

LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES/EXPRESIONES DEL FOLCLORE

PANORAMA GENERAL DEL PROYECTO DE DISPOSICIONES DEL CIG DE LA OMPI

1. En el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) se han elaborado proyectos de objetivos y principios para la protección de las expresiones culturales tradicionales (“expresiones del folclore”). La versión más reciente de esos proyectos ha sido publicada oficialmente en el documento WIPO/GRTKF/IC/10/4.
2. El CIG no ha adoptado ni aprobado esos proyectos, que aún pueden ser objeto de modificación. En su elaboración se ha tenido en cuenta la experiencia adquirida en las comunidades, los países y las regiones, y es el resultado de un trabajo que ha llevado años y se ha hecho en consulta con los Estados miembros, los pueblos indígenas y demás comunidades tradicionales y culturales, diversas organizaciones de la sociedad civil y otras partes interesadas. El CIG sometió los objetivos y principios a un proceso abierto de consulta y debate.
3. Este material, que aún no es definitivo, se utiliza como punto de referencia en una serie de debates y procesos nacionales, regionales e internacionales sobre cuestiones de política y normativas. Para responder a la nutrida demanda de información de base sobre las cuestiones que se plantean, el presente documento contiene un resumen informal del proyecto de disposiciones. En el sitio Web que se menciona a continuación se puede consultar información detallada sobre los antecedentes del proyecto de disposiciones, así como una amplia gama de materiales y observaciones: <http://www.wipo.int/tk/en/index.html>.
4. Aunque el proyecto de disposiciones aún no ha adquirido carácter oficial, sirve para ilustrar algunas de las perspectivas y enfoques que orientan la labor que se está desarrollando al respecto, y de la que se pueden inferir posibles marcos de protección para las expresiones culturales tradicionales (o “expresiones del folclore”).
5. Existen dos conjuntos diferenciados de proyectos de objetivos y principios sometidos al examen del CIG. El primero de ellos guarda relación con las expresiones culturales tradicionales (“expresiones del folclore”) y el segundo con los conocimientos tradicionales (CC.TT.) *per se*. Ello se debe al deseo, en muchos casos, de abordar de distinta forma las cuestiones políticas y jurídicas específicas que se plantean en esos dos ámbitos. Estos borradores se han preparado entendiendo que, para muchas comunidades, se trata de aspectos del respeto por sus culturas y acervos intelectuales, así como de su protección. Por ello, ambos proyectos de principios y objetivos son complementarios. En algunas jurisdicciones, la protección de las expresiones culturales tradicionales y los conocimientos tradicionales se ha articulado en un solo instrumento, mientras que en otras, la protección de esos dos aspectos, o de partes de ellos, se articula en varias normas e instrumentos.
6. A continuación figura una breve introducción a la modalidad de protección de las expresiones culturales tradicionales desarrollada en el proyecto de disposiciones, así como un resumen de la misma, que podrían servir de introducción informal a las disposiciones *per se*.

Marco de políticas

7. La música tradicional, los diseños, los ritos, las interpretaciones y ejecuciones, las narraciones orales, las denominaciones, los símbolos y los signos transmiten las creencias y los valores de la comunidad, simbolizan las aptitudes y los conocimientos especializados, reflejan la historia de la comunidad y definen su identidad cultural. Las expresiones culturales tradicionales son, por lo tanto, activos culturales valiosos para las comunidades, que las mantienen, practican y promocionan. También constituyen activos económicos, dado que son creaciones e innovaciones que pueden, si así se desea, ser vendidas o comercializadas bajo licencia para generar ingresos e impulsar el desarrollo económico. Además, pueden servir de inspiración a otros creadores e innovadores que las adaptarán y producirán nuevas creaciones e innovaciones.

8. La doble naturaleza, cultural y económica, de esos elementos del patrimonio cultural de una comunidad plantea varias cuestiones de política relacionadas con la protección, promoción y conservación del patrimonio cultural.

9. Desde el punto de vista de la P.I., la protección de las expresiones de las culturas tradicionales forma parte integrante de las políticas relativas a la promoción y protección de la creatividad y la innovación, el desarrollo de la comunidad y el fomento y la promoción de las industrias creativas, como parte del desarrollo económico sostenible.

10. No obstante, la protección de las expresiones de las culturas tradicionales afecta también a otras esferas políticas importantes, entre las que cabe mencionar la salvaguardia y conservación del patrimonio cultural; la libertad de expresión; el respeto de los derechos, los intereses y las reivindicaciones de los pueblos indígenas y otras comunidades tradicionales; el reconocimiento de las normas, los protocolos y las prácticas consuetudinarios; el acceso a los conocimientos y el ámbito de aplicación del “dominio público”; el examen de los desafíos del multiculturalismo; y la promoción de la diversidad cultural, en particular la diversidad lingüística y el acceso a las diversas expresiones culturales.

El significado de “protección” en un marco de políticas integrado

11. Las ECT pueden “protegerse” de varias formas complementarias. En una gama de procesos normativos internacionales y en varios instrumentos jurídicos internacionales se abordan diversos aspectos de la protección, teniendo en cuenta la necesidad de que se enfoque la protección de las ECT desde un punto de vista global. La protección puede abarcar la salvaguardia frente a la pérdida mediante la catalogación, la documentación y el registro, la creación de capacidad para apoyar la creatividad tradicional y los depositarios y las estructuras sociales que las sostienen y difunden, el reconocimiento de la gama más amplia de derechos colectivos e individuales vinculados a las ECT y a su entorno cultural y jurídico, y la protección de las ECT frente a la apropiación y utilización indebidas por parte de terceros, en particular la apropiación indebida con fines comerciales y la utilización ilícita que sea despectiva u ofensiva.

12. El proyecto de disposiciones que figura en el documento de la OMPI WIPO/GRTKF/IC/10/4 está directamente relacionado con la protección de las ECT desde un punto de vista jurídico, a saber, la protección de la creatividad y singularidad inherentes a las ECT frente a la apropiación y uso ilícitos, a la vez que se tiene en cuenta la naturaleza y las características particulares de la creatividad tradicional y la expresión cultural, incluido su rasgo comunitario, y la preferencia que muchos han manifestado por evitar la concesión de

nuevos derechos de propiedad singulares. Ese ha sido precisamente el enfoque adoptado por el CIG, de conformidad con el mandato que le fuera otorgado por la OMPI al iniciar su labor¹. En ese sentido, cabe distinguir la “protección” de la “salvaguardia” o “conservación” del patrimonio y las expresiones culturales, si bien aquella complementa a éstas. Ciertamente, este enfoque integrado de la protección de las ECT en ese marco internacional más amplio supone reconocer y complementar los instrumentos jurídicos y los enfoques de políticas en esferas políticas afines, como la Convención Internacional de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, de 2003, y la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, de 2005, y la labor de otras instancias, como el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas y el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas del Consejo de Derechos Humanos. Toda nueva forma de protección de las ECT deberá también tomar en consideración los tratados de P.I. vigentes. Por ejemplo, en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) (1996) se establece la protección de los artistas intérpretes y ejecutantes de las ECT.

13. Sólo mediante la complementariedad con instrumentos de otras esferas políticas puede lograrse una protección, conservación y promoción realmente exhaustivas de las ECT. Por ejemplo, el proyecto de disposiciones está expresamente destinado a complementar las legislaciones y medidas para la conservación y salvaguardia del patrimonio cultural, y en sus disposiciones y observaciones se formulan propuestas prácticas a este respecto.

Resumen de la protección de conformidad con el proyecto de disposiciones

14. El modelo de protección que se esboza en las disposiciones y se desprende de los debates mantenidos en el CIG, en relación con las formas de protección de las ECT relativas a la P.I., tiene las siguientes características generales:

- 1) La materia protegida está constituida por las “expresiones culturales tradicionales” o las “expresiones del folclore”, dos términos que se emplean de forma indistinta teniendo en cuenta la variedad de prácticas internacionales. La elección concreta de los términos se determinará a escala nacional y regional (véase el proyecto de Artículo 1).
- 2) Las ECT abarcan las formas materiales o inmateriales en que se expresan, aparecen o se manifiestan los conocimientos y la cultura tradicionales. Puede tratarse de expresiones verbales o símbolos, expresiones musicales, expresiones corporales, tales como las danzas y otras interpretaciones o ejecuciones, y las expresiones materiales, como las obras de arte y, en particular, dibujos, diseños, pinturas (incluidas las pinturas corporales), tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, cristalería, tapices, indumentaria; artesanía; instrumentos musicales, y obras arquitectónicas (véase el proyecto de Artículo 1).

¹ Véanse, entre otros, los siguientes documentos anteriores WIPO/GRTKF/IC/2/7, WIPO/GRTKF/IC/3/10, WIPO/GRTKF/IC/4/3, WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 y WIPO/GRTKF/IC/7/3.

- 3) Para tener derecho a una protección concreta, las ECT deben cumplir tres criterios. Deben ser: producto de la actividad intelectual creativa, en particular la creatividad del individuo y de la comunidad; características de la identidad cultural y social de una comunidad, así como de su patrimonio cultural; y mantenidas, utilizadas o desarrolladas por esa comunidad o por individuos con derecho o responsabilidad para hacerlo, de conformidad con el derecho y la práctica consuetudinarios de dicha comunidad (véase el proyecto de Artículo 1).
- 4) La protección de las ECT redundará en beneficio de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, que tienen a su cargo la custodia, el cuidado y la salvaguardia de las ECT, de conformidad con sus normas y prácticas consuetudinarias; y que mantienen, utilizan o desarrollan las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore como elementos característicos de su identidad cultural y social, y su patrimonio cultural. El término “comunidades” es lo suficientemente amplio como para incluir también a los nacionales de un país entero, o de una “nación”, en los casos en que las ECT se consideren como un “tesoro nacional” en virtud de las normas y costumbres nacionales, y pertenezcan a todos los habitantes de un país concreto (véase el proyecto de Artículo 2).
- 5) La protección de las ECT consta de tres niveles alternativos (véase el proyecto de Artículo 3):
 - Las ECT “de valor cultural o espiritual o importancia singulares”, siempre que se hayan registrado o notificado, se protegerán frente a una amplia gama de usos y formas de reproducción y divulgación sin el consentimiento fundamentado previo y libre de la comunidad pertinente. Además, estarán protegidas frente al incumplimiento de la obligación de reconocer la fuente de las ECT y frente a la deformación, mutilación u otra modificación de las mismas u otro tipo de atentado, así como frente a la adquisición o el ejercicio de derechos de P.I. sobre las ECT o adaptaciones de las mismas. Asimismo, se otorgará protección frente a la utilización de designaciones, palabras y símbolos que den lugar a que se establezca un vínculo engañoso o despreciativo con la comunidad pertinente;
 - Otras ECT (que no se han registrado o notificado) se protegerán mediante normas que regulen su utilización por terceros. Estos usos, que no exigen el consentimiento fundamentado previo y libre, deben efectuarse de manera que garanticen la adecuada identificación de la comunidad pertinente, impidan la deformación, mutilación u otra modificación de las mismas, u otro tipo de atentado, no den lugar a que se establezca un vínculo falso, confuso o engañoso con la comunidad pertinente, y establezcan una remuneración equitativa o una participación en los beneficios cuando el uso o la explotación se realice con ánimo de lucro; y,
 - Las ECT secretas se protegerán frente a la divulgación no autorizada, su consiguiente utilización, y frente a la adquisición y el ejercicio de derechos de P.I. sobre las mismas por terceros.

- 6) La autorización previa para utilizar las ECT, cuando sea necesario (véanse los tres niveles alternativos de protección mencionados anteriormente), se obtendrá directamente de la comunidad pertinente o de un organismo que actúe a petición de la comunidad y en nombre de ella. Corresponderá al derecho nacional determinar la opción aplicable. El organismo, que podrá ser una oficina o autoridad existente, desempeñará asimismo las funciones adicionales de concienciación, enseñanza y asesoramiento (véase el proyecto de Artículo 4).
- 7) Las excepciones y limitaciones tienen por objeto velar por que los miembros de la comunidad pertinente puedan utilizar, transmitir, intercambiar y desarrollar las ECT de manera permanente en el contexto tradicional y consuetudinario. Las excepciones o limitaciones se aplicarán también a la utilización de las ECT en la enseñanza y el aprendizaje; la investigación sin fines comerciales o el estudio privado; la crítica o el examen; la transmisión de noticias o acontecimientos de actualidad; la utilización en el transcurso de procedimientos judiciales; la grabación y otras reproducciones para su inclusión en archivos o inventarios sin fines comerciales en el marco de la salvaguardia del patrimonio cultural; y la utilización accidental. Para confirmar que las normas nacionales podrían permitir el uso de las ECT a todos los nacionales de un país, como se examinó anteriormente en la cuestión relativa a los beneficiarios, las medidas nacionales de protección de las ECT podrían autorizar también el acceso ilimitado y la interposición de demandas por parte de los nacionales de un país (véase el proyecto de Artículo 5).
- 8) La protección durará mientras las ECT sigan cumpliendo los criterios de protección y manteniendo los vínculos estipulados con la comunidad que reúne las condiciones necesarias para obtener la protección. Podrán establecerse disposiciones específicas sobre el plazo de protección de las ECT registradas (véase el párrafo 5) *supra* y las ECT secretas (véase el párrafo 5) *supra* (véase el proyecto de Artículo 6).
- 9) Como principio general, la protección no estará supeditada a formalidad alguna, aunque para que resulte más sólida la protección de determinadas ECT de un valor cultural o espiritual, o una importancia singulares, es necesario notificar o registrar de alguna forma dichas ECT. El registro es facultativo y otorgará un mayor grado de protección. Las ECT no registradas seguirán estando protegidas, si bien en menor medida. Si el registro o la notificación supone la grabación u otra fijación de las ECT, los derechos de P.I. sobre dicha grabación o fijación pertenecerán a la comunidad pertinente. La oficina que reciba las solicitudes de registro deberá tratar de resolver las controversias relativas al derecho de ciertas comunidades a registrar determinadas ECT (véase el proyecto de Artículo 7).
- 10) Por lo que respecta a los usos anteriores y actuales de las ECT, éstos deberán armonizarse con las disposiciones en un plazo razonable, sin perjuicio del respeto debido a los derechos adquiridos (véase el proyecto de Artículo 9).
- 11) La protección prevista en el proyecto de disposiciones complementa y no sustituye la protección preexistente en virtud de los sistemas tradicionales de P.I., y de las leyes y programas para la conservación y promoción del patrimonio cultural (véase el proyecto de Artículo 10).

- 12) La protección internacional y regional se basará en el principio del “trato nacional” (véase el proyecto de Artículo 11).

Examen de la dimensión internacional

15. El proyecto de objetivos y principios podría definir una forma de protección internacional. Como sucede en otros ámbitos del derecho y la política, el proyecto de disposiciones se manifiesta también en principios generales que podrían ponerse en práctica, interpretarse y aplicarse directamente en los planos regional y/o nacional.

[Fin del documento]