

Comentarios del Instituto Nacional de Derecho de Autor (INDAUTOR) al documento Analysis on the Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore’.

1.- Del análisis del documento se observa que éste en cumplimiento al mandato del Comité señala las obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional en relación con la protección de las expresiones culturales tradicionales /expresiones del folclore (ECT/EF); las lagunas que existen a nivel internacional con ejemplos específicos de los mismos; expone las consideraciones pertinentes para determinar si es posible colmar esas lagunas; señala que opciones existen o pueden perfilarse para hacer frente a cualquier carencia que se ha determinado, incluyendo las opciones jurídicas o de otra índole, sea a nivel internacional, regional o nacional. A este efecto incluyen una matriz correspondiente a cada uno de los temas supracitados.

2.- Del capítulo relativo a las definiciones de trabajo y otros elementos que sirven de base al análisis se señala que no existe una definición establecida o aceptada internacionalmente de expresión cultural tradicional o expresión de folclore en virtud de que existen varias definiciones en las legislaciones nacionales y regionales y en instrumentos internacionales y que el objetivo del documento no es proponer una única definición ni siquiera de que sea necesario formular una definición a nivel internacional, ya que se trata de una cuestión en la cual los participantes del Comité han expresado puntos de vista divergentes.

A la luz de lo anterior, el documento se concreta a aclarar que se entiende por expresión cultural tradicional ECT. Bajo este contexto, establece que las ECT son: i) productos de la actividad intelectual creadora, ii) han sido transmitidas de generación en generación, sea oralmente, sea por imitación, iii) reflejan la identidad social y cultural de una comunidad, iv) son creados por autores desconocidos y/o imposibles de localizar, o por comunidades, v) suelen ser creadas ante todo por motivos espirituales y religiosos, vi) evolucionan, se desarrollan y se recrean constantemente en la comunidad.

El análisis se centra en el examen de algunas ECT específicas que aparentemente son las más vulnerables al tipo de explotación de los sistemas de propiedad intelectual, examinando ejemplos concretos de apropiación ilícita o abusiva de las ECT, tales como la explotación de la música y canciones tradicionales, artes plásticas (pintura), instrumentos musicales tradicionales, diseños y estilos que se incluyen en las artesanías y otras artes creativas, las interpretaciones o ejecuciones de las ECT, las ECT sagradas o secretas, las grabaciones y la catalogación referente a las ECT y las palabras, los nombres y los símbolos indígenas.

A la luz de lo anterior el estudio se centra en ejemplos concretos que corresponden a: i) las producciones literarias y artísticas, como la música y las artes plásticas; ii) las interpretaciones y ejecuciones de las ECT; iii) las ECT secretas y; iv) los nombres, las palabras y los símbolos indígenas y tradicionales.

Al analizar las características generales de la protección de la propiedad intelectual, se señala que los sistemas de propiedad intelectual son diversos en naturaleza y en términos de política general a alcanzar. Al respecto se menciona que el derecho de autor es el derecho que tiene un autor de controlar la reproducción de sus creaciones intelectuales, pero que el derecho de autor no prevé un control perfecto, por el hecho de que está sujeto a varias excepciones y limitaciones destinadas a equilibrar las necesidades de proteger la creatividad y de divulgar la información.

La protección de la propiedad intelectual puede incluir derechos de propiedad como son los derechos patrimoniales donde los titulares pueden ejercer de forma positiva los derechos en sí, autorizar a otros a ejercerlos o impedir que otros lo hagan.

El documento señala que la protección del sistema de propiedad intelectual no incluye necesariamente la concesión de derechos de propiedad, por ejemplo, los derechos morales en virtud del derecho de autor permiten regular la forma en que se utiliza una obra, en lugar de disponer si es posible utilizarla o no, en algunos casos hasta después de que hayan expirado los derechos patrimoniales. Las licencias obligatorias (no voluntarias) en relación con el derecho de autor permiten de forma análoga regular la manera de utilizar una obra, así como el pago de una remuneración equitativa o de una "regalía razonable".

De acuerdo con el documento las formas de protección del sistema de propiedad intelectual más pertinentes para las ECT son el derecho de autor y los derechos conexos, en virtud de que muchas ECT son obras artísticas o literarias, así como interpretaciones o ejecuciones.

A pesar de que no existe un derecho internacional de propiedad intelectual como tal, los convenios y tratados sobre derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI proporcionan un marco internacional de principios y normas que los Estados que los han ratificado introducen en las respectivas legislaciones nacionales. Estos convenios y tratados internacionales prevén cierta flexibilidad en relación con diversas cuestiones, por lo que la legislación nacional puede diferir mucho de una jurisdicción a otra. En este sentido, en la práctica, la protección en materia de propiedad intelectual es una cuestión de la incumbencia de la legislación nacional.

Al analizar que se entiende por carencias o lagunas, el documento señala que la utilización del concepto carencia o laguna apunta a una necesidad social, cultural, económica que no se ha satisfecho. Indicar una necesidad no satisfecha como una carencia y sobre todo determinar si debe subsanarse es una cuestión que incumbe a los Estados miembros y respecto de la cual deben tomar una decisión.

El documento, determina las carencias relativas a: i) Las formas de protección que desean los Estados y las comunidades y; ii) las deficiencias técnicas específicas percibidas en el sistema de propiedad intelectual vigente en relación con las ECT.

Asimismo, establece como limitaciones técnicas específicas de los sistemas de propiedad intelectual más pertinentes para las ECT las siguientes: a) El requisito de originalidad, b) titularidad, c) Fijación, d) Plazo de protección, e) formalidades, f) excepciones y limitaciones y, g) protección preventiva.

El documento señala también las carencias que deben subsanarse respecto de las ECT y las carencias en la protección de que disponen las ECT y que son inherentes al sistema de propiedad intelectual y no específicas a las ECT como es el caso de las limitaciones y excepciones en virtud del derecho de autor.

Según el documento el sistema de propiedad intelectual no es un sistema que ejerce un control absoluto sobre la materia protegida especialmente los sistemas de derecho de autor que están sujetos a una amplia gama de excepciones y limitaciones.

En resumen el documento dispone que las producciones literarias y artísticas: música tradicional y artes plásticas podrían ser protegidas contra su uso no autorizado, sin embargo la carencia que se observa es que carecen de originalidad; las interpretaciones o ejecuciones de las ECT podrían ser protegidas por medidas preventivas contra usos vejatorios, despectivos y cultural y espiritualmente ofensivos de las ECT, no obstante se observa la carencia de la titularidad, la fijación, el plazo de protección, las formalidades y las limitaciones y excepciones.

De acuerdo con el documento, las producciones literarias y artísticas están generalmente protegidas por el derecho de autor que se prevé a nivel internacional en el Convenio de Berna de 1971, el Acuerdo sobre los ADPIC de 1994 y el WCT de 1996. Las colecciones, compilaciones y bases de datos de las ECT preexistentes o modernas están protegidas por el derecho de autor. En el Acuerdo sobre los ADPIC y el WCT queda claro que las compilaciones que no sean material protegido por el derecho de autor pueden estar protegidas como compilaciones y bases de datos en tanto que las grabaciones de las ECT tales como música están protegidas en virtud de la legislación relativa a los derechos conexos.

El documento dispone que en el caso de las obras protegidas por derecho de autor:

a) Los titulares del derecho de autor gozarán de derechos patrimoniales que les permitan autorizar o impedir los actos relacionados con la protección por derecho de autor, en particular la reproducción, la adaptación, la interpretación o ejecución públicas, la distribución y la comunicación al público.

b) Además, gozarán de los derechos morales relativos a la atribución de la paternidad y a la integridad de la obra.

c) Los derechos patrimoniales tendrán una duración de al menos 50 años tras la muerte del autor o del último autor sobreviviente en los casos de obras realizadas en colaboración. La duración precisa de la protección dependerá de

la legislación nacional. Por otra parte, los derechos morales pueden durar indefinidamente dependiendo asimismo, de la legislación nacional.

d) La fijación no es un requisito para la protección en virtud del derecho de autor a nivel internacional. El obstáculo de la fijación sólo es pertinente en aquellos países que han optado por exigir la fijación como un requisito a nivel nacional

Al respecto, cabe destacar que en el caso de México si se exige la fijación para la protección. El artículo 5° de la ley Federal del Derecho de Autor dispone que la protección que otorga la Ley se conceda a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión.

e) La protección por derecho de autores aplicable a las obras realizadas por más de un autor, a condición de que los autores sean identificables, o en los casos en que la entidad jurídica, es el titular del derecho de autor sobre las obras.

f) La protección por derecho de autor no está sujeta a ninguna formalidad.

g) la protección es aplicable a nivel internacional el virtud del Convenio de Berna de 1971 y el Acuerdo sobre los ADPIC de 1994. Como resultado, las ECT que puedan protegerse por derecho de autor son objeto de protección en los países extranjeros parte en esos instrumentos sobre la base del principio de trato nacional.

En el caso de las grabaciones de ECT protegidas como derechos conexos el documento establece que la protección que se confiere a las grabaciones sonoras de música tradicional se basa en la Convención de Roma de 1961, el Acuerdo sobre los ADPIC de 1994, y el WPPT, de 1996 en los que se aborda la cuestión de los derechos conexos. La protección conferida a las grabaciones sonoras otorga una protección indirecta a las ECT. También pueden beneficiarse en virtud del artículo 12 de la Convención de Roma y del artículo 15 del WPPT de 1996 de un derecho facultativo a una remuneración si se trata de grabaciones sonoras publicadas con fines comerciales.

Las interpretaciones o ejecuciones de ECT, por su parte, el documento señala que el WPPT de 1996, prevé la protección de los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes de expresiones del folclore. La protección prevista en el WPPT abarca los derechos morales, varios derechos patrimoniales exclusivos y el derecho facultativo a una remuneración equitativa en los casos en los que la interpretación o ejecución está grabada en una grabación sonora publicada con fines comerciales.

En resumen, cabe destacar que según el documento las interpretaciones y ejecuciones de las ECT están protegidas ampliamente en virtud de las leyes internacionales relativas a los derechos conexos. No obstante lo anterior, hay que tener presente que el WPPT no se refiere específicamente a las

interpretaciones o ejecuciones de ECT si no de las interpretaciones o ejecuciones en general.

No obstante lo anterior, el documento señala que existen carencias a nivel internacional entre los que destacan los siguientes:

En cuanto a las producciones literarias y artísticas las carencias son los requisitos de "originalidad", protección de estilo, titularidad, plazo de protección, excepciones y limitaciones, protección preventiva, titularidad de las grabaciones y de la catalogación. Por lo que respecta a las grabaciones y la catalogación de las ECT, en particular las interpretaciones o ejecuciones tradicionales, cabe destacar el inconveniente de que la protección a que se hace referencia anteriormente se confiere al productor que no necesita ser miembro de la comunidad en cuestión.

Respecto a las Interpretaciones y ejecuciones de ECT, como se indicó anteriormente, el documento señala que éstas están ampliamente protegidas en virtud de las normas internacionales en materia de derechos conexos en particular en el marco del WPPT de 1996, sin embargo, existen carencias de esa forma de protección tales como:

a) La protección está destinada a artistas intérpretes o ejecutantes de las ECT y no a la comunidad pertinente, especialmente cuando el artista intérprete o ejecutante no pertenece a esa comunidad.

b) Sólo las interpretaciones o ejecuciones sonoras o la parte sonora de una interpretación o ejecución audiovisual están protegidas en virtud del WPPT de 1996.

De acuerdo con el documento corresponderá a los participantes en el Comité tomar decisiones respecto si es necesario o no suplir las carencias detectadas. En este sentido, señala que algunas de esas carencias podrían ser subsanadas a nivel internacional mediante la elaboración de un instrumento internacional pertinente, mientras que otras podrían ser corregidas a nivel local, nacional o regional.

Posición de México

Al respecto, se considera pertinente que los participantes del Comité busquen la elaboración de un instrumento internacional pertinente que permita una adecuada protección de todas las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore (ECT/EF) que a la fecha no se encuentren protegidas y posteriormente que cada país subsane esas carencias a nivel nacional. Un aspecto que no hay que perder de vista es que si bien es cierto que determinados Convenios y tratados internacionales ya prevén la protección de las ECT no todos los países poseedores de ECT son miembros de dichos instrumentos jurídicos internacionales, de ahí la urgente necesidad de trabajar sobre un convenio o tratado internacional orientado a la protección de las ETC/EF.

Para ello, será necesario que los participantes del Comité trabajen en primer lugar sobre una definición de las ECT/EF que sea aceptada internacionalmente para determinar la materia que será objeto de protección, ya que si no se tiene una definición sobre lo que se pretende proteger, difícilmente se podrá avanzar en la elaboración de un instrumento jurídico internacional en la materia.

Asimismo, se estima de suma importancia analizar cómo se aborda la protección de las ECT/EF en otros convenios que no son administrados por la OMPI tales como la Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural e Inmaterial y la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, ambos suscritos en el marco de la UNESCO, a fin de observar cómo se complementan, con miras a aprovechar los avances ya registrados en otros foros y evitar así la duplicación de acciones y, por ende, aprovechar mejor los recursos humanos y financieros con que cuenta cada foro internacional.

El documento señala, entre otros aspectos, que corresponde a los Estados tomar la decisión de promulgar una ley especial independiente, relativa a la protección de las ECT y destinadas a subsanar las carencias detectadas en el marco del derecho de propiedad intelectual. En este punto habría que tener presente que la Ley Federal del Derecho de Autor ya prevé una protección especial para la protección de la Cultura popular, aunque un poco limitada porque no prevé lo que el documento llama derechos de propiedad, es decir, derechos patrimoniales, donde los titulares pueden ejercer de forma positiva los derechos en sí, autorizando a otros a ejercerlos o impedir que otros lo hagan.

El documento establece también que el derecho de participación podría utilizarse como mecanismo de participación en los beneficios con objeto de encausar los procedimientos, a partir de la venta en subastas de obras de arte indígenas, hacia los artistas y sus comunidades.

La desventaja que se observa aquí es que en el caso de México por ejemplo, el artículo 92bis de la Ley Federal del Derecho de Autor dispone que los autores de obras de artes plásticas tendrán derecho de percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento comercial, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil, con excepción de las obras de arte aplicado:

“I...

...II. El derecho establecido en este artículo es irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión mortis causa y se extinguirá transcurridos cien años a partir de la muerte o de la declaración de fallecimiento del autor.

III. Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, o agentes mercantiles que hayan intervenido en la reventa deberán notificarla a la sociedad de gestión colectiva correspondiente o, en su caso, al autor o sus derechos-habientes en el plazo de dos meses...”

Como puede observarse este derecho no podría aplicarse a muchas ECT, en virtud de que varias de éstas no tienen un autor o autores identificables, debido

a que éstas son creadas y conservadas por la comunidad y a que los creadores son desconocidos o imposibles de localizar, lo cual plantea un problema o una carencia.