección de documentos adoptando un enfoque sistemático a

¹⁴⁸ Respuesta de los Estados Unidos de América. Véase también Bulger, P., "Preserving American Folk Culture at the Library of Congress", documento distribuido en el Simposio Internacional sobre la Protección y la Legislación de la Cultura Popular/Tradicional (Beijing, 18 a 20 de diciembre de 2001).

¹⁴⁹ Boletín del Centro Internacional de Música y Bailes Africanos, septiembre de 1998 y reunión con el Profesor J.H. Kwabena Nketia, Director, ICAMD, 25 de enero de 1999. Véase también OMPI, *Necesidades y expectativas de los titulares de conocimiento tradicional en materia de propiedad intelectual: Informe de la OMPI sobre misiones exploratorias relacionadas con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999)* (OMPI, 2001). En lo que atañe a la documentación sobre las expresiones del folclore en África, véase también Mould-Irussu, B., "La experiencia de África", Foro Mundial OMPI-UNESCO, Phuket, 1997, página 17 y siguientes.

¹⁵⁰ Reunión con representantes del Ministerio de Cultura, Guatemala, 18 de enero de 1999. Véase OMPI, *Necesidades y expectativas de los titulares de conocimiento tradicional en materia de propiedad intelectual: Informe de la OMPI sobre misiones exploratorias relacionadas con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001).

talecto.Estosdocumentosseclasificanyseponenadisposicióndelpúblico.Ensus localesfuncionaunCentrodeInvestigacionesqueofreceinstalacionesdeinvestigaciónales estudiantesyacadémicosdelamusicología¹⁵¹;

viii) enlaRepúblicaDemocráticaPopularLao,la *BanquedeDonnées EthnographiquesduLaos*,quecontiene 6.000fotografíasdigitalizadasdeindumentaria, instrumentosmusicales,artesaníaytejidostr adicionales.

Conveniosyprogramasinternacionalespertinentes

UNESCO

220. LaUNESCOhaemprendidovariasiniciativasenelplanointernacional,regionaly nacionalenrelaciónconlaidentificación,conservación,preservaciónydifusióndel “patrimonioculturalintangibile”yola“culturayfolcloretadicional”.

221. LaUNESCOhaadoptadoyestablecidoconlosañosvariosinstrumentos, recomendacionesyprogramas,talescomo:

i) laDeclaraciónsobrelasPrincipiosde laCooperación CulturalInternacional¹⁵², de 1996,que,ensuArtículo 1,dicelosiguiente:“1.Todaculturatieneunadignidady un valorquedebenserrespetadosyprotegidos.2.Todopueblotieneelderechoyeldeberde desarrollarsucultura.3.Ensuricavar iedadyydiversidadyenlasinfluenciasrecíprocasque ejercenmutuamente,todaslasculturasformanpartedelpatrimoniocomúnquepertenecea totalahumanidad”;

ii) laConvenciónsobrelasmedidasquedebenadoptarseparaprohibireimpedir la importación,laexportaciónylatransferenciadepropiedadilícitasde bienes culturales, de 1970,intentaprotegerla“propiedadcultural”¹⁵³ contraelrobo,laexportaciónilícitayla

¹⁵¹ VéasetambiénlaintervencióndeTúnezenlaprimera sesióndelComitéIntergubernamental (OMPI/GRTKF/IC/1/13,párrafo.36)y OMPI, *Necesidadesyexpectativasdelostitularesde conocimientostradicionalesenmateriade propiedad intelectual: Informedelacomisión de misiones exploratorias relacionadas con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998 -1999)*, (OMPI,2001).

¹⁵² <http://www.unesco.org/culture/laws/cooperation/html_eng/page1.shtml>.

¹⁵³ SegúnelArtículo 1delConvención,“seconsideraráncomobienes culturales losobjetosque, porrazonesreligiosasoprofanas,hayansidoexpresamentedesignadosporcadaEstadocomo deimportancia para la arqueología, laprehistoria, la historia, la literatura, el arte olaciencia y quepertenezcanalascategoríasenumeradasa continuación:
a. lascoleccionesyemplaresrarosdezoología,botánica,mineralogía,anatomía,y losobjetos deinteréspaleontológico;
b. losbienesrelacionadosconlahistoria,coninclusiondelahistoriadelascienciasydelas técnicas,lahistoriamilitarylahistoriasocial,asícomoconlavidadelosdirigentes, pensadores,sabiosyartistasnacionalesyconlosacontecimientosdeimportancianacional;
c. elproductodelasexcavaciones(tantoautorizadascomoclandestinas)odelos descubrimientosarqueológicos;
d. loselementosprocedentesdeladesmembracióndemonumentosartísticosohistóricosyde lugaresdeinterésarqueológico;
e. antigüedadesquetenganmásde 100años,talescomoincripciones,monedasysellos grabados;

[Siguelanotaenlapáginasiguiente]

enajenación abusiva. Los Estados que son parte en la Convención se obligan a devolver a los demás Estados parte los bienes culturales que han sido robados de un museo o de una institución similar y que forman parte de un inventario, a tomar medidas para controlar la adquisición de objetos culturales que han sido comercializados ilícitamente por personas e instituciones en su país, a cooperar con los demás Estados que tengan serios problemas de protección de su patrimonio aplicando controles a la importación basados en los controles de exportación de los demás Estados parte, y a tomar medidas para educar al público. Para fomentar la aplicación de la Convención, la UNESCO solicitó al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) que elaborase un nuevo tratado para complementar la Convención de la UNESCO de 1970 dictando reglas mínimas de derecho uniforme. Esto dio lugar a la Convención del UNIDROIT sobre Objetos Culturales Robados o Ilícitamente Exportados, de 1995¹⁵⁴. El Código Internacional de Ética para Marchantes de Bienes Culturales de la UNESCO es un código voluntario destinado a armonizar la práctica en el comercio de objetos de arte según los principios de sus instrumentos normativos internacionales destinados a impedir el tráfico ilícito de bienes culturales;

iii) la Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (“Convención sobre el patrimonio mundial”) adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en 1972. La Convención define el tipo de lugares naturales¹⁵⁵ o culturales¹⁵⁶ que pueden ser considerados para su inscripción en la Lista del Patrimonio

[Continuación de la nota de la página anterior]

f. el material etnológico;

g. los bienes de interés artístico tales como: i) cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (con exclusión de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados de cerámica o de otros materiales); ii) producciones originales de arte estatuario y de escultura en cualquier material; iii) grabados, estampas y litografías originales; iv) conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier materia.

h. manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguas de interés especial (histórico, artístico, científico, literario, etc.) sueltos o en colecciones;

i. sellos de correo, sellos fiscales y análogos, sueltos o en colecciones;

j. archivos, incluidos los fonogramas, fotografías y cinematográficos;

k. objetos de mobiliario que tengan más de 100 años e instrumentos de música antiguos.

¹⁵⁴ <<http://www.unesco.org/culture/legalprotection/>>.

¹⁵⁵ La Convención define el “patrimonio natural” en la forma siguiente: Artículo 2 “... *los monumentos naturales* constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético y científico; *las formaciones geológicas y fisiográficas* y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animales y vegetales amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico; *los lugares naturales* o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural.”

<http://whc.unesco.org/world_es.htm>.

¹⁵⁶ La Convención define el “patrimonio cultural” en la forma siguiente: Artículo 1 “... los monumentos: obras arquitectónicas, obras de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; los lugares: obras del hombre o conjuntos del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos, que tengan un valor

[Siguen la nota en la página siguiente]

Mundial, y establece la obligación de los Estados parte de señalar los lugares que podrían ser de interés, y su papel en la protección y preservación de los mismos. Al firmar la Convención, cada parte se compromete a conservar no sólo los lugares del patrimonio mundial situados en su territorio, sino también a proteger su patrimonio nacional. En la Convención se explica también en qué forma ha de utilizarse y administrarse el Fondo del Patrimonio Mundial y en qué condiciones podrá otorgarse asistencia financiera internacional;

iv) la labor de la UNESCO en materia de protección del folclore diolugar, en 1989, a la Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular. Esta Recomendación fomenta la colaboración internacional y examina las medidas que han de emprenderse con miras a identificar, conservar, preservar, difundir y proteger la cultura y el folclore tradicionales. En 1999, se celebró una Conferencia Internacional para evaluar la aplicación de la Recomendación ¹⁵⁷;

v) el Programa de Tesoros Humanos Vivos que se inició en 1996 con el propósito de promover la transmisión de los conocimientos y destrezas tradicionales por los artistas y artesanos antes de que se pierdan por caer en desuso o por falta de reconocimiento. En las directrices se definen los “Tesoros Humanos Vivos” como “las personas que encarnan, en grado máximo, las destrezas y técnicas necesarias para la manifestación de ciertos aspectos de la vida cultural de un pueblo y la perdurabilidad de su patrimonio cultural material”;

vi) en 1998 se creó un Programa de obras maestras del patrimonio oral e inmaterial de la humanidad para honrar los ejemplos más destacados de espacios culturales (definidos como lugares donde se concentran las actividades culturales tradicionales y populares o como el momento generalmente elegido para cierto acontecimiento que ocurre periódicamente) o formas de expresión tradicional y popular, como los idiomas, la literatura oral, la música, la danza, los juegos, la mitología, los rituales, los trajes típicos, la artesanía, la arquitectura y demás artesas como formas tradicionales de comunicación e información ¹⁵⁸. Además, se procuró incitar a los gobiernos, las ONG y las comunidades locales que sean los primeros en identificar, preservar y llamar la atención sobre su patrimonio oral e intangible;

vii) el Programa de la UNESCO de preservación y revitalización del patrimonio cultural inmaterial ha puesto en marcha una serie de publicaciones destinadas a ayudar a los especialistas a catalogar y recopilar inventarios de las formas culturales, ya que éstas cambian constantemente y pueden desaparecer para siempre junto con sus creadores. El primer volumen de esta serie es un *Manual para el estudio de la música tradicional e instrumentos de música* ¹⁵⁹. Está en preparación un manual para el estudio de los estilos arquitectónicos nativos.

[Continuación de la nota de la página anterior]

universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico”.
<http://whc.unesco.org/world_es.htm>.

¹⁵⁷ La UNESCO y la Institución Smithsonian organizaron conjuntamente una conferencia internacional titulada “Evaluación mundial de la Recomendación de 1989 sobre la protección y salvaguardia de la cultura y el folclore tradicionales: creación de las condiciones locales y cooperación internacional”, celebrada en Washington D.C., del 27 al 30 de junio de 1990.

¹⁵⁸ <http://www.unesco.org/culture/heritage/intangible/masterp/html_sp/declar.shtml>.

¹⁵⁹ Dourmon, Geneviève. *Handbook for the Study of Traditional Music and Musical Instruments*. París: UNESCO, 1999.

222. Más recientemente, en la 31ª Sesión de la Conferencia General de la UNESCO, se adoptó una Resolución por la que se crearía un nuevo instrumento normativo para la protección de la cultura y el folclore tradicionales¹⁶⁰. En la Resolución se invitaba al Director General a que presentara a la Conferencia General, en su 32ª Sesión prevista para fines de 2003, un informe sobre el eventual alcance de dicho instrumento, junto con un proyecto preliminar de convenio internacional¹⁶¹. La labor progresa con rapidez y para junio de 2003 se prevé una tercera reunión intergubernamental relativa a este instrumento. Como se señalaron el Canadá y la OAPI en sus comentarios respecto del documento WIPO/GRTKF/4/3, este proceso es directamente pertinente al labor del Comité respecto de las ECT; el Canadá solicitó además una mayor cooperación entre la OMPI y la UNESCO a este respecto.

223. Ha habido asimismo varias iniciativas de catalogación en el plano internacional. Por ejemplo, la UNESCO ha producido, junto con el Instituto Cultural Africano, una guía titulada *Artesanía: guía metodológica de recopilación de datos*¹⁶². Mediante esta guía, y gracias a su amplia distribución entre los Estados miembros de la UNESCO, en español, árabe, francés e inglés, la UNESCO establecerá gradualmente bases de datos informatizadas que irán vinculándose mediante redes internacionales. Estas redes constituirán la base para la recopilación y difusión de todo el mundo de datos sobre reformas y técnicas relacionadas con la artesanía, tendrá su punto de convergencia en el Centro Internacional de Promoción de la Artesanía, establecido en septiembre de 1996 en Fez (Marruecos). La UNESCO también ha publicado la "Colección UNESCO de Música tradicional del mundo".

Centro de Comercio Internacional (CCI)

224. El Centro de Comercio Internacional (CCI) funciona bajo la dirección conjunta de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que lo creó, y de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). El CCI se ocupa de la cooperación técnica con los países en desarrollo para la promoción del comercio. Las principales esferas del programa del CCI son el fomento de productos y mercados, la creación de servicios de apoyo al comercio, la información comercial, el desarrollo de recursos humanos, la gestión de las compras y el provisionamiento internacionales, así como la evaluación de las necesidades y la creación de programas para la promoción del comercio.

225. En 1996 y en colaboración con la UNESCO, el CCI publicó un informe titulado "Compendio de Medios y Legislaciones Destinados a Proteger las Creaciones Artesanales"¹⁶³. En el informe se incluye la propuesta de establecer una estructura destinada a conceder una protección doble, a saber, la protección de los artesanos (los profesionales) y la protección de los derechos de propiedad intelectual. En el informe se declaraba además que la protección de los profesionales tendría que confiarse a un acámarado de oficinas que debería crearse en cada

¹⁶⁰ 31C/Resolución 30. Fueron 17 los Estados miembros que expresaron formalmente su oposición a la adopción de la resolución sobre este tema: Alemania, Argentina, Barbados, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Granada, Grecia, México, Noruega, Países Bajos, Portugal, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suecia, Suiza.

¹⁶¹ Véase < <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001246/124687e.pdf> > - Actas de la Conferencia General - 31ª Sesión - París, 15 de octubre a 3 de noviembre de 2001 - "Resoluciones".

¹⁶² UNESCO/ICA, *Artesanía: guía metodológica de recopilación de datos* (por Jocelyn Etienne - Nogue) París: UNESCO/ICA, 1990.

¹⁶³ CLT-96/WS/5, 1996.

países para defender los intereses de sus miembros¹⁶⁴. Además, una Sociedad Nacional de Creaciones Artesanales se encargará de la protección de los derechos de propiedad intelectual respectos de la artesanía. Esta sociedad supervisará y orientará a la cámara de oficios, haciendo al mismo tiempo de vínculo entre los órganos en cuestión¹⁶⁵. Más recientemente, en julio de 2000, el CCI publicó un informe titulado "Medios Jurídicos y extrajurídicos para la protección de la artesanía", basado en la labor emprendida en colaboración con la OMPI en Bolivia, Colombia y el Perú.

226. Respecto de las creaciones artesanales, en 2000 el CCI adoptó una nueva recomendación de la Organización Mundial de Aduanas (OMA), en que se solicitaba a los países que catalogaran sus creaciones artesanales en nomenclaturas estadísticas nacionales¹⁶⁶.

227. En enero de 2001 tuvo lugar en La Habana (Cuba) un taller organizado conjuntamente por el CCI y la OMPI y relacionado con la protección jurídica de las creaciones artesanales originales. Se recomendó allí la creación de sistemas nacionales eficaces de protección de la artesanía y se insistió en la necesidad de instaurar una relación de confianza con los miembros del sector de la artesanía¹⁶⁷.

El acceso a las ECT y supuesta disposición por las personas que trabajan en el terreno, los museos y los archivos

228. Tal como se examinó anteriormente, existe la "necesidad de equilibrar y coordinar la conservación y la protección, y de aclarar la relación existente entre la protección positiva y el mantenimiento del dominio público. Esta cuestión surgió de modo práctico en el proceso de conservación de los conocimientos tradicionales de las ECT, puesto que dicho proceso provoca temores acerca de la falta de protección y corre el riesgo de situar involuntariamente los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales en el dominio público o de otorgar inadvertidamente a terceros una capacidad limitada de utilizar los conocimientos tradicionales y las ECT en contra de los propios valores e intereses de su comunidad de origen. La manera más evidente en que surge este problema es cuando se lleva a cabo la conservación sin la autorización del titular o cuando se utiliza el conocimiento tradicional, por ejemplo, en el caso de la grabación no autorizada de interpretaciones o ejecuciones de expresiones del folclore o la catalogación o difusión sin consentimiento de conocimientos médicos tradicionales que puedan considerarse confidenciales o secretos. Este problema también surge cuando se lleva a cabo la conservación sin el consentimiento o participación de los titulares, menos cuando involuntaria o casualmente la protección de los conocimientos de las ECT: esto puede ocurrir cuando se registra o cataloga el material sin tener plenamente conciencia de las consecuencias de dichos actos. De esta manera, es posible que el proceso de conservación se halle en conflicto con el deseo de proteger los conocimientos y las ECT cuando la divulgación, el registro o la catalogación de ese material menoscabe los intereses de sustitulares y les impide gozar de posibles derechos de propiedad intelectual, a la vez que puede poner dichos conocimientos o expresiones en el dominio público sin que la comunidad de origen o los titulares sean conscientes de todas las repercusiones que traen consigo la

¹⁶⁴ CCI/UNESCO. *op.cit.*

¹⁶⁵ *Ibidem.*

¹⁶⁶ ITC/AG(XXXIV)/185, 27 de febrero de 2001.

¹⁶⁷ WIPO-ITC/DA/HAV/01/03, 30 de enero a 1 de febrero de 2001.

conservación, o de su consentimiento al respecto. En los debates del Comité se manifestaron numerosas opiniones interesadas por evitar que se produzca esta situación”¹⁶⁸.

Un ejemplo

229. En el contexto de las ECT, estas cuestiones conciernen en primer instancia al derecho de autor y los derechos conexos. Por ejemplo, tomemos el caso de una persona que trabaja en el terreno, que graba la interpretación de una canción tradicional con el consentimiento del intérprete de la canción quien, a los fines de este ejemplo, es un miembro de la comunidad cultural en que se originó la canción.

i) En potencia, existen cuatro tipos de derechos de propiedad intelectual que podrían aplicarse a esta situación – el derecho de autor sobre la obra musical; el derecho de autor sobre las palabras cantadas como parte de la canción (la letra); los derechos conexos del artista intérprete o ejecutante de la canción; y los derechos conexos en lo relativo a la grabación.

ii) Partiendo de la hipótesis de que la canción y la letra son obras protegidas por el derecho de autor (por una o más de las zonas reseñadas anteriormente en la sección sobre las producciones literarias y artísticas), el intérprete de la canción puede gozar de los “derechos conexos del artista intérprete o ejecutante” sobre su interpretación (en virtud del Tratado de la OMPIS sobre Interpretación y Fonogramas (WPPT) de 1996 se protegen las interpretaciones o ejecuciones de las “expresiones del folclore”).

iii) Asimismo, en virtud del derecho de propiedad intelectual, podrá considerarse que la persona que trabaja en el terreno (o la institución para la que trabaja) goza de derechos conexos sobre la grabación; asaber, los derechos de un productor de grabaciones sonoras, ya que se trata de la persona que realizó la fijación.

iv) En algunos casos, la persona que trabaja en el terreno puede depositar la grabación a los fines de la conservación en un archivo, museo, biblioteca u otra institución similar, a la que puede transferir sus derechos de propiedad intelectual (lo mismo se aplica a su empleador) sobre la grabación, mediante un acuerdo de depósito u otro similar.

v) Los derechos sobre la grabación revisten una importancia capital, por constituir la manera más sencilla de acceder a la canción para los profesionales del ramo y otros usuarios. Según la experiencia de numerosos archivos y centros de folclore, se suele considerar al coleccionista (la persona que trabaja en el terreno) como el custodio del material que recopila, sobre el que no se considera que tenga derecho alguno. Al menos por lo que respecta a ciertas instituciones públicas, los depósitos de grabaciones efectuadas en el terreno o en un archivo u otro depósito deben acompañarse de formularios de cesión por parte de los artistas intérpretes o ejecutantes, la comunidad fuente u otros titulares de la tradición que se trate. Por consiguiente, el donante de una colección tiene la responsabilidad inmediata de actuar como intermediario entre la comunidad fuente o los titulares de la tradición que ha recopilado y el depositario final de la colección.

vi) Por otra parte, tal como se ha señalado anteriormente, en virtud de la legislación sobre propiedad intelectual, los derechos sobre dichas grabaciones se confieren por lo general a la persona que trabaja en el terreno (o a su empleador) o a la institución que posee la

¹⁶⁸ Documento WIPO/GRTKF/IC/5/12, párrafo 26.

grabación, y no al intérprete o a la comunidad donde se originó la canción interpretada. En la gestión de los derechos y en el acceso a la grabación efectuada en el terreno pueden residir las oportunidades para emprender acciones prácticas destinadas a proteger los derechos e intereses del intérprete, quizás indirectamente, de la comunidad donde se originó la canción.

vii) Los museos, bibliotecas y archivos realizan con frecuencia copias adicionales de dichas grabaciones a los fines de la conservación (numerosas legislaciones nacionales en materia de derecho de autor permiten la realización de “copias de archivo”). Asimismo, propician el acceso del público a sus grabaciones y colecciones con fines educativos, comerciales y de investigación, lo que en el caso de las instituciones públicas puede ser incluso una obligación legal. En estos aspectos reside la oportunidad de proteger los derechos e intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes y de las comunidades pertinentes –por ejemplo, siguiendo una práctica que es habitual en los archivos y museos públicos de varios países, puede exigirse que las copias de las grabaciones se hagan públicas únicamente cuando se dispone de pruebas del consentimiento de los artistas intérpretes o ejecutantes o de los esfuerzos realizados de buena fe por hallar a sus herederos.

viii) Para volver a ejemplo, otro músico puede acceder de manera legítima a la grabación de la canción tradicional en el museo o archivo, efectuar arreglos sobre la misma volver a registrarla, o “samplear” la grabación y crear una nueva obra musical. Siempre que este músico cree una nueva obra musical, podrá gozar del derecho de autor.

ix) Al hacerlo, el músico garantiza en cierta manera la transmisión de la expresión cultural y quizá incluso su supervivencia desde el punto de vista económico (la industria de la grabación, así como las industrias de la radio, la televisión, el cine, el teatro y el turismo se convierten en los “nuevos patrocinadores del folclore y de las tradiciones orales”¹⁶⁹). Tampoco es malapolítica permitir que se utilicen las creaciones internacionales como fuente de inspiración para la creación de nuevas obras protegidas por el derecho de autor (véase el examen realizado en la Sección sobre las producciones literarias y artísticas y el derecho de autor).

x) No obstante, y pese a lo anterior, la comunidad tradicional o indígena cuya creación se interpretó inicialmente y el intérprete de la canción cuya interpretación se fijó probablemente se sentirían agraviados si no reciben en parte alguno de los beneficios comerciales y/o de cierto reconocimiento. A falta de derecho de autor sobre la canción misma, ¿qué sucede con los derechos sobre la grabación de sonido de la persona que trabaja en el terreno (o la institución) y con los derechos del intérprete?

xi) Encanto al primero, los derechos del productor de una grabación de sonido incluyen, entre otras cosas, el derecho a autorizar la reproducción de la grabación. En principio, este derecho puede ejercerse de manera tal que se tomen en consideración los derechos e intereses de la comunidad original y/o del artista intérprete o ejecutante. El ejemplo presentado por la Delegación de los Estados Unidos de América en la tercera sesión del Comité Intergubernamental en relación con los pagos efectuados a los intérpretes de música conservada en archivo o utilizada en una película reciente, demuestra que las actividades de conservación son pertinentes a la distribución de los beneficios comerciales y

¹⁶⁹ Chaudhuri, S., “The Experience of Asia”, documento presentado en el Foro Mundial de la OMPI-UNESCO sobre la Protección del Folclore, celebrado en Phuket (Tailandia), del 4 al 10 de abril de 2002.

pueden desempeñar una función importante a ese respecto ¹⁷⁰. Podrían estudiarse las posibilidades que existen para que esta práctica se generalice.

xii) Encanto al artista intérprete o ejecutante, sus derechos incluyen el derecho de reproducción de su interpretación o ejecución fija en la grabación efectuada en el terreno (Artículo 7 del WPPT). Sus derechos podrían utilizarse para proteger a sí mismo la música y la letra que, de otro modo, no gozaría de protección.

xiii) No resulta claro hasta qué punto se toman en consideración los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes en esos casos y, de cualquier modo, el artista intérprete o ejecutante pueden disponer de los medios necesarios para ejercer y hacer respetar sus derechos (puede añadirse a sí mismo que para los países que aún no han ratificado el WPPT y en función de las legislaciones nacionales, su interpretación o ejecución pueden ser objeto de protección si la legislación nacional pertinente no exige la protección de las interpretaciones o ejecuciones de "expresiones del folclore" distintas de las que figuran como obras literarias y artísticas en el sentido del derecho de autor. Esto se debe a que la Convención de Roma y el Acuerdo sobre los ADPIC exigen únicamente la protección de las interpretaciones o ejecuciones de obras literarias y artísticas. Asimismo, en virtud de la Convención de Roma y del Acuerdo sobre los ADPIC, entre los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes pueden no incluirse el derecho a impedir la reproducción de la fijación de la interpretación o ejecución debido a que el artista o su consentimiento para realizar la fijación inicial (véanse las limitaciones de los derechos en la Convención de Roma (Artículo 7.1c)i), tras pasar al Artículo 14.1) del Acuerdo sobre los ADPIC).

xiv) Puede añadirse que si la fijación hubiese sido audiovisual, los derechos del artista intérprete o ejecutante serían mucho más limitados (debido a que el Acuerdo sobre los ADPIC y el WPPT abarcan únicamente las fijaciones de sonido y el Artículo 19 de la Convención de Roma establece que una vez que un artista intérprete o ejecutante haya consentido que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual, dejará de ser aplicable el Artículo 7 de la Convención, que establece los derechos del artista intérprete o ejecutante).

230. Se trata de un ejemplo simplista, pero ilustra que pueden plantearse muchas cuestiones de propiedad intelectual en relación con la recopilación, el registro, la conservación y la divulgación de expresiones culturales tradicionales. Desde la perspectiva de los pueblos indígenas y de las comunidades tradicionales, la recolección, el registro, la preservación y la difusión pueden entrañar ciertos riesgos relacionados con la propiedad intelectual si las cuestiones pertinentes de propiedad intelectual no se administran satisfactoriamente. Si bien este ejemplo se refiere únicamente a la música, como Jankey y otros autores han puesto de manifiesto, los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales sienten preocupaciones similares en relación con otras formas de patrimonio cultural recopilado y conservado en archivos y museos, como fotografías, documentos, notas de investigación y propiedades culturales muebles.

Protocolos, códigos de conducta y directrices

231. Como lo demuestra el ejemplo anterior, los coleccionistas (las personas que trabajan en el terreno) y los archiveros se encuentran a mitad de camino entre las comunidades y el mercado. Por consiguiente, pueden desempeñar una función clave de mediación a horade

¹⁷⁰ Documento WIPO/GRTKF/IC/3/17, párrafo 271.

proteger las expresiones culturales, permitiendo al mismo tiempo que las personas utilicen, reutilicen y recreen el patrimonio cultural, actividades vitales para su supervivencia. Sin embargo, los aspectos de propiedad intelectual exigen consideración y gestión, a este respecto, los protocolos, códigos de conducta y/o directrices, en relación con los aspectos de propiedad intelectual, podrán resultar útiles tanto para las comunidades como para los coleccionistas, los museos y los archivos. Los Estados miembros de la OMPI han expresado apoyo a la labor en esta esfera ¹⁷¹.

232. Los antropólogos, folcloristas, etnomusicólogos y otros profesionales han examinado en detalle esta cuestión ¹⁷², y cabe destacar que existen varias políticas, códigos de ética, protocolos y directrices elaborados por sociedades de folclore, etnografía, antropología y por otros órganos profesionales, aunque no todos se refieren a cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual.

233. Para elaborar protocolos, códigos de conducta y/o directrices relacionados con la propiedad intelectual, podrían utilizarse como punto de partida algunos ejemplos de protocolos y códigos de conducta:

- i) el informe de la Asociación Nacional Australiana de Artes Gráficas (NAVAS) titulado "Valorar el arte, respetar la cultura: protocolos para tratar con el sector de artes visuales y artesanía indígena de Australia". Este informe ha sensibilizado al público y ha alentado el debate sobre las cuestiones culturales indígenas y la propiedad intelectual. En el informe se describen protocolos para tratar el material creado por pueblos indígenas que contiene imaginación, motivo o estilo que pueden identificarse fácilmente como indígenas. Estos códigos no son ejecutorios pero fijan criterios que podrán, con el tiempo, considerarse como normas de conducta que abran camino a la creación de derechos ¹⁷³;
- ii) la declaración de ética de la *American Folklife Society*;
- iii) los protocolos de los laboratorios de los siglos del Estrecho de Torres para bibliotecas, archivos y servicios de información;
- iv) el código de práctica del Consejo Australiano de las Artes para el sector de arte gráfico y artesanía;
- v) la política de investigación del Grupo de Trabajos sobre minorías indígenas de África Austral (WIM SA);
- vi) en el Canadá, las Directrices *Inuit Tapiriit Kanatami* para la investigación responsable, las Directrices del Instituto Cultural Dene y las Directrices de investigación en materia de conocimiento tradicionales: una Guía para investigadores en Yukon, preparada por el Consejo de Primeras Naciones de Yukon;

¹⁷¹ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/4/15, y los comentarios de la Comunidad Europea y sus Estados miembros acerca del documento WIPO/GRTKF/IC/4/3.

¹⁷² Seeger, A., *op. cit.*, Chaudhuri, S., "The Experience of Asia," (documento presentado en el Foro Mundial de la OMPI – UNESCO sobre la Protección del Folclore, celebrado en Phuket (Tailandia), del 8 al 10 de abril de 2002; Peters, M., "Protection of the collection of expressions of folklore; the role of libraries and archives," documento presentado en el Foro Mundial de la OMPI – UNESCO sobre la Protección del Folclore, celebrado en Phuket (Tailandia), del 8 al 10 de abril de 2002; Seeger, A., "Ethnomusicologists, Archives, Professional Organizations, and the Shifting Ethic of Intellectual Property," 1996 *Anuario de música tradicional de 1996*, página 87; Toelken, Barre "The Yellowman Tapes, 1996-1997", *Journal of American Folklore* 111(442)381 –391, 1998.

¹⁷³ Véase el *Report of the Contemporary Visual Arts and Craft Inquiry*, Australia, 2002, página 139.

vii) posesiones anteriores, nuevas obligaciones (políticas para los museos de Australia y los pueblos aborígenes e isleños del Estrecho de Torres).

234. Ciertos archivos e instituciones abordan estas cuestiones en sus actividades cotidianas. Por ejemplo, Chaudhuri deja constancia de los esfuerzos del Centro de Archivos e Investigaciones sobre Etnomusicología del Instituto Norteamericano de Estudios Indios, en la India, por proteger los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes limitando los derechos de los depositarios de las grabaciones hechas en el terreno y estableciendo contacto con los artistas intérpretes o ejecutantes de las grabaciones depositadas a fin de informarles sobre sus derechos¹⁷⁴. El Centro de Costumbres Populares Norteamericanas, de la Biblioteca del Congreso, adopta un enfoque similar, al considerar que el coleccionista/donante y el archivo desempeñan una función puramente de conservación y comprometerse a respetar los deseos del artista intérprete o ejecutante original de la tradición:

“En otras palabras, únicamente el artista intérprete o ejecutante y su comunidad o sus herederos son los titulares de los derechos sobre el material; el coleccionista/donante y el depositario son conservadores, vinculados por los acuerdos concertados entre las partes. Cuando no existen acuerdos escritos, los investigadores (en ocasiones con la ayuda del depositario) deben hacer un esfuerzo de buena fe por entrar en contacto con el artista intérprete o ejecutante original a fin de obtener la autorización escrita de reutilizar el material. Esto se aplica especialmente en caso en que puedan obtenerse beneficios materiales de una grabación comercial. Si el esfuerzo de buena fe no tiene éxito, el investigador podrá entrar en contacto con el coleccionista/donante quien, como intermediario, podrá conocer los deseos del artista intérprete o ejecutante de su comunidad. Así pues, se entabla un diálogo cuádruple entre el artista intérprete o ejecutante, el coleccionista/donante, el depositario, y el investigador, en el que cada uno de ellos desempeña una función: el artista intérprete o ejecutante es el titular de los derechos, el coleccionista/donante es el conservador intermediario, el depositario es el conservador final y el investigador es quien solicita la autorización de utilizar el material”¹⁷⁵.

235. En el Centro Omaní de Música Tradicional, los expertos consideran que la elaboración de nuevas formas de promoción del patrimonio musical de Omán sin el consentimiento del artista tradicional es una violación de la interpretación consuetudinaria del uso del patrimonio; no creen que deban concederse derechos exclusivos sobre la reproducción de la música tradicional. Sin embargo, acogen con agrado la concesión de derechos de interpretación o ejecución a los intérpretes o ejecutantes de música tradicional Omaní¹⁷⁶.

Listado de verificación y cláusulas contractuales tipo en materia de propiedad intelectual

236. Estrechamente vinculada a la elaboración de protocolos, códigos de conducta y/o directrices se encuentran la creación de instrumentos de propiedad intelectual para utilizar en la elaboración de contratos de depósito, acceso, entrega y licencia, utilizados por los

¹⁷⁴ Chaudhuri, op. cit., pág. 36.

¹⁷⁵ Conversación privada con la Sra. Peggy Bulger, Director y el Sr. Michael Taft, especialista en folclore del Centro de Costumbres Populares Norteamericanas, 15 de octubre de 2002.

¹⁷⁶ Documento presentado por el Dr. Jab er Bin Marhoun Flaifil Al Wahaiby, Director General del Departamento de Organizaciones Internacionales del Ministerio de Comercio e Industria de Omán, en la Conferencia Internacional sobre Propiedad Intelectual, Internet, Comercio Electrónico y Conocimientos Tradicionales, en Bulgaria, del 29 al 31 de mayo de 2001.

etnomusicólogos y demás personas que trabajan en el terreno, los archivos, los museos, las bibliotecas y demás instituciones. Entre otros instrumentos podría figurar una lista de verificación compuesta por cuestiones clave que cabría examinar, así como cláusulas tipo relacionadas con la propiedad intelectual y destinadas a esos acuerdos. Los Estados miembros de la OMPI han apoyado al laboren esta esfera ¹⁷⁷.

237. Existen varios ejemplos de acuerdos de licencia y de otra índole que podrían utilizarse como base para esta tarea. Por ejemplo, el Centro Australiano de Derecho para las Artes y el Grupo de Trabajo de las Minorías Indígenas de África Austral (WIMSA) han elaborado acuerdos tipo, y el Centro Norteamericano de Arte Popular y Patrimonio Cultural de la Institución Smitsoniana, en los Estados Unidos de América, cuentan con importantes archivos y colecciones de grabaciones sonoras originales, dibujos, pósters, registros comerciales, correspondencia, grabaciones audiovisuales y material fotográfico. En el marco del Centro, la sección *Smithsonian Folkway Recordings* posee una nutrida colección de música de los indios norteamericanos, de *bluegrass*, *blues*, música infantil y clásica, y otros géneros. Conceder licencias sobre su colección de música, con fines no comerciales, y ha creado, a tal efecto, un “Formulario de solicitud de licencia de grabaciones maestras” ¹⁷⁸.

Patrimonio cultural digitalizado – “reglamento de utilización” y “avisos sobre derecho de autor”

238. El patrimonio cultural es una rica fuente que vuelve a su contenido cultural en las redes de comunicación de la sociedad de la información. Cada vez más los museos y otras colecciones digitalizan su contenido, que se presenta en varios medios electrónicos, como sitios Web, CD-ROM, y bases de datos especializadas, con fines museísticos de conservación o con fines comerciales, así como para elaborar subproductos de carácter educativo, científico y comercial ¹⁷⁹. La interacción del patrimonio cultural con la sociedad de la información plantea complejos desafíos y cuestiones, en particular en lo que respecta a las ECT que se encuentran en el dominio público.

239. En lo que atañe al patrimonio cultural digitalizado, en particular en relación con las ECT que se encuentran en el dominio público, podría ser útil elaborar “reglamentos de utilización” y avisos (como los “avisos sobre derecho de autor” para las obras protegidas por derecho de autor) relacionados con la propiedad intelectual, para utilizarlos en relación con sitios Web, CD-ROM, bases de datos especializadas y demás productos electrónicos en multimedios. Podría sacarse provecho de las experiencias de la Red de Información del Patrimonio Canadiense (CHIN) y del Centro Australiano de Derecho para las Artes, entre otras instituciones.

240. Otra cuestión que merece atención, en los casos en que podrían crearse derechos de propiedad intelectual respecto de colecciones digitalizadas de patrimonio cultural y/o bases de datos en la materia, es el manejo de las eventuales tensiones entre esos derechos y los

¹⁷⁷. Véanse el documento WIPO/GRTKF/IC/4/15, y los comentarios de la Comunidad Europea y sus Estados miembros acerca del documento WIPO/GRTKF/IC/4/3.

¹⁷⁸. Véase < <http://www.folkways.si.edu/licenserequests.htm> >. Véase también Seeger, A., “Ethnomusicologists, Archives, Professional Organizations, and the Shifting Ethics of Intellectual Property”, *Anuario de música tradicional*, 1996, página 87.

¹⁷⁹. Véase Vinson, Isabelle, *Museum International*, 215, septiembre de 2002, páginas 4a-7.

derechos e intereses de las comunidades culturales amparados en el derecho indígena y consuetudinario, en cuyo marco se estudia esta materia.

Catalogar, registrar e inventariar las ECT

241. Aunque estas cuestiones se refieren principalmente a las colecciones establecidas y mantenidas por terceros, esta Sección trata también de la eventual conveniencia, desde el punto de vista de la propiedad intelectual, de que las comunidades culturales emprendan el registro y la catalogación de sus ECT que se encuentran en el dominio público, como estrategia para:

- i) crear propiedad intelectual sobre las ECT (es decir, protección “positiva”); o
- ii) impedir la adquisición de propiedad intelectual sobre las ECT (es decir, protección “preventiva”).

La catalogación y el registro de las ECT como estrategia de PI para la protección positiva

242. Si sigue con mucho interés la catalogación de los conocimientos tradicionales relacionados con ámbitos técnicos como la medicina, la conservación de la diversidad biológica y la agricultura, confines de protección tanto preventiva como positiva. Sin embargo, es esta mapla te plantea cuestiones prácticas y de política acerca de la conveniencia de catalogar y publicar los conocimientos tradicionales, debido a las imitaciones que se han puesto de manifiesto al aplicar derechos positivos a los conocimientos tradicionales divulgados al público. Es esta cuestión que se explora en detalle en el documento WIPO/GRTKF/IC/5/5. Tampoco queda claro si la catalogación y el registro de las ECT es una estrategia valiosa, y cómo puede establecerse derechos positivos sobre las ECT, al menos en lo relativo a las obras literarias y artísticas.

243. Además de los costos elevados que suponen la catalogación y el registro de las ECT, el derecho de autor relativo a la catalogación y los registros) podrán recaer en las propias comunidades (a menos que se trate de los propios autores o que seancesionarios de los derechos) y ii) en cualquier caso abarca sólo las formas de expresión de las ECT, y no las “ideas” representadas por ellas. Por otra parte, gracias a la catalogación y el registro, y particularmente si se ponen a disposición en formato digital, será más fácil acceder a las ECT y disponer de ellas, lo cual podría amenoscar los esfuerzos de las comunidades para protegerlas. Por lo tanto, parecería que la mera catalogación de las obras literarias y artísticas que son ECT no serviría por sí misma como una estrategia eficaz de adquisición de propiedad intelectual sobre las ECT. Naturalmente, la catalogación desempeña un papel importante en la estrategia destinada a salvaguardar el patrimonio cultural y la cultura tradicionales.

244. Sin embargo, hay tres esferas que vale la pena examinar para evaluar nuevamente la catalogación/registro de las ECT como estrategia de la protección positiva: la utilización de programas informáticos e instrumentos digitales de gestión de derechos; la protección disponible para las colecciones y las bases de datos; y la armonización de las normas sobre documentación en materia de propiedad industrial con las que conciernen al patrimonio cultural.

245. En primer lugar, se está trabajando mucho en el ámbito de la utilización de programas informáticos e instrumentos digitales para la gestión de los derechos y los intereses sobre las colecciones digitalizadas de ECT. Podrían así encontrarse caminos tecnológicos útiles para la

protección, caminos que cabría explorar en detalle. Un ejemplo pertinente es la labor emprendida en el marco del Proyecto de Gestión de Colecciones Indígenas, o del proyecto conjunto del *Distributed Systems Technology Center* de Australia y el Museo Nacional del Instituto Smithsonian del Centro de Recursos Culturales de los Indios Norteamericanos. Aun reconociendo las posibles ventajas que las tecnologías digitales pueden ofrecerles para preservar y catalogar su historia y su cultura, las comunidades indígenas también empiezan a entender las oportunidades de utilización y apropiación abusivas de sus conocimientos que conlleva a la digitalización. Se han ideado instrumentos informáticos para que las comunidades indígenas protejan sus preciosos conocimientos y material cultural, que han sido preservados gracias a la digitalización. Los instrumentos informáticos descritos aquí permiten a los miembros de las comunidades que estén autorizados: definir y controlar los derechos, manejar el acceso y la utilización de sus recursos digitales; hacer valer las leyes tradicionales que rigen los conocimientos u objetos sagrados; impedir la utilización abusiva del patrimonio indígena de manera inadecuada o indelicada desde el punto de vista cultural; garantizar la atribución adecuada a los titulares tradicionales; y describir los recursos con las propias palabras de las comunidades indígenas ¹⁸⁰.

246. En segundo lugar, la protección jurídica concedida a las colecciones, antologías y bases de datos podrá ofrecer un cierto grado de protección a las ECT catalogadas y registradas. Por ejemplo, una base de datos sobre arte rupestre norteamericano nativa que está en vías de desaparición servirá tanto para preservar como para proteger dicho arte.

247. Actualmente, existen en todo el mundo numerosas bases de datos electrónicas de expresiones culturales tradicionales, como el CD-ROM titulado “*Folk Performances of Thailand*”, publicado por la Oficina de la Comisión Cultural Nacional de Tailandia; la base de datos de Laos mencionada y la base de datos sobre “Historias culturales” que elaboran actualmente las tribus Tulalip de los Estados Unidos de América. No obstante, no queda claro hasta qué punto para su elaboración y divulgación resultaron pertinentes y se tomaron en consideración las cuestiones relacionadas con el derecho de autor y los derechos conexos.

248. Se ha sugerido con frecuencia que las expresiones del folclore pueden recibir protección indirecta, bien mediante la protección por derecho de autor que se concede a las bases de datos consideradas “originales” debido a la selección o la disposición de su contenido, bien por la protección *suigeneris* propuesta para las bases de datos no originales.

249. La protección de las bases de datos por derecho de autor no abarca su contenido, y ello sin perjuicio de cualquier derecho que pueda subsistir en relación con el mismo. Por consiguiente, es la protección que se aplicará a las expresiones del folclore de la base de datos, sino únicamente a su publicación y presentación en forma de colección, antología o compilación. Así pues, nada podrá impedir a una persona o indígena tomar una de las canciones que componen una colección de música tradicional y reproducirla, adaptarla y comercializarla, suponiendo que de la canción no surjan otros derechos.

¹⁸⁰ Hunter, Jane; Koopman, Bevan; Sledge, Jane, “Software Tools for Indigenous Knowledge Management”, septiembre de 2002. Véase también Hunter, Jane “Rights Markup Extensions for the Protection of Indigenous Knowledge”, mayo de 2002, y Wells, Kathryn, “A Model and Pilot Options for a Digital Image and Text Archive of Indigenous Arts and Knowledge; A Progress Report”, 1997.

250. No obstante, no debe excluirse en este ámbito la posibilidad de conceder protección *sui generis* a las bases de datos. Una directiva de la Comunidad Europea y ciertas legislaciones nacionales conceden protección a las bases de datos no originales; por ejemplo, la directiva de la Comunidad Europea confiere a los creadores de bases de datos el derecho a extraer y/o utilizar el conjunto o una parte sustancial de los contenidos de la base de datos, habida cuenta de que la creación de una base de datos representa una inversión sustancial en cuanto a la obtención, verificación y presentación del contenido. Esta protección se aplica con independencia de que el contenido cumpla las condiciones para gozar de protección por derecho de autor u otros derechos. n

251. Por consiguiente, desde la perspectiva de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, es posible que las colecciones y las bases de datos de expresiones del folclore creadas por las comunidades pertinentes, y sea que las expresiones individuales se consideren “obras literarias y artísticas” o no, puedan gozar de protección en virtud de propuestas para la protección *sui generis* de las bases de datos. Sin embargo, es incierto que esta protección pueda, en principio, extenderse a las expresiones individuales que se extirpan y vuelvan a utilizar. raigan

252. No obstante, en los casos en que la colección u otra forma de base de datos haya sido creada por personas que no pertenecen a las comunidades indígenas o tradicionales que originaron las expresiones del folclore, serán los creadores de la base de datos quienes gozarán de la titularidad de los derechos que surgen de la misma. Para que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales gocen de derechos en relación con dichas bases de datos, deben ser considerados como los creadores o realizadores de las bases de datos o, al menos, adquirir los derechos de los creadores y realizadores. A este respecto, podría seguir explorándose la utilización de contratos para proteger los derechos de los intérpretes de las ECT y de los titulares de la tradición.

253. La Secretaría de la OMPI seguirá analizando la utilización de las bases de datos para dar protección jurídica a las expresiones culturales tradicionales y abordará esta cuestión en su programa de cooperación técnica jurídica, así como en el Manual Práctico de la OMPI sobre la Protección Jurídica de las ECT y el conocimiento tradicional conexos. El Comité Permanente de la OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos continúa examinando la protección de las bases de datos no originales y se seguirá decerniendo los acontecimientos relacionados con la misma.

254. Una propuesta que podría ser útil para las iniciativas de catalogación de conocimientos tradicionales consiste en dar a la labor de catalogación una estructura que permita satisfacer los requisitos mínimos de catalogación para la adquisición, el ejercicio y la observancia de los derechos sobre los diseños. Esto entrañaría, por ejemplo, la armonización de las normas vigentes sobre la clasificación de la propiedad industrial y documentación en la materia (como el Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales, de 1979 y la Norma ST.80 (Recomendación relativa a los datos bibliográficos sobre dibujos y modelos industriales (identificación y requisitos mínimos))¹⁸¹, y las normas de catalogación de diseños basados en la tradición (como la

¹⁸¹ Se trata de una de las 50 Normas, recomendaciones y directrices sobre información y catalogación de la propiedad industrial, destinada a armonizar las prácticas en todas las oficinas de propiedad industrial y a facilitar la transmisión, el intercambio y la divulgación de información sobre propiedad industrial (tanto por texto como por imágenes).

publicación “Artesanía: guía metodológica para la captación de información” de la UNESCO).

255. No obstante, deberá evaluarse la utilidad práctica de dicha labor. Este ejercicio plantea a sí mismo cuestiones prácticas y jurídicas que se seguirán estudiando y examinando, asu debido tiempo, se abordarán en el programa de asistencia técnica -jurídica de la OMPI y en el Manual Práctico de la OMPI sobre la Protección Jurídica de las ECT y conocimientos tradicionales conexos.

La catalogación de las ECT como estrategia preventiva de propiedad intelectual

256. Se hace referencia en esta parte a la catalogación de las ECT como medio para impedir la adquisición de títulos de propiedad industrial que puedan incidir en la utilización de producciones originadas en ECT, especialmente de diseños industriales y, en menor medida, también patentes. (La protección preventiva de los signos distintivos se examina más adelante, en la Sección relativa a los registros.)

257. En las misiones exploratorias se sugirieron “tres pasos en aras de una protección mejorada de los diseños basados en conocimientos tradicionales comprendidos en los sistemas de dibujos y modelos industriales existentes: 1) las normas para la catalogación de diseños basados en la tradición deberían tener en cuenta los requisitos mínimos de catalogación para los dibujos y modelos industriales sujetos al Acuerdo sobre los ADPIC y al Arreglo de La Haya relativo al depósito industrial de dibujos y modelos industriales; 2) las oficinas de propiedad industrial deberían incorporar la catalogación estandarizada del diseño tradicional en sus archivos de búsqueda para realizar exámenes de fondo de las solicitudes de titularidad sobre dibujos y modelos industriales; 3) las clases o subclases pertinentes para diseños basados en conocimientos tradicionales deberían ser establecidas con sujeción al Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales (1979)”¹⁸². La inclusión de listas de expresiones culturales en un sistema de registro internacional de dibujos o modelos como el Arreglo de La Haya podrá contribuir a que los examinadores identifiquen las expresiones culturales que pertenecen a una comunidad tradicional y rechacen las solicitudes de registro, fundándose en que son nuevas y originales y el solicitante es el creador del diseño.

258. Esta propuesta refleja la labor que se está realizando en relación con los conocimientos tradicionales “técnicos” y las patentes, destinada a la publicación preventiva de los conocimientos tradicionales, con el fin de impedir la adquisición de derechos de patentes sobre invenciones basadas en conocimientos tradicionales. Del mismo modo, la integración de información sobre expresiones culturales podría permitir que las iniciativas de catalogación pongan a disposición de las oficinas de propiedad intelectual datos sobre diseños basados en la tradición y que son de dominio público, así como integrar dichos datos en sus procedimientos de presentación, examen, concesión y publicación de títulos de propiedad intelectual.

259. No obstante, no queda claro hasta qué punto dichas actividades para la “publicación preventiva” de la información relativa a los diseños industriales responderían a necesidades

¹⁸² “Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales”. Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999), párrafo 110.

reales. La adquisición de derechos de diseños industriales en relación con la artesanía y otras ECT tangibles que pertenecen al dominio público quizás no parezca tan corriente como en otras esferas, como la de las patentes. Asimismo, a medida que un número mayor de países – incluidos los países desarrollados – abandonan el examen sustantivo de solicitudes de diseños industriales (en particular, las búsquedas relativas a la novedad), no parece realmente útil emprender actividades destinadas a integrar la información sobre expresiones culturales en el estado de la técnica susceptible de búsqueda a los fines de los diseños industriales. Por otra parte, la publicación previa podría hacerse valer incontestablemente con terceros.

La creación de registros, listase inventarios de ECT como estrategia de propiedad intelectual

260. Los programas sobre patrimonio cultural de alcance internacional, regional y nacional suelen establecer registros, listase inventarios de patrimonio cultural intangible y tangible como instrumentos útiles para identificar, promover y salvaguardar. Por ejemplo, el Brasil ha establecido el Registro de Patrimonio Inmaterial, y el Convenio Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, que es objeto de examen en la UNESCO, prevé la creación de registros, inventarios y listas en el ámbito nacional e internacional. Sin embargo, ¿podrán esos registros, listase inventarios ser de utilidad en las estrategias de propiedad intelectual, a los fines de la protección tanto positiva como preventiva?

261. Varios Estados que han establecido sistemas *sui generis* de protección jurídica de las ECT han creado un sistema de registro; Panamá y Filipinas pueden citarse como ejemplo. En otros países, como Cuba, también existen registros¹⁸³. En la respuesta de Costa Rica al cuestionario de la OMPI sobre folclore, de 2001, se formulan propuestas detalladas sobre la creación y gestión de esos registros.

262. Las Disposiciones Tipo de 1982 no prevén forma alguna de registro ni de catalogación, como tampoco la Ley Tipo para los países del Pacífico Meridional.

X. ADQUISICIÓN, GESTIÓN Y OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS

263. Tal como se recoge en el Informe sobre las experiencias nacionales (WIPO/GRTKF/IC/3/10), si bien varios países contemplan la protección jurídica para las expresiones del folclore (23 países, lo que equivale al 36% de los 64 que respondieron al cuestionario), existen pocos países en los que puede decirse que dichas disposiciones se utilizan activamente y funcionan eficazmente en la práctica.

264. Además, se desprenden del Informe que son pocos los países en los que se aplican, de ese caso, los derechos de propiedad intelectual. En el Informe se concluye que es muy

¹⁸³ La Ley de Derecho de Autor de Cuba, N.º 14, en vigor desde 1977, prevé la protección del folclore, incluyéndola a la artesanía. Mediante la Resolución N.º 2, de 1993, el Centro Nacional de Derecho de Autor (CENDA), dispone el registro y el depósito, facultativo, de las obras protegidas. El documento recibido como consecuencia del registro de una obra valdrá como prueba con terceros, en el caso de violación del derecho de autor. Véase Dolores Isabel Agüero Boza, "Las obras artesanales y el derecho de autor", documento presentado en el Taller OMPI-CCI sobre protección jurídica de artesanías originales, La Habana, 30 de enero al 1 de febrero de 2001, WIPO -ITC/DA/HAV/01/6.

necesario reforzar y aplicar más eficazmente en el plan nacional los sistemas y medidas existentes para proteger los derechos de propiedad intelectual, tomando en consideración las distintas necesidades jurídicas, conceptuales, de infraestructura y operativas de los países.

265. En el Informe sobre las experiencias nacionales se sugieren formas concretas para mejorar la aplicación de los derechos existentes e implementar eficazmente ciertos sistemas. Entre estas propuestas se incluyen:

a) programas de sensibilización y formación especializada para los pueblos indígenas y las comunidades locales en relación con el acceso, la comprensión y la utilización de los sistemas vigentes de propiedad intelectual y otros instrumentos jurídicos que tengan a su disposición;

b) actividades de información pública específicamente orientadas a las comunidades locales indígenas, y otras actividades llevadas a cabo por las oficinas nacionales de propiedad intelectual, así como otros organismos, con el fin de explicar claramente las normas y sistemas de propiedad intelectual y de facilitar el acceso a las oficinas nacionales de propiedad intelectual y al sistema de la propiedad intelectual;

c) la posibilidad de reducir las tasas de presentación y renovación para los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales;

d) el establecimiento y el fortalecimiento de las estructuras institucionales necesarias para aplicar disposiciones legislativas y otras medidas;

e) cuando sea posible, valerse de las sociedades de gestión colectiva existentes o crear nuevas;

f) la celebración de consultas nacionales entre productores de artesanía y otras expresiones del folclore¹⁸⁴;

g) el establecimiento de centros de coordinación nacionales¹⁸⁵;

h) el establecimiento de vínculos jurídicos y estructurales entre los sistemas destinados a proteger las expresiones culturales tradicionales, los investigadores y archivos; y

ix) la utilización de un mecanismo alternativo de resolución de controversias.

[Fin del Anexo del documento]

¹⁸⁴ Documento expositivo del Grupo Asiático y China (OMPI/GRTKF/IC/2/10), pág. 4.

¹⁸⁵ Documento expositivo del Grupo Asiático y China (OMPI/GRTKF/IC/2/10), pág. 4.