

OMPI



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

S

WIPO/GRTKF/IC/4/3

ORIGINAL : Inglés

FECHA: 20 de octubre de 2002

**COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL
SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS
GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y FOLCLORE**

**Cuarta sesión
Ginebra, 9 a 17 de diciembre de 2002**

**ANÁLISIS PRELIMINAR Y SISTEMÁTICO DE EXPERIENCIAS NACIONALES
EN MATERIA DE PROTECCIÓN JURÍDICA
DE LAS EXPRESIONES DEL FOLCLORE**

Documento preparado por la Secretaría

RESEÑA

1. En su tercera sesión, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (“el Comité”) pidió que se preparara un “documento analítico y sistemático sobre las experiencias nacionales de protección del folclore, ya sea mediante la propiedad intelectual tradicional, ya sea mediante la legislación *sui generis*, y sobre la aplicación de esos marcos legislativos, incluyendo el papel del Derecho consuetudinario y las formas de interacción con los sistemas jurídicos en otros países, como base para proseguir los debates[...].¹
2. De conformidad con lo anterior, en el presente documento se expone, sobre la base de ejemplos reales y experiencias nacionales concretas, un análisis técnico sobre la aplicación de enfoques de propiedad intelectual y *sui generis* en materia de protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales (o “expresiones del folclore”). Se ha invitado a presentar comentarios sobre el documento antes del 31 de marzo de 2003. Se ha previsto publicar una nueva versión del documento a fin de someterla a examen en la quinta sesión del Comité, que se celebrará en el año 2003.
3. En el documento no se proponen nuevas tareas, antes bien, se parte del informe realizado por la OMPI sobre las experiencias nacionales en ese ámbito (documento WIPO/GRTKF/IC/3/10), en el que se proponía una serie de tareas y que fue examinado en la tercera sesión del Comité. El documento se complementará con ponencias orales realizadas en el marco de la cuarta sesión del Comité. Esas ponencias correrán a cargo de varios Estados y de una organización intergubernamental y en ellas se abordarán leyes, sistemas y mecanismos *sui generis* ya existentes o en proceso de examen.
4. El presente documento ha sido elaborado con objeto de contribuir a la continuación de los debates del Comité sobre la protección jurídica del folclore. Además, la información que figura en el documento, los comentarios que sobre él se formulen y las ponencias orales serán una útil herramienta para el programa en curso de la OMPI de cooperación técnica sobre la protección jurídica del folclore, y contribuirán a la elaboración del futuro “Manual Práctico de la OMPI sobre la Protección Jurídica de las Expresiones Culturales Tradicionales”. La actual versión del documento se centra principalmente en el derecho de autor y los derechos conexos. Las otras ramas pertinentes de la propiedad intelectual se abordan de forma sucinta y se analizarán en detalle en futuras versiones.
5. En la Parte IV se formulan conclusiones preliminares (que se resumen en la Parte VI) a fin de facilitar los debates sobre las cuestiones y proponer posibles enfoques prácticos de la protección de las expresiones del folclore y expresiones culturales tradicionales, y no para influir en los futuros debates que se lleven a cabo acerca de esta cuestión de política.

I. INTRODUCCIÓN

6. En el “Informe final sobre las experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore”², examinado en la tercera sesión del Comité, se expusieron un análisis y varias conclusiones sobre la base de las experiencias nacionales de los Estados que

¹ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/17, párrafo 294.

² Documento WIPO/GRTKF/IC/3/10.

habían respondido al cuestionario sobre experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore³ que se había distribuido tras la petición que en ese sentido formuló el Comité en su primera sesión.

7. En la tercera sesión, los miembros del Comité pidieron que se llevara a cabo un análisis más detenido y se suministrara más información sobre la forma en que se servían o podían servirse las poblaciones y comunidades tradicionales indígenas de los derechos de propiedad intelectual para proteger las expresiones culturales tradicionales⁴, y sobre las experiencias de los miembros que hayan aplicado o estén contemplando sistemas reglamentarios *sui generis* de protección. Concretamente, el Comité decidió que “sobre la base del [Informe sobre experiencias nacionales], la Secretaría debía preparar un documento analítico y sistemático sobre las experiencias nacionales de protección del folclore, ya sea mediante la propiedad intelectual tradicional, ya sea mediante la legislación *sui generis*, y sobre la aplicación de esos marcos legislativos, incluyendo el papel del Derecho consuetudinario y las formas de interacción con los sistemas jurídicos en otros países, como base para proseguir los debates en la cuarta sesión del Comité.”⁵

8. Varios Estados contemplan ya una protección jurídica específica de las expresiones del folclore, mediante una o más opciones (disposiciones basadas en las “Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO de 1982 para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas”, o sistemas reglamentarios *sui generis* totalmente nuevos); otros no contemplan disposición alguna a ese respecto, ya sea porque no lo consideran necesario (por ejemplo, por estimar que los derechos de propiedad intelectual ya existentes son el mecanismo adecuado) o porque todavía no han determinado qué enfoques o sistemas son los más convenientes.⁶

9. En resumen, a estas alturas del debate se perciben dos enfoques generales en el Comité en relación con esta cuestión. Varios miembros consideran que las expresiones del folclore gozan ya de la debida protección mediante los derechos de propiedad intelectual, y que quizás habría que añadir a esos derechos medidas específicas para responder a necesidades concretas, y que no es necesario ni adecuado contemplar un sistema adicional y específico de protección. Otros consideran que es necesario establecer sistemas reglamentarios específicos, ya sea para complementar los derechos de propiedad intelectual ya existentes o para reemplazar esos derechos por estimar que no son una forma adecuada de protección.

10. Esos dos enfoques deben estudiarse de forma paralela sin anteponer uno a otro, como ya señalaron varios Estados en la tercera sesión. Esos Estados señalaron también que esos dos enfoques principales no tienen por qué excluirse mutuamente. Debería adoptarse un doble enfoque, a saber: partir de la base de que varios aspectos principales de las expresiones culturales tradicionales gozan ya de protección en virtud de determinados derechos y mecanismos de propiedad intelectual pero puede ser necesario adoptar medidas adicionales para complementar el sistema jurídico vigente y responder así a lo que se percibe como lagunas en dicha protección. Una de las posibilidades es contemplar un conjunto multifacético de opciones en relación con la protección de las expresiones culturales

³ Documento OMPI/GRTKF/IC/2/7.

⁴ En el presente documento se utilizan con el mismo sentido los términos “expresiones del folclore” y “expresiones culturales tradicionales”.

⁵ Documento WIPO/GRTKF/IC/3/17, párrafo 294.

⁶ Documento WIPO/GRTKF/IC/3/10.

tradicionales, recurriendo a los derechos de propiedad intelectual y a determinados mecanismos *sui generis*⁷. En algunos casos, la ampliación o modificación del uso del sistema de derechos de propiedad intelectual ha venido a ser un puente entre uno y otro enfoque. En sintonía con ese punto de vista, en el presente documento se examinan los derechos ya existentes y los enfoques *sui generis*.

Estructura y finalidades del documento

11. De conformidad con lo que pidió el Comité en su tercera sesión, en el presente documento se analiza de forma esquemática y técnica la utilización de los derechos de propiedad intelectual en la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales así el recurso a sistemas *sui generis* por varios Estados y organizaciones regionales a fin de complementar o sustituir los derechos de propiedad intelectual. En la medida de lo posible se ha incluido información sobre la función que desempeña el Derecho consuetudinario y sobre formas de interacción con sistemas jurídicos de otros países. Con ese fin se suministran los siguientes datos:

i) ejemplos concretos de expresiones culturales tradicionales que se desea proteger o que ya gozan de protección; y

ii) la utilidad de los derechos ya existentes y de los sistemas *sui generis* adoptados frente a las preocupaciones y los objetivos expresados por los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales.

12. El resto del documento está estructurado de la manera siguiente:

Parte II – Ejemplos prácticos de expresiones culturales tradicionales que se desea proteger por medios jurídicos.

Parte III – Objetivos de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales.

Parte IV – Análisis sistemático del uso de los derechos de propiedad intelectual y de enfoques *sui generis*:

- i) producciones literarias y artísticas – el derecho de autor;
- ii) interpretaciones y ejecuciones de expresiones culturales tradicionales – los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes;
- iii) recopilación, registro y divulgación de expresiones culturales tradicionales – el derecho de autor y los derechos conexos;
- iv) signos distintivos – las marcas y las indicaciones geográficas;
- v) dibujos y modelos – los dibujos y modelos industriales;
- vi) competencia desleal (incluido el fraude de imitación).

⁷ Documento WIPO/GRTKF/IC/3/17, párrafos 179, 181, 189, 192, 194, 197 y 198.

Parte V – Adquisición, gestión y observancia de los derechos.

Parte VI – Conclusiones.

13. El presente documento está basado en gran medida en experiencias nacionales e información empírica, y se centra particularmente en el derecho de autor y los derechos conexos como medio que, según los datos aportados, se utiliza con más frecuencia para proteger las expresiones culturales tradicionales. Ahora bien, se deja bien claro que hay otras ramas de la propiedad intelectual que cabe aplicar a las expresiones culturales, aunque a estas alturas se dispone de menos información empírica a ese respecto. Por consiguiente, los signos distintivos y los dibujos y modelos tradicionales y la competencia desleal se tratan de forma escueta.

14. Las patentes sobre invenciones también pueden aplicarse a la protección de las expresiones culturales tradicionales, como se aprecia en el ejemplo de una patente obtenida en relación con un proceso de elaboración del instrumento musical *steelpan*, que ha suscitado objeciones en varios medios en el Caribe⁸. Ahora bien, en el presente documento no se examina la legislación sobre patentes, que quizás se aborde en futuras versiones. Análogamente, en otras esferas existen casos de enriquecimiento injusto pero al no disponerse todavía de información empírica no se ofrece información a ese respecto en la presente versión.

15. Se señala también la posible superposición entre varias de esas esferas de la propiedad intelectual. Por ejemplo, los dibujos y modelos tradicionales pueden protegerse por derecho de autor y/o mediante la legislación sobre dibujos y modelos industriales. A su vez, una obra artística puede protegerse por derecho de autor y reconocerse y utilizarse como marca con arreglo a ciertas condiciones.

Invitación a formular comentarios

16. El presente documento no aspira a exponer un análisis exhaustivo. Antes bien, constituye una nueva fase de los debates sobre esa materia. Por consiguiente, se trata de un documento preliminar cuya finalidad es invitar a que se formulen comentarios y se aporten otras contribuciones. Se ha previsto preparar una nueva versión del documento para someterla a examen del Comité en su quinta sesión, que tendrá lugar en el año 2003. Los comentarios que se formulen sobre el documento pueden enviarse a la Secretaría de la OMPI, concretamente, a la División de Conocimientos Tradicionales, a ser posible, por correo electrónico (grtkf@wipo.int) o por correo postal: OMPI, 34, chemin des Colombettes, 1211 Ginebra 20 (Suiza); también pueden enviarse por fax: +41 22 338 8120. Los comentarios que se reciban antes del 31 de marzo de 2003 se tendrán en cuenta a los fines de la elaboración de una nueva versión del documento.

⁸ Véase “A Nation’s Steel Soul”, en el número del 7 de julio de 2002 del New York Times en: <http://www.nytimes.com/2002/07/07/weekinreview/07BARA.html>

Paralelismo con el informe sobre experiencias nacionales (WIPO/GRTKF/IC/3/10)

17. El presente documento complementa y debe leerse junto con el informe sobre experiencias nacionales. En él no se proponen nuevas tareas o actividades.

18. En el informe sobre experiencias nacionales se propusieron cuatro tareas a examen del Comité, dos de las cuales no fueron aprobadas, a saber: la elaboración de disposiciones tipo para su inclusión en la legislación nacional sobre la base de las Disposiciones Tipo de 1982 (Tarea 2) y el examen de elementos de medidas, mecanismos y marcos posibles para la protección extraterritorial de las expresiones del folclore (Tarea 3).

19. Las otras dos tareas fueron aprobadas. La primera consistía en que la Secretaría de la OMPI reforzara, previa petición, las actividades de cooperación jurídico-técnica encaminadas al establecimiento, la consolidación y la aplicación de los sistemas y medidas vigentes de protección jurídica de las expresiones del folclore (Tarea 1). La segunda tenía que ver con la elaboración de un estudio práctico sobre los vínculos entre las leyes y protocolos consuetudinarios y el sistema formal de propiedad intelectual en la medida en que estén relacionados con la protección jurídica de las expresiones del folclore (Tarea 4).

20. Tan pronto como sea posible, la Secretaría publicará un manual práctico que contenga estudios de caso, directrices y “prácticas óptimas” destinado a los legisladores y los pueblos y comunidades indígenas sobre la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales en el plano nacional⁹. El título provisional de ese manual es “Manual Práctico de la OMPI sobre la Protección Jurídica de las Expresiones Culturales Tradicionales”. La información expuesta en el presente documento y los comentarios que se reciban al respecto, así como la información y enseñanzas obtenidas sobre la base de las ponencias orales que se realizarán en la cuarta sesión del Comité Intergubernamental (véase a continuación) serán útiles herramientas para llevar a cabo la Tarea 1 en su conjunto, incluida la elaboración del manual práctico.

Ponencias orales

21. En el presente documento se examina una serie de sistemas *sui generis* en relación con los derechos de propiedad intelectual. Se basa en una lectura de las legislaciones pertinentes, en informes sobre experiencias nacionales y en un conjunto de estudios de caso. Los participantes en la labor del Comité han destacado la necesidad de recabar información práctica sobre experiencias concretas de concepción, formulación y establecimiento y aplicación de esos sistemas. Por consiguiente, con miras a complementar este documento y responder a la solicitud de los miembros, la Secretaría de la OMPI tiene previsto organizar de forma informal y como parte de la cuarta sesión del Comité Intergubernamental, una serie de ponencias orales sobre experiencias nacionales en sistemas legislativos específicos de protección jurídica del folclore. Esas ponencias serán una oportunidad para conocer de cerca, con mayor detenimiento y desde un punto de vista práctico, las leyes, sistemas y mecanismos (reales o propuestos, como proceda), incluidas experiencias concretas de formulación, promulgación y ejecución de esos mecanismos. En la sesión se ofrecerá más información sobre dichas ponencias.

⁹ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10, párrafo 155.

22. Aunque es evidente que existen vínculos entre las expresiones de la cultura tradicional y los conocimientos tradicionales “técnicos” (como los conocimientos médicos), por el momento, el Comité examina esas dos cuestiones por separado aunque en paralelo. Las razones de ello residen en que el problema de la protección del folclore lleva mucho tiempo sobre el tapete en la OMPI y otras instancias, y además de afectar a un sector específico de titulares de derechos, usuarios y otras partes interesadas, plantea interrogantes concretos al sistema de propiedad intelectual que no afectan en su totalidad a los conocimientos tradicionales técnicos. Se trata de una esfera en la que las autoridades nacionales tienen una experiencia mayor de formulación y aplicación de enfoques *sui generis* de protección jurídica, en comparación con los conocimientos tradicionales, que, en la mayoría de los casos, se han abordado hace relativamente poco como objeto específico de protección jurídica. Paralelamente a este documento, las ponencias orales estarán centradas en la protección del folclore, aun cuando esos sistemas puedan también ser pertinentes para otras formas de conocimientos tradicionales.

II. EJEMPLOS PRÁCTICOS DE EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES QUE SE DESEA PROTEGER POR MEDIOS JURÍDICOS

Significado, alcance y naturaleza de las “expresiones culturales tradicionales”

23. El significado y el alcance del término “expresiones culturales tradicionales” y de otros términos que hacen en mayor o medida referencia al mismo tema, como las “expresiones del folclore, la cultura indígena y la propiedad intelectual” y “el patrimonio cultural intangible y tangible” (quizás el término más completo y amplio en alcance) siguen siendo objeto de examen en varias instancias intergubernamentales, regionales y nacionales. En esos términos quedan teóricamente incluidos costumbres, tradiciones, formas de expresión artística, conocimientos, creencias, productos, y procesos de producción arraigados en un gran número de comunidades distribuidas por todo el mundo. El creciente interés que suscita la protección jurídica de los conocimientos tradicionales ha llevado a plantear también dudas en relación con la naturaleza específica de la protección jurídica de las expresiones del folclore y las culturas tradicionales dentro del concepto más amplio de conocimientos tradicionales. En el documento WIPO/GRTKF/IC/3/9 se expone un análisis terminológico detallado.

24. El contexto en el que se genera y preserva el patrimonio cultural incide en gran medida en la terminología utilizada, que varía en función de la región y de la comunidad cultural de la que derive el término y su definición. De igual importancia es la finalidad con la que se haya elaborado el término y la definición. Por consiguiente, lo que se considera o no parte del “patrimonio cultural” o de las “expresiones culturales tradicionales”, para ser más específicos, es una cuestión compleja y subjetiva que explica que no existan definiciones de esos términos que gocen de aceptación general¹⁰.

25. La necesidad de aclarar el significado y el alcance del término “patrimonio cultural intangible”, es fundamental para que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) avance en su proyecto preliminar de Convenio

¹⁰ Véase Palethorpe y Verhulst, “Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law” (estudio solicitado por la Comisión Europea), octubre de 2000, págs. 6 a 13.

para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Intangible (habida cuenta de la relación que guarda el proyecto de Convenio con los derechos de propiedad intelectual, la OMPI sigue de cerca y contribuye a ese proceso en un espíritu de cooperación mutua, tal como lo solicitaron los Estados miembros).

26. En este documento no se aspira a resumir o analizar ese debate. Ahora bien, puede ser útil formular una serie de observaciones sobre la naturaleza de las expresiones culturales tradicionales que vienen al caso en relación con la protección de la propiedad intelectual.

27. En primer lugar, las “expresiones de la” cultural tradicional (o “expresiones del” folclore) pueden ser intangibles, tangibles o ambas cosas. Por otro lado, la cultura tradicional o conocimiento folclórico en el que se basa la expresión suele ser intangible. Por ejemplo, en una pintura sobre un viejo mito o leyenda, el mito y la leyenda forman parte del “folclore” intangible de base, como también lo son los conocimientos y las técnicas utilizadas para realizar la pintura, mientras que la propia pintura es una expresión tangible de dicho folclore¹¹.

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

29. En la definición de expresiones del folclore que se ofrece en las Disposiciones Tipo de 1982 se establece una diferencia entre expresiones intangibles y expresiones tangibles del folclore, a saber:

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

i) las expresiones verbales, tales como: los cuentos populares, la poesía popular y los enigmas;

ii) las expresiones musicales, tales como: las canciones y la música instrumental populares;

iii) las expresiones corporales, tales como: las danzas y representaciones escénicas populares y formas artísticas de rituales; sea que éstas expresiones estén fijadas o no en un soporte; y

iv) las expresiones tangibles, tales como:

a) las obras de arte popular y tradicional, tales como: dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaico, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, tapices, trajes;

¹¹ *Idem.*

- b) los instrumentos musicales;
- [c) las obras arquitectónicas]”.

Se trata de una útil definición de “expresiones culturales tradicionales” o “expresiones del folclore” a los fines del presente documento.

30. Por último, el patrimonio cultural es un proceso permanente de producción, es decir, es un proceso acumulativo e innovador. Por naturaleza, la cultura es orgánica y para sobrevivir precisa crecer y desarrollarse, por lo que cabe decir que la tradición pone los cimientos del futuro. Aunque no son pocos los que consideran que la tradición se reduce a la imitación y la reproducción, la innovación y la creación son también importantes en el marco tradicional¹². Como dijo recientemente el diseñador industrial japonés Sori Yanagi, incorporar el elemento de un arte popular tradicional en un diseño moderno tiene más mérito que imitar el propio oficio popular: “la tradición sólo crea valor si progresa. Debe avanzar a la par de la sociedad”¹³. Así pues, dado que los artistas tradicionales plasman continuamente en su obra nuevas perspectivas y experiencias, la tradición es una importante fuente de creatividad e innovación.

31. De ahí que quepa diferenciar el patrimonio cultural “tradicional” del patrimonio cultural moderno y en constante evolución (esa cuestión ha sido también objeto de debate en la UNESCO en lo relativo a la salvaguardia del patrimonio cultural intangible). En otras palabras, cabe distinguir i) la cultura tradicional de base ya existente (que cabe denominar cultura tradicional o folclore *strictu sensu*) y ii) las producciones literarias y artísticas creadas por las generaciones actuales de la sociedad y basadas o derivadas de culturas o folclore tradicionales.

32. El folclore existente se caracteriza por su naturaleza tradicional, por estar relacionado con la cultura, y por ser intangible, transmitirse de generación en generación (es decir, por ser antiguo) y ser común a uno o más grupos o comunidades. Por lo general suele ser de origen anónimo, en la medida en que se dé importancia a la noción de paternidad. Por otro lado, una producción literaria y artística contemporánea creada por las actuales generaciones de la sociedad y derivada del folclore puede considerarse una obra “nueva” respecto de la cual existe un creador (o creadores) vivo e identificable. Esas producciones pueden ser tanto tangibles como intangibles.

33. Esa distinción se contempla en varias leyes nacionales, como la de Túnez (en la que se hace referencia al “folclore” a la vez que a las “obras inspiradas en el folclore”)¹⁴. Por otro lado, en la Ley Tipo de Derecho de Autor de Túnez se protegen, a título de obras originales, las obras derivadas, incluidas las “obras derivadas del folclore nacional”, mientras que el propio folclore, descrito como “obras del folclore nacional” goza de un tipo especial (*sui generis*) de protección por derecho de autor.

¹² Véase Bergey, Barry, “A Multi-faceted Approach to the Support and Conservation of Folk and Traditional Culture”, documento presentado en el Simposio Internacional sobre la Protección y Legislación de la Cultura Popular/Tradicional, celebrado en Beijing, del 18 al 20 de diciembre de 2001.

¹³ The Japan Times, 30 de junio de 2002.

¹⁴ Ley 94-36 de 24 de febrero de 1994 sobre la Propiedad Literaria y Artística.

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

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

Ejemplos reales y específicos

36. Sobre la base de las misiones exploratorias que realizó la OMPI en 1998 y 1999, las respuestas al cuestionario y otros documentos sobre el folclore que se exponen en estas líneas son concretos y ofrecen ejemplos específicos de expresiones culturales tradicionales para las que se ha solicitado protección jurídica¹⁵.

i) Hay casos de pinturas realizadas por miembros de comunidades indígenas que han sido reproducidas por personas ajenas a esa comunidad en alfombras, telas, camisetas, trajes y otros accesorios, y en tarjetas de felicitación, distribuyéndose y poniéndose a la venta ulteriormente. Entre los ejemplos de ese tipo de casos están los que expone Australia en su respuesta al cuestionario sobre el folclore, que se resumen también en el informe final (WIPO/GRTKF/IC/3/10)¹⁶. Varios de esos casos son también objeto de examen en el estudio publicado por la OMPI con el título “Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions”¹⁷. No faltan tampoco los casos de fotografía de pinturas corporales y de reproducción de “petroglíficos”, es decir, pinturas realizadas en rocas (entre otras cosas, mediante la fotografía), a cargo de personas ajenas a las comunidades indígenas, que ulteriormente distribuyen y ponen en venta esas obras. En el estudio “Minding Culture” se reseñan también esos casos.

¹⁵ El traslado de objetos sagrados y ceremoniales (bienes culturales muebles) no se aborda en este documento. Esas cuestiones son menos pertinentes desde el ángulo de la propiedad intelectual y entran más en el ámbito de las leyes sobre el patrimonio cultural, la arqueología y la antropología.

¹⁶ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10, párrafo 126.

¹⁷ “Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions”, de Terri Janke. Disponible en <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

ii) Se han hecho grabaciones, adaptaciones y arreglos de canciones y música tradicional, que luego se han representado o comunicado al público, incluso por Internet. En la actual era digital, lo único que necesita un músico es una computadora y un pequeño estudio para tener acceso y mezclar música de todas partes del mundo. Los archivos de música gratuita permiten descargar música tradicional en la computadora personal, música que luego puede almacenarse como información digital que puede transferirse a otros ficheros sonoros (es decir, nuevas composiciones) en los que puede manipularse conforme a la creatividad de cada uno¹⁸. A ese respecto, uno de los principales problemas es que la música originalmente grabada con fines etnográficos se “samplea” y utiliza hoy en nuevas composiciones susceptibles de protección por derecho de autor (véase también más abajo “Recopilación, registro y divulgación de expresiones culturales tradicionales-el derecho de autor y los derechos conexos”). Gran parte de esas obras musicales se graba a partir de interpretaciones o ejecuciones directas de música indígena y tradicional, con frecuencia sin informar a los artistas intérpretes o ejecutantes. Uno de los ejemplos más conocidos en ese sentido es quizás el popular disco compacto “Deep Forest” realizado en 1992, que era una mezcla de muestras digitales de música procedente de Ghana, las Islas Salomón y comunidades “pigmeas” africanas con ritmos “techno-house”¹⁹. En 1995 salió el segundo álbum, “Boheme”, en el que también se mezclaba música de Europa Oriental, Mongolia, y Asia Oriental con música norteamericana autóctona. Los derechos sobre la conocida canción “The Lion Sleeps Tonight”, basada en la composición “Mbube” realizada en 1930 por el ya fallecido compositor sudafricano Solomon Linda, siguen siendo objeto de un complejo litigio²⁰. Otro ejemplo reseñado es el del hito musical “Return to Innocence” que el grupo europeo *Enigma* realizó en 1993²¹. Un problema relacionado con lo que se acaba de mencionar es la composición a cargo de personas ajenas a comunidades indígenas de canciones y música “seudoinígena”, en el sentido de que son obras que abordan cuestiones indígenas y/o tienen un acompañamiento rítmico que puede asociarse a la música indígena²².

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

iv) Se sabe también de instrumentos musicales tradicionales que se han transformado en instrumentos modernos y se les ha dado un nuevo nombre para luego ser comercializados o utilizados por profesionales no tradicionales de la comunidad musical mundial o del movimiento *new age*, o a los fines del turismo (como el *steelpan* de la región del Caribe y el

¹⁸ Véase Sandler, Felicia, “Music of the Village in the Global Marketplace – Self-Expression, Inspiration, Appropriation, or Exploitation?,” Discurso de Doctorado, Universidad de Michigan, 2001; págs. 58 y 59.

¹⁹ *Ídem*, págs. 58 a 63; Mills, “Indigenous Music and the Law: An Analysis of National and International Legislation” 1996 Yearbook for Traditional Music, 28 (1996), 57 a 85.

²⁰ Conversación con el Sr. Owen Dean de *Spoor and Fisher Attorneys*, Pretoria (Sudáfrica), 23 de octubre de 2002. Véase también Malan, Rian: “Where does the Lion Sleep Tonight”, en <http://www.3rdear music.com/forum/mbube2.html> (23 de octubre de 2002).

²¹ Véase “Taiwanese singer found a global audience”, artículo publicado en el número del 2 de abril de 2002 del Financial Times. Disponible en <http://news.ft.com/ft/gx.cgi/ftc?pagename=View&c=Article&cid=FT3DDC52KZC&liv> (12 de agosto de 2002).

²² Sandler, *op. cit.*, págs. 39 y 40.

didgeridoo de las comunidades aborígenes de Australia)²³. Los instrumentos musicales, como los tambores y el *didgeridoo*, son también objeto de producción en serie a título de artículos de recuerdo. Janke ha expuesto ejemplos de casos de fabricación de *didgeridoos* y otros objetos fuera de Australia, que luego se han importando al propio país y se han vendido de forma fraudulenta como objetos locales²⁴.

v) Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales se han referido a la necesidad de poder proteger los diseños incorporados en textiles, tejidos y accesorios hechos a mano que han sido copiados y comercializados por personas ajenas a esas comunidades. Entre esos ejemplos cabe destacar los siguientes: los *amauti* del Canadá; los *saris* de Asia meridional; el *batik* de Nigeria y Malí; la tela de *kente* de Ghana y otros países de África occidental; los sombreros tradicionales de Túnez; el *huipil* maya de Guatemala; los paneles *mola* de las mujeres kuna, de Panamá; las tapicerías y bandas textiles tejidas del Perú; los tapices (de Egipto, Omán, República Islámica del Irán y otros países); las carpas (como los tradicionales diseños *tipi* de América del Norte) y el calzado (como los diseños de mocasines tradicionales de América del Norte). En su respuesta al cuestionario sobre el folclore, Buthán, por ejemplo, informó sobre la copia y el uso de sus diseños y modelos textiles tradicionales en telas hechas a máquina, lo que resta valor intrínseco a sus diseños textiles y va en detrimento del oficio local del tejido característico de las mujeres de las aldeas²⁵. La imitación de diseños textiles tradicionales no sólo genera un perjuicio económico sino que amenaza con destruir los textiles tradicionales y los oficios basados en el tejido. Eso es lo que pasa cuando los forasteros visitan comunidades tradicionales para “aprender” técnicas de tejido tradicional y luego se marchan con todos esos conocimientos pero sin haber obtenido el consentimiento fundamentado previo.

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

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

viii) A los fines del mercado de objetos turísticos de recuerdo, se han reproducido, imitado y producido en serie objetos artísticos y artesanales (como la cestería, las pequeñas pinturas y los personajes tallados) caracterizados por estilos artísticos tradicionales, para crear artículos no tradicionales como camisetas, toallitas, individuales, tarjetas, posavasos, termos, calendarios y alfombritas para el ratón de la computadora. Sobran los ejemplos de artículos artesanales que han sido comercializados por terceros de esa manera, como el caso de los *chiva* de Colombia.

ix) La recopilación, el registro y la divulgación e investigación en la cultura de los pueblos indígenas plantea un gran número de problemas para los pueblos afectados. En

²³ Sandler, Felicia, *op cit*, págs. 35 a 38.

²⁴ Janke, *op cit*, págs. 37 a 40.

²⁵ Véase la respuesta de Bhután al cuestionario sobre el folclore.

primer lugar, existe el riesgo de no respetar la confidencialidad entre el etnógrafo y la persona entrevistada. En segundo lugar, la posibilidad de una representación errónea de las culturas tradicionales e indígenas. Además, puede también plantearse un problema de falta de acceso al material documental para las personas acerca de las cuales se llevó a cabo la investigación. Por último, gran parte de la documentación sobre las culturas indígenas y tradicionales es realizada, comercializada y está en manos de personas ajenas a las comunidades indígenas y tradicionales²⁶.

x) En cuanto a la imitación de artículos (como las obras de arte y artesanía) de forma fraudulenta y su comercialización como objetos “indígenas”, existen casos de empresas ajenas a las comunidades indígenas o tradicionales que se han servido del estilo o método de elaboración de esos objetos. Entre los ejemplos figuran las tallas, las telas y otras formas de artes visuales en las que se incorporan motivos o diseños indígenas y tradicionales, y estilos musicales o de danza en los que se incorporan material, ritmos, tempos, etc. característicos de las comunidades indígenas o tradicionales.²⁷ Como expuso el Grupo de Países de América Latina y el Caribe (GRULAC) en el documento que presentó a examen del Comité Intergubernamental en su primera sesión, los métodos de fabricación y el “estilo” de productos tradicionales están muy expuestos a la imitación:

“...Sin embargo, varios sectores representativos de comunidades y grupos creadores de manifestaciones tradicionales de arte textil y de artesanía (alfarería, esculturas, etc.) han denunciado que sus obras y diseños industriales están siendo objeto de una copia más sutil, pero igualmente perniciosa para sus economías, que tendría una copia o plagio del estilo del arte original. Algunas obras y diseños de productos textiles se producen mediante técnicas tradicionales, para luego reproducirlas en el extranjero, de manera artesanal o incluso industrial. En estos casos los diseños originales se *estilizan* de manera que, aunque no pudiera alegarse una copia de ningún diseño u obra específica, el aspecto de estilo del producto evoca directamente a los productos originales de la comunidad o región que los creó inicialmente.”²⁸

xi) También hay casos de uso, divulgación y reproducción no autorizados de material sagrado o secreto, como los textiles sagrados de Coroma (Bolivia)²⁹, y de canciones sagradas que sólo pueden representarse en un lugar concreto y con un fin específico.³⁰

xii) Otros tantos problemas culturales y jurídicos ha planteado el uso comercial de palabras de origen indígena por parte de entidades no indígenas, como “tohunga”, “mata nui”, “pontiac”, “cheroqui”, “billabong”, “tomahawk”, “bumerán” y “tairona”. En el reciente caso “tohunga”, *Lego*, una compañía danesa de juguetes, se enfrentó con el pueblo maorí de Nueva Zelandia. Varios juguetes de una nueva serie creada por esa compañía fueron bautizados con nombres maoríes y polinesios, en particular, “*tohunga*”, que significa curandero espiritual tradicional. Dado que el problema no estaba relacionado con el registro de marcas, no cabía

²⁶ Janke, Terri, “Our Culture, Our Future”(Informe preparado para el *Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies* y la *Aboriginal y Torres Strait Islander Commission*, 1999), págs. 30 a 32; Sandler, *op. cit.*, págs. 53 a 56.

²⁷ Sandler, *op. cit.*, págs. 46 a 48.

²⁸ Documento OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, págs. 7 y 8.

²⁹ Lobo, Susan, “The Fabric of Life: Repatriating the Sacred Coroma Textiles”, en *Cultural Survival Quarterly*, verano de 1991, págs. 40 y 41.

³⁰ Sandler, *op. cit.*, págs. 41 a 44.

aplicar la legislación sobre marcas, aún cuando los maoríes consideraban que ese uso particular de su idioma era inadecuado y ofensivo. A raíz de una serie de iniciativas tomadas por grupos maoríes en las que denunciaban la explotación de sus derechos culturales, se supo que *Legó*, aunque alegaba que no consideraba haber hecho nada ilegal, había reconocido la necesidad de tener en cuenta esas reivindicaciones culturales en futuras actividades³¹. Según se ha informado, representantes de grupos maoríes y de *Legó* se han reunido para examinar la posibilidad de elaborar un código internacional de conducta destinado a las compañías de fabricación de juguetes.³²

37. Las expresiones culturales tradicionales pueden ser una importante fuente de ingresos para los artistas, músicos, artesanos y otros creadores de las comunidades indígenas. Como se afirma en un informe recientemente publicado en Australia por el Departamento de Comunicaciones, Tecnologías de la Información y las Artes, las artes visuales y las artesanías son una importante fuente de ingresos para los artistas y las comunidades indígenas, por lo que el grado de protección por derecho de autor y mediante otros tipos de propiedad intelectual reviste una importancia fundamental para esas comunidades. En Australia, se ha calculado que el volumen de comercio relativo a la industria de las artes visuales y artesanías indígenas se sitúa aproximadamente en 130 millones de dólares de los Estados Unidos, de los cuales las comunidades indígenas reciben cerca de 30 millones de dólares.³³

III. OBJETIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DE LAS COMUNIDADES TRADICIONALES

38. En el marco de varias misiones exploratorias y otros procesos consultivos emprendidos por la OMPI, los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales han puesto de relieve varios objetivos en relación con el uso de su producción literaria y artística, que son objeto de un informe detallado.³⁴ En este capítulo se resumen las necesidades y objetivos expresados durante esas consultas sin aspirar a hablar en nombre de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, que expresaron un gran número de preocupaciones desde puntos de vista muy diversos. A continuación se examinan varios casos concretos que permiten apreciar hasta qué punto se han utilizado o podrían utilizarse los derechos de propiedad intelectual para responder a esas necesidades.

³¹ “Nos ha impresionado mucho la voluntad de *Legó* de reconocer que se había causado un perjuicio involuntario y de tomar medidas en ese sentido”, afirma Andrew Osborn en “Maoris win *Legó* battle”, artículo publicado en el número del 31 de octubre de 2001 de *The Guardian*, disponible en: <http://www.guardian.co.uk/Archive/Article/0,4273,4288446,00.html>.

³² Véase la respuesta al cuestionario sobre el folclore remitida por Nueva Zelanda y <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/asia-pacific/1619406.stm>.

³³ *Contemporary Visual Arts and Craft Inquire*, encuesta realizada en 2002 en Australia; págs. 116 y 135.

³⁴ Véase “Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales; Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales: (1998–1999)” (OMPI, 2001); Kuruk, P: “Protecting Folklore Under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States”, *American University Law Review* (1999); Janke, T., “Our Culture, Our Future” (Informe preparado para el *Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies* y la *Aboriginal and Torres Strait Islander Commission*, 1999); McDonald, I., “Protecting Indigenous Intellectual Property” (*Australian Copyright Council*, Sydney, 1997, 1998).

39. En cuanto a los objetivos expresados, podrían definirse como el deseo de obtener reconocimiento jurídico del derecho a controlar el acceso a las expresiones culturales tradicionales y la divulgación y uso de dichas expresiones de conformidad con las leyes y los protocolos consuetudinarios. En ese objetivo declarado está implícito el derecho a exigir el consentimiento fundamentado previo respecto de todo acceso, divulgación y uso de las expresiones culturales tradicionales.

40. De ese objetivo general cabe deducir finalidades más concretas, a saber:

i) que se considere que esas comunidades son los custodios e intérpretes principales de sus obras culturales y artísticas, ya sea de creación pasada o de creación futura;

ii) la posibilidad de proteger, de forma positiva, sus expresiones culturales tradicionales que, cuando sean de titularidad colectiva, deben protegerse en nombre de la comunidad interesada;

iii) el derecho a otorgar o denegar la autorización de utilizar las expresiones culturales tradicionales, sea o no con fines comerciales;

iv) el derecho a mantener en secreto las expresiones y prácticas culturales y a salvaguardar las expresiones y prácticas sagradas;

v) el derecho a obtener beneficios comerciales derivados del uso autorizado de las expresiones culturales tradicionales, incluido el derecho a negociar las condiciones de dicha utilización;

vi) el derecho al pleno y adecuado reconocimiento, incluido el derecho a oponerse a toda identificación errónea;

vii) el derecho a impedir la utilización peyorativa, ofensiva desde el punto de vista cultural y engañosa de expresiones culturales tradicionales;

viii) el derecho a impedir la deformación y mutilación de expresiones culturales tradicionales; y

ix) el derecho a autorizar y controlar la recopilación y el registro de expresiones culturales tradicionales y la ulterior divulgación y uso de esos registros.

41. Entre los objetivos y necesidades conexos está la necesidad de promover el respeto y la preservación de formas de creatividad tradicionales y expresiones culturales y de velar por no interferir en la utilización normal y tradicional de esas expresiones.

42. Como se puso de relieve en anteriores documentos del Comité³⁵, esos objetivos o derechos pueden dividirse en dos grupos principales, a saber:

³⁵ Documentos OMPI/GRTKF/IC/2/8, párrafo 33; OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafo 169; y WIPO/GRTKF/IC/3/10, párrafos 34 y 100.

i) en primer lugar, algunos de estos titulares y representantes deseaban beneficiarse de la comercialización de sus expresiones culturales. Deseaban que se protegiesen sus expresiones culturales a fin de recibir compensación por su creatividad, y de excluir del mercado a competidores no indígenas o no tradicionales. Podría decirse que este grupo deseaba una “protección positiva” de sus expresiones culturales;

ii) en segundo lugar, algunos de estos titulares y representantes se inquietaban por el daño cultural, social y psicológico que podía ocasionar la utilización no autorizada de su arte. Deseaban controlar, e incluso impedir completamente, la utilización y divulgación de sus expresiones culturales. Para este grupo, la explotación comercial de sus expresiones culturales podría entrañar la pérdida de su significado original lo que, a su vez, ocasionaría perturbaciones e incluso la disolución de su cultura. Podría decirse que este grupo deseaba una “protección defensiva” de sus expresiones culturales.

43. En las consultas se ha puesto de relieve que la propiedad intelectual puede no ser el enfoque adecuado para responder a los distintos objetivos formulados en relación con el folclore y las culturas tradicionales. Es posible que la propiedad intelectual sea una solución para algunos objetivos pero no para todos. Hasta cierto punto, esos problemas van más allá de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales, ya sea mediante los sistemas de propiedad intelectual existentes, los derechos de propiedad intelectual ampliados o adaptados, o mediante una protección jurídica *sui generis*. No obstante, a la hora de instaurar y consolidar sistemas nacionales, regionales e internacionales de protección jurídica de las expresiones del folclore, deben tenerse en cuenta todos esos objetivos.

IV. ANÁLISIS SISTEMÁTICO DEL USO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EXISTENTES Y ENFOQUES *SUI GENERIS*

i) Producciones literarias y artísticas – Legislación de derecho de autor

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

44. El derecho de autor protege las “obras literarias y artísticas”, como se estipula en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1971 (el Convenio de Berna).³⁶ En el Convenio se estipula claramente que todas las producciones de los ámbitos literario, científico y artístico quedan protegidas, y no se permite limitación alguna debida al modo o forma de expresión de dichas obras. En el Convenio se hace una

³⁶ Artículo 2.1) del Convenio de Berna: “Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas, o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo 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”. Véanse también los Artículos 2.3), 2.4) y 2.5), en los que se contempla la protección de otros tipos de obras.

enumeración de las obras protegidas; la lista ilustra las obras incluidas en la definición y no es exhaustiva.

45. Gran parte de las expresiones de la cultura tradicional que desean proteger los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales (véanse los ejemplos de la Sección II) son “producciones en el campo literario, científico y artístico” y, por consiguiente, en principio constituyen materia susceptible de protección por derecho de autor. Entre los ejemplos de esas producciones están: la música y las canciones, la danza, las obras de teatro, las historias, las ceremonias y los rituales, las pinturas, los cuadros, las tallas, la metalistería, los mosaicos, las tallas de madera, la alfarería, la joyería, la cestería, las obras de costura, los textiles, los tapices, los trajes, los instrumentos musicales, la arquitectura, las esculturas, los grabados, la artesanía, la poesía y los diseños.

46. El derecho de autor (los derechos patrimoniales a impedir o a autorizar, *inter alia*, la reproducción, adaptación, y comunicación al público y a terceros, y los derechos morales de atribución e integridad) parece ser el medio adecuado para responder a muchos de los objetivos y necesidades expresados por los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales. La posibilidad que se estipula en virtud del derecho de autor de recibir compensación por el uso de las expresiones culturales tradicionales, ya sea mediante el pago de regalías o mediante el pago de daños y perjuicios por infracción, responde también a determinados objetivos y necesidades. De ahí que varios miembros del Comité hayan destacado la necesidad de estudiar debidamente la posibilidad de utilizar los derechos de propiedad intelectual existentes, como el derecho de autor, para proteger las expresiones de la cultura tradicional.

Limitaciones en el uso del derecho de autor

47. Otros miembros del Comité consideran que varios aspectos de la legislación de derecho de autor obstaculizan el potencial de ese instrumento en lo que se refiere a la protección de las expresiones culturales tradicionales.³⁷

i) El derecho de autor protege exclusivamente las obras originales y gran parte de las producciones literarias y artísticas tradicionales no son originales. Por ejemplo, en su respuesta al cuestionario sobre la protección del folclore, Hungría dijo lo siguiente: no se puede “equiparar las expresiones del folclore a obras de paternidad, por cuanto su principal característica no es el hecho de reflejar la personalidad singular de un autor sino la representación inmutable de las características del dominio público cultural.”³⁸

ii) El derecho de autor exige la identificación del creador individual o creadores conocidos. Ahora bien, es difícil, cuando no imposible, identificar a los creadores de

³⁷ Documento OMPI/GRTKF/IC/1/5 (Documento presentado por el Grupo de Países de América Latina y el Caribe (GRULAC)); documento WIPO/GRTKF/IC/3/11 (Documento presentado por la Comunidad Europea y sus Estados miembros); Respuestas al cuestionario sobre la protección del folclore (OMPI/GRTKF/IC/2/7) y/o el cuestionario sobre la protección de los conocimientos tradicionales (OMPI/GRTKF/IC/2/5) de Australia, Bhután, Filipinas, Hungría, Indonesia, Islas Salomón, Noruega, Nueva Zelandia, Panamá, Perú, República de Corea, Samoa, Singapur, Viet Nam y otros.

³⁸ Respuesta de Hungría al cuestionario sobre el folclore, pág. 2. Todas las respuestas pueden consultarse en <http://www.wipo.int/globalissues/questionnaires/ic-2-7/index.html>

expresiones culturales tradicionales pues esas expresiones constituyen creaciones colectivas y/o porque a veces se desconoce el autor. Como afirman la Comunidad Europea y sus Estados miembros en el documento “Expresiones del folclore” que sometieron a examen del Comité en su tercera sesión: “el derecho de autor se basa en la identificación de la persona creadora de la obra, mientras que el folclore se distingue por el anonimato del creador de la tradición o por el hecho de que la tradición es atributo de una comunidad.”³⁹

iii) El concepto de “titularidad” de la legislación de derecho de autor es incompatible con las leyes y los sistemas consuetudinarios. El derecho de autor confiere derechos de propiedad exclusiva a los individuos, mientras que los autores indígenas deben atenerse a normas, reglamentos y responsabilidades complejas que se prestan más a los derechos de uso o gestión, que son de índole comunal⁴⁰. Así se refiere a la compleja trama de derechos que regulan la producción de material cultural indígena, un artista indígena, en el caso australiano *M*, Payunka, Marika and Others contra Indofurn Pty Ltd.*⁴¹

“Como artista, aunque haya obtenido protección por derecho de autor para una obra de arte específica en virtud de la legislación occidental, en lo que se refiere a las leyes aborígenes, no tengo derecho a utilizar imágenes o historias si esa utilización puede ir en detrimento de los derechos de los demás miembros de la comunidad Yolngu (su clan) que puedan tener un interés directo e indirecto en esas obras. Por consiguiente, recibo en custodia la imagen en nombre de los demás miembros de la comunidad Yolngu que puedan tener intereses sobre la historia.”⁴²

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

McDonald expone muy claramente la naturaleza de la titularidad de los derechos culturales en virtud de las leyes consuetudinarias: la “titularidad” consuetudinaria se asemeja a los derechos que tiene un empleado sobre las obras que cree en el marco del contrato de empleo (ese ejemplo hace referencia a las jurisdicciones en las que se estipula la atribución del derecho de autor al empleador sobre toda obra creada por el empleado). En sentido amplio, se “faculta” al empleado a crear obras cuyo “titular” será el empleador; se entiende que el empleado sólo puede utilizar o crear la obra de conformidad con la autoridad que le confiera el empleador.⁴³

La divergencia entre lo que se viene a llamar “titularidad” en el sentido del derecho de autor y los derechos y responsabilidades comunales sobre el “uso” tiene mucha importancia en casos como la concesión de licencias. En virtud de la legislación de derecho de autor, el titular indígena del derecho de autor tiene la facultad de conceder licencias o ceder sus derechos a terceros pero puede que ese no sea el caso en virtud de la normativa

³⁹ Documento WIPO/GRTKF/IC/3/11, pág. 3.

⁴⁰ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/11, pág. 3; McDonald, pág. 45.

⁴¹ (1994) IPR 209.

⁴² Pág. 215, citado en McDonald, *ibid.*

⁴³ McDonald, pág. 46.

consuetudinaria. El caso australiano *Yumbulul* contra *Reserve Bank of Australia*⁴⁴ ilustra muy bien esta cuestión.

iv) El requisito de fijación que se estipula en el derecho de autor impide la protección de expresiones intangibles y orales de la cultura, como la danza y las canciones. Puede incluso que determinadas expresiones “fijadas” no reúnan el requisito de fijación necesario, como la pintura facial y corporal.⁴⁵

v) Se arguye que la limitación del plazo de protección en virtud del derecho de autor es inadecuada en lo que respecta a las expresiones del folclore y las culturas tradicionales. En primer lugar, se pasa por alto la necesidad de proteger de forma perpetua las expresiones del folclore. Además, esa limitación del plazo de protección exige certidumbre en cuanto a la fecha de creación o de primera publicación de la obra, fecha que se desconoce en el caso de las expresiones culturales tradicionales.⁴⁶

El requisito de originalidad

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

49. Pero, ¿qué se entiende realmente por “originalidad”? Ese término no está definido en los tratados internacionales existentes en ese ámbito, y no suele estar definido en las leyes nacionales. Se considera, antes bien, una cuestión que compete a los tribunales a la hora de examinar casos concretos. No obstante, no parece ser sinónimo de lo que se llama “novedad” en la legislación sobre patentes. Aunque puede haber diferencias entre los sistemas de Derecho codificado y los sistemas de Derecho anglosajón sobre esa cuestión, cabe afirmar que en ambos sistemas jurídicos se considera que una obra es “original” si entraña cierto grado de esfuerzo intelectual y no constituye una copia de la obra de terceros.⁴⁷

50. Al menos en lo que se refiere a las jurisdicciones de Derecho anglosajón, para satisfacer el requisito de originalidad se exige un nivel relativamente bajo de creatividad. Así pues, el requisito de originalidad no tiene por qué representar un obstáculo insuperable en relación con las formas contemporáneas de expresión de la cultura tradicional, al ser nuevas producciones realizadas por las actuales generaciones de la sociedad e inspiradas o basadas en diseños

⁴⁴ (1991) 21 IPR 481.

⁴⁵ Véase también McDonald, pág. 42, y Ellinson, Dean, “Unauthorised Reproduction”, *UNSW Law Journal*, 1994, pág. 333.

⁴⁶ Respuestas al cuestionario sobre la protección del folclore (OMPI/GRTKF/IC/2/7) y el cuestionario sobre la protección de los conocimientos tradicionales (OMPI/GRTKF/IC/2/5) de Hungría, Nueva Zelandia, Noruega y Viet Nam; documento WIPO/GRTKF/IC/3/11 (documento presentado por la Comunidad Europea y sus Estados miembros), pág. 3.

⁴⁷ Palethorpe y Verhulst, pág. 28; Goldstein, P., pág. 161; véase también Ricketson, S., “The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986” (Londres, 1987), págs. 228 a 234.

indígenas o tradicionales existentes. Los casos expuestos por Australia en su respuesta al cuestionario sobre la protección del folclore son un buen ejemplo a ese respecto. Véase, por ejemplo, el caso *M*, Payunka, Marika and Others contra Indofurn Pty Ltd*⁴⁸, en el que el tribunal no tuvo dificultad alguna para hacer valer que las obras de arte en cuestión eran originales:

“Aunque las obras de arte presentan la forma tradicional aborígen y están basadas en sueños, cada obra se caracteriza por un detalle y complejidad intrínsecos, señal de grandes dotes técnicas y de originalidad”⁴⁹.

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

52. Por consiguiente, cabe afirmar, que al menos en lo que respecta a las jurisdicciones de Derecho anglosajón, las expresiones contemporáneas del folclore que se inspiren o estén basadas en el folclore ya existente son suficientemente originales por lo que pueden gozar de protección por derecho de autor.

53. En la legislación no hay diferencias en función de la identidad del autor, es decir, que el requisito de originalidad puede satisfacerse sea o no el autor de la expresión contemporánea del folclore miembro de la comunidad cultural en la que se generó la tradición. Eso puede perjudicar a las comunidades indígenas y tradicionales, que quizás deseen restringir la posibilidad de que personas ajenas a sus comunidades (o, más precisamente, personas no procedentes de la comunidad cultural en cuestión) gocen de protección por derecho de autor para las creaciones basadas en la tradición. Ahora bien, a la hora de determinar si debe denegarse la protección por derecho de autor por esos motivos a toda persona que no forme parte de la comunidad en cuestión, se plantean complejas cuestiones de política. Pueden concebirse medios paralelos para determinar si la persona que no forma parte de la comunidad en cuestión (partiendo de la base de que pueda identificarse a dicha comunidad) tiene obligaciones para con la comunidad vinculadas a su derecho de autor (como el reconocimiento expreso y/o la distribución de beneficios derivados de la explotación del derecho de autor y/o el respeto de alguna forma de derechos morales sobre la utilización de las tradiciones). Ese punto se examina más adelante en “cuestiones de política y enfoques *sui generis*”.

54. La cuestión es más compleja cuando se trata de imitaciones no originales o de meras recreaciones del folclore existente, que probablemente no reúnen el requisito de “originalidad”. Esas obras forman parte del dominio público desde la perspectiva del sistema de derecho de autor. Por ejemplo, en su respuesta al cuestionario sobre la protección del

⁴⁸ (1994) 30 IPR 209. Ese caso se conoce también con el nombre de caso de los tapices. Es uno de los casos reseñados en los estudios realizados en nombre de la OMPI por Terri Janke con el título “Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions”, disponible en <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html> de Internet.

⁴⁹ (1994) 30 IPR 209, pág. 216.

folclore, Hungría expuso un ejemplo de jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la naturaleza de la protección concedida a las expresiones del folclore, a saber:

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

55. Análogamente, Kutty informa de un caso en Indonesia en relación con la máscara de madera decorada que llevan los bailarines indonesios, que se fabrica y comercializa en el mercado extranjero. Dos grupos comerciales comercializaban esos objetos artísticos. La feroz competencia entre las dos compañías llevó a una de las partes a reivindicar el derecho de autor sobre la máscara en cuestión. La parte afectada se opuso a la petición de la primera compañía. El caso se saldó con el no reconocimientos del derecho de autor sobre la máscara por considerarse que esa creación artística pertenecía al pueblo de Indonesia.⁵⁰

56. Que el Estado desee ofrecer o no cierta forma de protección a ese material que forma parte del dominio público es ante todo, cuestión de enfoque político; ese asunto se examina en páginas ulteriores.

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

El requisito de identificación del autor

58. El derecho de autor no sólo protege a los creadores individuales. El derecho de autor protege también a los grupos de creadores. De hecho, hoy es bastante frecuente que en una obra individual protegida por derecho de autor haya intervenido más de una persona. En una única producción puede haber varias formas de derecho de autor en manos de diferentes partes. Ahora bien, la legislación de derecho de autor estipula la necesidad de que el creador o los creadores puedan ser identificados y, en el caso de varios creadores, que esos creadores se organicen como empresa, asociación, sociedad fiduciaria, etcétera.

⁵⁰ Kutty, P. V., “Study on the Protection of Expressions of Folklore,” estudio preparado para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Pronto disponible en <http://www.wipo.int/globalissues/cultural/index.html>

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

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

60. Así pues, en el requisito de identificación del autor se parte de la existencia de un “autor”. Aunque cabría aducir que parte del folclore existente fue creado por un “autor” en un momento dado, en la mayor parte de los casos, lo más probable es que no hubiera ni haya “autor” desde el punto de vista del derecho de autor. Por consiguiente, en el caso del folclore existente, no se trata por lo general de obras verdaderamente anónimas, en el sentido de que existe un autor pero se desconoce su identidad. En un gran número de expresiones de la cultura tradicional, la paternidad no es lo suficientemente clara como para que dichas expresiones se recojan en la legislación de derecho de autor. Ahora bien, para la protección de las obras de autor desconocido, cabe remitirse al Artículo 15.4) del Convenio de Berna. Ese artículo se examina en detalle en el informe sobre experiencias nacionales.⁵¹

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

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

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

⁵¹ Véase el informe final sobre experiencias nacionales (WIPO/GRTKF/IC/3/10), párrafos 12, 13 y 165.

iii) En la legislación de Panamá se estipula la protección de los “derechos colectivos de los pueblos indígenas”, y se dispone que las solicitudes de registro de esos derechos serán efectuadas por “los respectivos congresos generales o las autoridades tradicionales indígenas”.

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

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

Conceptos de “titularidad”

63. Con este título se alude a la relación que existe entre un artista/autor individual en tanto que titular del derecho de autor, y el artista individual como miembro de una comunidad indígena. La diferencia de enfoques de la “titularidad” entre la legislación de derecho de autor, por un lado, y las leyes y protocolos consuetudinarios, por otro, reviste importancia práctica, en particular, en los casos en los que el artista indígena se beneficia y está sujeto a las normas relativas al derecho de autor y a la vez tiene la obligación de atenerse a normas consuetudinarias. Los derechos de propiedad intelectual confieren derechos privados de propiedad, mientras que en el enfoque consuetudinario, ser “propietario” no significa necesariamente o exclusivamente ser “titular” en el sentido occidental no indígena. Desde una óptica consuetudinaria se entiende más bien una responsabilidad para con la cultura tradicional antes que el mero derecho a excluir determinados usos por terceros de las expresiones de la cultura tradicional, enfoque más propio de la naturaleza de una gran número de sistemas de derechos de propiedad intelectual.⁵²

64. El conflicto entre los derechos privados de titularidad en virtud del derecho de autor y la titularidad comunal de los artistas y sus comunidades ha sido objeto de atención en el plano judicial. En el caso australiano *Yumbulul* anteriormente mencionado, el tribunal dedujo en conclusión lo siguiente: “el reconocimiento oficial de los intereses comunitarios aborígenes en la reproducción de objetos sagrados es una cuestión que debe ser debidamente estudiada por los encargados de enmendar las leyes y los legisladores.”⁵³

65. Esa cuestión se abordó concretamente en uno de los casos que expuso Australia en su respuesta al cuestionario sobre el folclore, a saber, el caso *John Bulun Bulun* contra *R and T Textiles*⁵⁴. Lo que nos importa en este caso es la demanda que interpuso la comunidad a la que

⁵² Véase Janke, *op. cit.*, pág. 44.

⁵³ Pág. 492.

⁵⁴ (1998) 41 IPR 513. Ese caso figura también entre los casos estudiados por Terri Janke en su estudio “Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural

pertenecía el artista en el sentido que dicha comunidad controlaba de hecho el derecho de autor sobre la obra de arte, y que los miembros de dicha comunidad eran los beneficiarios de la creación de la obra de arte por el artista, que era un depositario en nombre de la comunidad. Por consiguiente, reclamaban que se les otorgara cierta forma de derecho colectivo en relación con el derecho de autor sobre la obra, independientemente de la cuestión de la paternidad. A título de observación incidental, el Tribunal consideró que el artista tenía un deber fiduciario para con los miembros de su comunidad. Aunque quedó facultado a seguir explotando la obra artística en beneficio propio, habida cuenta de su deber fiduciario, el artista tenía la obligación de abstenerse de tomar toda medida que pudiera perjudicar los intereses comunales del clan sobre la obra de arte. Golvan añade:

“[El Tribunal] observó que el artista había tomado las medidas adecuadas y que, de no haberlo hecho, el clan hubiera podido exigir que se aplicaran remedios de equidad. Así pues, si el artista no hubiera tomado las medidas necesarias se hubieran buscado soluciones de equidad para los beneficiarios, autorizando a estos últimos a interponer una demanda en su propio nombre contra el infractor y el titular del derecho de autor. En esas circunstancias, la ley impondría un fideicomiso al titular legal del derecho de autor en favor del clan a título de beneficiarios.”⁵⁵

66. Esa cuestión merece un examen más detenido. Muchos consideran que hay que encontrar la forma de conciliar la protección por derecho de autor con las responsabilidades consuetudinarias. Las divergencias entre la legislación de propiedad intelectual y las leyes y protocolos consuetudinarios son uno de los motivos por los que se han creado sistemas *sui generis*. En la legislación de Panamá y Filipinas (véase el párrafo 121 del Informe final sobre experiencias nacionales) se hace una referencia directa al Derecho consuetudinario.

67. No obstante, no faltan los que consideran que esa cuestión sólo es pertinente en relación con los pueblos y comunidades indígenas que se rigen por leyes consuetudinarias y que no atañen a otras comunidades tradicionales. Además, creer que existe una forma genérica de sistemas colectivos/comunitarios basados en la costumbre podría inducir a error pues se pasaría por alto la gran diversidad de sistemas tradicionales de propiedad, muchos de los cuales son sumamente complejos.⁵⁶

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

[Continuación de la nota de la página anterior]

Expressions”, encargado por la OMPI y pronto disponible en

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

⁵⁵ Golvan, “Aboriginal Art and Copyright: An Overview and Commentary Concerning Recent Developments”, *E.I.P.R.*, 1999, pág. 602.

⁵⁶ Dutfield, “Protecting Traditional Knowledge and Folklore,” proyecto (UNCTAD/ICTSD), pág. 14.

derechos puede depender de otras leyes, como se desprende claramente del Artículo 17 del Convenio de Berna:

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

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

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

El requisito de fijación

71. De conformidad con los principios generales internacionales, el derecho de autor protege tanto las obras orales como las obras escritas. En el Artículo 2.1) del Convenio de Berna se estipula que, entre los tipos de producciones protegidas por derecho de autor están “las conferencias, alocuciones, sermones, y otras obras de la misma naturaleza”. Aunque las palabras “de la misma naturaleza” limiten el tipo de obras orales que pueden protegerse a las obras similares a las conferencias, las alocuciones y los sermones, en el Artículo 2.2) del Convenio se aclara que no hay obligación de que en las leyes nacionales se estipule, como condición general para gozar de protección, la fijación en un soporte material.

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

73. Por consiguiente, la fijación no es un requisito obligatorio de la legislación de derecho de autor y los Estados tienen la facultad de estipular que todas las obras, en general, o las expresiones culturales tradicionales, en particular, no precisan estar fijadas en un soporte material para gozar de protección. Ese es el caso, por ejemplo, de la Ley Tipo de Túnez de 1976, en la que se excluye la posibilidad de exigir la fijación de las obras de folclore. Los legisladores consideraban que, por su naturaleza, las obras del folclore suelen ser obras orales de las que no hay constancia por escrito por lo que pedir que estén fijadas como condición para gozar de protección pone en compromiso la posibilidad de obtener esa protección y, conforme a los comentarios sobre la Ley Tipo, entraña el riesgo de otorgar el derecho de autor

a los que fijan esas obras. La fijación no figura como requisito en las Disposiciones Tipo de 1982 ni en la Ley del Panamá ni la Ley Tipo del Pacífico Sur. De todos modos, de estipularse el requisito de fijación, el problema sólo afecta a las expresiones intangibles del folclore.

Plazo limitado

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

75. La protección indefinida no es un concepto nuevo desde el punto de vista de la legislación de propiedad intelectual⁵⁷, y los Estados son libres de establecer sistemas que contemplen cierta forma de protección indefinida de las producciones literarias y artísticas, aunque eso podría generar cierto grado de conflicto con la política general y los supuestos jurídicos sobre el derecho de autor.

En las propias Disposiciones Tipo de 1982 no se estipula plazo alguno y lo mismo cabe decir de las legislación de Panamá y de la Ley Tipo del Pacífico Sur. En lo que respecta a los Estados, adoptar o no ese enfoque es una cuestión de política. Más adelante se examina esa cuestión.

El derecho de autor y la protección preventiva

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

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

⁵⁷ La protección de las marcas y de las indicaciones geográficas puede ser indefinida (con sujeción a determinadas condiciones). En la decisión que tomó en su día la Cámara de los Lores en el caso *Millar contra Taylor* (4 Burr. (4ª edición) 2303, 98 Eng. Rep 201 (K.B. 1769)) se estipuló un plazo perpetuo de protección por derecho de autor aunque dicho principio quedó anulado a raíz de otras sentencias que se pronunciarían ulteriormente.

ii) Incluso en lo que respecta a las expresiones folclóricas contemporáneas que están protegidas por derecho de autor, las excepciones que se autorizan en virtud del derecho de autor pueden ir en detrimento de los derechos otorgados por las leyes y los protocolos consuetudinarios; por ejemplo, en las leyes nacionales de derecho de autor se suele estipular que las obras de escultura o de artesanía artística expuestas con carácter permanente en lugares públicos pueden ser reproducidas en fotografías, dibujos y por otros medios sin autorización previa. Se ha señalado que los artistas indígenas y tradicionales no siempre están al tanto de las consecuencias que entraña la exposición pública en determinadas obras⁵⁸. Análogamente, en las legislaciones nacionales de derecho de autor se suele autorizar a los archivos y bibliotecas públicas y otras entidades de esa índole a realizar reproducciones de obras literarias y artísticas y ponerlas a disposición del público. Ahora bien, en lo que se refiere a las expresiones culturales tradicionales protegidas por derecho de autor, eso puede plantear problemas paralelos de derechos culturales e indígenas (que se examinan más adelante en la sección “Recopilación, registro y divulgación de expresiones culturales tradicionales – el derecho de autor y los derechos conexos”).

iii) La protección por derecho de autor no se aplica al “estilo” o método de elaboración; sin embargo, como expuso el GRULAC en el documento que presentó en la primera sesión del Comité Intergubernamental, el método de elaboración y el “estilo” de los productos tradicionales están particularmente expuestos a la imitación.⁵⁹

iv) Las medidas de subsanación previstas en la legislación vigente no siempre son apropiadas para disuadir infracciones en el uso de las obras protegidas por derecho de autor de los artistas indígenas, y no siempre prevén una compensación por daños y perjuicios equivalente al grado del daño cultural y no económico ocasionado por la infracción.

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

78. En cuanto al estilo y método de elaboración, la protección por derecho de autor no abarca el estilo, los colores y las técnicas utilizadas para crear la obra. Se trata de un principio fundamental bien arraigado en la legislación de derecho de autor de todos los países. Como se aclara en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), existen límites en lo que puede protegerse por derecho de autor, a saber: “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”. Por consiguiente, el derecho de autor autoriza la imitación del estilo de las obras, que es una práctica generalizada pues la creatividad se sustenta y se inspira en otras obras.

79. De ahí que, aun cuando el derecho de autor se aplicara a las nuevas expresiones culturales basadas en la tradición, no podría impedir de por sí que el “estilo” de la obra protegida sea copiado. A ese respecto pueden ser más útiles otras ramas de la legislación de propiedad intelectual, como la legislación en materia de competencia desleal y el acto ilícito

⁵⁸ McDonald, I., “Protecting Indigenous Intellectual Property” (Australian Copyright Council, Sydney, 1997, 1998), pág. 44.

⁵⁹ Documento OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, págs. 7 y 8.

de imitación fraudulenta que contempla el Derecho anglosajón, aunque se dispone de poca experiencia en la aplicación de esos conceptos a la imitación de estilos indígenas. Esa cuestión se examina más adelante.

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

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

Conclusiones preliminares

82. Los requisitos de originalidad y de identificación del autor que estipula la legislación de derecho de autor no parecen impedir que las generaciones actuales obtengan protección para las expresiones culturales basadas en la tradición (conocidas por expresiones culturales “contemporáneas”), sean o no obra de miembros de comunidades indígenas y tradicionales. En cuanto al requisito de fijación, en la medida en que se estipula en determinadas leyes nacionales, impide la protección de expresiones culturales contemporáneas intangibles.

83. Por consiguiente, a modo de conclusión provisional, cabe afirmar que la protección por derecho de autor se aplica a las expresiones culturales tradicionales, contemporáneas y tangibles. A eso cabe añadir que en los países que no estipulan el requisito de fijación, las expresiones intangibles también quedan protegidas.

84. Ahora bien, el plazo limitado de protección y otras características del derecho de autor (como el hecho de que no se protege el estilo o método de elaboración, ni se tienen en cuenta criterios basados en el patrimonio cultural particular) pueden ser un desincentivo para que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales soliciten ese tipo de protección. Además, la divergencia entre los derechos del titular del derecho de autor y las responsabilidades consuetudinarias puede plantear problemas a los creadores indígenas. Por consiguiente, aunque la protección por derecho de autor es posible en determinados casos, no siempre responde a las necesidades y objetivos de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales.

85. En los Estados que no desean ofrecer protección adicional a las expresiones culturales tradicionales al margen de la que ya se contempla en la legislación de derecho de autor, los esfuerzos deberían centrarse en facilitar el acceso y el uso del sistema de derecho de autor por parte de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales. Como ya se ha mencionado (véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10, párrafo 153.ii), se han formulado varias propuestas a ese respecto, entre otras, iniciativas de sensibilización, formación, asistencia jurídica y asistencia en materia de observancia de los derechos, y el uso de la gestión colectiva. Véase también la Parte V del presente documento.

86. En lo que se refiere a las expresiones culturales tradicionales ya existentes, y a las meras imitaciones y recreaciones de esas expresiones, lo más probable es que no satisfagan el

requisito de originalidad y de identificación del autor. A efectos del derecho de autor, forman parte del dominio público.

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

88. Aunque es posible mejorar la protección que suministra el derecho de autor a las nuevas expresiones culturales basadas en la tradición, mediante enmiendas en la legislación y práctica de derecho de autor, para proteger el folclore puede ser necesario perfeccionar las normas existentes a modo de sistema *sui generis*. Ahora bien, esa opción plantea varias cuestiones de política, que son objeto de análisis en los siguientes párrafos.

Cuestiones de política y enfoques sui generis

89. Al margen de las cuestiones más técnicas abordadas en páginas anteriores, varios miembros del Comité han planteado, desde un ángulo normativo, la necesidad de determinar si debe instaurarse una protección jurídica basada en la propiedad intelectual de las expresiones culturales tradicionales que refuerce la protección que ya otorgan los derechos existentes.

90. Así enfocan la cuestión la Comunidad Europea y sus Estados miembros:

“No se ha considerado que tenga repercusiones negativas la explotación de las expresiones del folclore, incluso a escala comercial, por personas ajenas a la región de la que proceden originalmente. Al contrario, esto ha estimulado el intercambio cultural y ha propiciado el fomento de las identidades regionales. Como consecuencia, las expresiones del folclore auténticas han pasado a ser más conocidas de por sí y a poseer un mayor valor económico. No obstante, quienes abogan por la protección de la propiedad intelectual para sus propias expresiones del folclore han de ser conscientes de que esto daría lugar a monopolios de explotación y tendrían que hacer frente consecuentemente a las reivindicaciones de monopolio de otras regiones. De esta manera, el intercambio o la interacción serían mucho más difíciles, si no imposibles. De hecho, la protección de la propiedad intelectual debería utilizarse únicamente cuando resulte adecuada y beneficiosa para la sociedad en tanto que estimule la creatividad y la inversión, pero respetando los intereses de otros y de la sociedad en general. Si se protegieran íntegramente las expresiones del folclore, podría producirse como consecuencia que el folclore quedara paralizado para siempre. De esta manera, no podría evolucionar y correría el riesgo de desaparecer, puesto que perdería una de sus características principales, su dinamismo.

Existe un punto en el que ha de trazarse la línea divisoria entre el dominio público y la propiedad intelectual protegida. Como ya han expuesto en ocasiones anteriores la Comunidad Europea y sus Estados miembros, especialmente en la OMPI, en las dos sesiones anteriores del Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, no debería ampliarse el ámbito de la

protección de la propiedad intelectual hasta el punto en que se convierta en algo disperso cuya certidumbre jurídica quede atenuada.”⁶⁰

91. Otros Estados expresaron opiniones similares.⁶¹

92. Por otra parte, los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales abogaron tanto por la protección positiva de su folclore como, y quizás incluso más, por la protección preventiva en el sentido que se le da en la Parte III. A este respecto, una de las principales preocupaciones en relación con las expresiones culturales consiste en impedir su adaptación o que se tome prestado su “estilo”, particularmente por parte de comunidades no tradicionales. También son pertinentes las preocupaciones y objetivos debatidos en la Parte III en relación con las utilidades peyorativas, ofensivas y falaces, y se hacen llamamientos para que se controlen estrictamente las obras derivadas, que son obras que se inspiran o se basan en expresiones del folclore. Al menos, los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales podrán reivindicar el derecho de que se les reconozca la autoría de sus expresiones si éstas son utilizadas de manera no autorizada o inapropiada.

93. Es evidente que la protección mediante el derecho de autor de expresiones culturales basadas en la tradición (expresiones nuevas o “contemporáneas” de culturas tradicionales) depende de que se designe el folclore existente como perteneciente al dominio público. Por consiguiente, los artistas, compositores y profesionales similares, tanto indígenas como no indígenas, se benefician de esta situación. Si se estableciesen los derechos de propiedad en relación con el folclore existente en el dominio público, tanto las personas indígenas y tradicionales como las no indígenas y no tradicionales precisarían, en función de la naturaleza de los derechos de propiedad y las excepciones a los mismos) autorización para crear las llamadas obras derivadas (quizás del mismo modo en que los adaptadores de obras protegidas por el derecho de autor precisan autorización debido al derecho exclusivo de adaptación, que es objeto del Artículo 12 del Convenio de Berna).

94. Parece necesario alcanzar un equilibrio entre el hecho de ofrecer una forma de protección que satisfaga las necesidades de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, permitiendo al mismo tiempo i) el acceso al patrimonio cultural y las expresiones culturales a fin de que puedan constituir una fuente legítima de inspiración para la creatividad y la innovación y ii) el respeto de los derechos de propiedad intelectual de los verdaderos autores (pertenezcan o no a la comunidad pertinente).

95. Este tipo de cuestiones de enfoque parecen afectar particularmente a ciertos temas claves para la conceptualización de sistemas *sui generis*; a saber:

- i) la delimitación de la materia protegible,
- ii) la naturaleza de los derechos concedidos,
- iii) las excepciones a los mismos, y
- iv) la relación entre los sistemas *sui generis* y los derechos de propiedad intelectual existentes.

⁶⁰ Documento WIPO/GRTKF/IC/3/11.

⁶¹ Por ejemplo: Canadá, Ecuador, Estados Unidos de América, Kirguistán, Malasia, México, República de Corea, Rumania y Suiza.

96. Pueden adoptarse distintos enfoques en relación con estas cuestiones. En un extremo del espectro podría argüirse que no existen derechos de propiedad en relación con el folclore, de modo que podría ser utilizado libremente por cualquier persona. Las personas indígenas y tradicionales, así como las personas que no sean indígenas ni tradicionales, deberían poder explotar el folclore en su propio beneficio, así como adquirir y ejercitar, cuando fuera posible, el derecho de autor en relación con cualquier obra “nueva” basada o inspirada en el folclore sin restricción ni obligación alguna en relación con las comunidades fuente.

97. En el otro extremo del espectro, existirían derechos exclusivos de propiedad en el folclore. Cualquier utilización del folclore relacionada con el derecho de autor requeriría la autorización previa. Dicho enfoque establecería asimismo que el derecho de autor o cualquier otro derecho de propiedad intelectual de las creaciones realizadas utilizando el folclore fuese conferido a los “titulares” del folclore y no al creador.

98. Ahora bien, existen otras opciones entre ambos extremos que quizás contribuyan a lograr el tipo de equilibrio necesario. Todo parece apuntar a que un sistema equilibrado destinado a proteger el “folclore de dominio público” (expresiones del folclore no protegidas por el derecho de autor u otros derechos de propiedad intelectual) debería:

i) permitir y facilitar el acceso a las expresiones del folclore y la utilización de las mismas como base para seguir creando e innovando, ya sea por parte de miembros de la comunidad cultural pertinente o no;

ii) en dichos casos, respetar los derechos de propiedad intelectual resultantes, de los creadores e innovadores;

iii) garantizar, no obstante, que dichas utilidades del folclore, particularmente las utilidades comerciales, se aparejen a la obligación del usuario de reconocer la fuente del folclore, compartir equitativamente los beneficios derivados de su utilización y no utilizarlo de manera peyorativa o falaz bajo ninguna circunstancia; y,

iv) sin perjuicio de lo anterior, proteger las expresiones sagradas y secretas contra todas las formas de utilización y explotación comercial.

Observaciones sobre cuestiones de enfoque

99. Es evidente que un sistema *sui generis*, por equilibrado que sea, crea nuevos derechos en lo que se considera actualmente el dominio público. Se trata en efecto de un enfoque de dominio público de pago, que varios Estados y sectores interesados consideran apropiado para las expresiones del folclore. Los llamamientos contemporáneos a favor de un sistema de dominio público de pago no se confinan a la esfera de las expresiones culturales tradicionales – en 1998, por ejemplo, el Sindicato Alemán de los Medios de Comunicación aprobó una nueva propuesta para introducir un “derecho común de dominio público de pago para autores y artistas intérpretes y ejecutantes”⁶². La propuesta se refiere a la gestión colectiva de derechos sobre obras e interpretaciones o ejecuciones del dominio público en beneficio de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes vivos.

⁶² Véase Dietz, A., “Domaine Public Payant”, 1998.

100. Deben tomarse en consideración las objeciones planteadas al enfoque del dominio público de pago. Por ejemplo, en sus comentarios al proyecto de informe sobre las misiones exploratorias de la OMPI y a las sesiones del Comité Intergubernamental, la Unión Internacional de Editores (UIE) expresó su oposición a esta forma de protección afirmando que podría obstaculizar la divulgación y la adaptación creativa, así como la transformación de las expresiones del folclore. El representante afirmó que, al impedir que conocimientos y expresiones antiguos entrasen en el dominio público tras un plazo de protección determinado, el sistema de dominio público de pago podría socavar los esfuerzos de los miembros de la UIE por llevar a cabo empresas viables.⁶³

101. Los derechos sobre las expresiones culturales tradicionales del “dominio público” pueden ser administradas por el Estado en un organismo nombrado o no por el Estado. El objetivo debe consistir en garantizar que los beneficios potenciales lleguen a las personas adecuadas – las comunidades o individuos creativos cuyas expresiones culturales se hayan utilizado. Las organizaciones de gestión colectiva pueden desempeñar una importante función a la hora de administrar los derechos en beneficio directo de las comunidades pertinentes.

102. Los derechos pueden ser derechos exclusivos, aunque no es necesario. Puede tratarse únicamente de derechos de remuneración y quizás con ese tipo de derechos se logre el equilibrio adecuado. En esos casos, no se requeriría el consentimiento previo para la utilización del folclore. El folclore permanecería accesible para ser utilizado como fuente de creatividad e innovación, siempre que se cumplieran ciertas obligaciones, como el reconocimiento de la comunidad y/o país fuente en el que se originó el folclore, el establecimiento de regalías razonables, y la protección contra la utilización peyorativa y falaz, como se sugirió anteriormente.

103. En el presente documento se hace referencia de manera vaga a los “pueblos indígenas” y “comunidades tradicionales” como titulares de las expresiones culturales tradicionales y a los “pueblos no indígenas” y las “comunidades no tradicionales” como personas que se los apropian de manera indebida. Evidentemente, se trata de una enorme simplificación. La apropiación indebida puede ser cometida por pueblos indígenas del mismo país o de la misma comunidad, o por pueblos indígenas de otros países y regiones. Del mismo modo, las expresiones culturales tradicionales son mantenidas, practicadas y conservadas por personas que no se consideran necesariamente a sí mismas “indígenas” o “tradicionales”. En cualquier caso, la creación de un sistema jurídico independiente para los pueblos indígenas o tradicionales, en oposición a todas las demás personas “no indígenas” o “no tradicionales”, puede no resultar aceptable como política. El objetivo final consistiría probablemente en que las expresiones culturales tradicionales se protegiesen contra la utilización que de ellas pudieran hacer todas las personas (indígenas, tradicionales u otras) que no se reconocen jurídicamente como “propietarios” o “titulares” de las expresiones en virtud de la legislación nacional o de las leyes consuetudinarias pertinentes de la comunidad.

104. En el tipo de enfoque anteriormente mencionado, tendente a lograr un sistema equilibrado, la condición de las creaciones “no tradicionales” que son del dominio público plantean ciertas complejas cuestiones de política. No obstante, tal como se recoge en el

⁶³ Informe sobre las misiones exploratorias de la OMPI, pág. 226; documento WIPO/GRTKF/IC/3/17 Prov., párrafo 290.

Informe sobre las misiones exploratorias⁶⁴, ¿deberían las creaciones tradicionales gozar de una condición jurídica privilegiada en relación con otros conocimientos “no tradicionales” del dominio público? El contar con normas de propiedad intelectual independientes para las creaciones tradicionales y no tradicionales puede ser difícil de mantener, pero se trata de una cuestión política que debe dejarse a discreción de los Estados. Cabe observar asimismo que, habida cuenta de que los tratados internacionales que se ocupan de la propiedad intelectual pueden incluir una obligación de trato nacional, cualquier sistema especializado para la protección de las expresiones culturales tradicionales deberá ampliarse a todos los nacionales extranjeros con los que el país en cuestión mantenga relaciones convencionales (el trato nacional no está obligatoriamente presente – la protección internacional puede basarse en el principio de reciprocidad). Por consiguiente, un enfoque como el anteriormente mencionado podrá tener que aplicarse asimismo a producciones que nunca estuvieron protegidas por el derecho de autor (por ser anteriores a las leyes sobre el derecho de autor) y a obras literarias y artísticas en las que haya vencido el derecho de autor (por ejemplo, películas, música, programas informáticos, bases de datos, etc.). De conformidad con el enfoque mencionado, todas estas obras estarían sujetas a un derecho no exclusivo de dominio público de pago. Esto equivaldría probablemente a llevar demasiado lejos dicho enfoque. Podría sostenerse que este enfoque de dominio público de pago se aplicase únicamente a expresiones culturales tradicionales que nunca hayan sido protegidas por el derecho de autor, debido a alguna de las razones técnicas mencionadas.

105. Tal como se mencionaba asimismo en el Informe sobre las misiones exploratorias, el Informe final sobre las experiencias nacionales y otros documentos, existe una gran necesidad de programas de sensibilización y formación especializada para los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales a fin de permitirles acceder, comprender y utilizar los derechos de propiedad intelectual, lo que se aplica asimismo a los sistemas *sui generis*. Una de las dificultades operativas que se menciona con frecuencia es el costo y la complejidad de los procesos de solución de controversias. A este respecto, cabe la posibilidad de incorporar a cualquier sistema *sui generis* la posibilidad de utilizar mecanismos alternativos de solución de controversias. Esta posibilidad fue sugerida al Comité Intergubernamental por ciertos grupos de Estados miembros de la OMPI.⁶⁵ Véase asimismo la Parte V.

106. Si bien en esta parte del documento se abordan las producciones literarias y artísticas (derecho de autor), en otras partes se tratan de manera similar otros derechos de propiedad intelectual, tal como las marcas distintivas (marcas de fábrica o de comercio) y los dibujos y modelos industriales (protección de los dibujos y modelos industriales). Un sistema *sui generis* debería ocuparse exhaustivamente de todas estas formas de expresiones culturales tradicionales.

107. Puede resultar instructivo examinar el modo en que los sistemas *sui generis* existentes han abordado esas principales cuestiones de enfoque:

i) Las Disposiciones Tipo de 1982 creaban derechos exclusivos en relación con las expresiones del folclore. No obstante, no se establecía el derecho de adaptación y existía

⁶⁴ Véase la pág. 221.

⁶⁵ Véanse los documentos OMPI/GRTKF/IC/2/10 (Grupo Asiático y China) y WIPO/GRTKF/IC/3/15 (Grupo Africano).

asimismo una excepción en relación con “*la toma de expresiones del folclore para fines de creación de una obra original de uno o varios autores.*”⁶⁶

a) Por consiguiente, en virtud de las Disposiciones Tipo no es posible impedir la adaptación o la “toma” del folclore. Asimismo, la disposición del Artículo 5 relativa a la mención de la fuente no se aplica a la “toma” de una expresión del folclore a los fines de crear una obra original.

b) De esto se desprende que, en virtud de las Disposiciones Tipo, no se satisfacen las necesidades de “protección preventiva” de los pueblos tradicionales e indígenas en relación con sus expresiones culturales tradicionales (así como el derecho a impedir la adaptación y utilización de sus expresiones para crear nuevas obras por parte de terceros, el derecho a impedir la utilización peyorativa, ofensiva y falaz de sus expresiones, y el derecho de que se reconozca su autoría o titularidad).

c) Varios participantes en el Comité se refirieron a otras deficiencias de las Disposiciones Tipo y solicitaron que se actualizasen y mejorasen las Disposiciones. El Comité no aprobó en su tercera sesión la realización de trabajos adicionales en esta esfera.

ii) La Ley de Panamá (Ley N° 20 de 2000) reconoce los derechos colectivos exclusivos de las comunidades y establece que no podrán conferirse derechos de propiedad intelectual a sus expresiones culturales tradicionales “salvo que la solicitud sea formulada por pueblos indígenas” (Artículo 2). Los derechos colectivos de las comunidades indígenas deben ser registrados. La utilización y la comercialización de las expresiones culturales tradicionales basadas en la tradición de las comunidades indígenas “deben regirse por el reglamento de uso de cada pueblo indígena, aprobado y registrado...” (Artículo 15). No obstante, se contemplan ciertas excepciones a favor de los “pequeños artesanos no indígenas” que podrán seguir comercializando esos productos pero no podrán reclamar los derechos colectivos reconocidos por la Ley (Artículo 26, véase asimismo el Artículo 24).

iii) El enfoque general adoptado por la Ley Tipo del Pacífico Sur consiste en proteger los derechos de los “titulares tradicionales” en sus conocimientos tradicionales y expresiones de la cultura, así como favorecer la creatividad y la innovación basadas en la tradición, incluida la comercialización, siempre que se respeten las condiciones del consentimiento fundamentado previo y la distribución de beneficios. La Ley tipo complementa satisfactoriamente los derechos de propiedad intelectual en vigor.

a) La Ley tipo crea nuevos derechos en el ámbito de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales que se consideraban anteriormente, a los fines del derecho de la propiedad intelectual, como parte del dominio público. Los derechos creados por la Ley tipo pueden incluirse en dos categorías: “derechos culturales tradicionales” y “derechos morales”. Estos derechos no dependen del registro ni de otros trámites.

b) Los derechos culturales tradicionales conceden a los titulares tradicionales derechos exclusivos en relación con una gama de utilidades de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales que son de carácter no

⁶⁶ Artículo 4.1)iii), Disposiciones Tipo de 1982.

consuetudinario (independientemente de que se destinen o no a fines comerciales). Aquí se incluye la utilización de los conocimientos tradicionales y de las expresiones culturales para la producción de nuevas creaciones e innovaciones basadas en los mismos (obras derivadas).

c) La Ley tipo establece un procedimiento mediante el cual puede obtenerse consentimiento para la utilización no consuetudinaria de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales, incluida la creación de obras derivadas. Si se crea una obra derivada, incluso por parte de un usuario no consuetudinario, los derechos de propiedad intelectual de la misma se confieren al creador de la obra, a menos que la legislación de propiedad intelectual pertinente establezca otra cosa. En otras palabras, los derechos de propiedad intelectual se respetan plenamente y la Ley tipo deja claro que los derechos que crea vienen a sumarse a los derechos de propiedad intelectual existentes y no los afectan en modo alguno.

d) No obstante, si se utilizase una obra derivada, conocimientos tradicionales o expresiones culturales para fines comerciales, el usuario debería compartir los beneficios con los titulares tradicionales, reconocer la fuente de los conocimientos y respetar los derechos morales de los titulares tradicionales.

e) Los derechos morales creados para los titulares tradicionales son el derecho de atribución, el derecho contra la falsa atribución y el derecho contra el trato peyorativo en relación con los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales.

f) Además de proporcionar derechos exclusivos en oposición a los derechos de remuneración, la Ley tipo del Pacífico Sur sigue fielmente el tipo de enfoque descrito anteriormente en líneas generales.

Protección regional e internacional

108. En el Informe sobre las experiencias nacionales se describen ciertos mecanismos y marcos existentes para la protección jurídica regional e internacional de las expresiones del folclore y en él se concluye que dichos mecanismos son poco conocidos y utilizados. En el Informe se recoge asimismo que la mayoría de quienes contestaron al cuestionario de la OMPI sobre el folclore, de 2001 deseaban cierta forma de protección internacional para las expresiones del folclore. No obstante, en la tercera sesión del Comité no se aprobó la tarea propuesta por la Secretaría a fin de seguir examinando esta cuestión.

109. La mayoría de las legislaciones nacionales establecen un mecanismo para la proteger las obras extranjeras y queda a discreción de los Estado, al elaborar sus leyes nacionales para proteger las expresiones culturales tradicionales, establecer la protección de las expresiones extranjeras sobre las bases del trato nacional o de la reciprocidad. De este modo, las redes de leyes nacionales, cada una de las cuales establece la protección recíproca de las expresiones extranjeras del folclore, podrían finalmente conducir a sistemas de protección subregionales, regionales incluso interregionales.

ii) Interpretaciones o ejecuciones de expresiones culturales tradicionales – los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes

110. Tal como se mencionó en la Sección II, entre los ejemplos de las expresiones culturales tradicionales para las que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales desean protección se incluyen las interpretaciones o ejecuciones tradicionales, como danzas y obras teatrales.

111. Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, tal como se reconocen en el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas (WPPT), de 1996, protegen las interpretaciones o ejecuciones de “obras o artísticas o expresiones del folclore”. Por consiguiente, al menos en principio, el tipo de interpretaciones o ejecuciones para el que se desea obtener protección están protegidas por el derecho internacional, ya sea por tratarse de obras literarias y artísticas o expresiones del folclore (cabe destacar que la protección de las interpretaciones o ejecuciones de las obras literarias y artísticas que establecen la Convención de Roma de 1961 y el Acuerdo sobre los ADPIC no se limita a las obras protegidas por el derecho de autor). Al 25 de julio de 2002, 37 Estados habían ratificado el WPPT. De ello se desprende que los intérpretes o ejecutantes de expresiones del folclore de dichos Estados Contratantes pueden gozar de protección en los demás Estados Contratantes – existe, por ende, un sistema internacional de protección para las interpretaciones o ejecuciones de expresiones del folclore. El WPPT concede a los artistas intérpretes o ejecutantes derechos tanto morales como económicos, que figuran en los Artículos 5 a 10 de la Convención.

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

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

iii) Recopilación, registro y divulgación de expresiones culturales tradicionales – el derecho de autor y los derechos conexos

Introducción

114. En el Informe sobre las experiencias nacionales (WIPO/GRTKF/IC/3/10) se describen las actividades de numerosos archivos, bibliotecas, museos y otras instituciones en que se conserva patrimonio cultural de todo el mundo. Sus actividades son importantes para salvaguardar, conservar y transmitir a las generaciones futuras las formas tangibles e intangibles del patrimonio cultural. Pueden aportar asimismo una valiosa contribución a la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales, posibilidad que debe seguir estudiándose.

115. Ahora bien, tal como se reseña en la Parte III, los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales han expresado ciertas preocupaciones de propiedad intelectual en relación con la recopilación, el registro, la preservación y la divulgación de su patrimonio cultural tangible e intangible por parte de los coleccionistas y otros trabajadores sobre el terreno (como los folcloristas, etnógrafos, etnomusicólogos y antropólogos culturales), investigadores, museos, bibliotecas, archivos⁶⁷, colecciones⁶⁸ y otras instituciones similares.

116. Parece necesario seguir estudiando la relación que existe entre las actividades de los coleccionistas y otros trabajadores sobre el terreno, investigadores, museos, archivos y otras colecciones, por una parte, y la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales, por otra. El objetivo consistiría en propiciar la complementariedad, estableciendo los vínculos jurídicos y estructurales apropiados entre las actividades de los trabajadores sobre el terreno y los archivos, y los sistemas nacionales y regionales destinados a proteger jurídicamente las expresiones culturales tradicionales.

Ejemplo ilustrativo

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

i) Existen potencialmente cuatro derechos de propiedad intelectual diferentes que pueden ser pertinentes – el derecho de autor en la obra musical; el derecho de autor en las

⁶⁷ “Los archivos” se refieren a los archivos conservados en instituciones y compuestos por colecciones de grabaciones sonoras, videos, fotografías, documentos en papel y otros materiales relacionados con colecciones sistemáticas que pueden combinar varios medios de comunicación. Véase Seeger, A., “Intellectual Property and Audiovisual Archives and Collections”, documento presentado en “*Folk Heritage Collections in Crisis*”, conferencia organizada por la American Folklore Society y el American Folklife Center de la Biblioteca del Congreso, los días 1 y 2 de diciembre de 2001.

⁶⁸ “Las colecciones” son todo tipo de colecciones privadas que no se hayan depositado aún en una institución especializada, como un archivo. Puede tratarse de las grabaciones sonoras de un investigador, o una colección de registros de un coleccionista, por ejemplo.

palabras cantadas como parte de la canción (la letra); los derechos conexos del artista intérprete de la canción; y los derechos conexos en el ámbito de la grabación.

ii) Partiendo de la hipótesis de que la canción y la letra misma no son obras protegidas por el derecho de autor (por una o más de las razones reseñadas anteriormente en la sección sobre las producciones literarias y artísticas), el intérprete de la canción puede gozar de “derechos conexos del artista intérprete o ejecutante” en su interpretación (en virtud del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (de 1996) (el WPPT) se protegen las interpretaciones o ejecuciones de las “expresiones del folclore”).

iii) Asimismo, en virtud las leyes en materia de propiedad intelectual, podrá considerarse que el trabajador sobre el terreno (o la institución para la que trabaja) goza de derechos conexos en la grabación; a saber, los derechos de un productor de grabaciones de sonido, ya que se trata de la persona que realizó la fijación.

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

v) Esta grabación física de la canción es la manera más accesible para los profesionales del ramo y otros usuarios y, por ello, los derechos sobre la grabación revisten una importancia capital. Según la experiencia de numerosos archivos y centros de folclore, el coleccionista (trabajador sobre el terreno) es considerado, por lo general, custodio de los materiales que recopila y no se considera que tenga derecho alguno sobre los mismos. Al menos en el caso de ciertas instituciones públicas, los depósitos de grabaciones efectuadas sobre el terreno en un archivo u otro depósito debe acompañarse de formularios de cesión por parte de los artistas intérpretes o ejecutantes, la comunidad fuente u otros titulares de la tradición concernida. Por consiguiente, el donante de una colección tiene la responsabilidad inmediata de actuar como intermediario entre la comunidad fuente o los titulares de la tradición que ha recopilado y el depositario final de la colección.

vi) Por otra parte, en virtud de las leyes en materia de propiedad intelectual, tal como se ha señalado anteriormente, los derechos de propiedad intelectual de dichas grabaciones son conferidos por lo general al trabajador sobre el terreno (o a su empleador) o a la institución que posee la grabación, y no al intérprete o a la comunidad donde se originó la canción interpretada. En la gestión de los derechos y en el acceso a la grabación efectuada sobre el terreno pueden residir las oportunidades para emprender acciones prácticas destinadas a proteger los derechos e intereses del intérprete y, quizás indirectamente, de la comunidad donde se originó la canción.

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

cuando se disponga de pruebas del consentimiento de los artistas intérpretes o ejecutantes o de los esfuerzos realizados de buena fe por hallar a sus herederos.

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

ix) Al hacerlo, el músico garantiza en cierta manera la transmisión de la expresión cultural y quizá incluso su supervivencia en términos económicos (la industria de la grabación, así como las industrias de la radiodifusión, la cinematografía y el turismo se convierten en los “nuevos patrocinadores del folclore y de las tradicionales orales”⁶⁹). Tampoco es mala política permitir que se utilicen las creaciones internacionales como fuente de inspiración para la creación de nuevas obras protegidas por el derecho de autor (véanse los debates mantenidos en la sección sobre las producciones literarias y artísticas y el derecho de autor).

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

xi) En cuanto al primer caso, los derechos del productor de una grabación de sonido comprenden, entre otras cosas, el derecho a autorizar la reproducción de la grabación. Este derecho puede ejercerse en principio de manera tal que se tomen en consideración los derechos e intereses de la comunidad original y/o del artista intérprete o ejecutante. El ejemplo presentado por la Delegación de Estados Unidos de América en la tercera sesión del Comité Intergubernamental en relación con los pagos efectuados a los intérpretes de música de archivo utilizada en una película reciente, demuestra que las actividades de conservación son pertinentes y pueden desempeñar una función importante en la distribución de los beneficios comerciales.⁷⁰ Podrían estudiarse las posibilidades que existen para que esta práctica se generalice.

xii) En cuanto al artista intérprete o ejecutante, sus derechos incluyen el derecho de reproducción de su interpretación o ejecución fijada en la grabación sobre el terreno (Artículo 7 del WPPT). Sus derechos podrían utilizarse para proteger asimismo la música y la letra que, de otro modo, no gozarían de protección.

xiii) No resulta claro hasta qué punto se toman en consideración los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes en dichos casos y, de cualquier modo, el artista intérprete o ejecutante puede no disponer de los medios necesarios para ejercitar y hacer respetar sus derechos (puede añadirse asimismo que para los países que aún no han ratificado el WPPT y en función de las legislaciones nacionales, su interpretación o ejecución puede no ser objeto

⁶⁹ Chaudhuri, S., “The Experience of Asia”, documento presentado en el Foro Mundial de la OMPI-UNESCO sobre la Protección del Folclore, celebrado en Phuket (Tailandia), del 8 al 10 de abril de 2002.

⁷⁰ Documento WIPO/GRTKF/IC/3/17, párrafo 271.

de protección si la legislación nacional pertinente no exige la protección de las interpretaciones o ejecuciones de “expresiones del folclore” distintas de las que figuran como obras literarias y artísticas en el sentido del derecho de autor. Esto se debe a que la Convención de Roma y el Acuerdo sobre los ADPIC requieren únicamente la protección de las interpretaciones o ejecuciones de obras literarias y artísticas. Asimismo, en virtud de la Convención de Roma y del Acuerdo sobre los ADPIC, entre los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes pueden no incluirse el derecho a impedir la reproducción de la fijación de la interpretación o ejecución debido a que el artista dio su consentimiento para realizar la fijación inicial (véanse las limitaciones de los derechos en la Convención de Roma (Artículo 7.1)c)i), traspuestas asimismo al Artículo 14.1) del Acuerdo sobre los ADPIC).

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

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

Experiencias en relación con archivos existentes

119. En el Informe sobre experiencias nacionales (WIPO/GRTKF/IC/3/10) se describen numerosas iniciativas de recopilación y registro del patrimonio cultural, y existen muchas más en vías de ejecución. En las actividades de cooperación técnico-jurídica de la Secretaría de la OMPI desde la publicación del Informe sobre las experiencias nacionales se han divulgado numerosas iniciativas adicionales como, por ejemplo, *La Banque de Données Ethnographiques du Laos*, que contiene 6000 fotografías digitalizadas de trajes típicos, instrumentos musicales, artículos de artesanía y textiles. En el plano internacional, existen asimismo numerosas colecciones y archivos, como la “Colección UNESCO de Música Tradicional del Mundo”.

120. No queda claro hasta qué punto se han tomado en consideración las consecuencias en materia de propiedad intelectual de dichas actividades, en particular para los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales. Esto parece necesario debido a que, como lo demuestra el pequeño ejemplo anterior, los coleccionistas (trabajadores sobre el terreno) y los archivos se encuentran en la intersección entre las comunidades y el mercado. Pueden, por consiguiente, desempeñar una función clave de mediación a la hora de proteger las expresiones culturales, permitiendo al mismo tiempo que las personas utilicen, reutilicen y recreen el patrimonio cultural, actividades vitales para su supervivencia.

121. Los miembros del cuerpo académico, los folcloristas, los etnomusicólogos y otros profesionales han debatido esta cuestión en profundidad⁷¹. Si bien no consta que ninguna de las políticas, códigos éticos y directrices establecidos por sociedades folcloristas, etnográficas, antropológicas y otros órganos profesionales se ocupen de cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual, existen actualmente algunos ejemplos de protocolos y códigos de conducta que pueden resultar pertinentes. Un ejemplo lo constituiría el informe de la Asociación Nacional Australiana de Artes Gráficas (NAVAS) titulado *Valuing Art, Respecting Culture: Protocols for Working with the Australian Indigenous Visual Arts and Crafts Sector*. Este informe ha suscitado la sensibilización pública y alentado el debate sobre las cuestiones culturales indígenas y la propiedad intelectual. En el informe figuran protocolos para abordar el material creado por pueblos indígenas que contiene imaginaria, motivos o estilos que pueden identificarse fácilmente como indígenas. Estos códigos no son ejecutorios pero establecen normas industriales que podrán, con el tiempo, considerarse como normas de conducta que abran el camino a derechos jurídicos⁷².

122. Ciertos archivos e instituciones abordan estas cuestiones en sus actividades cotidianas. Por ejemplo, Chaudhuri deja constancia de los esfuerzos del Centro de Archivos e Investigación sobre Etnomusicología del Instituto Americano de Estudios Indios en la India por proteger los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes limitando los derechos de los depositarios de las grabaciones sobre el terreno y estableciendo contacto con los artistas intérpretes o ejecutantes de las grabaciones depositadas a fin de informarles sobre sus derechos⁷³. El American Folklife Center, de la Biblioteca del Congreso, adopta un enfoque similar, al considerar que el coleccionista/donante y el archivo desempeñan una función puramente de conservación y comprometerse a respetar los deseos del artista intérprete o ejecutante original de la tradición:

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

⁷¹ Seeger, A., *op. cit.*, Chaudhuri, S., “The Experience of Asia,” (documento presentado en el Foro Mundial de la OMPI-UNESCO sobre la Protección del Folclore, celebrado en Phuket (Tailandia), del 8 al 10 de abril de 2002; Peters, M., “Protection of the collection of expressions of folklore; the role of libraries and archives,” documento presentado en el Foro Mundial de la OMPI-UNESCO sobre la Protección del Folclore, celebrado en Phuket (Tailandia), del 8 al 10 de abril de 2002; Seeger, A., “Ethnomusicologists, Archives, Professional Organizations, and the Shifting Ethics of Intellectual Property,” 1996 *Anuario de música tradicional de 1996*, página 87; Toelken, Barre “The Yellowman Tapes, 1996-1997”, *Journal of American Folklore* 111 (442) 381–391, 1998.

⁷² Véase el *Report of the Contemporary Visual Arts and Craft Inquiry*, Australia, 2002, página 139.

⁷³ Chaudhuri, *op. cit.*, pág. 36.

coleccionista/donante, el depositario, y el investigador, en el que cada uno de ellos desempeña una función: el artista intérprete o ejecutante es el titular de los derechos, el coleccionista/donante es el conservador intermediario, el depositario es el conservador final y el investigador es quien solicita la autorización de utilizar el material”⁷⁴ (traducción oficiosa de la Oficina Internacional).

123. El Center for Folklife and Cultural Heritage de la Smithsonian Institution de Estados Unidos de América dispone de amplios archivos y colecciones de grabaciones de sonido originales, dibujos, posters, registros comerciales, correspondencia, grabaciones audiovisuales y material fotográfico. La Smithsonian Folkway Recordings, que forma parte del Centro, posee grandes colecciones de música norteamericana autóctona, blue grass, blues, música infantil y música clásica, así como otros géneros musicales. Concede licencias sobre su colección de música para fines no lucrativos o comerciales y para ello ha elaborado un “formulario de solicitud de licencia de grabaciones originales.”⁷⁵ Seeger deja constancia de los esfuerzos realizados por la Smithsonian Folkway Recordings para respetar y proteger los derechos de los compositores y de los artistas intérpretes o ejecutantes.⁷⁶

Sugerencias para seguir investigando y tomando medidas

124. Las actividades de recopilación, conservación y registro pueden desempeñar una valiosa función a la hora de completar las iniciativas de protección jurídica. Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, así como los archivistas, coleccionistas, folcloristas, etnógrafos y antropólogos han expresado la necesidad de contar con asesoramiento, formación e información sobre las distintas cuestiones de propiedad intelectual que se plantean en relación con la recopilación, el registro, la documentación y la divulgación pública de las expresiones del folclore.

125. A este respecto, se han formulado varias propuestas específicas, en anteriores actividades de la OMPI y otras actividades (como las misiones exploratorias de la OMPI y la Conferencia sobre las crisis de las colecciones de patrimonio popular, organizada por la American Folklore Society y la American Folklife Centre en la Biblioteca del Congreso en diciembre de 2000)⁷⁷, entre las que se cuentan:

i) suministrar información y asesoramiento prácticos en materia de propiedad intelectual a los archivos, instituciones y sociedades etnográficas y folcloristas para elaborar sus *políticas, directrices éticas y códigos de conducta*;

⁷⁴ Conversación privada con la Sra. Peggy Bulger, Directora y el Sr. Michael Taft, especialista en folclore del American Folklife Center, 15 de octubre de 2002.

⁷⁵ Véase <http://www.folkways.si.edu/licenserequests.htm>.

⁷⁶ Seeger, A.; “Ethnomusicologists, Archives, Professional Organizations, and the Shifting Ethics of Intellectual Property”, *Anuario de música tradicional* de 1996, pág. 87.

⁷⁷ Véase OMPI, *Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales: Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001). Esta necesidad fue expresada explícitamente durante las misiones realizadas en Asia meridional y los países árabes (véanse las páginas 111 y 168). Véanse asimismo los debates y recomendaciones finales de la Conferencia sobre las crisis de las colecciones de patrimonio popular, celebrada los días 1 y 2 de diciembre de 2000.

ii) elaborar una *lista recapitulativa sobre propiedad intelectual y cláusulas contractuales tipo en materia de propiedad intelectual* que puedan utilizarse a la hora de concertar los acuerdos de depósito, de acceso, de publicación y de licencia que utilizan los etnomusicólogos y otros trabajadores sobre el terreno, archivos, museos, bibliotecas y otras instituciones;

iii) publicar una *guía práctica* que pudiera ser utilizada por las comunidades, así como por los etnomusicólogos y otros trabajadores sobre el terreno, archivos, museos, instituciones y sociedades; y,

iv) *suministrar asesoramiento, información y formación práctica* a los pueblos indígenas y las comunidades locales que emprenden iniciativas de catalogación de los aspectos de propiedad intelectual relacionados con sus obras;

v) por último, establecer *vínculos estructurales y jurídicos* entre los investigadores, archivos e instituciones similares y los sistemas nacionales y regionales destinados a proteger jurídicamente las expresiones culturales tradicionales.

126. Algunas de estas necesidades (como las que figuran en los apartados i), iv) y v)) pueden seguir examinándose como parte del programa de cooperación técnico-jurídica de la Secretaría de la OMPI. Estas cuestiones se abordarán en el “Manual Práctico de la OMPI sobre la Protección Jurídica de las Expresiones Culturales tradicionales”. De este modo, podrá abordarse la necesidad que figura en el apartado iii). Al realizar esta labor, la Secretaría intenta obtener la colaboración de asociaciones, sociedades e instituciones pertinentes, así como de organizaciones no gubernamentales pertinentes, como las instituciones mencionadas en el Informe sobre las experiencias nacionales (WIPO/GRTKF/IC/3/10) y otras como el Centro de Folclore del Consejo de Cooperación del Golfo (GCG), el Consejo Internacional de Música (CIM), la Asociación Internacional de Archivos Sonoros y Audiovisuales (IASA) y el Consejo Internacional de Música Tradicional (ICTM). Asimismo, completará esta publicación, la “Guía para la Gestión de la Propiedad Intelectual en la Catalogación de Conocimientos Tradicionales”⁷⁸, que abordará las patentes y otras incidencias en materia de propiedad industrial de la catalogación de conocimientos técnicos tradicionales.

127. En lo tocante a la necesidad que figura en el apartado ii), es posible que los Estados miembros consideren la posibilidad de que el Comité Intergubernamental emprenda actividades destinadas a satisfacer esta necesidad, como la recopilación de cláusulas en materia de propiedad intelectual en vigor en acuerdos de depósito, acceso, publicación y licencia y, por consiguiente, en actividades destinadas a elaborar cláusulas contractuales.

La protección jurídica de colecciones, antologías y bases de datos

128. Si bien la recopilación y el registro de expresiones culturales tradicionales puede entrañar ciertos riesgos de propiedad intelectual en relación con la expresión jurídica de las expresiones, los derechos de propiedad intelectual que dimanen o que dimanarán en el futuro de colecciones, antologías y bases de datos pueden ofrecer una forma de protección positiva de las expresiones.

⁷⁸ Véase el proyecto de esquema que figura en el documento WIPO/GRTKF/IC/4/5.

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

130. Se ha sugerido con frecuencia que las expresiones del folclore pueden recibir protección indirecta, bien por la protección mediante el derecho de autor que se concede a las bases de datos que se consideran “originales” debido a la selección o a la disposición de sus contenidos, bien por la protección *sui generis* propuesta para las bases de datos no originales. Esta cuestión se explica más detalladamente en el Informe sobre las experiencias nacionales (WIPO/GRTKF/IC/3/10), párrafos 52 a 56.

131. La protección de las bases de datos en virtud del derecho de autor no protege los contenidos de las bases de datos y ello sin perjuicio de cualquier derecho que pueda subsistir en relación con los contenidos. Por consiguiente, la protección en cuestión no se aplicará a las expresiones del folclore de la base de datos, sino únicamente a su publicación y presentación en forma de colección, antología o compilación. Así pues, nada podrá impedir a una persona no indígena tomar una de las canciones que componen una colección de música tradicional y reproducirla, adaptarla y comercializarla, suponiendo que no dimanan otros derechos de la canción. Esto es, al parecer, lo que sucede en algunos de los ejemplos relativos a la música citados en la Parte II.

132. No obstante, la posibilidad de conceder protección *sui generis* a las bases de datos puede aplicarse en esta esfera. Una directiva de la Comunidad Europea y ciertas legislaciones nacionales conceden protección a las bases de datos no originales. Por ejemplo, la directiva de la Comunidad Europea establece, para los creadores de bases de datos el derecho de extraer y/o reutilizar el conjunto o una parte sustancial de los contenidos de la base de datos, habida cuenta de que la creación de una base de datos representa una inversión sustancial en cuanto a la obtención, verificación o presentación de los contenidos. Esta protección se aplica independientemente de la elegibilidad de los contenidos para ser protegidos por el derecho de autor u otros derechos.

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

134. No obstante, en los casos en que la colección u otra forma de base de datos haya sido creada por una persona o personas distintas de las personas o comunidades indígenas o tradicionales que originaron las expresiones del folclore, serán la persona o personas que crearon la base de datos quienes gozarán de la titularidad de los derechos dinámicos de la misma. A fin de que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales pertinentes gocen de derechos en relación con dichas bases de datos, deben ser considerados como los creadores o realizadores de las bases de datos o, al menos, adquirir los derechos de los creadores y realizadores.

135. La Secretaría de la OMPI seguirá analizando la utilización de las bases de datos para proteger jurídicamente las expresiones culturales tradicionales y abordará esta cuestión en su programa de cooperación técnico jurídica, así como en el “Manual Práctico de la OMPI sobre la Protección Jurídica de las Expresiones Culturales Tradicionales”. Tal y como se recomendó en el Informe sobre las experiencias nacionales, el Comité Permanente de la OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos continúa examinando la protección de las bases de datos no originales y se seguirán estrechamente todos los acontecimientos relacionados con la misma.

iv) Signos distintivos – el derecho marcario y las indicaciones geográficas

Introducción

136. Las marcas son signos utilizados para distinguir en el mercado los bienes o servicios de una empresa de los de otra empresa. Dichos signos pueden consistir, entre otras cosas, en palabras, dibujos, símbolos, emblemas y formas de los productos. Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales se muestran preocupados por el hecho de que empresas y personas no indígenas utilicen sus palabras, nombres, diseños, símbolos y otros signos distintivos en sus operaciones comerciales y los registren como marcas. Tal como se indicó en la Parte II, existen varios ejemplos notorios de la utilización no autorizada de palabras, nombres, diseños, símbolos y otros signos distintivos indígenas y tradicionales y de su registro como marcas. Simultáneamente, los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales sostienen que no pueden proteger sus palabras y símbolos mediante las leyes sobre marcas en vigor, ya que no se adaptan suficientemente a sus necesidades.

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

137. Se ha afirmado que terceras personas se apropian de palabras tradicionales e indígenas y otras marcas con objeto de comercializar la “indigeneidad” a cambio de beneficios financieros.⁷⁹ Ahora bien, habida cuenta de que las marcas sirven para indicar el origen de los productos y para distinguir un producto de otro, la utilización no autorizada de palabras y símbolos indígenas distintivos por parte de entidades no indígenas podría inducir a los consumidores a error en relación con el verdadero origen de los productos concernidos. La utilización de signos indígenas como marcas puede dar a los consumidores la falsa impresión de que dichos productos son genuinamente indígenas o poseen ciertas características y cualidades que son inherentes a las culturas indígenas. Debido a la utilización por parte de terceros de sus símbolos, palabras, etc. como marcas, se asocia a los pueblos indígenas y a las comunidades tradicionales con productos que pueden ser inferiores, estereotipados o se asocian a un cierto estilo de vida.⁸⁰

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

⁷⁹ Sandler, F. “Music of the Village in the Global Marketplace: Self-Expression, Inspiration, Appropriation, or Exploitation?” pág. 39.

⁸⁰ Cassidy, Michael (ed.) “Intellectual Property and Aboriginal People: A Working Paper,” pág.22.

sobre la publicidad y el etiquetado falsos o engañosos. La Ley de Artes y Oficios de 1990 (la IACA) protege a los artesanos norteamericanos autóctonos garantizándoles la autenticidad de sus artesanías en virtud de la autoridad de una Junta Indígena de Artes y Oficios. La IACA, una ley que propicia la transparencia en las transacciones comerciales, impide la comercialización con la mención “*Indian made*” cuando los productos no hayan sido realizados por norteamericanos autóctonos, tal como están definidos en la Ley⁸¹. Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10, párrafo 122). La legislación contra la competencia desleal se aborda en otra sección del presente documento.

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

139. Ciertos Estados han tomado medidas para impedir en la medida de lo posible el registro no autorizado de marcas indígenas como marcas de fábrica. Entre ellos se encuentran Estados Unidos de América y Nueva Zelanda, que han adoptado enfoques diferentes para abordar estas cuestiones.

i) La Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América (USPTO) ha establecido una base de datos exhaustiva de las insignias oficiales de todas las tribus norteamericanas autóctonas reconocidas por los Estados o por la Federación.⁸² Esta información figura en el Informe de la OMPI sobre las experiencias nacionales (WIPO/GRTKF/IC/3/10, párrafo 122.ii)).

ii) En el párrafo 127 del documento WIPO/GRTKF/IC/3/10 figura también que en Nueva Zelanda el Parlamento estudiaba actualmente un nuevo proyecto de ley sobre marcas que contenía una disposición que permitiría al Comisionado de Marcas negarse a registrar una marca, sobre la base de motivos razonables, cuando su uso o registro sea susceptible de constituir una ofensa para una parte importante de la comunidad, incluido el pueblo indígena de dicho país, los maoríes. En el artículo en que se enumeran los motivos para no registrar marcas, el proyecto de ley establece lo siguiente:

“1) *El Comisionado no:*

b) *registrará una marca o parte de una marca si –*

i) *el Comisionado considera que, sobre la base de motivos razonables, su uso o registro sea susceptible de constituir una ofensa para una parte importante de la comunidad, incluidos los maoríes.*⁸³

Procedimientos de oposición e invalidación

140. Si una palabra u otra marca indígena o tradicional ha sido registrada como marca por una persona o entidad no autorizada por la comunidad pertinente, esta comunidad podrá iniciar procedimientos de invalidación (o la comunidad podrá oponerse a una marca para la que se solicita protección). Entre los motivos de invalidación se incluye, por ejemplo, que la

⁸¹ WIPO/GRTKF/IC/3/10, párrafo. 122.i).

⁸² Véase “Report on the Official Insignia of Native American Tribes”, 30 de septiembre de 1999.

⁸³ Véase el proyecto de ley sobre marcas de Nueva Zelanda.

marca propuesta carezca de carácter distintivo, que el registro de la marca sea “contrario a la ley” o “escandaloso” o que la marca propuesta pueda inducir a engaño o confusión en relación con los productos y servicios del solicitante. El derecho marcario permite asimismo motivos relativos de oposición, sobre la base de los derechos de terceras partes, como los derechos anteriores de que goza una comunidad en relación con el signo, hasta el punto en que el signo denota la identidad o el origen de la comunidad.

141. No obstante, sobre la base de los informes disponibles, parecen existir muy pocos casos en los que pueblos o comunidades indígenas se hayan opuesto al registro de una marca o hayan intentado invalidar una marca registrada. Janke, en su estudio realizado para la OMPI sobre “La utilización de las marcas para proteger las expresiones culturales tradicionales”⁸⁴, afirma que los pueblos indígenas tienen un acceso limitado al asesoramiento jurídico y a las publicaciones periódicas y boletines oficiales pertinentes en los que se notifican las solicitudes de marcas. Propone que se suministre a los pueblos indígenas información y formación acerca del modo en que funcionan los procedimientos de oposición e invalidación.⁸⁵

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

142. En sus respuestas al cuestionario sobre folclore realizado por la OMPI en 2001, los Estados proporcionaron varios ejemplos de la utilización de las marcas por parte de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales. Estos ejemplos figuran en el Informe sobre las experiencias nacionales (WIPO/GRTKF/IC/3/10) y entre ellos se cuenta el *Indigenous Label of Authenticity* (el sello indígena de autenticidad) de Australia⁸⁶, y la utilización de marcas por parte del pueblo aborigen del Canadá.

143. Recientemente, la Secretaría de la OMPI ha recibido información adicional sobre acontecimientos que se han producido en Nueva Zelanda donde la Junta Maorí de las Artes, *Te Waka Toi*, está utilizando la protección de marcas por medio del establecimiento de la marca *Toi Iho*™ (de fabricación Maorí)⁸⁷. Se trata de una marca de autenticidad y calidad que indica a los consumidores que el creador de los productos es de procedencia maorí y produce obras de determinada calidad⁸⁸. La marca *Toi Iho* es una marca registrada creada en respuesta a preocupaciones planteadas por los maoríes en relación con la protección de los derechos culturales y de propiedad intelectual, la utilización indebida y el abuso de conceptos, estilos e imagería maoríes, así como la falta de beneficios comerciales a favor de los maoríes. La marca es considerada por numerosas personas como un medio provisional para ofrecer una protección limitada a la propiedad cultural maorí. Este mecanismo no impedirá la utilización indebida de los conceptos, estilo e imagería maorí pero podrá reducir el mercado de productos de imitación⁸⁹. La marca *Toi Iho* fue designada y creada por artistas maoríes y

⁸⁴ En <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

⁸⁵ Páginas 9 y 10.

⁸⁶ Como parte de los estudios de casos *Minding Culture* de Terri Janke, el estudio del caso “Indigenous Arts Certification Mark” se publicará próximamente en <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

⁸⁷ Para más información sobre la marca *Toi Iho*™ véase <http://www.toiho.com>.

⁸⁸ Véase la Regla 5.3 en “Reglas que rigen la utilización por parte de los artistas de la marca *Toi Iho*™ (de fabricación Maorí)” publicada por el Consejo de las Artes de Nueva Zelanda, Toi Aotearoa.

⁸⁹ Véase la respuesta de Nueva Zelanda al cuestionario sobre el folclore.

tiene dos marcas de apoyo, la *Mainly Maori Mark* y la *Maori Co-production Mark*. La *Toi Iho Mainly Maori Mark* pertenece a un grupo de artistas, la mayoría de ellos descendientes de maoríes, que colaboran a fin de producir, presentar o ejecutar obras en distintas formas artísticas mientras que la *Toi Iho Maori Co-production Mark* pertenece a artistas maoríes que crean obras con personas que no son de procedencia maorí, a fin de producir, presentar o ejecutar obras en distintas formas artísticas. La *Toi Iho Mainly Maori Mark* refleja el crecimiento de las empresas innovativas y colaborativas conjuntas entre maoríes y no maoríes.⁹⁰

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

145. Ahora bien, Janke⁹¹ deja constancia de numerosos casos en los que los indígenas australianos han intentado registrar o han registrado palabras y diseños indígenas como marcas, así como palabras inglesas que revisten un significado particular para los indígenas australianos. Un ejemplo de lo anterior es la palabra “*dreaming*”, para las que se han presentado 90 solicitudes. Quince han sido registradas y nueve se encuentran aún pendientes.

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

147. Ahora bien, muchas de estas solicitudes no conducen al registro. Janke concluye lo siguiente:

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

⁹⁰ <<http://www.toiho.com/about/about.htm>>.

⁹¹ En <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

la descriptividad de las marcas y otras cuestiones que se plantean en los informes desfavorables...⁹²

Indicaciones geográficas

148. Las indicaciones geográficas pueden resultar útiles en esta esfera tal como han señalado varios participantes del Comité. Aún no se dispone de ejemplos específicos que ilustren la utilización de las indicaciones geográficas para proteger directamente las expresiones de la cultura tradicional o el folclore, si bien se ha debatido en profundidad su posible utilización para proteger la artesanía y materiales similares. En versiones ulteriores de este documento se examinará la cuestión más detalladamente, basándose en la investigación adicional al respecto.

Conclusiones

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

150. Los Estados están estableciendo asimismo mecanismos para impedir el registro de marcas indígenas y tradicionales y símbolos como marcas por terceras partes, y comienzan a tomar medidas encaminadas a aplicar una protección “defensiva”.

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

v) Dibujos y modelos tradicionales – Legislación en materia de dibujos o modelos industriales

152. La Legislación en materia de dibujos y modelos industriales protege la apariencia externa de productos funcionales creados de manera independiente y que son nuevos u originales⁹³. Los derechos relativos a los dibujos y modelos pueden basarse en la creación o en el registro y pueden conferir derechos exclusivos al titular registrado del dibujo o modelo. Los derechos relativos a los dibujos o modelos permanecen en vigor durante al menos 10 años e incluso más en algunas jurisdicciones.⁹⁴ El titular de un dibujo o modelo protegido goza del derecho de impedir a terceros reproducir, vender o importar artículos con un dibujo o modelo idéntico o similar al del dibujo o modelo protegido.⁹⁵

⁹² Pág. 22.

⁹³ Artículo 25.1 del Acuerdo sobre los ADPIC de 1994.

⁹⁴ Artículo 26.3 del Acuerdo sobre los ADPIC de 1994.

⁹⁵ Artículo 26.1 del Acuerdo sobre los ADPIC de 1994.

153. Existen varios ejemplos de expresiones culturales tradicionales (como se reseña en la Sección II) que podrían ser pertinentes para la protección de los dibujos o modelos industriales, como los productos textiles (telas, trajes, prendas, tapices, etc.) y otras expresiones tangibles de la cultura como tallas, esculturas, cerámicas, artesanía en madera, manufacturas en metal, joyería, cestería y otras formas de artesanía.

154. Tal como pusieron de manifiesto las misiones exploratorias y otras actividades posteriores de la OMPI, los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales sostienen que la legislación en vigor en materia de dibujos y modelos industriales no puede proteger sus dibujos o modelos en tanto que dibujos o modelos industriales, si bien la protección de estos últimos parece apropiada para proteger el dibujo o modelo, la forma y los rasgos visuales de los productos de artesanía, especialmente “cuando los productos artesanales fuesen utilitarios y no pudiesen considerarse como obras de arte para protegerlas mediante el derecho de autor...”⁹⁶ Sostienen asimismo que terceras partes explotan sus dibujos y modelos sin autorización, reconocimiento de la fuente o distribución de beneficios y, en algunos casos, obtienen incluso derechos de propiedad intelectual en relación con sus dibujos o modelos “nuevos” u “originales”. Una de las reivindicaciones más frecuentes es que el “estilo” de un dibujo o modelo indígena ha sido apropiado de manera indebida.

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

Protección positiva de los dibujos y modelos tradicionales

156. Para que un dibujo o modelo se proteja en tanto que dibujo o modelo industrial debe ser “nuevo u original”⁹⁷. Si bien en los tratados internacionales no existe una definición concertada del término “novedad”, por lo general significa que no se tiene constancia de que hayan existido anteriormente dibujos o modelos idénticos o muy similares.⁹⁸ En el Acuerdo sobre los ADPIC se especifica que “los Miembros podrán establecer que los dibujos y modelos no son nuevos u originales si no difieren en medida significativa de dibujos o modelos conocidos o de combinaciones de características de dibujos o modelos conocidos.”⁹⁹

157. Podría parecer que ciertos dibujos o modelos tradicionales no satisfacen este requisito. No obstante, existen ejemplos en los que se han registrado dibujos o modelos tradicionales en virtud de leyes sobre los dibujos o modelos industriales. En Kazajstán se ha concedido protección mediante los dibujos o modelos industriales al aspecto exterior de los trajes típicos nacionales, tocados (*sakyele*), tapices (*tuskiiz*), decoraciones de sillas de montar y decoraciones femeninas en forma de brazaletes (*blezik*).¹⁰⁰ La protección de los dibujos y modelos se encuentra en la ley de patentes de dicho país¹⁰¹, donde se define al modelo o

⁹⁶ Véase el documento presentado por el GRULAC “Los conocimientos tradicionales y la necesidad de otorgarles una protección de propiedad intelectual adecuada” (OMPI/GRTKF/IC/1/5), Anexo I, párrafo 6.

⁹⁷ Artículo 25.1 del Acuerdo sobre los ADPIC de 1994.

⁹⁸ Véase <http://www.wipo.int/about-ip/en/index.html#wipo_content_frame=/about-ip/en/industrial_designs.html>.

⁹⁹ Artículo 25.1 del Acuerdo sobre los ADPIC de 1994.

¹⁰⁰ Véase el Informe sobre las experiencias nacionales (WIPO/GRTKF/IC/3/10), párrafo 126.

¹⁰¹ Véase la Ley de Patentes de la República de Kazajstán, N° 428-I LRK, de 16 de julio de 1999, en <http://www.kazpatent.org/english/acts/patent_law.html>.

dibujo industrial como “*una solución artística y técnica que define la apariencia exterior de un artículo manufacturado*”¹⁰² (traducción oficiosa de la Oficina Internacional). En la ley se establece asimismo que para que pueda protegerse un dibujo o modelo industrial éste debe ser nuevo, original y poder aplicarse industrialmente.¹⁰³ Cabe notar asimismo la descripción de “nuevo” que establece la ley: “se considerará que un dibujo o modelo industrial es nuevo si la suma de las características esenciales que aparecen en las fotografías del dibujo o modelo y en la descripción de sus características esenciales, no se conocía a partir de información disponible en el mundo con anterioridad a la fecha de prioridad del dibujo o modelo”¹⁰⁴ (traducción oficiosa de la Oficina Internacional).

158. Deberá disponerse de más ejemplos similares antes de poder extraer conclusiones. No obstante, todo indica, siguiendo la línea de argumentos similares formulados en la sección sobre “producciones literarias y artísticas – el derecho de autor” que mientras que formas contemporáneas de dibujos y modelos tradicionales pueden satisfacer el requisito de la “novedad”, lo más probable es que las recreaciones de los dibujos o modelos ya explotados y notoriamente conocidos no satisfagan dicho requisito.

El procedimiento de registro de dibujos o modelos y su incidencia en los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales

159. Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales encuentran que la protección de los dibujos o modelos en virtud de la legislación en materia de dibujos o modelos industriales adolece de lo siguiente:

i) un dibujo o modelo registrado se divulga al público, lo que en el caso particular de los dibujos o modelos sagrados o secretos no satisface las necesidades de los pueblos tradicionales e indígenas. No obstante, cabe señalar que los dibujos o modelos sagrados o secretos no precisan ser registrados a fin de recibir protección – podrían protegerse como información no divulgada; y, en segundo lugar, un dibujo o modelo que no es secreto ni sagrado y está siendo utilizado por una comunidad, ya ha sido divulgado y el registro suministra simplemente la protección necesaria;

ii) el período de protección es limitado y, transcurrido éste, el dibujo o modelo pasa al dominio público. Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales desean proteger indefinidamente sus dibujos o modelos tradicionales contra la explotación por parte de personas no indígenas; en particular, en el caso de los dibujos o modelos que revisten un significado cultural y espiritual particular, cuando la protección de su integridad puede ser más importante que la explotación de su valor comercial. Es posible que en dichos casos resulte preferible proteger ciertos dibujos o modelos en virtud del derecho de autor en tanto que expresiones artísticas, en lugar de como dibujos o modelos industriales, para los que el plazo de protección es más limitado que el establecido por las leyes sobre el derecho de autor;

iii) las comunidades encuentran dificultades a la hora de proteger sus derechos colectivos. Si bien los dibujos o modelos industriales pueden registrarse en nombre de dos o más personas, cada una de ellas con una parte idéntica e indivisa del dibujo o modelo registrado, únicamente pueden concederse derechos colectivos si el órgano que solicita la

¹⁰² Artículo 8.1) de la Ley de Patentes de Kazajstán.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid.

protección del dibujo o modelo industrial tiene capacidad legal (de la que, probablemente, carecen la mayoría de las comunidades);

iv) los costos que entraña el registro de un dibujo o modelo industrial y, llegado el caso, de hacer valer sus derechos.

Como facilitar la utilización de la legislación en materia de dibujos o modelos industriales

160. Se han formulado varias propuestas destinadas a modificar la legislación y la práctica en materia de dibujos y modelos industriales, a fin de propiciar que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales saquen partido de la protección de los dibujos y modelos industriales.

161. A este respecto, en el Acuerdo sobre los ADPIC se establece que “cada Miembro se asegurará de que las prescripciones que hayan de cumplirse para conseguir la protección de los dibujos o modelos textiles -particularmente en lo que se refiere a costo, examen y publicación- no dificulten injustificablemente las posibilidades de búsqueda y obtención de esa protección”¹⁰⁵. Esta disposición indica claramente que no se impedirá a nadie el registro de sus dibujos o modelos textiles debido a los costos que entraña el proceso de registro.

162. Una propuesta que podría ser útil para las iniciativas de catalogación de conocimientos tradicionales consiste en que se estructure la labor de catalogación de manera tal que se satisfagan los requisitos mínimos de catalogación para la adquisición, el ejercicio y la observancia de los derechos relativos a los dibujos o modelos. Esto entrañaría, por ejemplo, la armonización de las normas en vigor relativas a la clasificación y catalogación de la propiedad industrial (como el Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales, de 1979 y la Norma ST.80 (Recomendación relativa a los datos bibliográficos sobre dibujos y modelos industriales (identificación y requisitos mínimos)¹⁰⁶, y las normas de catalogación de dibujos o modelos basados en la tradición (como la Guía metodológica de la UNESCO para la colección de datos sobre artesanía).

163. No obstante deberá evaluarse la utilidad práctica de dicha labor. Este ejercicio plantea asimismo cuestiones prácticas y jurídicas. Estas cuestiones se seguirán estudiando y examinando y, a su debido tiempo, se abordarán en el programa de asistencia técnico-jurídica de la OMPI y en el “Manual Práctico de la OMPI sobre la Protección Jurídica de las Expresiones Culturales Tradicionales”.

Protección preventiva

164. Tal como se mencionó en la Sección II, las quejas conciernen con frecuencia a la apropiación del “estilo” de los dibujos o modelos tradicionales. Esta cuestión se recoge

¹⁰⁵ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), de 1994, Sección 4, Art. 25.2.

¹⁰⁶ Ésta es una de las 50 Normas, recomendaciones y directrices sobre información y catalogación de la propiedad industrial, destinadas a armonizar las prácticas entre todas las oficinas de propiedad industrial y a facilitar la transmisión, el intercambio y la divulgación de información sobre propiedad industrial (tanto para texto como para imágenes).

asimismo en la sección relativa a las “producciones literarias y artísticas – el derecho de autor”, cuyas conclusiones se aplican asimismo a los dibujos o modelos.

165. Otro modo por el que pueden protegerse de manera preventiva las expresiones del folclore es mediante el proceso de catalogación. En las misiones exploratorias se sugirieron “tres pasos en aras de una protección mejorada de los diseños basados en conocimientos tradicionales comprendidos en los sistemas de dibujos y modelos industriales existentes: 1) las normas para la catalogación de diseños basados en la tradición deberían tomar en cuenta los requisitos mínimos de catalogación para los dibujos y modelos industriales sujetos al Acuerdo sobre los ADPIC y al Arreglo de La Haya relativo al depósito industrial de dibujos y modelos industriales; 2) las oficinas de propiedad industrial deberían incorporar la catalogación estandarizada de los diseños tradicionales en sus archivos de búsqueda para realizar el examen a fondo de las solicitudes de titularidad sobre dibujos y modelos industriales; 3) las clases o subclases pertinentes para diseños basados en conocimientos tradicionales deberían ser establecidas con sujeción al Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales (1979)”¹⁰⁷. La inclusión de las listas de expresiones culturales en un sistema de registro internacional de dibujos o modelos como el Arreglo de La Haya podrá contribuir a que los examinadores identifiquen las expresiones culturales que pertenecen a comunidades tradicionales y rechacen las solicitudes de registro sobre la base jurídica de que no son nuevas y originales y el solicitante no es el creador del dibujo o modelo.

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

167. No obstante, no queda claro hasta qué punto dichas actividades para la “publicación preventiva” de la información relativa a los dibujos o modelos industriales podrá satisfacer necesidades reales. La adquisición de derechos de dibujos o modelos industriales en relación con la artesanía y otras expresiones tangibles del folclore que pertenecen al dominio público quizás no parezca tan corriente como en otras esferas, como la de las patentes. Asimismo, a medida que un número mayor de países -incluidos los países desarrollados- abandonan el examen sustantivo de solicitudes de dibujos o modelos industriales (en particular, las búsquedas relativas a la novedad), no parece realmente útil emprender actividades destinadas a integrar la información sobre expresiones culturales en el estado de la técnica susceptible de búsqueda a los fines de los dibujos o modelos industriales.

¹⁰⁷ “Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales”. Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999), párrafo 110.

Protección sui generis de dibujos o modelos

168. Cabe observar que los sistemas *sui generis* en vigor abarcan asimismo los dibujos o modelos tradicionales y se debatirán más ampliamente en futuras versiones del presente documento. En pocas palabras:

i) las Disposiciones Tipo de 1982 establecen la protección de los dibujos o modelos como expresiones tangibles del folclore¹⁰⁸ contra su reproducción o utilización no autorizada;

ii) la Ley *sui generis* de Panamá “Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas para la Protección y Defensa de su Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales”¹⁰⁹, se refiere explícitamente a los dibujos o modelos de los vestidos y textiles tradicionales. También pueden ser pertinentes las “Disposiciones sobre la Protección, el Fomento y el Desarrollo Artesanal.”¹¹⁰ El Capítulo VIII de esta Ley establece la protección de las artesanías nacionales mediante la prohibición de importar productos artesanales o por parte de quienes imiten piezas y vestidos autóctonos y tradicionales panameños.¹¹¹

Conclusiones

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

170. Además de ésta y otras cuestiones más técnicas, desde el punto de vista de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales existen asimismo otras desventajas conceptuales y prácticas en el sistema de dibujos y modelos industriales.

171. En relación con las cuestiones conceptuales (como lo limitado del plazo y la protección de los derechos colectivos), en ciertos casos se han establecido mecanismo *sui generis* para los que se precisa experiencia adicional. En lo tocante a las cuestiones más prácticas (como los costos de adquisición y la observancia de los derechos), los Estados pueden, si así lo desean, abordarlas de distintas maneras – véase la Parte V.

¹⁰⁸ Véase el Artículo 2 de las Disposiciones Tipo.

¹⁰⁹ Establecido por la Ley N° 20, de 26 de junio de 2000, y reglamentado por el decreto-ley N° 12, de 20 de marzo de 2001. Véase asimismo el Informe final sobre las experiencias nacionales (WIPO/GRTKF/IC/3/10), párrafo 121.ii).

¹¹⁰ Ley de Panamá N° 27, de 24 de julio de 1997.

¹¹¹ Véase la respuesta de Panamá al cuestionario sobre el folclore en <http://www.wipo.org/globalissues/questionnaires/ic-2-7/panama.pdf>.

vi) Competencia desleal (incluido el fraude de imitación)

172. La protección en virtud de la legislación contra la competencia desleal o las formas adaptadas de protección basadas en el marco de dicha legislación pueden resultar útiles en numerosos casos relacionados con las expresiones culturales tradicionales. Así lo consignó el Grupo GRULAC en el documento WO/GA/26/9 y la Delegación de Noruega en la tercera sesión del Comité Intergubernamental, en relación con el Artículo 10bis del Convenio de París, donde se requiere la supresión de la competencia desleal.

173. Aún se cuenta con poca información empírica sobre la utilización de la legislación contra la competencia desleal como medio para proteger expresiones culturales tradicionales pero se trata de una cuestión que requiere un mayor análisis. Particularmente, el recurso del derecho anglosajón contra el fraude de imitación parece particularmente apropiado en los casos en los que se aprovecha comercialmente una reputación ya existente (como se reseña en la sección sobre los “signos distintivos - las marcas y las indicaciones geográficas”). La dificultad puede residir en que las normas contra la competencia desleal varían en función de las distintas legislaciones nacionales, suelen elaborarse en el plano nacional por medio del derecho jurisprudencial y, por lo general, requieren que existan pruebas de los perjuicios infringidos a una reputación comercial. Esta cuestión se examinará en profundidad en futuras versiones del presente documento.

V. ADQUISICIÓN, GESTIÓN Y OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS

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

175. Asimismo, tal y como se señaló en el Informe, la utilización de los derechos de propiedad intelectual pertinentes parece limitarse a un grupo muy reducido de países.

176. En el Informe se concluye que existe una gran necesidad de reforzar y aplicar más eficazmente en el plano nacional los sistemas y medidas existentes para proteger las expresiones del folclore, tomando en consideración las distintas necesidades jurídicas, conceptuales, de infraestructura y operativas de los países. Se precisará asistencia técnico-jurídica completa e integrada, utilizando, cuando proceda, la totalidad del sistema de propiedad intelectual y otras medidas disponibles y tomando en consideración las respectivas obligaciones internacionales en materia de propiedad intelectual de los Estados. Los pueblos y comunidades afectados, así como otros grupos interesados, como la profesión jurídica local, podrán ser consultados asimismo y participar siempre que sea apropiado. En el Informe se propone asimismo que la Secretaría de la OMPI refuerce la asistencia técnico-jurídica que suministra. Tal y como se señala en la Introducción al presente documento, esta propuesta fue aprobada en la tercera sesión.

177. En el Informe sobre las experiencias nacionales se formulaban ciertas propuestas específicas destinadas a mejorar la utilización de los derechos existentes y a reforzar la aplicación eficaz de sistemas específicos.

178. Entre estas propuestas se incluyen:

- i) programas de sensibilización y formación especializada para los pueblos indígenas y las comunidades locales en relación con el acceso, la comprensión y la utilización de los sistemas oficiales de propiedad intelectual y otros instrumentos jurídicos que tengan a su disposición;
- ii) actividades de información pública específicamente orientadas a las comunidades locales e indígenas, y otras actividades llevadas a cabo por las oficinas nacionales de propiedad intelectual, así como otros organismos, a fin de explicar claramente las normas y sistemas de propiedad intelectual y de facilitar el acceso a las oficinas nacionales de propiedad intelectual y al sistema de la propiedad intelectual;
- iii) la posible reducción de las tasas de presentación y renovación para los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales;
- iv) el establecimiento y el fortalecimiento de las estructuras institucionales necesarias para aplicar disposiciones legislativas y otras medidas;
- v) cuando sea posible, utilizar las sociedades de gestión colectiva;
- vi) llevar a cabo consultas nacionales entre productores de artesanía y otras expresiones del folclore;¹¹²
- vii) establecer centros de coordinación nacionales;¹¹³
- viii) establecer vínculos jurídicos y estructurales entre los sistemas destinados a proteger las expresiones culturales tradicionales, los investigadores y archivos; y
- ix) utilizar un mecanismo alternativo de solución de controversias.

179. Naturalmente, estas propuestas forman parte del programa de cooperación técnico-jurídica que ofrece, previa solicitud, la Secretaría de la OMPI y se abordarán asimismo en el “Manual Práctico de la OMPI sobre la Protección Jurídica de las Expresiones Culturales Tradicionales”.

CONCLUSIONES

180. En esta sección se esbozan varias conclusiones breves y provisionales, destinadas a seguir promoviendo el debate sobre las cuestiones de enfoque y las opciones jurídicas prácticas.

181. En lo tocante a las producciones literarias y artísticas:

- i) Se pueden proteger mediante el derecho de autor expresiones culturales tradicionales contemporáneas y tangibles, así como expresiones contemporáneas intangibles en jurisdicciones que no requieran la fijación. No obstante, el limitado plazo de protección y

¹¹² Documento expositivo del Grupo Asiático y China (OMPI/GRTKF/IC/2/10), pág. 4.

¹¹³ Documento expositivo del Grupo Asiático y China (OMPI/GRTKF/IC/2/10), pág. 4.

otras características del derecho de autor (como el hecho de que no proteja el estilo o el método de fabricación) hacen que la protección mediante el derecho de autor resulte menos atractiva para los pueblos indígenas y las comunidades e individuos tradicionales. Asimismo, las divergencias entre los derechos de un titular del derecho de autor y las responsabilidades consuetudinarias paralelas pueden ocasionar dificultades a los creadores indígenas. Por consiguiente, si bien es posible en ciertos casos gozar de protección mediante el derecho de autor, quizá esto no satisfaga todas las necesidades y objetivos de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales.

ii) Para aquellos Estados que no deseen suministrar a las expresiones culturales tradicionales una protección adicional distinta de la que ofrece el derecho de autor, los esfuerzos podrían dirigirse, tal como se reseñaba en la Parte V, a permitir y facilitar el acceso al sistema del derecho de autor y su utilización por parte de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales.

iii) Por lo general, las expresiones culturales tradicionales ya existentes, así como las simples imitaciones y recreaciones de las mismas, no satisfacen los requisitos de originalidad y de autoría identificable. Por consiguiente, a los fines del derecho de autor, siguen perteneciendo al dominio público.

iv) Los Estados que deseen brindar una protección plena a las expresiones culturales tradicionales además del derecho de autor pueden considerar si la posibilidad de que se necesiten y justifiquen ciertas enmiendas a la legislación y la práctica en materia de derecho de autor, o considerar la posibilidad de establecer sistemas *sui generis*, como han hecho algunos Estados. Si bien es posible mejorar la protección que ofrece el derecho de autor a las expresiones culturales contemporáneas basadas en la tradición enmendando la legislación y la práctica en materia del derecho de autor, parecería necesaria una evolución más rigurosa de las normas existentes en forma de un sistema *sui generis*, a fin de proteger el folclore existente. Los sistemas específicos podrían intentar reforzar los procesos y estructuras institucionales existentes, como las sociedades de gestión colectiva y los archivos sobre patrimonio cultural.

182. En relación con las interpretaciones o ejecuciones de expresiones culturales tradicionales, en el WPPT queda claro que se protegen asimismo las interpretaciones o ejecuciones de las “expresiones del folclore”. La utilización de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes puede proteger indirectamente a la expresión cultural interpretada o ejecutada. No obstante, ni el Acuerdo sobre los ADPIC, de 1994, ni el WPPT, de 1996, amplían su alcance a los aspectos visuales de las interpretaciones o ejecuciones. La ampliación de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes a la esfera audiovisual reforzaría considerablemente la protección de las expresiones culturales tradicionales.

183. Debe seguir explorándose la relación que existe entre las actividades de los investigadores y archivos, por una parte, y la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales, por otra. El objetivo final debe consistir en promover la complementariedad, estableciendo los vínculos jurídicos y estructurales apropiados entre las actividades de los trabajadores sobre el terreno y los archivos, y los sistemas nacionales y regionales de protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales. A este respecto, el programa de cooperación técnico-jurídica de la Secretaría de la OMPI incluirá la colaboración estrecha con los archivos e instituciones existentes sobre el patrimonio cultural.

184. En lo tocante a los signos distintivos tradicionales o indígenas, los Estados ponen a prueba actualmente ciertos mecanismos específicos destinados a impedir su registro no autorizado o inapropiado como marcas. Los pueblos indígenas utilizan asimismo de manera positiva el sistema de marcas a fin de garantizar la autenticidad de su arte y artesanía. También se aplican aquí el tipo de medidas prácticas que figuran en la Parte V en relación con la propiciación del uso del sistema de propiedad intelectual.

185. En lo tocante a los dibujos o modelos tradicionales:

i) El requisito de la “novedad” u “originalidad” puede presentar dificultades para los dibujos o modelos tradicionales ya comercializados y/o divulgados al público. No obstante, ciertas experiencias nacionales demuestran que pueden registrarse dibujos o modelos tradicionales en virtud de las leyes sobre los dibujos y modelos industriales. No obstante, al parecer, los dibujos o modelos contemporáneos realizados por las generaciones actuales satisfacen con más facilidad el requisito de la “novedad” u “originalidad” que los dibujos o modelos verdaderamente antiguos y notoriamente conocidos. Sería muy útil contar con información empírica adicional.

ii) Además de ésta y otras cuestiones más técnicas, los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales encuentran otras desventajas conceptuales y prácticas en el sistema de dibujos y modelos industriales.

iii) En relación con las cuestiones conceptuales (como lo limitado del plazo y la protección de los derechos colectivos), se han establecido en algunos casos mecanismos *sui generis* para los que se necesita una mayor experiencia. En lo tocante a las cuestiones de orden más práctico (como los costos relativos a la adquisición y la observancia de los derechos), los Estados podrán, si así lo desean, abordar estas cuestiones de distintas maneras – véase la Parte V.

186. En las futuras versiones del presente documento se abordará de manera más sistemática, en función asimismo de la disponibilidad de información empírica y experiencias nacionales adicionales, la competencia desleal, las patentes, el enriquecimiento injusto y otras medidas de subsanación pertinentes del derecho anglosajón.

187. Se invita a los Miembros de Comité a revisar el presente documento en la cuarta sesión del Comité y a presentar comentarios escritos antes del 31 de marzo de 2003, una vez que se haya elaborado una nueva versión del presente documento para la quinta sesión del Comité, en 2003

[Fin del documento]