

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

Cuadragésima sesión
Ginebra, 17 a 21 de junio de 2019

PROYECTO ACTUALIZADO DE ANÁLISIS DE LAS CARENCIAS EN LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES

preparado por la Secretaría

1. En su duodécima sesión, celebrada en Ginebra del 25 al 29 de febrero de 2008, el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) decidió que la Secretaría, teniendo en cuenta la labor anterior del CIG, preparase un documento de trabajo para la decimotercera sesión del Comité en el que:
 - a) se señalaran las obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional para la protección de las expresiones culturales tradicionales (ECT);
 - b) se señalaran las lagunas que existan a nivel internacional, y se aclarasen, en la medida de lo posible, con ejemplos específicos;
 - c) se expusiesen las consideraciones importantes para determinar si es necesario suplir esas carencias;
 - d) se señalaran qué opciones existen o puedan perfilarse para hacer frente a cualquier carencia que se haya determinado, incluidas las opciones jurídicas o de otra índole, sea a nivel internacional, regional o nacional;
 - e) se adjuntase un anexo con una matriz correspondiente a los temas a los que se hace referencia en los apartados a) y d) *supra*.
2. Se le pidió a la Secretaría que hiciese “explícitas las definiciones de trabajo y demás bases sobre las cuales realiza su análisis.”
3. En ese momento, la Secretaría preparó un primer proyecto de análisis de carencias en la protección de las ECT que se distribuyó entre los participantes en el CIG para recabar

comentarios. Teniendo en cuenta los comentarios recibidos,¹ para la decimotercera sesión del CIG, que tuvo lugar del 13 al 17 de octubre de 2008, se preparó un proyecto subsiguiente de análisis de carencias, el cual fue distribuido con la signatura WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev.

4. En la duodécima sesión del CIG se había adoptado la misma decisión, en ese caso respecto de los conocimientos tradicionales (CC.TT.), por lo que en su decimotercera sesión el CIG tenía ante sí dos proyectos de análisis de conferencias, contenidos en los documentos WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev. (ECT), y WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev. (CC.TT.).

5. Para entonces, el CIG había examinado minuciosamente las opciones jurídicas y de políticas que había para la protección de las ECT. Este examen incluía análisis completos de los mecanismos jurídicos existentes a nivel nacional y regional, mesas redondas sobre varias experiencias nacionales, elementos comunes de la protección de las ECT, estudios de caso y encuestas en curso sobre las políticas internacionales y el entorno jurídico, además de los principios y objetivos fundamentales de la protección de las ECT que habían obtenido apoyo en las sesiones anteriores del Comité. Tal como había solicitado el CIG, esta labor previa de base se resumía en el documento WIPO/GRTKF/IC/13/4(a), que acompañaba al proyecto de análisis de carencias que figuraba en el documento WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev.

6. En la decimotercera sesión del CIG, celebrada en octubre de 2008, no se examinó en detalle el documento WIPO/GRTKF/IC/13/4 (b) Rev.², y en las decisiones que se adoptaron en esa sesión solo consta que el Comité “tomó nota” del documento.³ El CIG no decidió examinar el documento en las sesiones futuras.

7. En 2017 la Asamblea General de la OMPI pidió a la Secretaría que actualizara “el análisis realizado en 2008 sobre las carencias de los regímenes de protección existentes en relación con los CC.TT. y las ECT”.

8. Con arreglo a esa decisión, en el Anexo I del documento WIPO/GRTKF/IC/37/7 se incluyó un proyecto actualizado del análisis realizado en 2008 sobre las carencias en la protección de las ECT. La estructura, el formato y el contenido eran iguales en gran parte a los del análisis de carencias anterior, salvo en los casos en que se aludía a instrumentos internacionales más recientes o a avances jurídicos o de políticas. Por lo tanto, tal como pidió el CIG, esa versión era básicamente una “actualización”. En particular, se introdujeron cambios en los párrafos 1, 2, 6 a 8, 10, 13, 14, 17, 19 a 21, 24, 35, 38, 41 a 43, 45 a 47, 48, 50, 51 a 53, 57, 58, 61 a 64, 71 a 73, 78, 79, 85, 86, 88, 91, 96, 100, 101, 104, 106 a 108, 110 y 113. En el Anexo II se incluyó una matriz actualizada correspondiente a los temas a los que se hace referencia en los apartados a) y d) *supra*. El mismo documento se publicó para la 38.^a y la 39.^a sesiones del CIG y vuelve a publicarse para la presente sesión.

9. El proyecto actualizado de análisis de carencias y la matriz actualizada figuran como anexos del presente documento.

10. Se invita al Comité a considerar el proyecto actualizado de análisis de carencias y la matriz actualizada que figuran en los Anexos I y II.

[Siguen los Anexos]

¹ Los comentarios recibidos en ese momento siguen estando disponibles en el sitio web de la OMPI, en la dirección siguiente: <https://www.wipo.int/tk/es/igc/gap-analyses.html>.

² WIPO/GRTKF/IC/13/11.

³ WIPO/GRTKF/IC/13/DECISIONS.

ANEXO I

PROYECTO ACTUALIZADO DE ANÁLISIS DE LAS CARENCIAS EN LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES:

ÍNDICE

I.	REFERENCIAS Y OTRA DOCUMENTACIÓN UTILIZADA PARA LA PREPARACIÓN DEL PRESENTE ANÁLISIS	3
II.	DEFINICIONES DE TRABAJO Y OTROS ELEMENTOS QUE SIRVEN DE BASE AL ANÁLISIS	3
	<i>Expresiones culturales tradicionales</i>	3
	<i>Características de las ECT</i>	3
	<i>Formas de ECT</i>	4
	<i>El significado de “protección”</i>	5
	<i>Características generales de la protección de la propiedad intelectual</i>	5
	<i>Las formas de protección del sistema de PI más pertinentes para las ECT</i>	6
	<i>Convenios y tratados internacionales pertinentes en materia de PI</i>	6
	<i>“Protección” y no “salvaguardia”, “preservación” o “fomento”</i>	7
	<i>Objetivos en relación con la protección de las ECT</i>	7
	<i>Formas específicas de protección que se desean para las ECT</i>	8
	<i>Qué se entiende por “carencias”</i>	9
	<i>Carencias que no se abordan directamente en este análisis</i>	10
	<i>Carencias en el contexto de un enfoque estratificado del ámbito de la protección</i>	12
	<i>Resumen</i>	12
III.	ANÁLISIS	13
	A. <i>Obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional para la protección de las ECT/EF</i>	13
	<i>Producciones literarias y artísticas</i>	13
	<i>Interpretaciones o ejecuciones de ECT</i>	16
	<i>Diseños</i>	17
	<i>ECT secretas</i>	17
	<i>Nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales</i>	18
	B. <i>Carencias que existen a nivel internacional, y presentación de ejemplos al respecto</i>	19
	<i>Producciones literarias y artísticas</i>	19
	<i>Interpretaciones y ejecuciones de ECT</i>	22
	<i>Diseños</i>	23
	<i>ECT secretas</i>	23
	<i>Nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales</i>	23
	C. <i>Consideraciones importantes para determinar si es necesario suplir esas carencias</i>	24
	<i>Necesidad de subsanar carencias a nivel local, nacional, regional e internacional</i>	24
	<i>Medidas a nivel legislativo, práctico y mediante creación de capacidad</i>	25
	<i>Entorno jurídico y normativo</i>	25
	<i>Cuestiones de política general</i>	25
	<i>Objetivos sociales, culturales y económicos</i>	26
	<i>Cuestiones técnicas y jurídicas específicas</i>	26
	<i>Cuestiones operativas: gestión y cumplimiento de los derechos</i>	27
	D. <i>Opciones que ya existen o que pueden adoptarse para hacer frente a las carencias detectadas, incluidas las opciones jurídicas y de otra índole, a nivel internacional, regional o nacional</i>	27
	<i>Producciones literarias y artísticas</i>	28
	<i>Reconocimiento de los derechos e intereses comunitarios</i>	28

<i>Derechos morales comunitarios</i>	28
<i>Aclaración del ámbito de aplicación del artículo 15.4) del Convenio de Berna</i>	28
<i>Domaine public payant</i>	29
<i>Obras huérfanas</i>	29
<i>Derecho de participación</i>	30
<i>Utilización de los signos distintivos y de los principios relativos a la competencia desleal para luchar contra la apropiación indebida de la reputación asociada a las ECT (“estilo”)</i>	30
<i>Obras derivadas y protección preventiva de las producciones literarias y artísticas</i> ..	31
<i>Protocolos, códigos de conducta, contratos y otros instrumentos prácticos</i>	32
<i>Registros y bases de datos</i>	33
<i>Gestión colectiva</i>	33
<i>Interpretaciones y ejecuciones de ECT</i>	33
<i>Diseños</i>	33
<i>ECT secretas</i>	34
<i>Nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales</i>	34

I. REFERENCIAS Y OTRA DOCUMENTACIÓN UTILIZADA PARA LA PREPARACIÓN DEL PRESENTE ANÁLISIS

1. La mayor parte de la información que figura en el presente documento se ha sacado de anteriores documentos del CIG⁴ y de otras publicaciones y documentación publicadas anteriormente a efectos de la labor del CIG.⁵ Se destaca, en particular, el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3. Estos documentos y documentación pueden consultarse en el sitio Web de la OMPI: <https://www.wipo.int/tk/es/folklore/>. También se han consultado otras publicaciones, documentos y artículos.⁶

II. DEFINICIONES DE TRABAJO Y OTROS ELEMENTOS QUE SIRVEN DE BASE AL ANÁLISIS

Expresiones culturales tradicionales

2. No existe una definición establecida o aceptada internacionalmente de “expresión cultural tradicional” o “expresión del folclore” (una y otra expresiones se utilizarán indistintamente en el documento y se abreviarán con la sigla “ECT”). Ahora bien, cabe señalar que existen muchas definiciones en las legislaciones nacionales y regionales y en instrumentos internacionales.⁷

3. Definir la materia protegida es desde hace tiempo uno de los mayores desafíos que se plantean a la protección de las ECT. La definición de las ECT puede determinar el alcance y la forma de la protección conferida por los derechos de PI. Aunque en el presente proyecto de análisis no se trata de avanzar una definición particular de lo que son las ECT, es de todas formas indispensable llegar a un cierto entendimiento sobre lo que ese concepto significa para seguir adelante con el análisis.

4. Por consiguiente, el objetivo del presente documento no es proponer una única definición, ni siquiera sugerir que sea necesaria una definición a nivel internacional, dado que se trata de una cuestión respecto de la cual los participantes en el CIG han expresado puntos de vista divergentes. Sin embargo, a los fines del presente análisis únicamente, es útil aclarar lo que se entiende por “expresión cultural tradicional”.

Características de las ECT

5. Las características específicas de las ECT se han examinado exhaustivamente en documentos y documentación anteriores.⁸

⁴ WIPO/GRTKF/IC/3/10; WIPO/GRTKF/IC/5/3; WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3; WIPO/GRTKF/IC/6/3 y 6/3 Add.; WIPO/GRTKF/IC/7/3; WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4; WIPO/GRTKF/IC/11/4(a), (a) Add. y (a) Add. 2; WIPO/GRTKF/IC/11/4(b); WIPO/GRTKF/IC/12/4(a), (b) y (c).

⁵ OMPI: Análisis consolidado de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales, 2004; Janke, “*Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*”, OMPI, 2003; Kuty, “*National Experiences with the Protection of Expressions of Folklore/Traditional Cultural Expressions – India, Indonesia, the Philippines*”, OMPI, 2004.

⁶ McDonald, I., “*Protecting Indigenous Intellectual Property*” (Consejo de Derecho de Autor de Australia, Sídney, 1997, 1998); Palethorpe y Verhulst, “*Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law*” (estudio encomendado por la Comisión Europea), octubre de 2000; “*Protecting Traditional Cultural Expressions: Policy Issues and Considerations from a Copyright Perspective*”, documento normativo de Canadian Heritage, 2004; Lucas-Schloetter, ‘Folclore’ en von Lewinski, S. (encargada de la publicación), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, 2004; Nota informativa disponible en: https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=373916.

⁷ WIPO/GRTKF/IC/3/9; WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4. Véase también la base de datos sobre leyes en <https://www.wipo.int/tk/en/databases/tklaws/>.

⁸ WIPO/GRTKF/IC/6/3; Secretaría de la OMPI, “Análisis consolidado de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales” (WIPO/GRTKF/IC/5/3).

6. A efectos del presente análisis, cabe recordar dos cuestiones importantes. En primer lugar, las ECT pueden incluir materiales preexistentes elaborados en un pasado lejano por “autores desconocidos”, así como expresiones más recientes y contemporáneas de culturas tradicionales, con un sinnúmero de adaptaciones, imitaciones, revitalizaciones y recreaciones que han tenido lugar de forma progresiva y evolutiva. Las ECT, que forman parte de un acervo o patrimonio vivo, son recreadas constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad. Por lo tanto, puede hacerse una distinción entre las ECT preexistentes y las interpretaciones y adaptaciones modernas.

7. En segundo lugar, mientras que la creatividad tradicional es una interacción dinámica entre la creatividad colectiva y la individual, la característica que define a las creaciones “tradicionales” es que se identifican con una tradición viva y con una comunidad que aún mantiene esa tradición y la práctica. Aunque una persona haya elaborado una creación basada en la tradición en el marco de su propio contexto habitual, la creación no le “pertenece” sino que corresponde al sentido compartido de responsabilidad, identidad y custodia comunitarias. Esto es lo que indica el carácter “tradicional” de una creación.

8. A modo de resumen, las ECT, en general:

- a) son el producto de la actividad intelectual creadora,
- b) han sido transmitidas de generación en generación, sea oralmente, sea por imitación,
- c) reflejan la identidad social y cultural de una comunidad,
- d) consisten en elementos característicos del patrimonio de una comunidad,
- e) suelen ser creadas por autores desconocidos o imposibles de localizar, o por comunidades,
- f) suelen ser creadas ante todo por motivos espirituales y religiosos,
- g) suelen ser creadas y reproducidas con ayuda de recursos naturales, y
- h) evolucionan, se desarrollan y se recrean constantemente en la comunidad.

9. Por consiguiente, en el presente proyecto de análisis la expresión “comunidad” se emplea, como ha venido haciéndose en los documentos preparados para el CIG, para designar en general a los pueblos indígenas y a las comunidades tradicionales, locales y otras comunidades culturales. Del uso de estos términos no debe inferirse que exista un consenso entre los miembros de CIG respecto de quiénes son los beneficiarios de la protección de las TCE y/o la validez o idoneidad de éstas u otras expresiones. El uso de estas expresiones a efectos del presente análisis no afecta ni limita el de otras diferentes en las legislaciones y deliberaciones nacionales o regionales.

Formas de ECT

10. Las ECT pueden incluir una amplia variedad de formas tangibles, intangibles y combinadas de expresión creativa.⁹

11. Ahora bien, se propone que este análisis sea lo más concreto posible centrándolo en el examen de algunas ECT específicas que parecen ser las más vulnerables al tipo de explotación del sistema de PI. Se ha seleccionado la documentación anterior pertinente y se han examinado ejemplos concretos de apropiación ilícita o abusiva de los ECT.¹⁰ Estos ejemplos se refieren a la explotación de música y canciones tradicionales, artes plásticas (en particular la pintura), instrumentos musicales tradicionales, artesanías (incluyendo los

⁹ Véase el documento “Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales”, WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9.

¹⁰ WIPO/GRTKF/IC/5/3, “Análisis consolidado de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales”.

diseños y “estilos” que en ellas se incorporan), las interpretaciones o ejecuciones de ECT, las ECT sagradas o secretas, las grabaciones y la catalogación referente a las ECT, y las palabras, los nombres y los símbolos indígenas.

12. Estos ejemplos demuestran que la protección de las ECT puede referirse a la protección de i) las expresiones distintivas y creativas en sí mismas; y/o ii) la reputación o el carácter distintivo asociado a las mismas; y/o iii) su método de fabricación (en el caso de las artesanías, los instrumentos musicales y los textiles, por ejemplo).

13. La tercera categoría, relativa al método de fabricación de ECT como las artesanías, los instrumentos musicales y los textiles, se refiere, sobre todo, a lo que se denomina “conocimientos tradicionales” *stricto sensu* (CC.TT.) a efectos de los trabajos del Comité. Esta categoría se aborda de forma coordinada y complementaria en el documento WIPO/GRTKF/IC/37/6. [Nota de la Secretaría: este documento es igualmente una versión actualizada del análisis de carencias en la protección de los CC.TT. preparado en 2008, tal como se explicó con anterioridad).

14. En este contexto, se propone centrar el análisis en ejemplos concretos que corresponden a las dos primeras categorías mencionadas, a saber:

- a) las producciones literarias y artísticas,¹¹ como la música y las artes plásticas;
- b) las interpretaciones y ejecuciones de las ECT;
- c) los diseños en las artesanías y otras artes creativas;
- d) las ECT secretas; y
- e) los nombres, las palabras y los símbolos indígenas y tradicionales.

15. Al centrar el análisis de esa forma se pretende ser lo más concreto y específico posible. No es la intención, sin embargo, sugerir que no haya otras formas de ECT ni elementos del patrimonio cultural intangible que sean también valiosas o vulnerables.

El significado de “protección”

Características generales de la protección de la propiedad intelectual

16. Los sistemas de PI son diversos en naturaleza y en términos de objetivos de política general a alcanzar. Por ejemplo, el derecho de autor, es el derecho que tiene un autor de controlar la explotación de sus creaciones intelectuales. Sin embargo, en el derecho de autor no se prevé un control perfecto, por el hecho de que está sujeto a varias excepciones y limitaciones destinadas a equilibrar las necesidades de proteger la creatividad y de divulgar la información. Por otra parte, la protección de las marcas y las indicaciones geográficas está destinada a proteger el fondo de comercio y la reputación de los comerciantes y de sus productos, y a impedir una utilización no autorizada de esos signos que pueda inducir a error a los consumidores.

17. La protección de la PI puede incluir derechos de propiedad. Cuando existen derechos de propiedad, como los derechos patrimoniales, los titulares pueden ejercer de forma

¹¹ Según el artículo 2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, “[l]os 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 a la cinematografía; 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 relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.”

positiva los derechos en sí, autorizar a otros a ejercerlos (por ejemplo, el derecho puede ser objeto de licencia), y/o a impedir que otros lo hagan.

18. La protección de la PI no incluye necesariamente la concesión de derechos de propiedad – por ejemplo, los derechos morales en virtud del derecho de autor permiten regular la forma en que se utiliza una obra, en lugar de disponer si es posible utilizarla o no, en algunos casos hasta después de que hayan expirado los derechos patrimoniales. Las licencias obligatorias (no voluntarias) en relación con el derecho de autor permiten de forma análoga regular la manera de utilizar una obra así como el pago de una “remuneración equitativa” o de una “regalía razonable” (véanse, por ejemplo, los artículos 11 *bis* 2) y 13.1) del Convenio de Berna, de 1971).

Las formas de protección del sistema de PI más pertinentes para las ECT

19. Como muchas ECT son obras artísticas o literarias, así como interpretaciones o ejecuciones, el derecho de autor y los derechos conexos adquieren una pertinencia especial para la protección de las ECT.¹² Los diseños tradicionales son susceptibles de protección como diseños industriales. Por lo que respecta a los nombres, los signos y los símbolos, los sistemas de PI que protegen las marcas y las indicaciones, así como las normativas relativas a la competencia desleal, son los más pertinentes.

Convenios y tratados internacionales pertinentes en materia de PI

20. Los convenios y tratados sobre derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI proporcionan un marco internacional de principios y normas que los Estados que los han ratificado introducen en las respectivas legislaciones nacionales. Los convenios y los tratados internacionales prevén cierta flexibilidad en relación con diversas cuestiones, por lo que la legislación nacional puede diferir mucho de una jurisdicción a otra. Así pues, en la práctica, la protección en materia de PI es, ante todo, una cuestión que incumbe a la legislación nacional. Además, cabe resaltar que los tratados internacionales facilitan el respeto y la defensa de los derechos en otros países sobre la base del trato nacional y la reciprocidad.

21. Los principales convenios y tratados internacionales en materia de PI a los que se hace referencia en este análisis son los siguientes:

- a) la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, de 1961 (la “Convención de Roma”, de 1961);
- b) el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 1967 (el “Convenio de París”, de 1967);
- c) el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1971 (el “Convenio de Berna, de 1971”);
- d) el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, de 1971 (el “Convenio Fonogramas”, de 1971);
- e) el Acuerdo sobre los ADPIC, de 1994;
- f) el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, de 1996 (el “WCT, de 1996”);
- g) el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 1996 (el “WPPT, de 1996”); y,

¹² En documentos anteriores se establecieron los principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos y se aplicaron a las ECT. Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3.

- h) el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, de 2012 (el “Tratado de Beijing, de 2012”) (tratado que aún no está en vigor).¹³

“Protección” y no “salvaguardia”, “preservación” o “fomento”

22. Habida cuenta de las anteriores deliberaciones en el Comité, por “protección”, en la decisión que tomó en su duodécima sesión celebrada en febrero de 2008, se entiende la protección en el sentido del sistema de PI (a veces se utiliza la expresión “protección jurídica”), es decir, la protección de la creatividad intelectual y la innovación contra su utilización no autorizada.

23. En este sentido, la “protección” en materia de PI puede distinguirse de “salvaguardia”, “preservación” y “fomento” del patrimonio cultural, que se refieren generalmente a la identificación, la catalogación, la transmisión y la revitalización del patrimonio cultural tangible e intangible para garantizar su mantenimiento y viabilidad. Aunque los instrumentos y los programas destinados a la preservación y el fomento de las ECT como tales son valiosos y complementan la protección de las mismas, para guardar coherencia con la decisión tomada por el Comité de febrero de 2008, el centro del presente análisis es la protección jurídica de las ECT. La legislación y los programas del sistema de PI relativos a la salvaguardia y la promoción del patrimonio vivo pueden desempeñar una útil función a la hora de complementar las leyes relativas a la protección en materia de PI. Muchas de las aspiraciones relativas a las ECT a las que han hecho alusión las comunidades podrían satisfacerse, en lugar de con medidas de PI, con medidas y programas para la salvaguardia, preservación y fomento del patrimonio cultural. Las comunidades utilizan, además, otros instrumentos, como los elaborados de conformidad con sus leyes consuetudinarias, para impedir la utilización no autorizada de sus ECT. Asimismo, se ha señalado que la utilización apropiada de los nombres, palabras y símbolos tradicionales y otras ECT puede contribuir a preservar y fomentar las culturas indígenas.

Objetivos en relación con la protección de las ECT

24. En documentos anteriores se han citado diversos objetivos determinados por los Estados y las comunidades en relación con las ECT.¹⁴ Algunos son objetivos generales mientras que otros están directamente relacionados con el sistema de PI y la protección de las ECT. Además, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas se ha citado como fuente que refleja las aspiraciones de los pueblos indígenas.

25. Con objeto de delimitar debidamente el presente análisis, y con arreglo a las deliberaciones anteriores y la decisión de febrero de 2008 del CIG, se propone que el centro de estudio sean los objetivos que están relacionados específicamente con la protección de las ECT mediante el sistema de PI.

26. Se recuerda que, teniendo presente que hay también opciones distintas de la PI, los participantes en el CIG han mencionado con respecto a las ECT varios objetivos económicos y no económicos relacionados con la PI, a saber:

- a) la protección en materia de PI para apoyar el desarrollo económico: algunas comunidades desean reivindicar y ejercer los derechos de PI sobre sus ECT para poder explotarlas comercialmente y contribuir a su desarrollo económico;

¹³ Obsérvese que no se ha mencionado el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, de 2013, ya que no guarda relación con las ECT.

¹⁴ WIPO/GRTKF/IC/6/3.

- b) la protección en materia de PI para impedir todo uso indeseado por un tercero: algunas comunidades desean reivindicar derechos de PI sobre sus ECT para impedir la utilización y la comercialización de sus ECT por terceros, en particular una utilización que pueda ser ofensiva o degradante desde el punto de vista cultural, y una utilización que distorsione su cultura; y,
- c) la protección contra la adquisición de derechos de PI: las comunidades también están interesadas en impedir a terceros adquirir o mantener derechos de PI sobre las ECT y sobre las obras derivadas o las adaptaciones de las mismas. Ello supone el recurso a mecanismos preventivos a fin de bloquear o impedir los derechos de PI de terceros que se consideren perjudiciales para los intereses de la comunidad, o los derechos de PI que se hayan obtenido sin el consentimiento de esta (“protección preventiva”).

Formas específicas de protección que se desean para las ECT

27. Los modos de utilizar las diferentes formas de ECT varían en las distintas partes del mundo. Documentos anteriores del Comité presentaron ejemplos de la clase de apropiaciones de las expresiones culturales a las que las comunidades indígenas prestan particular atención.¹⁵

28. De estos ejemplos concretos se puede deducir que esas comunidades y otras partes interesadas reivindican lo siguiente:

- a) la protección de las ECT contra la utilización no autorizada, como la reproducción, la adaptación, la distribución, la interpretación o ejecución y otros actos similares, especialmente la utilización comercial;
- b) medidas preventivas contra usos vejatorios, despectivos así como cultural y espiritualmente ofensivos de las ECT;
- c) medidas para impedir la apropiación de la reputación o del carácter distintivo de las ECT en formas que sugieran un producto tradicional auténtico, mediante la utilización de indicaciones engañosas o falsas respecto de la autenticidad o del origen, o la adopción de su “estilo”;
- d) medidas para impedir que se omita el reconocimiento de la fuente cuando se utilizan las ECT;
- e) la protección preventiva de las ECT (es decir la protección de las ECT contra la obtención de derechos de PI sobre las ECT o las adaptaciones de las mismas); y
- f) medidas contra la divulgación no autorizada de ECT confidenciales o secretas.

29. Con objeto de determinar las opciones y de centrar el presente análisis en la práctica, se propone adoptar como base esas seis principales formas de protección que se han determinado y examinado en documentos anteriores.

30. Por lo que respecta a la protección preventiva de las ECT, se propone que la labor se centre específicamente en las demandas de protección contra i) el ejercicio del derecho de autor y derechos sobre diseños que protejan obras derivadas de las ECT, con inclusión de las artesanías, y ii) la adquisición de protección mediante marcas respecto de los nombres,

¹⁵ WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

las palabras y los símbolos indígenas y tradicionales, cuando ese ejercicio o adquisición carezcan de autorización.

Qué se entiende por “carencias”

31. En la decisión del CIG tomada en su duodécima sesión se pide la realización de un análisis de las “carencias” relativas a las “obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional para la protección de las ECT/EF.”

32. La utilización del concepto de “laguna” (o de “carencia”) en la decisión del CIG apunta a una necesidad social, cultural, económica que no se ha satisfecho. Determinar esas necesidades y evaluar si se han satisfecho o no es un ejercicio problemático dado que aún no hay acuerdo en el CIG sobre esas cuestiones. Señalar una necesidad no satisfecha como una “carencia” y, sobre todo, determinar si debe subsanarse es una cuestión que incumbe a los Estados miembros y respecto de la cual deben tomar una decisión.

33. Sin embargo, si se procede pragmáticamente con objeto de responder a la decisión del CIG, se podrían determinar las carencias relativas a los aspectos siguientes:

- a) las formas de protección que desean los Estados y las comunidades (a que se hace referencia *supra*); y/o
- b) las deficiencias técnicas específicas percibidas en el sistema de PI vigente en relación con las ECT. En cuestionarios cumplimentados anteriormente y en otros documentos y materiales preparados a efectos del CIG se ha hecho referencia a esas deficiencias y se han examinado exhaustivamente.¹⁶

34. Las formas de protección deseadas se han señalado *supra*. Los siguientes elementos se han indicado como limitaciones técnicas específicas de los sistemas de PI más pertinentes para las ECT:

- a) *El requisito de “originalidad”*: el derecho de autor protege exclusivamente las obras “originales”; sin embargo, muchas producciones literarias y artísticas tradicionales no son “originales” en este sentido. Del mismo modo, se ha señalado la posibilidad de que los diseños tradicionales no sean “nuevos” ni “originales” de un modo que los haga merecedores de la protección de los diseños industriales. Por otra parte, las adaptaciones de las ECT pueden estar protegidas como obras y diseños “originales” protegidos por derecho de autor, por lo que es necesaria la “protección preventiva” (véase *infra*);
- b) *Titularidad*: el ejercicio de la protección que dimana del derecho de autor y de los diseños industriales suele requerir la identificación de un creador o de creadores conocidos a fin de determinar quiénes serán los titulares de los derechos y los beneficiarios de esos derechos. Sin embargo, es difícil, cuando no imposible, identificar a los creadores de las ECT y, por lo tanto, a los titulares y beneficiarios de derechos respecto de las ECT debido a que las ECT son creadas y conservadas por la comunidad y a que los creadores son simplemente desconocidos o imposibles de localizar. El concepto mismo de “titularidad” en el sentido que se le atribuye en el dominio de la PI también puede resultar ajeno a muchos pueblos indígenas (véase también el apartado “Divergencias conceptuales”, *infra*);

¹⁶ Por ejemplo en los documentos WIPO/GRTKF/IC/1/5; WIPO/GRTKF/IC/3/11; WIPO/GRTKF/IC/5/3; WIPO/GRTKF/IC/6/3.

- c) *Fijación*: el requisito de fijación en muchas legislaciones nacionales en materia de derecho de autor impide la protección de expresiones intangibles y orales de la cultura, como las danzas y las canciones, a menos que estén fijadas en algún tipo de soporte. Puede ocurrir incluso que determinadas expresiones “fijadas” no reúnan el requisito de fijación necesario, como la pintura facial y corporal, y las esculturas de arena. Ahora bien, por otra parte, los derechos sobre las grabaciones y la catalogación de las ECT se confieren a las personas responsables de esos actos de fijación, como los etnomusicólogos, los especialistas del folclore y otros investigadores, y no a los custodios de las ECT;
- d) *Plazo de protección*: se considera que el plazo de protección en el marco del derecho de autor, los derechos conexos y los diseños industriales no es adecuado para las ECT. En primer lugar, no atiende a la necesidad de proteger las ECT a perpetuidad o, al menos, mientras la comunidad exista. Por otra parte, un plazo de protección limitado requiere ciertamente que se conozca la fecha de creación de la obra o la primera publicación, lo que generalmente no es posible respecto de las ECT;
- e) *Formalidades*: aunque no existen formalidades en el caso del derecho de autor y los derechos conexos, se prevén requisitos de registro y renovación en el caso de la protección de los diseños industriales y las marcas. Se ha dicho que esos requisitos pueden ser obstáculos para la utilización de esos sistemas de PI por las comunidades indígenas y tradicionales;
- f) *Excepciones y limitaciones*: aparte de la cuestión del plazo de protección limitado previsto en la mayoría de las formas del sistema de PI, se ha aducido que otras excepciones y limitaciones que generalmente se prevén en las legislaciones en materia de PI no son convenientes en el caso de las ECT. Por ejemplo, las excepciones que se prevén habitualmente en el ámbito del derecho de autor en virtud de las cuales una escultura u obra de artesanía artística expuesta con carácter permanente en un lugar público puede ser reproducida en fotografías, dibujos y por otros medios sin autorización pueden ofender la sensibilidad indígena y socavar los derechos consuetudinarios. Del mismo modo, en las legislaciones nacionales relativas al derecho de autor se suele autorizar a los servicios de archivos, las bibliotecas y otras instituciones públicas a realizar reproducciones de obras y a ponerlas a disposición del público. Algunas de estas excepciones y limitaciones han sido objeto de críticas por las comunidades indígenas y tradicionales, mientras que otros han puesto de relieve la necesidad de que en toda excepción y limitación se tenga en cuenta el interés público; y
- g) *Protección preventiva*: los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales están preocupados por el hecho de que empresas o personas que no pertenecen a esas comunidades imiten o copien sus ECT o los utilicen como fuente de inspiración y adquieran derechos de PI sobre sus obras derivadas, diseños, marcas u otras producciones. Por ejemplo, algunas comunidades han expresado su preocupación respecto de la utilización en el comercio de palabras, nombres, diseños, símbolos y otros signos distintivos indígenas por terceros, y de su registro como marcas. Además, las legislaciones tanto de derecho de autor como de diseños industriales no protegen el “estilo” de las obras literarias y artísticas ni el de los diseños, respectivamente.

Carencias que no se abordan directamente en este análisis

35. *Divergencias conceptuales*: la propuesta de centrar la atención en estas deficiencias específicas y técnicas que se perciben en los sistemas de PI vigentes no pretende desviar la

atención de las divergencias conceptuales más profundas entre las aspiraciones y las perspectivas de los pueblos indígenas y el sistema convencional de PI. También se reconocen las vinculaciones entre las divergencias conceptuales y las deficiencias de índole técnica. Los participantes indígenas han expresado claramente en el Comité y en otras instancias sus dudas respecto de que el sistema convencional de P.I sea capaz de atender a sus necesidades fundamentales. Por ejemplo, se ha dicho que la propia concepción de “titularidad” en el marco del sistema convencional de PI es incompatible con las nociones de responsabilidad y de custodia en virtud de las leyes y los sistemas consuetudinarios. Aunque el derecho de autor confiere derechos de propiedad exclusivos a particulares, los autores indígenas están sometidos a normas, reglamentos y responsabilidades complejos y dinámicos, más próximos a los derechos de utilización y de gestión, que son comunitarios por naturaleza.¹⁷

36. En el presente análisis no es posible abordar de forma exhaustiva esas diferencias más fundamentales y mucho menos ofrecer soluciones. El sistema de derecho de autor tiene fundamentalmente como objetivo permitir la explotación comercial de obras creativas de forma tan justa y equilibrada como sea posible. Por otra parte, muchas ECT son creadas en primer lugar para objetivos espirituales y religiosos y no llegan a un público tan amplio como sería posible. Como se ha expresado anteriormente en el Comité,¹⁸ las necesidades de las comunidades indígenas respecto de sus ECT a las que no se pueda atender en el marco del sistema de PI quizás podrían satisfacerse mediante el establecimiento de un sistema de PI *sui generis* y/o la utilización de mecanismos ajenos al sistema de PI, como las normas relativas a la blasfemia, los derechos culturales y otros derechos humanos, la dignidad, la preservación del patrimonio cultural, la difamación, y los derechos a la propia imagen y a la vida privada. Se ha citado la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas como fuente que refleja las aspiraciones de los pueblos indígenas a este respecto.

37. *Divergencias operativas*: en segundo lugar, los trabajos exploratorios emprendidos por la OMPI al comenzar este programa de trabajo en 1998 y 1999¹⁹ ponen de relieve que entre los obstáculos que impiden el uso efectivo de los instrumentos del sistema de PI por las comunidades indígenas y locales cabe mencionar, quizás como lo más importante, los obstáculos operativos y prácticos, como es el caso de la dificultad de acceder a un asesoramiento jurídico competente y a medios de financiación para adquirir derechos sobre sus TCE y hacerlos valer. Janke en los estudios encomendados por la OMPI se refiere a esos obstáculos operativos, por ejemplo, en su capítulo sobre el uso de marcas comerciales para proteger las expresiones culturales tradicionales. Se han formulado muchas propuestas sobre la forma de salvar esos obstáculos, incluida la utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias.²⁰ Los obstáculos operativos no corresponden al centro de atención de este análisis.

38. *ECT compartidas*: en tercer lugar, un problema importante y recurrente respecto de la protección de las ECT se plantea cuando la titularidad de las ECT que es compartida por más de una comunidad se ejerce en un mismo territorio nacional o en territorios diferentes. Entre las opciones para resolver este problema cabe mencionar la cotitularidad de los derechos o la posibilidad de que las comunidades sean titulares de derechos sobre una misma ECT o sobre ECT similares y los ejerzan por separado. Se ha hecho hincapié en permitir que las leyes y protocolos consuetudinarios sean un factor determinante. Otra solución posible consiste en conferir esos derechos al Estado o a un organismo público. Por

¹⁷ Véase WIPO/GRTKF/IC/3/11, página 3; McDonald, pág. 45.

¹⁸ WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

¹⁹ OMPI, Informe sobre las misiones exploratorias; WIPO/GRTKF/IC/3/10 y WIPO/GRTKF/IC/5/3.

²⁰ OMPI, Informe sobre las misiones exploratorias; WIPO/GRTKF/IC/3/10 y WIPO/GRTKF/IC/5/3; WIPO/GRTKF/IC/2/10 y WIPO/GRTKF/IC/3/15.

otra parte, las organizaciones y mecanismos regionales existentes también pueden tener un papel importante en la solución de la cuestión del “folclore regional”.

39. *Carencias inherentes a los sistemas de PI:* por último, se intenta poner de relieve tanto i) las carencias que deben subsanarse respecto de las ECT como ii) las carencias en la protección de que disponen las ECT y que son inherentes al sistema de PI y no específicas de las ECT (como es el caso de las limitaciones y excepciones en virtud del derecho de autor). El sistema de PI no es un sistema que permita ejercer un control absoluto sobre la materia protegida; en particular, los sistemas de derecho de autor y derechos conexos están sujetos a una amplia gama de excepciones y limitaciones. Los límites de los sistemas de PI, que implican decisiones sobre el alcance de la materia protegida, obedecen con frecuencia a portantes consideraciones de política, como la libertad de expresión y la protección del dominio público. En el apartado “Cuestiones de política general”, se examinan esas consideraciones. Así, por ejemplo, como observara un comentarista, el empleo de otras culturas como fuente de inspiración forma parte del proceso de creación, y el uso del “estilo” de una ECT no ha de considerarse necesariamente apropiación indebida, en particular cuando se reconoce su fuente.

40. En el presente proyecto de análisis no volverán a considerarse estas carencias conceptuales y operativas de carácter más general. No obstante, revisten una importancia y una relevancia considerables y han sido examinadas en el Comité, que podría continuar debatiendo al respecto.

Carencias en el contexto de un enfoque estratificado del ámbito de la protección

41. En su vigesimoséptima sesión el CIG presentó como objeto de debate un enfoque estratificado del ámbito de la protección, según el cual los poseedores de derechos podrían hacer valer distintos tipos o niveles de derechos o de medidas en función de la naturaleza y las características de la materia protegida, el grado de control que poseyeran los beneficiarios y el grado de difusión de la misma. En el enfoque estratificado se propone una protección diferenciada conforme a distintos tipos de ECT dentro de un espectro que oscilaría entre unas ECT disponibles al público en general y unas ECT secretas, sagradas o desconocidas fuera de la comunidad, y cuyo control está en manos de los beneficiarios. Por ejemplo, se sugiere que los derechos patrimoniales exclusivos podrían ser adecuados para algunas formas de ECT (por ejemplo las ECT secretas y las sagradas), mientras que un modelo basado en derechos morales podría adecuarse, por ejemplo, a las ECT que ya estén a disposición del público o hayan sido divulgadas, pero que se puedan seguir atribuyendo a comunidades locales o pueblos indígenas específicos.

42. Conviene señalar que, en el contexto de un enfoque estratificado del ámbito de la protección, es probable que las carencias que se detecten a nivel internacional sean distintas en función de la estratificación que se establezca, teniendo en cuenta elementos como la naturaleza y las características de las ECT, el grado de control que posean los beneficiarios y el grado de difusión de la misma.

Resumen

43. En el cuadro siguiente se resume la estructura del presente análisis como se sugiere *supra*. Se ha adoptado este enfoque metódico para facilitar la preparación y la lectura del análisis. Sin embargo, en la práctica, no es muy común que los problemas se presenten de forma tan desligada y “neta”. También puede tenerse en cuenta la medida en que las comunidades hacen o pueden hacer uso de las distintas opciones que ofrecen los sistemas de PI vigentes. Por otra parte, las ECT suelen estar estrechamente vinculadas a formas de CC.TT. (véase el documento WIPO/GRTKF/IC/37/6). Así pues, el enfoque que se ha adoptado es, en cierto sentido, artificial si se compara con lo que ocurre o puede ocurrir en

la práctica. Sin embargo, se piensa que un enfoque estructurado y metódico como este puede facilitar los debates en el CIG.

Materia de las ECT:	Protección deseada:	Deficiencias percibidas:
i) producciones literarias y artísticas: música tradicional y artes plásticas ii) interpretaciones o ejecuciones de ECT iii) diseños iv) ECT secretas v) nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales	i) protección de las ECT contra el uso no autorizado ii) medidas preventivas contra usos vejatorios, despectivos y cultural y espiritualmente ofensivos de las ECT iii) medidas preventivas contra reivindicaciones falsas o engañosas respecto de la autenticidad y el origen iv) medidas contra la omisión de la mención de la fuente cuando se utilizan las ECT v) protección preventiva de las ECT vi) medidas contra la divulgación no autorizada de ECT confidenciales o secretas	i) requisito de originalidad ii) titularidad iii) fijación iv) plazo v) formalidades vi) excepciones y limitaciones vii) protección preventiva

III. ANÁLISIS

A. Obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional para la protección de las ECT/EF

Producciones literarias y artísticas

44. Las producciones literarias y artísticas están generalmente protegidas por el derecho de autor que se prevé, a nivel internacional, en el Convenio de Berna, de 1971, el Acuerdo sobre los ADPIC, de 1994, y el WCT, de 1996. Así pues, por lo que respecta a las producciones literarias y artísticas *tradicionales*, se hace referencia aquí a esos instrumentos internacionales.

45. En virtud de esos instrumentos, existen las siguientes obligaciones, disposiciones y posibilidades de protección para las ECT que son obras literarias y artísticas:

- a) Las producciones literarias y artísticas tradicionales que son suficientemente “originales” y de las que se conoce el autor o los autores, son susceptibles de protección como obras amparadas por el derecho de autor. La “originalidad” no está definida en los tratados internacionales pertinentes y generalmente no se define en las leyes nacionales. Antes bien, se suele considerar que es una cuestión que compete a los tribunales a la hora de examinar casos concretos. Sin embargo, puede decirse, en general, que una obra es “original” cuando entraña cierto grado de esfuerzo intelectual y no constituye una copia de la obra de un tercero.²¹ En general, se necesita un nivel de creatividad relativamente bajo para cumplir el requisito de originalidad en el marco del derecho de autor. Las ECT

²¹ Palethorpe y Verhulst, pág. 28; véase también Ricketson, S. y Ginsburg, J., *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond* (Nueva York, 2005), págs. 511 a 514.

que son obras de arte originales de una determinada comunidad, en el sentido de que no son copia de obras de otras personas, se pueden considerar, por lo tanto, suficientemente “originales”. La jurisprudencia de varios países, como Australia,²² China²³ y otros,²⁴ ha confirmado que las expresiones modernas de culturas tradicionales que sean adaptaciones o interpretaciones inspiradas o basadas en producciones artísticas literarias tradicionales existentes pueden estar protegidas por derecho de autor. La protección examinada aquí puede aplicarse a las producciones artísticas y literarias modernas que incorporen nuevos elementos y respecto de las cuales existe generalmente un creador (o creadores) vivo e identificable.²⁵ Véase lo expuesto *infra* en relación con la “carencia” que existe respecto de las producciones literarias y artísticas transmitidas de una generación a otra sin cambios sustanciales.

- b) Las obras que aún no han sido “publicadas” y cuyos autores son “desconocidos” de las que pueda suponerse que el autor es nacional de un país de la Unión de Berna están protegidas por el derecho de autor en virtud del artículo 15.4) del Convenio de Berna, de 1971. Ese artículo fue introducido en el Convenio de Berna en 1967 con el objetivo específico de otorgar protección a las ECT cuyo autor no sea identificable. El país de que se trate designará una “autoridad competente” para representar al autor en esos casos, y el Director General de la OMPI, tras recibir esa notificación por escrito, la comunicará a los otros países de la Unión. Sólo un Estado, a saber la India, ha presentado hasta el presente una declaración de esa índole, aunque otros países han adoptado disposiciones relativas a la protección sobre la base del artículo 15.4). Se sugiere que la designación de la autoridad competente, la notificación de ésta a la OMPI, y la posterior comunicación a los demás países de la Unión son medidas prácticas para la aplicación del artículo y no constituyen en sí mismas la protección que se prevé.²⁶ Dicho de otro modo, la protección para las obras no públicas de las que resulte desconocida la identidad del autor está prevista en el Convenio, pero la designación de una autoridad competente y las medidas subsiguientes tienen por única finalidad la aplicación y la posibilidad de ejecutar la protección. En virtud del artículo 7.3) del Convenio de Berna el plazo de protección expira 50 años “después de que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público.” Por otro lado, el plazo de 50 años estipulado en el Convenio es únicamente un plazo mínimo y los Estados miembros pueden prever en sus legislaciones nacionales plazos de protección más largos (artículo 7.6)). Así pues, un país puede prever, en teoría, un plazo de 100 años o incluso de 1.000 años para las obras a que se hace referencia en el artículo 15.4). Sin embargo, en situaciones internacionales se aplicará la disposición relativa al “cotejo de los plazos” que figura en el artículo 7.8) del Convenio, a menos que la legislación nacional disponga otra cosa. Esto significa que i) la duración de la protección estará regida por el plazo previsto en el país en el que se reivindique esa protección, pero ii) si el plazo previsto en ese país es mayor que el plazo de protección previsto en el país de origen de la obra protegida, se aplicará el plazo menor. En la práctica, esto significa que sólo se podrá aplicar un plazo mayor que el mínimo estipulado cuando ambos países hayan previsto un plazo mayor – de no ser así, se podría aplicar el plazo de protección menor. En el artículo 20 del Convenio se prevé el derecho de las partes de concertar arreglos especiales, siempre que esos arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por el Convenio o comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al Convenio.

²² M, Payunka, Marika y otros c. Indofurn Pty Ltd 30 IPR 209; Bulun c. R & T Textiles Pty Ltd (198) 41 IPR 513.

²³ Decisión del Tribunal Popular Supremo de Beijing, Causa N° 246, 17 de diciembre de 2003.

²⁴ Lucas-Schloetter, *op. cit.*, casos citados en nota 238 y en las páginas 301 a 304.

²⁵ WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

²⁶ Como se recordará, el derecho de autor es un derecho automático y no está supeditado a ninguna formalidad.

En el artículo 7.3) se establece que los países no están obligados a proteger las obras anónimas cuando haya motivos para suponer que su autor está muerto desde hace 50 años.

- c) Las colecciones, compilaciones y bases de datos de las ECT, preexistentes o modernas, se pueden proteger mediante el derecho de autor. En el acuerdo sobre los ADPIC y el WCT queda claro que las compilaciones que no sean material protegido por el derecho de autor pueden estar protegidas como compilaciones y bases de datos. Además, en algunas jurisdicciones, se prevé una protección especial *sui generis* para las bases de datos. Véase también la sección “Registros y bases de datos” a continuación.
46. En el caso de las obras protegidas por el derecho de autor a) a c) *supra*):
- a) Los titulares del derecho de autor gozarán de derechos patrimoniales que les permitan autorizar o impedir los actos relacionados con la protección por derecho de autor, en particular la reproducción, la adaptación, la interpretación o ejecución públicas, la distribución y la comunicación al público.
 - b) Además, gozarán de los derechos morales relativos a la atribución de la paternidad y a la integridad de la obra (el derecho a oponerse a la distorsión de la obra) y la publicación (el derecho a decidir cuándo, dónde y de qué forma se publicará o se divulgará la obra). Muchos consideran que los derechos morales son particularmente útiles desde el punto de vista de las ECT.
 - c) Los derechos patrimoniales tendrán una duración de al menos 50 años tras la muerte del autor o del último autor sobreviviente en los casos de obras realizadas en colaboración. La duración precisa de la protección dependerá de la legislación nacional. Por otra parte, los derechos morales pueden durar indefinidamente, dependiendo asimismo de la legislación nacional.
 - d) La “fijación” no es un requisito para la protección en virtud del derecho de autor a nivel internacional (así pues, las pinturas y otras artes plásticas “no fijadas” como las pinturas corporales y esculturas de arena pueden estar protegidas, en principio, en virtud de disposiciones internacionales). El obstáculo de la “fijación” sólo es pertinente en aquellos países (principalmente del *common law*) que han optado por exigir la fijación como un requisito a nivel nacional. Además, la mayoría de las ECT que están expuestas a la explotación son objeto de una fijación (como es el caso de las artes plásticas y las artesanías), aunque cabe mencionar una excepción, que serían las interpretaciones o ejecuciones en directo de ECT (véase a continuación la sección “Interpretaciones o ejecuciones de ECT”).
 - e) La protección por derecho de autor es aplicable a las obras realizadas por más de un autor, a condición de que los autores sean identificables, o en los casos en que la entidad jurídica es el titular del derecho de autor sobre las obras.
 - f) La protección por derecho de autor no está sujeta a ninguna formalidad.
 - g) La protección es aplicable a nivel internacional en virtud del Convenio de Berna, de 1971, y el Acuerdo sobre los ADPIC, de 1994. Como resultado, las ECT que puedan protegerse por derecho de autor son objeto de protección en los países extranjeros parte en esos instrumentos sobre la base del principio de “trato nacional”.

47. Conviene señalar que en muchas jurisdicciones las grabaciones de ECT, tales como la música, están protegidas en virtud de la legislación relativa a los “derechos conexos”. En lo que respecta a dichas obras:

- a) La protección que se confiere a las grabaciones sonoras de música tradicional (y a otras ECT como las leyendas y los proverbios) se basa en la Convención de Roma, de 1961, el Acuerdo sobre los ADPIC, de 1994, y el WPPT, de 1996, en los que se aborda la cuestión de los “derechos conexos”. La protección conferida a las grabaciones sonoras otorga una protección indirecta a las ECT y, por lo tanto, favorece la preservación y el fomento de las ECT. Las ECT que antes sólo se transmitían por tradición oral, y que, por lo tanto, no estaban protegidas en virtud de las legislaciones nacionales que exigen la fijación como requisito de la protección del derecho de autor, pueden estar protegidas indirectamente mediante su fijación en grabaciones sonoras. Los titulares de derechos conexos sobre las grabaciones sonoras son los productores de esas grabaciones, y gozan de derechos exclusivos de reproducción, alquiler y puesta a disposición. También pueden beneficiarse, en virtud del artículo 12 de la Convención de Roma y del artículo 15 del WPPT, de 1996, de un derecho facultativo a una remuneración si se trata de grabaciones sonoras publicadas con fines comerciales por organismos de radiodifusión o con fines de comunicación al público. Esta remuneración equitativa deberá compartirse con los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas interpretaciones o ejecuciones son grabadas (véase la sección “Interpretaciones o ejecuciones de ECT”). De conformidad con una declaración concertada relativa al artículo 15 del WPPT, de 1996, los productores de fonogramas de ECT que no se publiquen con la finalidad de obtener beneficios comerciales pueden beneficiarse de ese derecho en virtud de leyes nacionales (así como los artistas intérpretes o ejecutantes de las ECT incorporadas en la grabación, como queda claro *infra*). Esa declaración concertada fue aprobada específicamente para tener en cuenta el hecho de que las ECT son explotadas con frecuencia, en gran escala, por organismos de radiodifusión y otras formas de comunicación al público sobre la base de grabaciones no comerciales (como las grabaciones etnográficas).

Interpretaciones o ejecuciones de ECT

48. Aunque se tenía la opinión de que incluso los artistas intérpretes o ejecutantes de ECT estaban protegidos en virtud de la Convención de Roma, de 1961, toda duda quedó despejada con la aprobación del WPPT, en 1996, y del Tratado de Beijing, en 2012, (que aún no está en vigor) en los que ya se establece claramente la protección de los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes de “expresiones del folclore”.

49. La protección prevista en el WPPT, de 1996, abarca los derechos morales, varios derechos patrimoniales exclusivos y el derecho facultativo a una remuneración equitativa en los casos en los que la interpretación o ejecución esté grabada en una grabación sonora publicada con fines comerciales, como se ha señalado anteriormente. La declaración concertada relativa al artículo 15 del WPPT, de 1996, también se aplica a los artistas intérpretes o ejecutantes. Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes tienen un período de duración de al menos 50 años a partir del momento en el que se fijó la interpretación o ejecución en una grabación sonora. Si la interpretación o ejecución no ha sido fijada (como en el caso de interpretaciones o ejecuciones en directo), el plazo no tiene importancia dado que la protección sólo atañe a actos simultáneos.²⁷

50. Cuando entre en vigor, el Tratado de Beijing brindará protección a los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas interpretaciones o ejecuciones hayan quedado fijadas en

²⁷ Artículos 5 y 6 del WPPT, 1996.

medios audiovisuales, como el cine y la televisión, así como a los músicos, en lo que se refiere a sus interpretaciones o ejecuciones fijadas o grabadas directamente en una fijación audiovisual. De manera similar al WPPT, de 1996, el Tratado de Beijing, de 2012, proporcionará derechos a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales de “obras o expresiones literarias y artísticas del folklore.” La protección abarcará los derechos morales y una serie de derechos patrimoniales, incluidos los derechos patrimoniales por sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, los derechos de reproducción, distribución y alquiler, el derecho de poner a disposición interpretaciones o ejecuciones fijadas y el derecho de radiodifusión y de comunicación al público.²⁸ Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes tienen un período de duración de al menos 50 años a partir del momento en el que se haya fijado la interpretación o ejecución.²⁹

51. Cabe decir que las interpretaciones y ejecuciones de ECT están protegidas ampliamente en virtud de las leyes internacionales relativas a los derechos conexos o, al menos, en las mismas condiciones que otras interpretaciones o ejecuciones; en los artículos 5 a 10 del WPPT, de 1996, se establecen una serie de derechos morales y patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes en lo que se refiere al componente sonoro. En los artículos 5 a 11 del Tratado de Beijing, de 2012, se establecen una serie de derechos morales y patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas obras hayan quedado fijadas en un medio audiovisual. La duración real de esa protección a nivel nacional depende de la medida y de la forma en que los países hayan ratificado y puesto en práctica dichos tratados. Cabe señalar que el Tratado de Beijing, de 2012, aún no está en vigor,³⁰ y que no todos los Estados han ratificado el WPPT, de 1996.³¹

Diseños

52. El análisis respecto de las producciones literarias y artísticas también es pertinente por lo que respecta a los diseños. Los diseños tradicionales que son adaptaciones más modernas de diseños tradicionales más antiguos pueden estar protegidos como diseños industriales y podrían registrarse como tales. En otros documentos se citan los ejemplos de China y de Kazajstán.³² Por otra parte, no están protegidos los diseños preexistentes que tienen su origen en un pasado lejano, ni sus copias. Sin embargo, se tiene menos experiencia en relación con la protección de los diseños tradicionales.

53. En el contexto del proyecto de tratado sobre el Derecho de los diseños,³³ algunos Estados miembros han presentado una propuesta relativa a la posibilidad de exigir que, como elemento de las solicitudes, se divulgue el origen o la fuente de las ECT, los CC.TT. o los recursos biológicos o genéticos que se utilicen en los diseños industriales o se incorporen a ellos.

ECT secretas

54. Una forma eficaz de protección de las ECT secretas es no divulgarlas, aunque la jurisprudencia demuestra que, al menos en algunas jurisdicciones, en virtud del *common law*, la información confidencial está protegida contra toda nueva divulgación. En la causa australiana *Foster contra Mountford (1976) 29 FLR 233*, una comunidad indígena australiana pudo prohibir la publicación de imágenes e información sobre sitios, objetos y otras ECT de

²⁸ Artículos 5 a 11 del Tratado de Beijing, 2012.

²⁹ Artículo 14 del Tratado de Beijing, 2012.

³⁰ El Tratado de Beijing entrará en vigor tres meses después de que 30 partes que reúnan las condiciones hayan depositado su instrumento de ratificación o adhesión. Al 25 de junio de 2018 lo han hecho 20 Estados.

³¹ Al 25 de junio de 2018 lo han hecho 96 Estados.

³² WIPO/GRTKF/IC/5/3 y OMPI, Análisis Consolidado.

³³ SCT/35/2.

carácter sagrado que tenían un profundo significado religioso y cultural para la comunidad y habían sido revelados confidencialmente y de buena fe al antropólogo.³⁴ En el apartado “Cuestiones de política general”, *infra*, se examinan las consideraciones de política relativas a este punto.

55. Esta forma de protección en virtud del *common law* se refleja en la protección específica que se proporciona en los tratados internacionales en materia de PI a la legislación contra la competencia desleal (artículo 10*bis* del Convenio de París, de 1967, y artículo 39 del Acuerdo sobre los ADPIC), en los que se incluye la protección contra la divulgación de la información confidencial. El “abuso de confianza” – por ejemplo, el descrito en la causa *Foster contra Mountford* – se incluye entre las prácticas que son contrarias “a los usos comerciales honestos”,³⁵ conforme al artículo 39 del Acuerdo sobre los ADPIC, de 1994.

56. La protección de la información confidencial no requiere ni formalidades ni relaciones contractuales entre la comunidad y la parte que recibe la información. En la práctica, sin embargo, las comunidades indígenas y de otro tipo pueden tropezar con obstáculos – por ejemplo, problemas de acceso a servicios jurídicos y financiación – al tratar de hacer valer sus derechos. Véase “Divergencias operativas”, *supra*.

57. Por otro lado, los investigadores etnográficos y otros estudiosos han elaborado más recientemente códigos y protocolos éticos que pueden servir para evitar daños culturales, como los ocasionados en la causa *Mountford* (véase también “Protocolos, códigos de conducta, contratos y otros instrumentos prácticos”, *infra*). La OMPI ha establecido una base de datos con función de búsqueda sobre ese tipo de códigos y protocolos, que puede consultarse en https://www.wipo.int/tk/en/databases/creative_heritage/.

Nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales

58. A este respecto han de tenerse en cuenta dos aspectos, a saber:

- a) *La protección preventiva*: las comunidades indígenas están preocupadas por la utilización en el comercio de sus palabras, nombres, diseños, símbolos y otros signos distintivos por empresas y personas que no son indígenas, así como por su registro como marcas o nombres de dominio; y
- b) *La protección positiva*: se trata de la protección por las comunidades de nombres, palabras y símbolos indígenas como marcas, marcas de certificación y marcas colectivas, e indicaciones geográficas.

59. Por lo que respecta a la protección preventiva, en el artículo 6*quinquies* del Convenio de París se prevé la posibilidad de denegar o de invalidar el registro de marcas “cuando sean contrarias a la moral o al orden público y, en particular, cuando sean capaces de engañar al público.” En las legislaciones de marcas de muchos países figuran normas similares.

60. La normativa general relativa a la competencia desleal, en particular la protección contra la “atribución engañosa”, también es aplicable y útil en este contexto.

³⁴ OMPI, Análisis Consolidado.

³⁵ A los fines del artículo 39 del Acuerdo sobre los ADPIC, se entenderá por “manera contraria a los usos comerciales honestos” “por lo menos las prácticas tales como el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción”, e incluirá “la adquisición de información no divulgada por terceros que supieran, o que no supieran por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas.” Véase la nota 10 del Acuerdo sobre los ADPIC.

61. Por lo que respecta a la protección positiva, las comunidades que deseen registrar marcas que son “distintivas” tienen a disposición procedimientos y principios internacionales. La protección de marcas tiene en principio una duración indeterminada. Varias comunidades indígenas han registrado asimismo marcas colectivas o de certificación (véase *infra*), así como indicaciones geográficas.³⁶

B. Carencias que existen a nivel internacional, y presentación de ejemplos al respecto

Producciones literarias y artísticas

62. Se han detectado las carencias siguientes:³⁷

- a) *Requisito de “originalidad”*: las ECT que son meras imitaciones o recreaciones de ECT preexistentes no pueden satisfacer el requisito de originalidad ni ser protegidas por derecho de autor como obras convencionales. Esto significa que es poco probable que se les confieran a sus creadores derechos patrimoniales (cabe señalar que los derechos morales también pueden aplicarse a obras en el “dominio público”, de las cuales las ECT preexistentes). Además, por lo que respecta a las ECT protegidas por derecho de autor como obras convencionales, la normativa no hace distinción alguna basada en la identidad del autor, es decir que incluso el autor de una expresión contemporánea del folclore puede satisfacer el requisito de originalidad aunque no sea miembro de la comunidad en la que tiene su origen la tradición. Esto puede causar confusión en las comunidades indígenas y tradicionales que deseen denegar o al menos restringir la posibilidad de que personas que no pertenezcan a su comunidad puedan obtener el derecho de autor sobre creaciones derivadas de la tradición de esa comunidad (véase “Protección preventiva”, *infra*).
- b) *Protección del “estilo”*: una de las demandas más frecuentes se refiere a la imitación o la apropiación indebida del “estilo” de una producción indígena. La leyes sobre derecho de autor y diseños industriales autorizan la imitación de elementos no originales o de las ideas y los conceptos en los que se basan las obras, lo que constituye una práctica generalizada debido a que la creatividad se inspira y se nutre de otras obras. Así pues, aunque se confiera el derecho de autor sobre una nueva expresión cultural basada en la tradición, la protección por derecho de autor no puede *per se* impedir la apropiación del “estilo” tradicional de la obra protegida. Los elementos de estilo pueden ser protegidos en la medida en que constituyan una expresión original. Por otra parte, puede ser útil tener en cuenta la legislación sobre competencia desleal y el delito de atribución engañosa (*passing off*) previsto en el *common law* (véase *infra*). Esto podría aplicarse a la protección de un estilo *per se*, como objeto de protección, o a la protección de una connotación o una representación que puedan inducir a engaño basadas en la utilización de un estilo o de una imagen o símbolos distintivos. De hecho, el objeto de la apropiación indebida suele ser la reputación asociada a una ECT, encarnada o representada por su “estilo” distintivo.
- c) *Titularidad*: en los casos de ECT preexistentes implícitas, es posible que en algunos sistemas nacionales no se disponga de protección en virtud del derecho de autor para las producciones respecto de las cuales no exista un autor o

³⁶ En general, para informarse sobre la utilización de los instrumentos de PI existentes para proteger y promover los CC.TT. y las ECT, véase OMPI, Proteja y promueva su cultura: Guía práctica sobre la propiedad intelectual para los pueblos indígenas y las comunidades locales, 2017.

³⁷ El requisito de fijación no se considera aquí una “carencia” porque no es un requisito en virtud de la normativa internacional de derecho de autor.

autores identificables sino, más bien, una comunidad u otra forma de colectividad que desea obtener protección. En otras palabras, las producciones que hayan sido creadas colectivamente a lo largo del tiempo por autores desconocidos no se pueden proteger por derecho de autor. Sin embargo, existe una posibilidad, que es la protección conferida en virtud del artículo 15.4) del Convenio de Berna, examinado *supra*.³⁸ Los inconvenientes de este artículo son, entre otras cosas, su índole facultativa y el hecho de que no se prevean disposiciones al respecto en la mayoría de las legislaciones nacionales, el plazo de protección limitado a al menos 50 años después de que la obra haya sido “lícitamente hecha accesible al público”, y el hecho de que no se mencione explícitamente el papel de las comunidades sino una “autoridad competente” que ejerce los derechos en nombre del autor. La protección conferida en virtud de dicho artículo también está limitada por el artículo 7.3) del Convenio de Berna, que establece que los países no están obligados a proteger las obras anónimas cuando haya motivos para suponer que su autor está muerto desde hace 50 años.

- d) *Plazo de la protección*: el plazo de la protección del derecho de autor es generalmente de 50 años después 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 a los países la libertad de prever plazos de protección más largos. Ahora bien, en general se considera que es inherente al sistema de derecho de autor que el plazo de protección no sea ilimitado; el sistema se basa en la idea de que la duración de la protección debe ser limitada, con objeto de que, a largo plazo, las obras pasen al dominio público. No obstante, en muchas legislaciones nacionales los derechos morales tienen una duración ilimitada y hay cierta variedad en la duración de los derechos patrimoniales entre las legislaciones nacionales.
- e) *Excepciones y limitaciones*: el elemento “dominio público” del sistema de PI es objeto de críticas o impugnado³⁹ por algunas comunidades indígenas que consideran que no las tiene en cuenta. Además, algunas excepciones y limitaciones específicas comunes en el derecho de autor son objeto de crítica por considerarse inadecuadas para las ECT, como es el caso de las excepciones en virtud de las cuales una escultura u obra artística artesanal expuesta de manera permanente en un lugar público puede ser reproducida en una fotografía, un dibujo o de otra manera sin autorización.⁴⁰ Del mismo modo las legislaciones nacionales en materia de derecho de autor suelen autorizar a los archivos y bibliotecas públicos a realizar reproducciones de obras y a ponerlas a disposición del público. Las comunidades indígenas han expresado su preocupación en relación con ese tipo de excepciones y limitaciones. El plazo de protección limitado respecto del derecho de autor y los derechos conexos ya se ha abordado por separado.
- f) *Protección preventiva*: se trata aquí de la cuestión de si debería regularse la explotación de obras derivadas creadas por autores no vinculados con las tradiciones y el material cultural que hayan adaptado o en los que se hayan

³⁸ Otra posibilidad que suele ser objeto de examen al abordar la cuestión de la titularidad es la protección conferida a las obras anónimas y a las obras realizadas en colaboración o colectivas en virtud del derecho de autor. Sin embargo, como estas opciones se consideran, en general, inadecuadas, no se examinan más a fondo. Véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

³⁹ Véase el documento titulado *Nota sobre los significados de la expresión "dominio público" en el sistema de propiedad intelectual, con referencia especial a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore*, WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8.

⁴⁰ McDonald, I. *op cit.*, pág. 44.

inspirado. Este examen también se aplica a los diseños tradicionales. Como se ha examinado de forma exhaustiva anteriormente,⁴¹ las obras derivadas de materiales que ya estén en el dominio público pueden estar protegidas por derecho de autor, dado que una nueva interpretación, un nuevo arreglo, una nueva adaptación o una nueva compilación de materiales que estén en el dominio público así como su “nueva presentación” en formato digital, en color o de otra forma pueden constituir una nueva expresión distinta suficientemente “original”. El requisito de originalidad puede reunirse aunque un autor no sea miembro de la comunidad en la que la tradición se haya originado. En este contexto, las comunidades pueden recurrir a una forma de protección preventiva que les permita impedir o al menos restringir la posibilidad de que autores que no pertenezcan a esa comunidad se beneficien del derecho de autor sobre creaciones derivadas de sus tradiciones culturales.

- g) *Titularidad de las grabaciones y de la catalogación*: por lo que respecta a las grabaciones y la catalogación de las ECT, en particular las interpretaciones o ejecuciones tradicionales, cabe señalar el inconveniente de que la protección a que se hace referencia anteriormente se confiere al productor que no necesita ser miembro, y que generalmente no lo es, de la comunidad en cuestión. El productor puede ser un etnomusicólogo, un especialista del folclore o un recopilador. Los pueblos indígenas y las comunidades locales afirman a veces que sus derechos e intereses en relación con el sistema de PI, en particular sus derechos en virtud de las leyes consuetudinarias e indígenas, no siempre están protegidos debidamente cuando los especialistas del folclore y otros agentes sobre el terreno graban y catalogan por primera vez sus ECT, o cuando se las expone posteriormente y quedan a disposición del público en museos, servicios de archivo y otras colecciones. Sin embargo, las actividades de los especialistas del folclore, recopiladores, agentes sobre el terreno, museos, servicios de archivo, etc., son muy importantes para la preservación, la conservación, el mantenimiento y la transmisión a las generaciones futuras de formas tangibles e intangibles del patrimonio cultural. Las instituciones culturales también desempeñan un valioso papel educativo. Esta cuestión pone en evidencia, en la práctica, las tensiones que pueden surgir entre la “preservación” y la “protección”, como se ha examinado anteriormente, debido a que el propio proceso de preservación puede suscitar preocupaciones ante la falta de protección y puede ser causa de que, involuntariamente, las ECT pasen al “dominio público” y corran el riesgo de ser explotadas sin autorización. Varias organizaciones y asociaciones profesionales, como el Consejo Internacional de Museos (ICOM), así como instituciones culturales, han establecido prácticas y elaborado útiles códigos de conducta, protocolos y contratos tipo en materia de ética y PI para contemplar estas cuestiones. Muchos de ellos pueden consultarse en la base de datos con función de búsqueda de la OMPI, en la dirección https://www.wipo.int/tk/en/databases/creative_heritage/ (véase “Protocolos, códigos de conducta, contratos y otros instrumentos prácticos”, *infra*).⁴²

63. Ejemplos:

- a) pinturas, incluido el arte rupestre, realizadas por indígenas han sido reproducidas por personas ajenas a esa comunidad en alfombras, telas,

⁴¹ Véanse en particular los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

⁴² Para obtener más información sobre cuestiones relacionadas con la catalogación de las ECT, véanse las publicaciones siguientes: Torsen y Anderson, *La propiedad intelectual y la salvaguardia de las culturas tradicionales: Cuestiones jurídicas y opciones prácticas para museos, bibliotecas y archivos*, OMPI, 2010; y OMPI, *Guía para la catalogación de conocimientos tradicionales*, OMPI, 2017.

camisetas, trajes y otros accesorios, así como en tarjetas de felicitación, y ulteriormente distribuidas y puestas a la venta. El arte tradicional también se ofrece en línea como papel pintado. Los tatuajes indígenas también se han reproducido y utilizado fuera del contexto tradicional;

- b) se ha reunido música tradicional y se ha fusionado digitalmente con ritmos 'techno house' para producir un álbum de "world music" protegido por derecho de autor que tiene gran éxito;
- c) para atender el mercado de objetos turísticos de recuerdo, se han reproducido, imitado y producido en serie objetos artísticos y artesanales (como cestas, pequeñas pinturas y tallas), caracterizados por estilos artísticos tradicionales, en objetos no tradicionales, como camisetas, repasadores, mantelitos individuales, naipes, tarjetas postales, posavasos y refrescos, calendarios y almohadillas de computadora;
- d) una escultura contiene un símbolo tradicional sagrado. El escultor reivindica el derecho de autor sobre la escultura pero la comunidad alega que utilizó sus símbolos sin su consentimiento;
- e) grabaciones etnográficas que contienen material sensible en el que se describe la iniciación de ritos que ha puesto a disposición una institución cultural con fines educativos y comerciales. La comunidad no es titular de los derechos sobre las grabaciones y carece de un fundamento jurídico conforme al Derecho de la PI en virtud del cual oponerse.

Interpretaciones y ejecuciones de ECT

64. Como se señaló anteriormente, las interpretaciones y ejecuciones de ECT están ampliamente protegidas en virtud de las normas internacionales en materia de derechos conexos, en particular en el marco del WPPT, de 1996, y el Tratado de Beijing, de 2012. Sin embargo, existen algunas carencias en esa forma de protección:

- a) la protección está destinada a los artistas intérpretes o ejecutantes de las ECT, y no a la comunidad pertinente, especialmente en los casos en los que el artista intérprete o ejecutante no pertenece a esa comunidad. Cuando el artista intérprete o ejecutante pertenece a la comunidad es más probable que la propia comunidad pueda beneficiarse directamente de esa protección;
- b) dado que el Tratado de Beijing, de 2012, aún no está en vigor, actualmente sólo algunas interpretaciones o ejecuciones sonoras están protegidas en virtud del WPPT, de 1996. Esto se aplica a todas las interpretaciones o ejecuciones, y no únicamente a las de las ECT;
- c) una vez más, dado que el Tratado de Beijing, de 2012, aún no está en vigor, los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes en el sector audiovisual son limitados (y no sólo respecto de las ECT). En virtud del artículo 19 de la Convención de Roma, de 1961, una vez que un artista intérprete o ejecutante haya consentido en que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual, "dejará de ser aplicable" el artículo 7 de esa Convención. Esto significa que aparte del derecho de fijación, los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes en el sector audiovisual son limitados;
- d) los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes están limitados en el tiempo a al menos 50 años en los casos en los que la interpretación o ejecución esté

fijada en una grabación sonora, o, de conformidad con la Convención de Roma, a 20 años. El plazo de la protección no atañe a las interpretaciones o ejecuciones no fijadas. Así pues, la cuestión del plazo de protección no puede considerarse una “carencia” como tal.

65. Ejemplos: se hicieron grabaciones audiovisuales de interpretaciones o ejecuciones en directo, canciones y danzas interpretadas o ejecutadas por indígenas, y ulteriormente se reprodujeron y publicaron en DVD y en Internet.

Diseños

66. Al igual que con las reproducciones artísticas y literarias, los diseños realmente antiguos no están protegidos, por el hecho de que no son “nuevos” ni “originales”. Por otra parte, el plazo de protección para los diseños es menor que el previsto para las obras protegidas por derecho de autor. La protección de los diseños depende de que se haya cumplido con ciertas formalidades.

67. Ejemplos: diseños de textiles, tejidos o hechos a mano, alfombras, telas o accesorios que hayan sido copiados y comercializados por personas ajenas a las comunidades indígenas.

ECT secretas

68. Aunque, como se señala en el artículo 39 del Acuerdo sobre los ADPIC y en el artículo 10*bis* del Convenio de París es posible en algunos casos prever una protección adecuada para las ECT secretas, estas disposiciones se aplican principalmente a la información comercial e industrial. Sin embargo, no todas las ECT secretas son informaciones susceptibles de comercialización. La divulgación de las ECT, como se demuestra en la causa *Mountford* a que hemos hecho referencia anteriormente, puede ocasionar perjuicio espiritual y cultural más bien que económico. Así pues, puede considerarse que existe una carencia en la protección prevista para la información no divulgada y confidencial.

69. Por otra parte, no es posible afirmar que todas las ECT secretas puedan considerarse “confidenciales” a esos efectos. Muchas ECT han sido divulgadas en la comunidad, lo que incluye a muchas personas que viven en vastas regiones y en más de una zona como es el caso de zonas rurales y urbanas. En otras palabras, a veces no queda claro en qué círculos pueden divulgarse las ECT secretas sin perder su condición de confidenciales.

70. Ejemplo: una información confidencial divulgada de buena fe fue publicada por un antropólogo (véase *supra* la causa *Mountford*). En algunos casos, los museos, los servicios de archivos y otras instituciones culturales han divulgado de forma no intencional información confidencial.

Nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales

71. En el contexto de la protección preventiva, y como ya se ha observado, en la legislación internacional en materia de marcas existe la posibilidad de denegar o de declarar nulo un registro de marcas “cuando sean contrarias a la moral o al orden público y, en particular, cuando sean capaces de engañar al público.”

72. Aunque esta protección parece, en general, adecuada, existe una “carencia” por el hecho de que “contrario a la moral” y “contrario al orden público” son conceptos amplios que se aplican de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales, los cuales determinan los criterios de moralidad pública y engaño del público válidos en un determinado país. Esos

criterios, según se aplican a las solicitudes de marcas, difieren considerablemente entre las distintas legislaciones nacionales, al igual que la definición del público que es objeto del engaño o la ofensa. La interpretación de estos conceptos exige juicios de valor discrecionales que son formulados por la oficina de marcas y los funcionarios judiciales, muchos de los cuales no tienen experiencia específica en relación con las comunidades indígenas y las ECT. Además, la legislación en materia de marcas no impedirá el uso de nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales que sean “contrarios a la moral”, “contrarios al orden público” o “capaces de engañar al público” cuando el usuario no pretenda registrar una marca, ni tampoco impedirá el uso o el registro de nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales que no se consideren “contrarios a la moral”, “contrarios al orden público” o “capaces de engañar al público” (aunque se podrían aplicar otros motivos para la denegación).

73. En el contexto de la protección positiva, si bien las comunidades que deseen registrar marcas que sean distintivas tienen a su disposición procedimientos y principios internacionales para hacerlo, el sistema de marcas no brinda un sistema completo de protección, ya que el precio de registrar todos los nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales asociados a una comunidad sería prohibitivo. Además, la legislación en materia de marcas puede exigir que, para considerar válidos los signos, éstos se utilicen en el ejercicio del comercio, lo que podría plantear problemas en los casos de las ECT sagradas o secretas.

74. Por estas razones, algunos países y organizaciones regionales han aprobado medidas especiales de protección contra la utilización de las ECT como marcas. Véase a continuación la sección titulada “Opciones que ya existen o que pueden adoptarse para hacer frente a las carencias detectadas, incluidas las opciones jurídicas y de otra índole, a nivel internacional, regional o nacional”.

75. Ejemplo: el uso comercial de palabras, nombres y símbolos indígenas por entidades que no pertenecen a esas comunidades respecto de logotipos de empresas, ropa de deporte, moda, equipos deportivos, juegos y juguetes, automóviles, armas y productos alcohólicos.

C. Consideraciones importantes para determinar si es necesario suplir esas carencias

76. A los participantes en el Comité les corresponde tomar decisiones respecto de si es necesario o no suplir las carencias detectadas *supra*. En esta sección se exponen algunas de las consideraciones y factores que los participantes podrán tener en cuenta al tomar esas decisiones.

Necesidad de subsanar carencias a nivel local, nacional, regional e internacional

77. Una de las consideraciones a tener en cuenta puede ser el nivel en el que sea posible o necesario subsanar esa carencia. Algunas de esas carencias podrían ser subsanadas a nivel internacional, mediante la elaboración de un instrumento internacional pertinente,⁴³ por ejemplo, mientras que otras podrían ser corregidas a nivel local, nacional y regional. El presente documento no aborda la cuestión de la variedad de opciones disponibles por lo que respecta a los tipos de instrumentos que los Estados puedan adoptar, dado que se examinan exhaustivamente en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/6.

⁴³ Véase WIPO/GRTKF/IC/12/6 en relación con una serie de opciones que podrían tomarse en el marco de un instrumento internacional.

Medidas a nivel legislativo, práctico y mediante creación de capacidad

78. Algunas carencias pueden suplirse mediante una acción legislativa (como la promulgación de nuevas normas jurídicas o el mejoramiento de las normas vigentes, sea a nivel internacional, regional o nacional), la elaboración de instrumentos prácticos (como modelos de contratos de remuneración/participación en los beneficios o los protocolos de investigación, o regímenes de concesión de licencias) y/o mediante la creación de capacidad (como el fortalecimiento de la competencia de las comunidades para negociar con terceros en condiciones de mayor igualdad).

Entorno jurídico y normativo

79. Una consideración podría ser el grado en que la protección de la materia de las ECT es objeto de examen en otras instancias o en qué medida las ECT ya son objeto de protección en virtud de instrumentos jurídicos en otros ámbitos normativos. Por ejemplo, dos Convenciones de la UNESCO abordan la cuestión de las ECT, la Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural e Inmaterial, de 2003, la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, de 2005, y han sido examinadas en documentos anteriores. La protección de las ECT también es objeto de examen en algunos foros de derechos humanos y sobre cuestiones indígenas, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas⁴⁴ contiene disposiciones sobre la protección de las ECT. El Convenio N.º 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, es pertinente a este respecto. Un factor a tener en cuenta podría ser el estudio de la forma en que esos procesos normativos se apoyan y se complementan unos con otros.

80. El entorno normativo en el marco de la OMPI también es directamente pertinente. En uno de los elementos del Programa de Desarrollo de la OMPI se señala la necesidad, por ejemplo, de: “Instar al Comité a agilizar el proceso relativo a la protección de recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore, sin excluir ningún resultado, incluida la posible elaboración de uno o varios instrumentos internacionales.”

Cuestiones de política general

81. Los participantes en el Comité también podrían examinar las carencias que se han detectado y las consecuencias en términos de política general que conlleva el hecho de subsanarlas.

82. La protección viable de las ECT plantea una serie de cuestiones complejas culturales, económicas y sociales y relacionadas con el comercio. En documentos anteriores se han examinado con cierta profundidad algunas cuestiones de política general.⁴⁵

83. Por lo que respecta a las políticas en materia de PI, la protección de las ECT podría evaluarse en relación con los efectos que tenga esa protección sobre el fomento y la protección de la creatividad y la innovación en tanto contribuciones al desarrollo económico sostenible, incluido el desarrollo de la comunidad a nivel local y rural. Las demandas de protección ilimitada para las ECT o para el “estilo”, por ejemplo, se pueden evaluar con eficacia en relación con los principios centrales de política de los sistemas pertinentes de PI. Además, una mejor comprensión del papel, el marco y los límites del así llamado “dominio público”, y de las consecuencias que conlleva a ese respecto la protección de las ECT, forma parte integrante de la elaboración de un marco normativo pertinente para la reflexión

⁴⁴ Puesto a disposición del Comité como documento WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6.

⁴⁵ WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3 y WIPO/GRTKF/IC/7/3.

sobre la problemática de la protección en materia de PI y las ECT.⁴⁶ Un desafío clave de política general es la coordinación de cualquier nueva protección de las ECT con los sistemas de PI y de otro tipo vigentes.

84. Sin embargo, la protección de las ECT también atañe a otros importantes ámbitos de políticas. Por ejemplo, los participantes en el Comité podrían examinar la protección de las ECT en relación con: la salvaguardia y la preservación del patrimonio cultural; la libertad de expresión; el respeto de los derechos; los intereses y las reivindicaciones de las comunidades indígenas y tradicionales; el reconocimiento de las leyes, los protocolos y las prácticas consuetudinarias; el acceso los conocimientos y el ámbito de aplicación del “dominio público”; la respuesta a los desafíos del multiculturalismo; y la promoción de la diversidad cultural, en particular la diversidad lingüística, y del acceso a una diversidad de expresiones culturales.

Objetivos sociales, culturales y económicos

85. La tarea de determinar opciones de política general para esas cuestiones recuerda la necesidad de ser claros respecto de los objetivos sociales, culturales y económicos que se desean alcanzar mediante la protección de las ECT, como se ha examinado *supra*. En documentos anteriores se han determinado una serie de objetivos que desearían lograrse mediante la protección de las ECT, a saber:

- a) reconocer el valor de las ECT;
- b) promover el respeto por las ECT;
- c) responder a las necesidades reales de las comunidades;
- d) impedir la apropiación indebida de las ECT, así como los usos ofensivos, denigrantes y no autorizados de las ECT;
- e) capacitar a las comunidades;
- f) apoyar las prácticas consuetudinarias y la cooperación comunitaria;
- g) contribuir a la salvaguardia de las culturas tradicionales;
- h) fomentar la innovación y la creatividad en las comunidades;
- i) promover la libertad intelectual y artística, la investigación y el intercambio cultural en condiciones equitativas;
- j) contribuir a la diversidad cultural;
- k) promover el desarrollo de las comunidades y las actividades comerciales lícitas;
- l) impedir la concesión de derechos de PI no autorizados;
- m) reforzar la seguridad, la transparencia y la confianza mutua;
- n) controlar las maneras en que las ECT se utilizan más allá del contexto tradicional y consuetudinario;
- o) promover la participación equitativa en los beneficios que se deriven del uso de las ECT con el consentimiento fundamentado previo y libre;
- p) reconocer los derechos ya adquiridos por terceros y proporcionar seguridad jurídica y un dominio público rico y accesible;
- q) ayudar a impedir la concesión errónea de derechos de propiedad intelectual sobre las ECT.

Cuestiones técnicas y jurídicas específicas

86. Los participantes en el Comité podrían evaluar la forma de suplir las carencias en relación con las cuestiones técnicas y jurídicas específicas que se han determinado anteriormente en relación con la PI y las ECT. Estas cuestiones son las siguientes:

⁴⁶ Véase el documento de la OMPI WIPO/GRTKF/IC/5/3, párrafos 22 a 33, y documentos ulteriores.

- a) ¿Cuáles son los objetivos deseados de la protección de las ECT mediante derechos de PI?
- b) ¿Qué ECT se deberían proteger?
- c) ¿Quién debería beneficiarse de dicha protección o ser el titular de los derechos sobre las ECT susceptibles de protección?
- d) ¿Qué actos o conductas deberían considerarse inaceptables o ilegales en relación con las ECT susceptibles de protección?
- e) ¿Deberían preverse excepciones o limitaciones relacionadas con las ECT susceptibles de protección?
- f) ¿Cuánto tiempo debería durar la protección concedida?
- g) ¿Deberían preverse formalidades (como el examen y el registro)?
- h) ¿Cómo se deberían administrar los derechos?
- i) ¿Qué sanciones o penas deberían aplicarse a los actos o conductas considerados inaceptables o ilegales?
- j) ¿Deberían tener carácter retroactivo los derechos reconocidos sobre las ECT?
- k) ¿Cómo se debería tratar a los titulares de derechos/beneficiarios de otros países?

Cuestiones operativas: gestión y cumplimiento de los derechos

87. La protección deberá ser viable en la práctica y deberá ser posible garantizar su observancia, especialmente desde el punto de vista de las comunidades tradicionales, sin crear una carga administrativa excesiva sobre los titulares o los administradores de los derechos. Se ha reconocido ampliamente que la protección de las ECT debe estar apoyada por una asistencia técnica pertinente, el fortalecimiento de la capacidad, y ayuda a la hora de catalogar las ECT, si así lo desean las comunidades.

D. Opciones que ya existen o que pueden adoptarse para hacer frente a las carencias detectadas, incluidas las opciones jurídicas y de otra índole, a nivel internacional, regional o nacional

88. Una opción consiste en promulgar una ley especial independiente, relativa a la protección de las ECT y destinada a subsanar las carencias detectadas en el marco del Derecho de PI convencional. Algunos países y organizaciones regionales han aprobado ese tipo de leyes. Muchos países han previsto una protección especial para las ECT en su legislación en materia de derecho de autor, y otros han previsto una protección asimilable a los derechos de PI para la materia de las ECT en otra legislación, como es el caso de la legislación sobre prácticas comerciales y salvaguardia del patrimonio cultural. Los textos de esas leyes están disponibles en el sitio Web de la OMPI,⁴⁷ y muchos de ellos han sido analizados y comparados en documentos anteriores del Comité.⁴⁸ Esas leyes y medidas pueden abordar de forma exhaustiva las carencias determinadas y prever una forma de protección adaptada expresamente a las ECT. Se pueden prever, por ejemplo, derechos comunitarios cuya protección tenga una duración ilimitada. La decisión de promulgar una ley de esa índole es una decisión política y de política general que corresponde a los Estados miembros, teniendo en cuenta consideraciones técnicas, operativas y de política general como las que se han sugerido anteriormente.

89. La presente sección se centra, en particular, en las adaptaciones y mejoras específicas de las legislaciones en materia de PI pertinentes en vigor así como en las opciones no jurídicas destinadas a subsanar las carencias específicas. Esas adaptaciones y mejoras deben ser *sui generis* en el sentido de que atenderán a las necesidades particulares

⁴⁷ <https://www.wipo.int/tk/en/databases/tklaws/>.

⁴⁸ WIPO/GRTKF/IC5/INF 3, WIPO/GRTKF/IC/5/3 y OMPI, Análisis Consolidado.

de los custodios de las ECT, y se adaptarán a las calidades específicas de las correspondientes ECT. Las opciones no son necesariamente excluyentes entre sí.

Producciones literarias y artísticas

Reconocimiento de los derechos e intereses comunitarios

90. Los tribunales están capacitados para reconocer los intereses comunitarios respecto de una obra protegida por derecho de autor. En la causa Australiana *Bulun Bulun contra R & T Textiles (Pty) Ltd (1998) 41 IPR 513*,⁴⁹ el tribunal consideró que cuando una comunidad indígena autoriza a un artista indígena a crear una obra artística de conformidad con el derecho consuetudinario y las costumbres, el artista queda obligado a actuar para preservar la integridad de la cultura comunitaria. Este tipo de obligaciones surge de la relación de confianza que se instaura entre el artista y la comunidad. El Derecho consuetudinario es parte de la estructura objetiva en la que se inscribe esa relación. De esa relación de confianza entre ambas partes surge el derecho primario de la comunidad de entablar una demanda en contra del artista para asegurarse, antes del eventual incumplimiento, que este último cumpla con la obligación nacida de la relación de confianza.

Derechos morales comunitarios

91. Los derechos morales (es decir, el derecho a reivindicar la paternidad o autoría y a oponerse a un trato indigno) pueden atender a muchas de las necesidades que se plantean en relación con las ECT, y su duración es en principio ilimitada (véase *supra*). Sin embargo, al igual que los derechos patrimoniales en virtud del derecho de autor, están vinculados a un autor o autores identificables. Los derechos morales comunitarios pueden ofrecer una posibilidad muy útil que debería examinarse más a fondo. En 2003, el anterior Gobierno australiano publicó un anteproyecto de ley sobre los derechos morales comunitarios autóctonos con objeto de proteger los intereses culturales singulares de las comunidades autóctonas.⁵⁰ Se pensaba en ese entonces que ese anteproyecto podía constituirse en un instrumento para que los pueblos autóctonos pudieran impedir el trato indigno de las obras inspiradas en sus tradiciones, costumbres y creencias. Los pueblos autóctonos y otras partes interesadas criticaron varios aspectos de ese anteproyecto. No obstante, finalmente el anteproyecto no se aprobó.

92. Conviene recordar que la protección de los derechos morales puede tener una duración ilimitada como es el caso en muchas legislaciones nacionales. Los derechos morales continúan aplicándose en relación con obras que han pasado al dominio público, lo que podría aplicarse a las ECT preexistentes.

Aclaración del ámbito de aplicación del artículo 15.4) del Convenio de Berna

93. El artículo 15.4) del Convenio de Berna ha tenido una utilización muy limitada en la práctica, por lo que convendría examinar las razones a ese respecto. En los debates en el marco del Comité, se ha sugerido que se revise el artículo 15.4) del Convenio de Berna y que se examinen opciones para mejorarlo.⁵¹

94. Entre las opciones cabe mencionar la necesidad de aclarar que i) la protección en virtud del artículo se extiende también a las obras “publicadas”, ii) el plazo de protección aplicable a las obras en el marco del artículo 15.4) es un plazo mínimo, y los Estados tienen la libertad de aplicar un plazo mayor si lo desean, a condición de que sea un plazo limitado,

⁴⁹ Véase Janke, Terri, *Minding Culture – The Protection of Traditional Cultural Expressions*, estudio encomendado por la OMPI.

⁵⁰ Véase la intervención de la Delegación de Australia (doc. WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 131).

⁵¹ Véanse las intervenciones de las Delegaciones de Italia y el Brasil en la 12ª sesión del CIG.

y iii) la “autoridad competente” a que se hace referencia puede ser una autoridad designada en el marco de la legislación nacional por una comunidad, u otra autoridad ante la cual esas comunidades puedan dar su opinión.

95. Por otra parte, se suele considerar esencial para el equilibrio del sistema de derecho de autor que la duración de la protección no sea indefinida, con objeto de que, a largo plazo, las obras pasen a formar parte del dominio público. Sin embargo, hay excepciones. La protección de los derechos morales es indefinida en muchas legislaciones nacionales. Los derechos a regalías por la utilización de la famosa obra ‘*Peter Pan*’ permanecen a perpetuidad, en virtud del derecho de autor en el Reino Unido, en beneficio de una obra de beneficencia. Algunos Estados miembros de la Unión Europea han concedido plazos de protección más largos para compensar los efectos de las Guerras Mundiales en la explotación de las obras de los autores, y se han establecido disposiciones especiales para la protección de las obras no publicadas previamente.⁵²

96. En las disposiciones tipo, la legislación de Panamá y el Marco Regional del Pacífico no se fija un plazo límite. Se ha sugerido que la protección podría limitarse a un plazo de cara al futuro, y que las ECT podrían estar protegidas, por ejemplo, por un plazo de 150 años.⁵³ También se ha sugerido que el máximo del plazo de protección podría estar relacionado con el ciclo vital de la comunidad. Esto entrañaría una insistencia en el uso actual, como en el caso de las marcas, de modo que cuando la comunidad con la que se identifique una ECT ya no la utilice o que ya no exista como una entidad definida, la protección cesaría.⁵⁴

“Domaine public payant”

97. Varios países han introducido este sistema según el cual las obras que ya forman parte del dominio público están sujetas al pago de una remuneración, en general a un fondo cultural nacional o a una entidad similar. En este modelo se prevé la remuneración por el uso de las ECT (en la medida en que se las considere “dominio público”) pero no impide la utilización por terceros de las ECT. Por lo tanto, puede caracterizarse como un plan del tipo “útese ahora, páguese más adelante”. Algunos critican este enfoque porque establece un derecho de autor eterno que excluiría a las obras del ciclo de creación. Un enfoque similar a grandes rasgos ha sido caracterizado como “régimen de responsabilidad pecuniaria”.

Obras huérfanas

98. Las obras “huérfanas” son obras protegidas por derecho de autor cuyo autor es desconocido o imposible de localizar. Las ECT se consideran, en general, producciones que no tienen autor en el sentido del derecho de autor, por lo que no son “huérfanas” como tales. Además, las comunidades indígenas pueden sentirse ofendidas ante la idea de que se considere que sus ECT sean “huérfanas” simplemente porque son sociales y colectivas, a lo que podría responderse que tienen una paternidad identificable, aunque colectiva. Sin embargo, en el contexto de las ECT, en el que generalmente no existe una única expresión establecida por un único autor identificable, podría decirse que una determinada ECT es semejante una obra “huérfana” y que, por lo tanto, las leyes o las propuestas actuales que se refieren a autores no localizables pueden proporcionar ideas u opciones para la protección de las ECT.

99. Varias jurisdicciones están considerando la posibilidad de adoptar legislación en este sentido o ya lo han hecho. Por ejemplo, en el Canadá se ha comenzado a aplicar una legislación en la que se prevé un plan de concesión de licencias obligatorias para la

⁵² Véanse el preámbulo 6 y el artículo 4 de la Directiva 93/98/CEE de la Unión Europea.

⁵³ Véase WIPO/GRTKF/IC/5/15, párrafo 37.

⁵⁴ Scafidi, S., *Intellectual Property and Cultural Product*, 81 *B.U.L. Rev.* 793.

utilización de obras publicadas por la autoridad nacional de derecho de autor en nombre de los titulares de derechos que no puedan localizarse.⁵⁵ En 2012 la Unión Europea aprobó una directiva sobre las obras huérfanas⁵⁶ con el fin de establecer unas normas comunes para sus miembros en lo que respecta a la digitalización y la visualización de obras huérfanas a través de Internet. En los Estados Unidos de América, la Oficina de Derecho de Autor examinó la cuestión de las obras huérfanas y publicó un análisis al respecto en junio de 2015, en el que recomendó la adopción de un modelo de responsabilidad limitada.⁵⁷

Derecho de participación

100. El derecho de participación (*droit de suite*) se prevé en el Convenio de Berna (artículo 14*ter*) con carácter facultativo, y se reconoce en algunas jurisdicciones, aunque no en todas. Este derecho inalienable permite a un artista (o a sus herederos) percibir un porcentaje sobre el precio obtenido de cualquier reventa de una obra de arte, efectuada por profesionales del mercado del arte (salas de venta, galerías de arte o cualquier marchante de obras de arte); el objetivo es permitir que los artistas obtengan un beneficio financiero a medida que aumenta el valor de sus obras. La Comisión Europea elaboró una directiva sobre la cuestión en 2001 para armonizar entre sus miembros la forma de encarar los derechos de participación.⁵⁸ Para ello es necesario que cada Estado de la Unión Europea prevea en su legislación el derecho de los artistas a percibir un porcentaje en una escala móvil, hasta un límite determinado, de los beneficios obtenidos de la reventa de sus obras durante el período de vida útil más 70 años. Varios países latinoamericanos y africanos también prevén un derecho de participación. El derecho de participación podría utilizarse asimismo como mecanismo de participación en los beneficios con objeto de encausar los procedimientos, a partir de la venta en subastas de obras de arte indígenas, hacia los artistas indígenas en la medida en que se les considere “autores” y que sus ECT sean obras protegidas por derecho de autor, lo cual suele ser el caso.⁵⁹

Utilización de los signos distintivos y de los principios relativos a la competencia desleal para luchar contra la apropiación indebida de la reputación asociada a las ECT (“estilo”)

101. Entre las opciones disponibles a este respecto se incluyen las siguientes:

- a) *Legislación sobre competencia desleal y el delito de atribución engañosa (passing off) previsto en el common law*: suele ser la reputación asociada a una ECT, representada por su “estilo” distintivo, que es objeto de apropiación indebida. La protección en este contexto debería incluir la protección contra reivindicaciones falsas como puede ser la reivindicación de “autenticidad”, o de asociación o respaldo comunitarios. Cabe tener en cuenta la legislación sobre competencia desleal y el delito de atribución engañosa previsto en el *common law*. Esto puede guardar relación con la protección de un estilo *per se* como objeto de protección, o con la protección contra una representación engañosa que se basa en la utilización de un estilo o de imágenes o símbolos distintivos. Este debate es válido también para los diseños tradicionales.

⁵⁵ Ley de Derecho de Autor del Canadá, art. 77, disponible en <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-42/page-32.html#h-88>.

⁵⁶ Directiva sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, 2012.

http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works/index_en.htm#maincontentSec1.

⁵⁷ <https://www.copyright.gov/orphan/>.

⁵⁸ Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al Derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

⁵⁹ En relación con el derecho de participación, véase Farchy, J. y Graddy, K., *The Economic Implications of the Artist's Resale Right*, SCCR/35/7.

- b) *Marcas de certificación*: las comunidades indígenas en varios países han registrado marcas colectivas y/o de certificación, o “etiquetas de autenticidad”, como es el caso de Australia, Nueva Zelanda, el Canadá, los Estados Unidos de América (Alaska), el Japón,⁶⁰ Panamá, Fiji.⁶¹
- c) *Normativa sobre la “verdad en la publicidad”, y el etiquetado*: la ley sobre arte y artesanía indias de los Estados Unidos de América protege a los artesanos estadounidenses nativos mediante la garantía de la autenticidad de sus obras en el marco de la Comisión de Arte y Artesanía Indias. Esta ley concebida como una ley del “mercado verdadero”, prohíbe la comercialización de productos bajo la denominación de “hecho por los indios” si no han sido fabricado por ellos, según la definición que figura en la ley.⁶²
- d) *Indicaciones geográficas*: varios participantes en el Comité han destacado el posible uso de las indicaciones geográficas en ese ámbito. Ciertas ECT, como las artesanías fabricadas mediante la utilización de recursos naturales, pueden constituir “productos” susceptibles de ser protegidos como indicaciones geográficas. Además, ciertas ECT pueden, como tales, ser indicaciones geográficas, como los nombres, los signos y otras indicaciones indígenas o tradicionales. Portugal, México y la Federación de Rusia han presentado ejemplos pertinentes de registro de indicaciones geográficas en relación con las ECT y los conocimientos tradicionales conexos.⁶³
- e) *Legislación sobre la competencia desleal y las prácticas comerciales*: en los debates del Comité, se ha reconocido la importancia de los principios generales de la legislación relativa a la competencia desleal, que figuran en el artículo 10bis del Convenio de París, y que se incorporaron al Acuerdo sobre los ADPIC. Además, en virtud de la legislación específica sobre las prácticas comerciales, se prohibió a una empresa australiana continuar describiendo o designando su gama de objetos de inspiración autóctona, pintados o tallados a mano mediante la expresión “arte aborigen” o el término “auténtico” a menos que hubiera razones válidas para pensar que esos objetos habían sido hechos por personas de origen aborigen. Se entabló un proceso contra la empresa porque algunos de estos objetos de inspiración aborigen pintados a mano llevaban la mención “auténtico”, “certificado auténtico” o “arte aborigen australiano” y que se consideró que esas afirmaciones podrían inducir a error a los consumidores dado que la mayoría de los artistas que habían fabricado los objetos en cuestión no eran ni aborígenes ni de origen aborigen.⁶⁴

Obras derivadas y protección preventiva de las producciones literarias y artísticas

102. Esta cuestión plantea una serie de problemas de política general fundamentales que se han examinado a fondo en documentos anteriores.⁶⁵

103. Algunos de los principios jurídicos y culturales pertinentes a las ECT se articulan en torno a la cuestión de saber si ha de concederse un derecho de adaptación respecto de las ECT, y a las excepciones y limitaciones que puedan ser pertinentes. El derecho de adaptación es aplicable a la producción de obras derivadas basadas en la utilización de ECT: esas obras pueden reunir por separado las condiciones necesarias para ser protegidas

⁶⁰ El Proyecto “Una aldea, un producto” de Oita (Japón) utiliza un sistema de certificación. Esta iniciativa se ha introducido también en Tailandia, Indonesia, República Democrática Popular Lao y Camboya.

⁶¹ Véase Análisis Consolidado.

⁶² WIPO/GRTKF/IC/3/10, párrafo 122.i).

⁶³ Véase WIPO/GRTKF/IC/5/3.

⁶⁴ Véase además WIPO/GRTKF/IC/5/3.

⁶⁵ Véase, en especial, WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

por el derecho de autor en tanto que obras originales. Un derecho de adaptación permitiría a las comunidades y a los demás titulares de derechos impedir o autorizar la producción de esas obras, o percibir una remuneración equitativa por su utilización, cuando son obras derivadas de sus propias ECT. Si este derecho de adaptación no existe, la comunidad no puede controlar la utilización de esos contenidos y tradiciones culturales, a diferencia de lo que sucede en un sistema asimilable al de la PI. La concesión de un derecho de adaptación depende también en gran medida de cuál sea el significado exacto del concepto “expresión cultural tradicional”.

104. Se debe señalar que privar del derecho de autor a los autores de esas obras derivadas que no sean miembros de la comunidad puede desalentar la creatividad y establecer desigualdades entre los autores que pertenecen a las comunidades y los que no pertenecen a ellas. Una opción podría ser obligar a los autores no indígenas a que reconozcan la comunidad cuyas tradiciones han utilizado como fuente de inspiración, a compartir los beneficios de la explotación del derecho de autor y/o a respetar alguna forma de derecho moral sobre las tradiciones en las que se basa la obra.

Protocolos, códigos de conducta, contratos y otros instrumentos prácticos

105. Los instrumentos prácticos como protocolos, códigos de conducta y contratos pueden desempeñar una función útil y práctica a la hora de subsanar las carencias de la protección prevista para las ECT. Por ejemplo, algunas comunidades indígenas han elaborado sus propios protocolos y licencias en materia de PI para dar respuesta a las solicitudes externas de acceso y utilización de las ECT, y varias instituciones culturales y asociaciones profesionales han elaborado también códigos de conducta éticos y en materia de PI, así como contratos tipo. Los instrumentos prácticos de esa índole pueden tener una función muy valiosa a la hora de complementar o de determinar el tipo de protección disponible en virtud de las disposiciones legislativas y el *common law*, con objeto de atender a las necesidades y aspiraciones de las comunidades, en particular mediante el reconocimiento de elementos de sus leyes consuetudinarias. Sin embargo, a fin de que esos instrumentos sean verdaderamente eficaces en la práctica, deben estar acompañados de un fortalecimiento de la capacidad que permita a las comunidades negociar, redactar, concertar y hacer respetar protocolos y contratos.

106. El Proyecto del Patrimonio Creativo de la OMPI⁶⁶ es una respuesta a esa necesidad en relación con la gestión de los activos de PI cuando las ECT están grabadas, catalogadas y digitalizadas. Este Proyecto de creación de capacidad proporciona formación, información y asesoramiento en materia de PI tanto a las comunidades como a los museos, servicios de archivo y otras instituciones culturales. En 2010 la OMPI publicó un manual de referencia para museos y otras instituciones, titulado *La propiedad intelectual y la salvaguardia de las culturas tradicionales: Cuestiones jurídicas y opciones prácticas para museos, bibliotecas y archivos*.⁶⁷ El Proyecto prevé asimismo la formación de las comunidades en documentación, catalogación y gestión de la PI. En septiembre de 2008 tuvo lugar un programa piloto de formación para la comunidad Maasai de Laikipia (Kenya).⁶⁸ En 2011 se llevó a cabo el programa con las comunidades Maroon y Rastafari de Jamaica a partir de la experiencia adquirida con los masai. La OMPI ha ofrecido este programa en colaboración con el *American Folklife Center* de la Biblioteca del Congreso en Washington, y el *Center for Documentary Studies* de la Universidad Duke de Carolina del Norte. En el marco del proyecto se ha creado una base de datos pública con función de búsqueda sobre los

⁶⁶ Véase <https://www.wipo.int/tk/es/resources/training.html>.

⁶⁷ https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/1023/wipo_pub_1023.pdf.

⁶⁸ Véase Wendland, “Gestión de los derechos en la música indígena digitalizada”, Revista de la OMPI, octubre de 2016

https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2016/05/article_0003.html.

protocolos, códigos de conducta y contratos tipo utilizados por las comunidades, los museos y otras instituciones y asociaciones profesionales, etc., que puede consultarse en https://www.wipo.int/tk/en/databases/creative_heritage/. Hay también otros recursos, como los estudios de las experiencias de los museos y archivos en la gestión de las cuestiones relacionadas con la PI.⁶⁹

Registros y bases de datos

107. Los registros, inventarios, bases de datos y listas de las ECT pueden ser muy útiles para la protección jurídica. Sin embargo, la grabación y la digitalización de las ECT, aun pudiendo ser valiosas para los programas de promoción y salvaguardia del patrimonio cultural, pueden involuntariamente hacer más vulnerables las ECT a la utilización y la explotación no autorizadas. Así pues, es conveniente prever una gestión estratégica del sistema de PI durante la grabación, la digitalización y la divulgación de las ECT (véase más información sobre el Proyecto del Patrimonio Creativo *supra*).

108. Los registros, inventarios, bases de datos y listas pueden servir, entre otras cosas, para: i) preservar y mantener las ECT; ii) constituir un recurso para los creadores y emprendedores; iii) identificar a las comunidades que pueden tener derecho a una participación en los beneficios y a la titularidad de derechos sobre las ECT; iv) hacer posible la obtención o registro de derechos positivos sobre las ECT; y v) ser el mecanismo para obtener la protección de las ECT mediante una protección *sui generis* de las bases de datos. Los registros pueden no ser exhaustivos, en el sentido de que no necesariamente han de reflejar todas las ECT respecto de las que se solicita protección. Algunas formas de catalogación de las ECT pueden servir también como registro confidencial o secreto de las ECT, accesible sólo a la comunidad.

Gestión colectiva

109. Por lo que respecta a los problemas asociados a la gestión de los derechos, las organizaciones de gestión colectiva existentes son, en principio, un medio práctico para la administración de los derechos de las ECT. Los participantes en el Comité⁷⁰ y las propias organizaciones de gestión colectiva⁷¹ han expresado su interés en estudiar esta posibilidad más a fondo, mientras que a otros sectores les preocupa que el establecimiento de órganos administrativos impida la utilización normal de las ECT por los autores, artistas y editores.

Interpretaciones y ejecuciones de ECT

110. Las interpretaciones y ejecuciones de ECT están ya protegidas en igualdad de condiciones que la protección prevista para otras interpretaciones y ejecuciones. Por ejemplo, en los artículos 5 a 10 del WPPT, de 1996, y en los artículos 5 a 11 del Tratado de Beijing, de 2012, (tratado que aún no está en vigor) se establecen una serie de derechos morales y patrimoniales de los intérpretes y ejecutantes. Los instrumentos prácticos, como los protocolos, los códigos de conducta y los contratos también pueden tener una función útil y práctica a ese respecto.

Diseños

111. Véase *supra* en la sección “Producciones Literarias y Artísticas”, en particular “Utilización de los principios relativos a la competencia desleal para luchar contra la apropiación indebida de la reputación asociada a las ECT, (“estilo”)”, y “Obras derivadas y

⁶⁹ <https://www.wipo.int/tk/es/resources/surveys.html>.

⁷⁰ GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 5).

⁷¹ Como la Federación Internacional de Organizaciones de Derechos Reprográficos (IFRRO).

protección preventiva de las producciones literarias y artísticas”. Además, los instrumentos prácticos como los protocolos, los códigos de conducta y los contratos pueden desempeñar una función útil y práctica al abordar la cuestión de las carencias en la protección prevista para las ECT.

ECT secretas

112. A continuación presentamos algunas opciones para suplir las carencias indicadas anteriormente:

- a) *Impedimento por promesa*: la doctrina del impedimento por promesa (*promissory estoppel*) impide a una parte renunciar a una promesa formulada a otra parte cuando esta última ha confiado razonablemente en esa promesa y le ha dado seguimiento en su detrimento. Por ejemplo, una comunidad que ha confiado en el compromiso verbal de un investigador de no divulgar la información secreta que se le ha comunicado podría utilizar esta doctrina para impedir que el investigador divulgue la información. Esta puede ser otra base que sirva de apoyo a la hora de dirimir causas como la de *Mountford*. La utilización de la doctrina también podría proteger la información que no tenga necesariamente valor comercial.
- b) *Protocolos, contratos, formularios de consentimiento*: véase el examen al respecto *supra*. Estos instrumentos prácticos pueden ser útiles asimismo para regular el acceso a las ECT secretas.
- c) *Registros y bases de datos*: véase el examen al respecto *supra*. Los registros y bases de datos confidenciales pueden ser útiles para preservar las ECT y, juntamente con los contratos y los formularios de consentimiento pertinentes, puede utilizarse para regular el acceso y la utilización de las ECT de conformidad con las condiciones establecidas por la comunidad.

Nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales

113. Por lo que respecta a la protección preventiva, algunas organizaciones regionales y Estados ya han tomado medidas para impedir el registro no autorizado como marcas de marcas indígenas. Se trata de medidas nacionales o de medidas aplicables en el marco de una organización regional que podrían extenderse a otros lugares. Sobre esas medidas se ha informado con detalle en documentos anteriores, y entre ellas se incluyen por ejemplo las siguientes:

- a) el artículo 136.g) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina en el que se dispone que “no podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: también [...] consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afro americanas o locales, o las denominaciones, las palabras, las letras, los caracteres o los 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 [...]”;
- b) la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América (la USPTO) ha establecido una base de datos exhaustiva de las insignias oficiales de todas las tribus amerindias reconocidas a nivel federal y por todos los Estados.⁷² La

⁷² Véase el informe titulado *Report on the Official Insignia of Native American Tribes*, 30 de septiembre de 1999.

USPTO puede denegar el registro de una marca propuesta que sugiera equivocadamente un vínculo con una tribu indígena o con las creencias practicadas por la misma;⁷³ y

- c) en virtud de la ley sobre marcas de Nueva Zelanda deberá denegarse el registro de una marca (o de un elemento de una marca) cuando su utilización o su registro se consideren susceptibles de ofender a una parte importante de la comunidad, en particular, al pueblo autóctono de ese país, es decir el pueblo Maorí.⁷⁴

[Sigue el Anexo II]

⁷³ *Ibíd.*, págs. 24 a 26.

⁷⁴ La Ley puede consultarse en <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2002/0049/54.0/DLM164240.html>.

Protección deseada para	A. Protección existente	B. Carencias	D. Opciones
<i>Producciones literarias y artísticas</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Protección del derecho de autor para las expresiones contemporáneas de culturas tradicionales • Artículo 15.4) del Convenio de Berna – protección del derecho de autor para obras no publicadas de autor desconocido • Colecciones, compilaciones y bases de datos de las ECT • Grabaciones y catalogación de las ECT 	<ul style="list-style-type: none"> • Las ECT nuevas basadas en las ECT preexistentes tienen pocas probabilidades de poder satisfacer el requisito de “originalidad” • En el derecho de autor se prevé la protección de la expresión concreta de una obra, pero no de las ideas en que se basa, lo que puede dificultar la protección de los “estilos” • Protección no explícita de los derechos comunitarios • Plazo de protección limitado • El “dominio público” y otras excepciones y limitaciones • Obras derivadas, adaptaciones y protección preventiva • Derechos sobre las grabaciones y la catalogación 	<ul style="list-style-type: none"> • Reconocimiento de los derechos comunitarios • Derechos morales comunitarios • Aclaración del ámbito de aplicación del artículo 15.4), Berna • <i>Domaine public payant</i> • Obras huérfanas • Derecho de participación • Utilización de los principios de la competencia desleal para luchar contra la apropiación indebida de la reputación asociada a las ECT (“estilo”) • Obras derivadas y protección preventiva de las producciones literarias y artísticas • Protocolos, códigos de conducta, contratos y otros instrumentos prácticos • Legislación especial independiente (<i>sui generis</i>) • Registros y bases de datos • Gestión colectiva

Protección deseada para	A. Protección existente	B. Carencias	D. Opciones
<i>Interpretaciones y ejecuciones de ECT</i>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Protección prevista en el WPPT, de 1996</i> • <i>En el Tratado de Beijing, de 2012, (tratado que aún no está en vigor) se preverá protección</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Plazo limitado de protección para las interpretaciones y ejecuciones fijadas</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Protocolos, códigos de conducta, contratos y otros instrumentos prácticos</i> • <i>Legislación especial independiente</i>
<i>Diseños</i>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>La protección en materia de diseños industriales para los diseños modernos</i> • <i>Colecciones, compilaciones y bases de datos de diseños tradicionales</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Diseños preexistentes no están protegidos</i> • <i>Plazo limitado de protección para los diseños</i> • <i>Formalidades</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Utilización de los principios relativos a la competencia desleal para luchar contra la apropiación indebida de la reputación asociada a las ECT (“estilo”)</i> • <i>Protocolos, códigos de conducta, contratos y otros instrumentos prácticos</i> • <i>Legislación especial independiente</i> • <i>Registros y bases de datos</i>

C. Consideraciones pertinentes:

- Nivel en el que es posible o necesario intervenir para subsanar una carencia (niveles internacional, regional, nacional y/o local)
- Elección de las medidas a utilizar para suplir las carencias (acción legislativa, elaboración de instrumentos prácticos, creación de capacidad)
- Grado de avance del examen de la protección de la materia de las ECT en otras instancias internacionales, y en qué medida ya son objeto de protección en virtud de instrumentos jurídicos en otros ámbitos normativos
- Consideraciones de política general
- Objetivos sociales, culturales y económicos
- Cuestiones técnicas y jurídicas específicas
- Cuestiones operativas: gestión y cumplimiento de los derechos

[Fin del Anexo II y del documento]