



ORGANIZACION  
MUNDIAL DE LA  
PROPIEDAD  
INTELLECTUAL



## PROPIEDAD INTELECTUAL Y EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES O DEL FOLCLORE

Folleto N.º

1

Este folleto forma parte de una serie sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales o del folclore.



*Advertencia: La información contenida en este folleto no pretende en ningún caso sustituir el asesoramiento jurídico profesional; tan sólo se limita a divulgar información de carácter básico.*

*La ilustración de la portada está extraída de la obra titulada "Munupi Mural", de Susan Wanji Wanji, Munupi Arts and Crafts Association, Comunidad Pirlangimpi, Melville Island, Australia. Wanji Wanji es la titular de los derechos de autor. La obra se utiliza con el expreso y pleno consentimiento informado de la artista. Todos los derechos reservados.*

*Algunas de las imágenes empleadas en este folleto se han obtenido de bases de datos comerciales a las que la OMPI está suscrita.*

## Panorama general

# Panorama general

El arte indígena se reproduce en alfombras, camisetas y tarjetas de felicitación; músicas tradicionales se fusionan con ritmos de baile *tecno-house* para producir álbumes “superventas” de “músicas del mundo”; alfombras hechas a mano y objetos de artesanía se copian y se venden como “auténticos”; se patenta el procedimiento de manufactura de un instrumento musical tradicional; vocablos y nombres indígenas se registran como marcas y se utilizan comercialmente.

Esta es la clase de ejemplos que mencionan las comunidades indígenas y otros tipos de comunidades tradicionales o culturales cuando sostienen que la creatividad y las expresiones culturales tradicionales requieren una mayor protección en lo que a propiedad intelectual se refiere.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) lleva dedicada al estudio las relaciones entre la propiedad intelectual y la protección, promoción y preservación de expresiones culturales tradicionales (o “expresiones del folclore”) varios decenios, y desarrolla un intenso programa en esta área en materia de formulación de políticas, asistencia jurídica y dotación de medios.

La relación entre expresiones culturales tradicionales y propiedad intelectual entraña problemas complejos y estimulantes. Las expresiones de las culturas tradicionales o expresiones del folclore distinguen y reflejan

## Índice

<b>Panorama general</b>	<b>1</b>
Cronología	3
<b>Conceptos fundamentales</b>	<b>5</b>
¿En qué consisten las “expresiones culturales tradicionales”?	5
“Protección” de la propiedad intelectual	9
¿Qué relación existe entre la “protección” de la propiedad intelectual y la “preservación y salvaguardia” del patrimonio cultural?	10
<b>Marco normativo y de política cultural</b>	<b>12</b>
¿Qué necesidades y expectativas tienen los custodios de las expresiones culturales tradicionales o del folclore?	12
El papel del “dominio público”	13
<b>Opciones jurídicas: tendencias y experiencias nacionales, regionales e internacionales</b>	<b>15</b>
Establecimiento de objetivos nacionales en materia política	15
Utilización de los derechos de propiedad intelectual existentes y de sus adaptaciones <i>sui generis</i>	16
Medidas y sistemas <i>sui generis</i>	19
Registro y catalogación de las expresiones culturales	20
<b>Pasos prácticos para el establecimiento de orientaciones generales</b>	<b>21</b>
<b>De cara al futuro</b>	<b>22</b>

los valores, tradiciones y convicciones de las comunidades indígenas y otros tipos de comunidades.

Los dilemas que plantean el multiculturalismo y la diversidad cultural, especialmente en las sociedades en las que concurren comunidades indígenas y de inmigrantes, requieren políticas dirigidas a mantener la armonía entre la protección de las expresiones culturales, ya sean tradicionales o de otro tipo, y el intercambio libre de experiencias culturales.

Además está el problema de llegar a un equilibrio entre la aspiración de preservar las culturas tradicionales y el deseo de estimular la creatividad basada en la tradición como contribución al desarrollo económico sostenible. Hacer frente a estos retos lleva a plantear cuestiones más profundas: ¿A quién “pertenece”, si es que pertenece a alguien, el patrimonio cultural de una nación? ¿Qué relación existe entre la protección de la propiedad intelectual y el fomento de la diversidad cultural? ¿Qué políticas en materia de propiedad intelectual satisfacen mejor las necesidades de un “dominio público” creativo y multicultural? ¿De qué modo, en caso de que proceda, deben los sistemas actuales de propiedad intelectual reconocer las normas y protocolos consuetudinarios? ¿Cuándo un “préstamo” de una cultura tradicional se considera inspiración legítima y cuándo se trata de una adaptación o copia impropia? ¿Existe relación entre la “preservación” del patrimonio cultural y la “protección” de la propiedad intelectual de expresiones culturales tradicionales, y, de ser así, en qué consiste?

## Los términos “expresiones culturales tradicionales” o “expresiones del folclore”

En este folleto se emplean los términos “**expresiones culturales tradicionales**” (ECT) y “**expresiones del folclore**” de forma intercambiable. Aunque “expresiones del folclore” ha sido el término más utilizado en los debates internacionales y está recogido por muchas legislaciones nacionales, algunas comunidades han mostrado sus reservas por las connotaciones negativas de la palabra “folclore”. El uso de “expresiones culturales tradicionales” o “expresiones del folclore” en este folleto no pretende dar a entender la existencia de un consenso entre estados, comunidades u otras partes interesadas con relación a la validez o adecuación de estos u otros términos. Como muchos han señalado, la elección de un término o conjunto de términos adecuado y la determinación del contenido que engloba es, en última instancia, una cuestión que deben decidir los responsables políticos y las comunidades interesadas, tanto en el plano local como en el nacional.

En este folleto se definen los conceptos fundamentales, se plantean consideraciones políticas en materia jurídica y cultural, y se exponen las principales opciones jurídicas, basándose en las corrientes nacionales, regionales e internacionales, con relación a la protección de las expresiones culturales tradicionales.

Para empezar, se presenta brevemente una perspectiva histórica.



## Cronología

- ➔ En **1967**, una **modificación al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas** estableció un mecanismo para la protección internacional de obras no publicadas y anónimas. Según los artifices de esta modificación, reflejada en el Artículo 15.4 del Convenio, su fin es proporcionar protección internacional a las expresiones del folclore o expresiones culturales tradicionales.
- ➔ En **1976** se adoptó la **Ley Tipo de Túnez sobre Derecho de Autor para Países en Desarrollo**, que incluye protección *sui generis* para las expresiones del folclore.
- ➔ En **1982** un grupo de expertos convocados por la OMPI y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) elaboró un modelo *sui generis* para la protección basada en la propiedad intelectual de las expresiones culturales tradicionales, las **Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO de 1982**.
- ➔ En **1984** la OMPI y la UNESCO convocaron conjuntamente a un **grupo de expertos** sobre la protección internacional de las expresiones del folclore a través de la propiedad intelectual. Este grupo contó con un proyecto de tratado basado en las Disposiciones Tipo de 1982. Con todo, una mayoría de los participantes consideraba prematuro establecer un tratado internacional en aquel momento.
- ➔ En **diciembre de 1996**, los Estados Miembros de la OMPI aprobaron el **Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)**, que otorga protección también a los intérpretes o ejecutantes de expresiones del folclore.
- ➔ En **abril de 1997**, se celebró en Phuket, Tailandia, el **“Foro Mundial UNESCO-OMPI sobre la Protección del Folclore”**.
- ➔ Durante **1998 y 1999**, la OMPI llevó a cabo **misiones exploratorias** en 28 países con el fin de determinar las necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales con relación a la propiedad intelectual. A efectos de las misiones, en los “conocimientos tradicionales” se incluían las expresiones culturales tradicionales como subgrupo. Entre las más de 3000 personas consultadas durante estas misiones se encontraban representantes de comunidades indígenas y locales, representantes de organizaciones no gubernamentales, representantes de gobiernos, académicos, investigadores y representantes del sector privado. Los resultados de las misiones fueron publicados por la OMPI en un informe titulado “Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de los conocimientos tradicionales: Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias (1998-1999)”.

➔ En **1999**, la OMPI organizó una serie de **consultas regionales sobre la protección de las expresiones del folclore** en países africanos (marzo de 1999), en países de la región de Asia y el Pacífico (abril de 1999), en los países árabes (mayo de 1999) y en América Latina y el Caribe (junio de 1999). En todas las consultas se aprobaron resoluciones o recomendaciones, como la recomendación de que la OMPI y la UNESCO aumentaran e intensificaran su labor en el campo de la protección del folclore. De manera unánime, en las recomendaciones se estableció que la futura labor en esta esfera debería contemplar la creación de un régimen internacional efectivo para la protección de las expresiones del folclore.

➔ A **finales de 2000**, se creó el **Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore** (el Comité).

El Comité ha realizado importantes progresos con relación a las conexiones políticas y prácticas entre el sistema de la propiedad intelectual y las preocupaciones de los profesionales y los custodios de las culturas tradicionales. Bajo la tutela del Comité, la Secretaría de la OMPI ha publicado un cuestionario pormenorizado sobre la experiencia de los países, y ha emprendido una serie de estudios analíticos exhaustivos basados en las respuestas al cuestionario y otras consultas e investigaciones. Estos estudios han servido de base para el debate político internacional y han

contribuido al desarrollo de herramientas aplicadas. A partir de esta variada experiencia, el Comité se ha orientado hacia el logro de un entendimiento internacional con relación a los principios y objetivos compartidos que deben guiar la protección de las expresiones culturales tradicionales. Todo este material está disponible en la Secretaría de la OMPI y en <http://www.wipo.int/tk/en/cultural/index.html>

➔ Como parte de su programa más general en materia de expresiones culturales tradicionales, la OMPI organiza también talleres y seminarios, así como misiones exploratorias y de expertos; además encarga estudios de casos y lleva a cabo actividades de asesoramiento jurídico y redacción de textos legislativos, así como de sensibilización y formación.

### Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO para leyes nacionales, 1982

En 1982, bajo los auspicios de la OMPI y la UNESCO, se aprobaron las Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas (las Disposiciones Tipo de 1982), en las que se establecen dos categorías principales de acciones contra las que están protegidas las expresiones culturales tradicionales, a saber, la "explotación ilícita" y "otras acciones lesivas". Las Disposiciones Tipo han influido en la legislación nacional de muchos países. Varios estados y otras partes interesadas han señalado que las Disposiciones Tipo necesitan ser mejoradas y actualizadas.

## Conceptos fundamentales



### ¿En qué consisten las “expresiones culturales tradicionales”?

Las expresiones culturales tradicionales con frecuencia son el resultado de procesos creativos intergeneracionales, sociales y comunitarios de carácter fluido, y reflejan y distinguen la historia, la identidad cultural y social y los valores de una comunidad.

Al tiempo que alma de la identidad de una comunidad, el patrimonio cultural está “vivo”: es recreado constantemente a medida que los profesionales y artistas tradicionales abordan su trabajo con nuevos ojos. La tradición no es mera imitación y reproducción, sino también innovación y creación en el contexto del marco tradicional. Por tanto, la creatividad en la tradición se caracteriza por la interacción dinámica entre la creatividad colectiva y la creatividad individual. Desde la perspectiva de la propiedad intelectual, en este contexto dinámico y creativo a menudo resulta difícil saber qué constituye una creación independiente. No obstante, en el marco de la legislación vigente en materia de derecho de autor, una adaptación o arreglo contemporáneos de material tradicional antiguo o preexistente a menudo puede ser suficientemente original como para considerarse obra susceptible de protección por derecho de autor.

### Características de las expresiones culturales tradicionales o del folclore

En general, puede decirse que las expresiones culturales tradicionales o del folclore (i) se transmiten de una generación a otra, ya sea oralmente o por imitación, (ii) reflejan la identidad cultural y social de una comunidad, (iii) están formadas por elementos característicos del patrimonio de una comunidad, (iv) son creadas por “autores desconocidos”, comunidades, o individuos a quienes la comunidad permite o les reconoce el derecho o la responsabilidad de hacerlo, (v) no suelen crearse con fines comerciales, sino como vehículos de expresión religiosa y cultural, y (vi) están en constante evolución y desarrollo, siendo recreadas dentro de la comunidad.

Este punto es fundamental y constituye el centro de un amplio debate político: ¿es adecuada la protección que existe hoy en día para la creatividad contemporánea basada en la tradición, o se necesita alguna forma de protección de la propiedad intelectual complementaria para el material preexistente o que sirve de base? Véase más adelante el epígrafe titulado “Marco jurídico y de política cultural”.



### *Descripción funcional de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore*

Si bien no constituye una definición formal como tal, las expresiones culturales tradicionales podrían definirse funcionalmente del modo siguiente: por **‘expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore’** se entiende las producciones elaboradas con elementos característicos del patrimonio artístico tradicional creado y mantenido por una comunidad [*nombre del país*] o por personas que reflejan las expectativas artísticas tradicionales de dicha comunidad, en particular:

- las expresiones verbales, como cuentos, poesías y acertijos populares, las palabras, signos, símbolos e indicaciones;
- las expresiones musicales, como las canciones populares y la música instrumental;
- las expresiones corporales, como danzas populares, representaciones escénicas y formas artísticas o rituales, con independencia de que estén o no fijadas en un soporte; y
- las expresiones tangibles, tales como:
  - los productos de arte popular, particularmente dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, artesanía, labores de punto, textiles, tapices, indumentaria;
  - la artesanía;
  - los instrumentos musicales;
  - las formas arquitectónicas.

Las “expresiones” de la cultura tradicional (o las “expresiones” del folclore) pueden ser intangibles, tangibles o, lo más frecuente, una combinación de ambas. Un ejemplo de este tipo de “expresión mixta del folclore” podría ser una alfombra (expresión tangible) donde se expresan elementos de un relato tradicional (expresión intangible).

### *Patrimonio cultural y desarrollo económico*

A la vez que cumple una importante función social, espiritual y cultural, el patrimonio artístico de una comunidad, como fuente de creatividad e innovación, puede desempeñar una función en el **desarrollo económico**.

La utilización de material cultural tradicional como fuente de creatividad contemporánea puede contribuir al desarrollo económico de las comunidades tradicionales a través de la formación de empresas comunitarias, la creación local de empleo, el perfeccionamiento de las técnicas, un turismo adecuado y la entrada de divisas por los productos de la comunidad.

A este respecto, la propiedad intelectual tiene su importancia. Al proporcionar protección jurídica a la creatividad basada en la tradición, la protección de la propiedad intelectual puede permitir a las comunidades y a sus integrantes comercializar sus creaciones basadas en la tradición, en caso de que deseen hacerlo, e impedir una competencia aprovechada. Las técnicas de comercialización de los productos artesanales representan también una forma en que las comunidades pueden mostrar y reforzar su identidad cultural

y contribuir a la diversidad cultural. En este sentido, la propiedad intelectual puede ser de ayuda, por ejemplo, al certificar el origen de artes y oficios (mediante marcas de certificación) o al luchar contra imitaciones que se hacen pasar por “auténticas” (a través de la legislación sobre competencia desleal). Las comunidades han empleado sus derechos de propiedad intelectual para ejercer control sobre la manera en que se utilizan sus expresiones culturales y para defenderse contra el uso irrespetuoso o denigrante de las obras tradicionales.

Las manifestaciones culturales tradicionales también son fuente de inspiración y de creatividad para las industrias culturales, como el mundo del espectáculo, el sector de la moda o el editorial, o la industria de la artesanía o el diseño. Muchas pequeñas, medianas y grandes empresas de países desarrollados y en desarrollo crean riqueza utilizando las formas y el material de las culturas tradicionales. Así, por ejemplo, los pujantes sectores editorial, musical y audiovisual de la India y Nigeria se nutren de material cultural local.

### Un proyecto nacional de desarrollo cultural

Un ejemplo de proyecto de desarrollo cultural es el programa de lucha contra la pobreza denominado “Invertir en la cultura”, destinado al pueblo Khomani San de **Sudáfrica**. Este programa está revitalizando la actividad artesanal de la comunidad, permitiéndole generar sus propios ingresos por primera vez en la historia.

Las relaciones entre tradición, creatividad y mercado no siempre se ven de forma optimista. Lo que es creatividad desde un punto de vista puede verse como menoscabo de una cultura tradicional desde otro.

### El valor comercial de la artesanía

Las artes y oficios visuales constituyen una fuente importante de ingresos para los artistas y comunidades indígenas de **Australia**, y el grado de protección de que disfrutan por el derecho de autor y otros tipos de propiedad intelectual es de suma importancia para ellos, de acuerdo con un informe publicado en 2002. Se estima que el volumen de negocio del sector de las artes y oficios visuales en Australia es de aproximadamente 130 millones de dólares de los EE.UU., de los cuales reciben los pueblos indígenas 30 millones, aproximadamente.

En **Colombia**, “Artesanías de Colombia” es la institución nacional responsable del desarrollo y promoción del sector artesanal. En muchos casos, en este país los objetos de artesanía son los únicos productos con que pueden comerciar las comunidades pequeñas. Además, en el sector de la artesanía trabaja una mayoría de mujeres, factor que se considera importante para la distribución de la riqueza entre las familias monoparentales o con escasos ingresos.



## ¿Qué relación guardan con los “conocimientos tradicionales”?

Las comunidades indígenas y tradicionales con frecuencia consideran que las expresiones de la cultura tradicional o del folclore son inseparables de las estructuras de conocimientos tradicionales (como los conocimientos médicos y del ecosistema, o los conocimientos relacionados con los recursos biológicos). Sin embargo, en los debates sobre protección de la propiedad intelectual, las expresiones de las culturas tradicionales o expresiones del folclore se analizan aisladamente de los conocimientos tradicionales. Esto no quiere decir que deban separarse artificialmente en el contexto de la comunidad, sino más bien refleja la experiencia general de que a la hora de aplicar medidas de protección de la propiedad intelectual para salvaguardar expresiones culturales tradicionales, por un lado, y conocimientos técnicos tradicionales, por otro, surgen normalmente instrumentos jurídicos bien diferenciados y se plantean cuestiones políticas diferentes. Por tanto, el sistema de protección de la propiedad intelectual complementa las estructuras tradicionales de los conocimientos y las expresiones culturales, y va más allá del marco de la comunidad original; no pretende suplantarlo o imitar las costumbres y usos propios de la comunidad. La experiencia acumulada indica que la protección de la propiedad intelectual de expresiones culturales tradicionales plantea determinadas cuestiones sobre política cultural muy

concretas y que, a diferencia de los conocimientos técnicos tradicionales, supone una doctrina jurídica muy próxima a la que sustenta el derecho de autor y sistemas de derechos afines. Así pues, los principios generales y las soluciones concretas probablemente diferirán para las expresiones culturales tradicionales y para los conocimientos tradicionales. Es importante que las formas de protección aplicables al folclore estén inspiradas y conformadas por principios y políticas culturales y jurídicas adecuados. Además, el hecho de atender separadamente a las expresiones culturales tradicionales o del folclore facilita un debate más preciso, técnico y concreto, y permite captar de manera más plena las experiencias y puntos de vista de las oportunas partes interesadas, como oficinas y departamentos públicos dedicados al derecho de autor, la cultura y la educación, los depositarios e intérpretes o ejecutantes indígenas o tradicionales de tradiciones culturales y expresiones artísticas, y folcloristas, etnomusicólogos, archiveros y otros especialistas de la cultura. A diferencia de lo que sucede con los conocimientos tradicionales, se tiene bastante experiencia en la creación y aplicación de medidas de protección de la propiedad intelectual específicas para las expresiones culturales tradicionales o del folclore en los ámbitos internacional, regional y nacional (véase el epígrafe titulado “Cronología” más arriba).

Puede encontrarse un análisis introductorio sobre los conocimientos tradicionales en el Folleto correlativo a éste titulado “*Propiedad intelectual y conocimientos tradicionales*”.





## “Protección” de la propiedad intelectual

La propiedad intelectual atañe a las creaciones del ingenio, como las invenciones, los motivos gráficos, las obras literarias y artísticas y los símbolos, denominaciones, imágenes y representaciones.

Normalmente, la propiedad intelectual está protegida por leyes que establecen derechos

de propiedad privada sobre creaciones e innovaciones con el fin de conceder el control sobre la explotación de éstas, especialmente sobre su explotación comercial, y de incentivar la creación. El derecho de autor, por ejemplo, protege las producciones de la creatividad, en forma de obras literarias y artísticas originales, ante determinadas prácticas, como la reproducción, adaptación, ejecución o interpretación públicas, radiodifusión y otras

### Derecho de autor, adaptación y “obras derivadas”

**¿Cuándo el uso de material cultural tradicional se considera inspiración legítima y cuándo se trata de una adaptación o copia improcedentes?** El autor de una obra normalmente tiene el derecho exclusivo a controlar la realización de adaptaciones de su obra. Ejemplos de ello serían las traducciones, revisiones y otras formas en que una obra puede ser reestructurada, transformada o adaptada. Estos tipos de adaptaciones se denominan a veces “obras derivadas”. Las obras derivadas pueden por sí mismas ser susceptibles de protección a través del derecho de autor en el caso de que sean suficientemente originales. Incluso las obras realizadas a partir de material de dominio público pueden gozar de protección de derecho de autor, ya que una interpretación, arreglo, adaptación o recopilación nuevas de material de dominio público puede dar lugar a una expresión nueva diferenciada que sea suficientemente “original”. Esto permite explicar la razón de que una producción literaria o artística contemporánea derivada o inspirada en una cultura tradicional que incorpora elementos nuevos pueda considerarse obra diferenciada y original, y por tanto esté protegida.

No obstante, la protección conferida a las obras derivadas recae solamente sobre el material nuevo o los aspectos nuevos de la obra. Por consiguiente, además del material nuevo que pertenece al autor, una obra derivada puede incluir también material que ya pertenece a otro titular de derechos de autor o que forma parte del dominio público. El derecho de autor o la condición de dominio público, según sea el caso, de este material no se ven afectados.

Si bien los derechos exclusivos del titular de los derechos de autor incluyen normalmente el derecho a autorizar o impedir la adaptación de la obra protegida, ello no impide, en general, que los creadores se inspiren en otras obras o tomen préstamos de ellas. El derecho de autor fomenta la idea de que los artistas se basen en las obras de otros autores y recompensa la improvisación. Dicho de otro modo, se permite la inspiración y el “préstamo”, pero no la adaptación o la copia. Distinguir entre unas y otras no siempre resulta fácil.

formas de comunicación pública. Asimismo puede proporcionar protección frente a la utilización denigrante o degradante de una obra, motivo de preocupación frecuente con relación al material cultural tradicional. Sin embargo, no todos los aspectos de la protección de la propiedad intelectual se dirigen directamente a la innovación y la creatividad, como por ejemplo la ley sobre marcas, indicaciones y signos distintivos (legislación que rige las marcas de fábrica o comercio, las indicaciones geográficas y los símbolos nacionales) o el campo afín de la lucha contra la competencia desleal, cuyo objetivo es proteger una reputación establecida, un carácter inconfundible y un fondo de comercio, como de los que puede disfrutar una comunidad tradicional en la producción de artesanía, trabajos artísticos y otros productos tradicionales.

Los elementos y los principios del sistema de derecho de autor tienen un interés especial para la protección de las expresiones culturales tradicionales, ya que muchas de ellas son producciones literarias o artísticas y, por tanto, objeto real o posible de protección mediante el derecho de autor. Esta es la razón por la que muchos países ya protegen el folclore en el marco de la legislación sobre derecho de autor. Los derechos relacionados con el derecho de autor, en particular los derechos de los intérpretes o ejecutantes, también resultan útiles de manera directa. La otra rama principal del derecho de la propiedad intelectual, la propiedad industrial, también se ha utilizado para proteger las expresiones culturales tradicionales, especialmente las marcas de fábrica o

comercio (como las marcas colectivas) y las indicaciones geográficas, los diseños industriales (incluidos los diseños textiles) y la lucha contra la competencia desleal.

### **¿Qué relación existe entre la “protección” de la propiedad intelectual y la “preservación y salvaguardia” del patrimonio cultural?**

En el contexto del patrimonio cultural, las nociones de “preservación” y “salvaguardia” se refieren por lo general a la identificación, catalogación, transmisión, revitalización y promoción del patrimonio cultural con el fin de asegurar su mantenimiento o viabilidad. La preservación y salvaguardia del patrimonio cultural y el fomento de la diversidad cultural

#### **Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)**

La UNESCO lleva a cabo una extensa labor en la preservación del patrimonio cultural. La cooperación de la OMPI con la UNESCO en el campo de la protección de las expresiones culturales tradicionales ha llevado entre otras cosas a la elaboración, en 1982, de las Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO. La OMPI y la UNESCO mantienen su colaboración, como vienen haciendo desde el pasado. Así, por ejemplo, en 1999 la OMPI y la UNESCO organizaron conjuntamente una serie de consultas regionales sobre folclore. En 2003, los Estados Miembros de la UNESCO aprobaron la “Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial”.

constituyen objetivos fundamentales de varios convenios y programas internacionales, así como de políticas, prácticas y procesos regionales y nacionales.

La labor de la OMPI, de conformidad con su mandato, está principalmente dirigida a la “protección” de las expresiones culturales tradicionales desde el punto de vista de la propiedad intelectual.

Existe una relación importante entre la “protección” de la propiedad intelectual y la preservación y salvaguardia en el contexto del patrimonio cultural. Por ejemplo, en el propio proceso de preservación (como el registro o la catalogación y la publicación de material cultural tradicional) pueden plantearse cuestiones sobre falta de protección de la propiedad intelectual, o se puede correr el riesgo de poner involuntariamente expresiones culturales tradicionales en el “dominio público”, lo que daría a otros libertad para utilizarlas en contra de los deseos de la comunidad de origen. También podría darse el caso, si no hay una canalización adecuada, que la persona que registre la expresión cultural tradicional obtenga el derecho de autor sobre

### Los diferentes significados de “protección”

Tomemos de ejemplo una leyenda que fue registrada hace siglos en un trozo de tejido. La “protección de la propiedad intelectual” de la leyenda puede contribuir a evitar que otros reproduzcan la leyenda en una camiseta. Sin embargo, si sólo fueran unas pocas personas quienes conocieran la leyenda y la lengua que debe usarse para recitarla, la “protección” podría adoptar la forma de medidas que ayuden a estas personas a transmitir el conocimiento y el lenguaje de la leyenda a la generación siguiente. En el caso de que el tejido empezara a deteriorarse, la “protección” podría adoptar la forma de medidas destinadas a garantizar su conservación para las generaciones futuras. En otros casos, la “protección” podría tomar cuerpo en la promoción de la leyenda fuera de la comunidad, de manera que otras personas pudieran conocerla y, de este modo, conocer mejor y respetar la cultura de la comunidad de origen.

la forma en que ésta queda registrada (por ejemplo, la fotografía, filmación o grabación sonora de una expresión cultural tradicional).



Compañía Nacional de Danza de Zambia

Es fundamental que esté claro qué se entiende por “protección”, ya que las necesidades y expectativas de los titulares de las expresiones culturales tradicionales, así como de quienes las ejercitan, pueden satisfacerse en algunos casos más adecuadamente a través de medidas de preservación y salvaguardia que de medidas de protección de la propiedad intelectual.

## Marco jurídico y de política cultural

La protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales debe abordarse en un contexto político amplio, y no como un fin en sí misma. Esto supone reflexionar acerca de cuestiones más generales como:

- la preservación y salvaguardia del patrimonio cultural;
- el fomento de la diversidad cultural;
- el respeto a los derechos culturales;
- el fomento del desarrollo artístico y el intercambio cultural;
- las necesidades e intereses de las comunidades indígenas y tradicionales; y
- el fomento de la creatividad y la innovación basadas en la tradición como ingredientes del desarrollo económico sostenible.

### ¿Qué necesidades y expectativas tienen los custodios de las expresiones culturales tradicionales o del folclore?

Las comunidades indígenas y locales han apelado a diversas formas de protección, entre ellas:

- la protección de las producciones literarias y artísticas tradicionales frente a la reproducción, adaptación, distribución, ejecución o interpretación y otros actos similares no autorizados, así como para evitar los usos insultantes, despectivos u ofensivos cultural o espiritualmente;

- la protección de la artesanía, especialmente del “estilo”;
- evitar reivindicaciones falsas y engañosas de autenticidad u origen, o el no reconocimiento de la fuente; y
- la protección preventiva de signos y símbolos tradicionales.



Foto: Werner Wernliand

Artesanos e intérpretes tradicionales, provincia de Yunnan, China

Con relación a estos tipos de ejemplos, durante las misiones exploratorias y consultas llevadas a cabo por la OMPI desde 1998 se determinó que existen **tres enfoques** entre las comunidades indígenas y locales:

- **protección de la propiedad intelectual para favorecer el desarrollo económico:** algunas comunidades desean obtener y ejercer derechos de propiedad intelectual sobre sus creaciones e innovaciones basadas en la tradición de forma que puedan explotar comercialmente sus creaciones e innovaciones como contribución a su desarrollo económico.

- **protección de la propiedad intelectual para evitar usos no deseados por parte de otros:** las comunidades pueden desear obtener protección de la propiedad intelectual con el fin de ejercer activamente derechos de propiedad intelectual y evitar el uso y la comercialización de su patrimonio cultural y de sus expresiones culturales tradicionales por parte de otros, sin olvidar los usos culturalmente ofensivos o despectivos.

Estos dos enfoques suponen una “protección positiva”, es decir, obtener y afirmar los derechos sobre el material protegido. Por tanto, la protección positiva puede (i) servir de fundamento jurídico para cualquier arreglo comercial o de otro tipo que decidan establecer los titulares de las expresiones culturales tradicionales con otros partícipes, y (ii) impedir que terceros utilicen las expresiones culturales tradicionales de un modo no autorizado o inadecuado. Por el contrario, las estrategias preventivas tienen como fin evitar que otros obtengan o mantengan derechos de propiedad intelectual enfrentados. Pueden utilizarse conjuntamente diversas estrategias positivas y preventivas, dependiendo de lo que quieran conseguir los titulares o custodios de las expresiones culturales tradicionales. Un secreto de la comunidad o expresiones culturales tradicionales sagradas pueden protegerse preventivamente, en tanto que la artesanía puede protegerse positivamente como parte de la actividad comercial de una comunidad frente a imitaciones o falsificaciones.



Foto: World Wenzland



*Cun Fablao, diseñador de la provincia de Yunnan, China, obtuvo protección de diseño industrial para su servicio de té plateado tradicional*

## El papel del “dominio público”

Una parte integrante de la formulación de un marco normativo adecuado para considerar la protección de la propiedad intelectual y las expresiones culturales tradicionales es la clara comprensión del papel, los límites y las fronteras del denominado “dominio público”. El término “dominio público” se utiliza aquí para referirse a los elementos de la propiedad intelectual que no son susceptibles de registrarse como propiedad privada y cuyos contenidos tiene derecho a utilizar legítimamente cualquier persona. “Dominio público” en este contexto no significa lo mismo que “accesible públicamente”: por ejemplo, hay contenidos de Internet que están disponibles al público pero que no forman parte del “dominio público” desde el punto de vista del derecho de autor. A menudo, las comunidades indígenas y otras partes interesadas caracterizan el “dominio público” como algo que ha sido creado por el sistema de propiedad intelectual y que, por tanto, no respeta la protección de las expresiones culturales tradicionales que exigen el derecho consuetudinario y las leyes indígenas.

El debate sobre el tipo de protección adecuada se reduce a si deben realizarse cambios en los límites actuales entre el “dominio público” y el ámbito de la protección de la propiedad intelectual, y en su caso cómo cabría realizarlos. En otras palabras, ¿resulta adecuada la protección que existe hoy en día de la propiedad intelectual de creaciones, ejecuciones o interpretaciones contemporáneas basadas en la tradición? ¿Consigue ésta el equilibrio adecuado y satisface las necesidades de las comunidades tradicionales y de la población en general? ¿Ofrece el máximo de oportunidades para del desarrollo económico y de la creatividad? ¿O se necesita alguna forma nueva de protección para el material previo o que sirve de base?

Las respuestas a estas complejas preguntas son variadas. Algunos sostienen que el carácter de dominio público del folclore no impide su desarrollo. Por el contrario, alienta a los miembros de una comunidad a mantener vivo el “patrimonio cultural previo” al proteger el derecho de autor de los individuos de una comunidad cuando utilizan diversas expresiones de su “patrimonio cultural preexistente” en sus creaciones u obras actuales. Por otro lado, se pone en tela de juicio si debiera negarse la protección a todo material histórico por el simple hecho de que no es lo suficientemente reciente. Desde esta perspectiva, las creaciones nuevas se basan con frecuencia en antecedentes históricos y culturales prestados, y las comunidades culturales merecen ser reconocidas y beneficiarse de este tipo de uso de sus tradiciones.

### Tendencias y experiencias: el uso de contratos

En 1998, Moontide, empresa fabricante de trajes de baño de **Nueva Zelanda**, lanzó una nueva gama de trajes de baño para mujeres decorados con motivos *koru* del pueblo maorí entrelazados. La firma creó la línea de bañadores con un socio maorí, y negociaron el uso del motivo *koru* con uno de los miembros influyentes de la comunidad local. La utilización del elemento de diseño obedeció a dos factores: la viabilidad comercial y el respeto cultural. Parte de los ingresos derivados de las ventas se destinan a la familia (*hapu*) Pirirakau del pueblo Ngati Ranginui.

Fuente: Shand, Peter, “Scenes from the Colonial Catwalk: Cultural Appropriation, Intellectual Property Rights, and Fashion”, *Cultural Analysis*, Volumen 3, 2002.



Foto: M. Martínez Dozal

Mujeres Saami vestidas con traje típico



## Opciones jurídicas: tendencias y experiencias nacionales, regionales e internacionales

### Opciones jurídicas: tendencias y experiencias nacionales, regionales e internacionales

La experiencia acumulada hasta el momento en materia de protección de las expresiones culturales tradicionales ha puesto de manifiesto que no existe un patrón único o solución general que pueda adecuarse a todas las prioridades, contextos jurídicos y culturales y necesidades de las comunidades tradicionales de todos países. En su lugar, la protección efectiva puede encontrarse en un “menú” de opciones múltiples diferenciadas de protección, sustentadas posiblemente por un conjunto de objetivos y principios fundamentales comunes acordados internacionalmente.

Entre las diferentes opciones figuran los sistemas de propiedad intelectual que ya existen (incluida la competencia desleal), la adaptación de derechos de propiedad intelectual (aspectos *sui generis* de los sistemas de propiedad intelectual) y sistemas nuevos *sui generis* independientes, así como medidas no relacionadas con la propiedad intelectual, como la normativa sobre prácticas comerciales y etiquetado, el uso de contratos, normas y protocolos consuetudinarios e indígenas, la legislación y los programas sobre preservación del patrimonio cultural, las medidas de reparación previstas en el derecho consuetudinario con relación al enriquecimiento deshonesto, los derechos de publicidad, la blasfemia y el derecho penal.

En esta sección se presentan algunos ejemplos de resultados nacionales, regionales

e internacionales obtenidos hasta el momento con estas variadas opciones.

No obstante, en primer lugar cabe mencionar brevemente el primer paso fundamental, a saber, el establecimiento de objetivos.

#### Establecimiento de objetivos nacionales en materia política

La forma en que se configura y define un sistema de protección depende en gran medida de los objetivos que pretende lograr. Los países han expresado diversos objetivos en materia política que se encuentran en la base de la protección de las expresiones culturales tradicionales, entre los que figuran los siguientes:

- la creación de riqueza y de oportunidades comerciales, y el desarrollo económico sostenible;
- la preservación, promoción y desarrollo de las culturas tradicionales y del folclore;
- la prevención de la explotación no autorizada, del uso ilegítimo y del abuso de las expresiones culturales tradicionales o del folclore;
- el fomento del respeto a las culturas tradicionales y a las comunidades que las preservan;
- la salvaguardia de la identidad cultural y de los valores de las comunidades;
- la estimulación de la diversidad cultural.

## La legislación no es suficiente: dotación de medios y desarrollo institucional

Una de las principales lecciones extraídas hasta el momento de la labor que lleva a cabo la OMPI es que no es suficiente con disponer de normativas para la protección de las expresiones del folclore. La legislación debe conocerse, y las comunidades y personas que supuestamente deben beneficiarse de ésta deben poder conseguir, canalizar y ejercer con relativa facilidad los derechos que ésta contempla. Además, los servicios públicos deben ser capaces de prestar asistencia práctica a las comunidades, y los asesores jurídicos precisan de la información adecuada para aconsejar a sus clientes. Por consiguiente, para proteger de forma efectiva las expresiones del folclore se necesita una mayor concienciación y formación, así como asistencia jurídica e instituciones adecuadas que permitan a las comunidades gestionar sus derechos y hacer que se cumplan.

## Utilización de los derechos de propiedad intelectual existentes y de sus adaptaciones *sui generis*

### *Protección de producciones literarias y artísticas y de diseños*

Como se ha señalado anteriormente, una interpretación, adaptación, compilación o arreglo contemporáneos de material antiguo tradicional con frecuencia puede ser lo suficientemente original como para poderse considerar obra protegida por el derecho de autor. Además, en virtud del Artículo 15.4 del Convenio de Berna, las obras anónimas y las obras no publicadas (como sucede con gran

parte del folclore) pueden protegerse. Del mismo modo, los diseñadores tradicionales que trabajan en el marco de su patrimonio cultural pueden registrar sus diseños nuevos. Algunas denominaciones y símbolos tradicionales pueden protegerse como marcas.

Por otro lado, la protección de que puede gozarse actualmente en el ámbito internacional, al amparo del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), puede resultar de gran valor. Con frecuencia, los terceros que acceden al folclore y se apropian de éste lo hacen a través de su interpretación o ejecución tradicionales más recientes: por ejemplo, cuando se graba la interpretación de un canto tradicional, es la propia grabación lo



All rights reserved

*La artista indígena autora de esta conocida obra, basada en relatos tradicionales sobre la creación (mostrada a la izquierda) ganó una demanda por violación del derecho de autor al creador de la alfombra (mostrada a la derecha). Basándose en la existencia de un agravio cultural y espiritual, el tribunal concedió daños y perjuicios adicionales de los que se beneficiaría la comunidad en virtud de su ley consuetudinaria.*

*Autora: Banduk Marika. Todos los derechos reservados. La artista se reserva el derecho de autor sobre esta obra, la cual no puede reproducirse en forma alguna sin el consentimiento de la artista y del clan concernido.*



que permite a otros acceder a dicho canto, por lo que resulta fundamental determinar cómo se utiliza y distribuye ésta. Los países ratificadores del WPPT deben dar a los intérpretes o ejecutantes del folclore el derecho a autorizar el registro sonoro de su interpretación o ejecución, así como el derecho a autorizar determinadas operaciones comerciales con tales grabaciones.

A menudo se apela a la necesidad de proteger los derechos comunales; ¿qué posibilidades existen al respecto? De acuerdo con el sistema de derecho de autor, más de una persona puede erigirse en titular de los derechos de autor. Un grupo de personas, como una comunidad tradicional, pueden formar una asociación, fundación u otro tipo de entidad jurídica para hacerse titular de derechos de autor. Además, los tribunales están preparados para reconocer los intereses comunales en una obra sujeta al derecho de autor con el fin de conceder daños y perjuicios; por otro lado, los derechos de autor de una comunidad podrían ser objeto de una disposición *sui generis* contenida en la normativa sobre derecho de autor (por ejemplo, hay un país que está estudiando la posibilidad de otorgar a las comunidades el derecho a ejercer sus derechos morales para protegerlas ante el uso inadecuado, despectivo o irrespetuoso de material basado en la tradición sujeta a derecho de autor). Los estados también podrían proteger los intereses colectivos al conferir los derechos sobre el folclore a un organismo u oficina pública responsable de fomentar los intereses de las comunidades indígenas o tradicionales.

### ***Protección contra reivindicaciones falsas o engañosas de la autenticidad del origen***

Uno de los tipos de apropiaciones de que a menudo se quejan las comunidades indígenas y tradicionales es la práctica de reivindicar de forma falsa o de manera que induzca a error la autenticidad o el origen. Por ejemplo, un recuerdo turístico barato puede llevar una etiqueta en la que se indique falsamente que es “auténtico”, “fabricado por indígenas” u originario de una comunidad en particular. La legislación sobre

#### **Tendencias y experiencias: legislación sobre competencia y prácticas comerciales desleales**

A una **empresa de Australia** se le ha impedido que siga describiendo sus recuerdos turísticos pintados o tallados a mano como “aborígenes” o “auténticos” a menos que tenga razones para creer que los objetos han sido realizados por una persona aborígen. Se inició un proceso contra la empresa fundamentado en la legislación sobre competencia y prácticas comerciales desleales.

La **Ley de Artes y Oficios de los Indígenas de 1990 de los Estados Unidos** protege a los artesanos autóctonos norteamericanos garantizando la autenticidad de las manufacturas indias en virtud de la autoridad de una Junta de Artes y Oficios Indígenas. Esta 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, según los define la propia ley.

competencia desleal, así como la normativa sobre prácticas comerciales y etiquetado, son de utilidad a este respecto, como se ha demostrado en la práctica en varias ocasiones (véase el recuadro más adelante).

Además, los pueblos indígenas han registrado marcas de certificación para salvaguardar la autenticidad y la calidad de sus artes y oficios. En Australia, la Asociación de Defensa de las Artes Indígenas Nacionales (NIAAA) ha registrado marcas de certificación, y en Nueva Zelanda, el Consejo Maorí de Artes Creativas, *Te Waka Toi*, utiliza la protección de marcas por medio de la marca *Toi Iho*™ (fabricación maorí). (Puede ampliarse esta información en: <http://www.toiho.com>).



A menudo, las expresiones culturales tradicionales guardan un vínculo estrecho con una localidad determinada. Esto significa que las indicaciones geográficas también pueden servir para proteger las expresiones culturales tradicionales, en particular cuando se dan en forma de productos tangibles, como los objetos artesanales que tienen cualidades por razón de su origen geográfico; por ejemplo, el caso de los productos artesanales Olinalá de la región México que lleva ese nombre. Si bien la indicación geográfica protegida suele ser el nombre de la propia localidad, determinadas expresiones culturales tradicionales pueden protegerse

directamente como indicaciones geográficas, como es el caso de nombres, signos y símbolos indígenas o tradicionales.

A los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales les preocupa que empresas comerciales no autorizadas tomen sus vocablos, nombres, diseños, símbolos y otros signos distintivos y los utilicen y registren como marcas. Esta práctica puede cuestionarse en virtud de los principios generales que rigen la protección de marcas. Sin embargo, algunas autoridades, como sucede en la Comunidad Andina, Nueva Zelanda y los Estados Unidos, han modificado sus leyes a fin de reforzar la protección preventiva, al recoger explícitamente la prohibición del registro no autorizado de signos y símbolos indígenas como marcas.

### ***Protección ante usos vejatorios, despectivos u ofensivos***

Las expresiones culturales tradicionales a menudo encarnan cualidades espirituales y la mismísima identidad de una comunidad. Por consiguiente, el uso vejatorio, despectivo u ofensivo de expresiones culturales tradicionales puede convertirse en un motivo de preocupación fundamental. Evitar estos malos usos y fomentar el respeto por los valores culturales y espirituales puede ser el objetivo principal de protección de algunos países y algunas comunidades. De hecho, esta "protección preventiva" puede llegar a ser la forma más importante de protección que desean algunos estados y comunidades. Aparte de la legislación sobre blasfemia y de otros instrumentos que no guardan relación

con la propiedad intelectual, algunos estados están estudiando determinadas opciones basadas en la propiedad intelectual. Por ejemplo, un derecho moral de la comunidad, como se ha señalado anteriormente, podría permitir a las comunidades actuar frente a determinados usos de material cultural indígena, de forma muy similar al modo en que los derechos morales permiten a un autor oponerse a la distorsión, mutilación o cualquier otro uso despectivo de sus obras. Otra posibilidad es la creación de un registro donde las comunidades puedan registrar aquellas expresiones culturales tradicionales cuyo uso no debe permitirse debido a razones culturales y espirituales.

## Medidas y sistemas *sui generis*

Muchos países y varias organizaciones regionales han decidido proteger las expresiones culturales tradicionales a través de medidas *sui generis*. La mayoría lo ha hecho en el marco de su legislación en materia de derecho de autor, siguiendo en gran medida las Disposiciones Tipo de 1982. Otros han preferido establecer normas y sistemas independientes asimilables a los de propiedad intelectual, como por ejemplo los siguientes:

- la Ley sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 1997, de Filipinas;
- el Acuerdo de Bangui por el que se crea la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI), revisado en 1999;

### Tendencias y experiencias: sistemas *sui generis* particulares

En virtud del **Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura de 2002**, los “propietarios tradicionales” tienen el derecho a autorizar o impedir, entre otras cosas, la adaptación, transformación o modificación de las expresiones culturales tradicionales protegidas. Un usuario externo debe estar autorizado si quiere hacer una obra derivada (obra basada en una expresión cultural tradicional). Cualquier derecho de propiedad intelectual sobre obras derivadas recae sobre el autor de la obra; sin embargo, si la obra se utiliza con fines comerciales, el titular de los derechos debe repartir los beneficios con los propietarios tradicionales, reconocer la fuente de la expresión cultural tradicional y respetar los derechos morales sobre dichas expresiones.

### El 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



Una “mola” de Panamá.

Cortesía de Zuriñe Areta, Ginebra, Suiza

**Conocimientos Tradicionales de 2000, de Panamá**, establece un sistema de registro para las expresiones culturales tradicionales. Se ha creado un despacho especial dentro de la oficina de la propiedad intelectual del país encargada de aprobar las solicitudes y mantener el registro. Las formalidades que hay que seguir ante la oficina de la propiedad intelectual no requieren los servicios de un abogado y no existen tasas que graven las solicitudes.

- el 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 de 2000, de Panamá, y su correspondiente Decreto Ejecutivo de 2001; y
- el Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura de 2002.

### *Establecimiento de sistemas sui generis*

A la hora de crear un sistema *sui generis* para la protección de las expresiones culturales tradicionales, pueden tenerse en cuenta las cuestiones fundamentales siguientes:

- ¿Qué objetivos se persiguen con la protección?
- ¿Qué material debe protegerse?
- ¿Debe cumplir determinados requisitos (por ejemplo, no haber sido publicado) para protegerse?
- ¿Quién posee y gestiona los derechos?
- ¿Qué derechos se adquieren; y existen excepciones a esos derechos?
- ¿Existen procedimientos o formalidades para obtener los derechos?
- ¿Quién se ocupa de que se cumplan los derechos, y qué sanciones se aplican?
- ¿Qué vigencia tienen los derechos?
- ¿Es retrospectiva la protección? ¿Qué sucede si ya hay terceros que utilizan las expresiones culturales tradicionales?
- ¿Cómo pueden reconocerse los derechos en el extranjero?

### **Registro y catalogación de las expresiones culturales**

Muchas de las partes interesadas reclaman el registro y catalogación de las expresiones culturales tradicionales, así como la elaboración de inventarios, bases de datos y listas.

El registro y catalogación de material cultural desempeña una importante función en las estrategias de salvaguardia del patrimonio cultural y las culturas tradicionales.

Sin embargo, el registro o la catalogación de expresiones culturales tradicionales tiene consecuencias de cara a la protección de la propiedad intelectual que deben sopesarse cuidadosamente. Las expresiones culturales tradicionales son con frecuencia intangibles y se mantienen de forma oral. La exigencia de algún tipo de catalogación o registro previos con el fin de establecer los derechos de propiedad intelectual puede contradecir el carácter oral, inmaterial y “vivo” de muchas expresiones culturales tradicionales. Aparte de los costos que supone la catalogación y registro de las expresiones culturales tradicionales, los derechos de autor que recaen en la catalogación y registros puede que no recaigan sobre las propias comunidades en virtud de las leyes sobre derecho de autor, y, en cualquier caso, alcanzan solamente a las formas en que éstas han sido expresadas y no a los valores, significados y otras “ideas” connotadas por las expresiones culturales tradicionales. Por el contrario, la catalogación y los registros, especialmente si están disponibles en formato digital, hacen que las expresiones culturales tradicionales sean más accesibles, lo que puede socavar el empeño de las comunidades para protegerlas.



## Pasos prácticos para el establecimiento de orientaciones generales

### Pasos prácticos para el establecimiento de orientaciones generales

A partir de todo lo expuesto anteriormente, a continuación se recogen una serie de pasos que pueden ayudar a los responsables políticos a “manejarse” libremente y que ilustran las opciones disponibles:

- ➔ **Primer paso:** establecer los objetivos nacionales en materia política, teniendo en cuenta las necesidades de las comunidades titulares y custodias del folclore. ¿Guardan estos objetivos relación con la propiedad intelectual (o se ocupan más bien de otros objetivos políticos como la preservación del patrimonio cultural)? ¿Cuál va a ser el objeto de protección? ¿Ante qué tipo de actos se busca la protección? ¿Tiene la protección una orientación positiva o preventiva, o es combinación de ambas?
- ➔ **Segundo paso:** determinar qué opciones hay disponibles en los sistemas convencionales de protección intelectual, sin descartar la competencia desleal, así como qué posibilidades hay de adaptar o modificar elementos de la propiedad intelectual tal como existe.
- ➔ **Tercer paso:** analizar las opciones disponibles en los sistemas ajenos a la propiedad intelectual que tienen pertinencia para los objetivos deseados, como el patrimonio cultural, la legislación sobre protección del consumidor y comercialización y las normas indígenas y consuetudinarias.
- ➔ **Cuarto paso:** decidir si es necesario establecer un sistema independiente sui generis, o si los derechos existentes y las modificaciones a los mismos pueden satisfacer las necesidades que se han establecido para lograr un buen equilibrio. ¿Qué relación tendría un sistema sui generis con los sistemas convencionales de propiedad intelectual, en especial con respecto a materias que se solapan?
- ➔ **Quinto paso:** determinar qué medidas prácticas y operativas, instituciones y programas pueden necesitarse para facilitar el uso y la aplicación efectivos de las formas de protección que ya existen o que vayan a establecerse.
- ➔ **Sexto paso:** decidir cómo pueden relacionarse los sistemas nacionales para proporcionar protección regional e internacional mediante marcos jurídicos bilaterales, regionales o internacionales.



## De cara al futuro

La Secretaría de la OMPI sigue llevando a cabo, bajo petición, actividades de cooperación jurídico-técnicas para el establecimiento, consolidación e implantación efectiva de sistemas y medidas de protección jurídicas de las expresiones culturales tradicionales. Como parte de este programa, está elaborando una “Guía práctica” completa destinada a legisladores, responsables políticos, comunidades y otras partes interesadas, y está preparando también guías más adaptadas a otras partes interesadas como usuarios comerciales u organizaciones artesanales. Además, se está estudiando la elaboración de contratos tipo, códigos de conducta y directrices para que puedan ser utilizadas por los archivos de folclore, los museos y otras instituciones, de modo que les ayude a tratar los aspectos de propiedad intelectual de sus colecciones de patrimonio cultural.

En el plano político, la enorme cantidad de análisis jurídicos, ponencias nacionales y regionales, informes y otros materiales estudiados por el Comité de la OMPI ha permitido asentar unos sólidos cimientos para el desarrollo de legislación internacional. El Comité ha asumido la tarea de extraer esta interpretación práctica en forma de opciones políticas y legislativas precisas para mejorar la protección de las expresiones culturales tradicionales mediante la adaptación o ampliación de los sistemas convencionales de propiedad intelectual o mediante sistemas *sui generis* independientes. Está empezando a

materializarse una base común de principios fundamentales y de objetivos compartidos. Estas opciones políticas y legislativas podrían, en el caso de que así lo decidieran los Estados Miembros de la OMPI, constituir la base de recomendaciones, directrices, disposiciones tipo u otros instrumentos destinados a proteger nacional, regional e internacionalmente las expresiones culturales tradicionales.

Este avance en el plano jurídico se fundamentaría en la protección al folclore que ya proporcionan los tratados internacionales, y llevaría a una protección más efectiva de las expresiones culturales tradicionales al estar basada en un entendimiento colectivo más firme de los principios y objetivos comunes en materia de protección. Esto contribuiría a coordinar y consolidar las respuestas nacionales ante la preocupación por la falta de reconocimiento y de respeto al patrimonio cultural de las comunidades indígenas y tradicionales, y aseguraría que este patrimonio se utiliza de forma adecuada y equitativa, a la vez que permite el intercambio y la evolución.

## Lecturas complementarias

Este folleto está basado en muchos documentos, estudios y otros materiales preparados y consultados en el contexto de la labor de la OMPI, los cuales están disponibles en la Secretaría y en <http://www.wipo.int/tk/en/cultural/index.html>. A continuación figura una lista de los principales documentos que se han utilizado:

Secretaría de la OMPI, *“Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual. Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999)”*.

Secretaría de la OMPI, *“Análisis consolidado de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales”*; Documento de información N° 1.

Secretaría de la OMPI, *“Informe final sobre las experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore”* (Documento WIPO/GRTKF/IC/3/10).

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

Secretaría de la OMPI, *“Las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: opciones políticas y jurídicas”* (Documento WIPO/GRTKF/IC/6/3).

Janke, Terri, *“Cuidar la cultura: estudios de casos sobre propiedad intelectual y expresiones culturales tradicionales”*, preparado para la OMPI.

Kutty, P. V., *“National Experiences with the Protection of Expressions of Folklore/Traditional Cultural Expressions – India, Indonesia and the Philippines”*, preparado para la OMPI.

Centro de Comercio Internacional (UNCTAD/OMC) y Secretaría de la OMPI, *“Marketing Crafts and Visual Arts: the Role of Intellectual Property - A Practical Guide”*

