

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

PROYECTO

ANÁLISIS DE LAS CARENCIAS EN LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES  
CULTURALES TRADICIONALES/EXPRESIONES DEL FOLCLORE

*Documento preparado por la Secretaría*

En su duodécima sesión, celebrada del 25 al 29 de febrero de 2008, el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore decidió pedir a la Secretaría de la OMPI que preparara un proyecto de documento centrado en el análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore. De conformidad con la decisión del Comité, los participantes en el Comité tendrían la oportunidad de formular observaciones hasta el 30 de junio de 2008, tras lo cual se publicaría un proyecto final del documento a más tardar el 15 de agosto de 2008 que se sometería a la consideración del Comité en su decimotercera sesión. El presente documento es el proyecto a que se hace referencia. Las observaciones sobre este proyecto preliminar se comunicarán a la Secretaría antes del 30 de junio de 2008. El análisis de las carencias, con las modificaciones y adiciones pertinentes, se distribuirá ulteriormente como documento WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) para que los Estados miembros y los observadores lo examinen en la decimotercera sesión del Comité, que se celebrará del 3 al 17 de octubre de 2008. Se insta a los participantes en el Comité a que presenten sus observaciones por correo electrónico a [grtkf@wipo.int](mailto:grtkf@wipo.int)

## ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	4
II.	REFERENCIAS Y OTRA DOCUMENTACIÓN UTILIZADA PARA LA PREPARACIÓN DEL PRESENTE ANÁLISIS .....	5
III.	DEFINICIONES DE TRABAJO Y OTROS ELEMENTOS QUE SIRVEN DE BASE AL ANÁLISIS .....	5
	Expresiones culturales tradicionales .....	5
	Características de las ECT.....	6
	Formas de ECT.....	6
	El significado de “protección” .....	7
	Características generales de la protección de la propiedad intelectual .....	7
	Las formas de protección del sistema de P.I. más pertinentes para las ECT .....	8
	Convenios y tratados internacionales en materia de P.I. pertinentes .....	8
	“Protección” y no “salvaguardia”, “preservación” o “promoción” .....	8
	Objetivos en relación con la protección de las ECT .....	9
	Formas específicas de protección que se desean para las ECT .....	9
	Que se entiende por “carencias”.....	10
	Carencias que no se abordan directamente .....	12
	Resumen.....	13
IV.	ANÁLISIS.....	14
	A. Obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional para la protección de las ECT/EF .....	14
	Producciones literarias y artísticas .....	14
	Interpretaciones o ejecuciones de ECT .....	17
	Diseños.....	18
	Las ECT secretas.....	18
	Nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales.....	19
	B. Carencias que existen a nivel internacional, y presentación de ejemplos al respecto..	19
	Producciones literarias y artísticas .....	19
	Interpretaciones y ejecuciones de las ECT.....	22
	Diseños.....	23
	ETC secretas.....	23
	Nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales.....	24
	C. Consideraciones importantes para determinar si es necesario suplir esas carencias....	24
	Necesidad de subsanar carencias a nivel local, nacional, regional e internacional.....	24
	Medidas a nivel legislativo, práctico y mediante creación de capacidad.....	25
	Entorno jurídico y normativo .....	25
	Cuestiones de política general.....	25
	Objetivos sociales, culturales y económicos .....	26
	Cuestiones técnicas y jurídicas específicas .....	26
	Cuestiones operativas: gestión y cumplimiento de los derechos .....	27
	D. Opciones que ya existen o que pueden adoptarse para hacer frente a las carencias detectadas, incluidas las opciones jurídicas y de otra índole, a nivel internacional, regional o nacional .....	27
	Producciones literarias y artísticas .....	28
	Reconocimiento judicial de los derechos e intereses comunitarios sobre la base de la equidad .....	28
	Derechos morales comunitarios .....	28
	Aclaración del ámbito de aplicación del artículo 15.4) del Convenio de Berna.....	28

<i>Domaine public payant</i> .....	29
Obras huérfanas .....	29
Derecho de participación.....	30
Utilización de los principios relativos a la competencia desleal para combatir la apropiación indebida de la reputación asociada a las ECT (“estilo”) .....	30
Obras derivadas y protección preventiva de las producciones literarias y artísticas ...	31
Protocolos, códigos de conducta, contratos y otros instrumentos prácticos .....	32
Registros y bases de datos .....	33
Gestión colectiva .....	33
Interpretaciones y ejecuciones de ECT .....	33
Diseños .....	34
ECT Secretas .....	34
Nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales.....	34

## I. INTRODUCCIÓN

1. En su duodécima sesión celebrada en febrero de 2008, el Comité Intergubernamental (CIG) decidió lo siguiente en relación con las ECT:

“... la Secretaría preparará, teniendo en cuenta la labor anterior del CIG, como documento de trabajo para la próxima sesión del CIG, un documento en el que:

- a) se señalarán las obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional en relación con la protección de las ECT/EF;
- b) se señalarán las lagunas que existan a nivel internacional, y se aclararán, en la medida de lo posible, con ejemplos específicos;
- c) se expondrán las consideraciones pertinentes para determinar si es posible colmar esas lagunas;
- d) se señalará qué opciones existen o puedan perfilarse para hacer frente a cualquier carencia que se haya determinado, incluidas las opciones jurídicas o de otra índole, sea a nivel internacional, regional o nacional;
- e) se adjuntará un anexo con una matriz correspondiente a los temas a los que se hace referencia en los apartados a) y d) *supra*.

La Secretaría hará explícitas las definiciones de trabajo y demás bases sobre las cuales realiza su análisis.

La Secretaría distribuirá ese documento en forma de proyecto antes del 31 de mayo de 2008. Los participantes en el Comité tendrán la oportunidad de formular comentarios sobre el proyecto antes del 30 de junio de 2008, tras lo cual se publicará un proyecto final del documento a más tardar el 15 de agosto de 2008 para que sea examinado por el Comité en su decimotercera sesión.”

2. En general, la labor del Comité sobre las ECT se lleva a cabo actualmente en el marco de dos actividades conexas y complementarias, a saber:

i) el examen de una lista convenida de cuestiones relativas a la protección de las ECT/EF, y

ii) el examen del proyecto de una serie de “objetivos y principios revisados para la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore” (“objetivos y principios”).

3. Los documentos relativos a estas dos actividades están a disposición de los participantes en la presente sesión del Comité, en particular los documentos WIPO/GRTKF/IC/12/4(a), WIPO/GRTKF/IC/12/4(b), WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) y WIPO/GRTKF/IC/12/6.

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

4. La mayor parte de la información que figura en el presente documento se ha sacado de los documentos del CIG<sup>1</sup> y de otras publicaciones y documentación publicadas anteriormente a efectos de la labor del CIG<sup>2</sup>. Se destaca, en particular, el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3. Estos documentos y documentación pueden consultarse en el sitio Web de la OMPI: <http://www.wipo.int/tk/en/folklore/>. También se han consultado otras publicaciones y artículos<sup>3</sup>.

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

### Expresiones culturales tradicionales

5. No existe una definición establecida o aceptada internacionalmente de “expresión cultural tradicional” o “expresión del folclore” (una y otra expresiones se utilizarán indistintamente en el documento y se abreviarán con la sigla “ECT”). Ahora bien, cabe señalar que existen muchas definiciones<sup>4</sup> en las legislaciones nacionales y regionales y en instrumentos internacionales. En el proyecto de disposiciones que examina actualmente el CIG (“Proyecto de disposiciones sobre las ECT”) también figura un proyecto de definición de las ECT<sup>5</sup>. Definir la materia protegida es desde hace tiempo uno de los mayores desafíos de la protección de las ECT. La definición de las ECT puede determinar el alcance y la forma de la protección conferida por los derechos de P.I.

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

---

<sup>1</sup> WIPO/GRTKF/IC/3/10; WIPO/GRTKF/IC/5/3; WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3; WIPO/GRTKF/IC/6/3 y 6/3 Add.; WIPO/GRTKF/IC/7/3; WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4; WIPO/GRTKF/IC/11/4(a), (a) Add. y (a) Add. 2; WIPO/GRTKF/IC/11/4(b); WIPO/GRTKF/IC/12/4(a), (b) y (c).

<sup>2</sup> OMPI: Análisis consolidado de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales, 2004. Janke, “*Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*”, OMPI, 2003; Kuty, “*National Experiences with the Protection of Expressions of Folklore/Traditional Cultural Expressions – India, Indonesia, the Philippines*”, OMPI, 2004.

<sup>3</sup> McDonald, I., “*Protecting Indigenous Intellectual Property*” (Consejo de Derecho de Autor de Australia, Sydney, 1997, 1998); Palethorpe y Verhulst, “*Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law*” (estudio encomendado por la Comisión Europea), octubre de 2000; “*Protecting Traditional Cultural Expressions: Policy Issues and Considerations from a Copyright Perspective*”, documento normativo de Canadian Heritage, 2004; Lucas-Schloetter, ‘Folclore’ en von Lewinski, S. (encargado de la publicación), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, 2004.

<sup>4</sup> WIPO/GRTKF/IC/3/9; WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4. Véase también la base de datos sobre leyes en <http://www.wipo.int/tk/en/laws/folklore.html>

<sup>5</sup> WIPO/GRTKF/IC/12/4(c), artículo 1.

### *Características de las ECT*

7. Las características específicas de las ECT se han examinado exhaustivamente en documentos y documentación anteriores<sup>6</sup>.

8. A efectos del presente análisis, cabe recordar dos cuestiones importantes. En primer lugar, las ECT pueden incluir materiales antiguos o preexistentes elaborados en algún momento por “autores desconocidos”, así como expresiones más recientes y contemporáneas de culturas tradicionales, con un sinnúmero de adaptaciones, imitaciones, revitalizaciones y recreaciones que han tenido lugar de forma progresiva y evolutiva. Por lo tanto, puede hacerse una distinción entre las ECT preexistentes (quizás las “ECT *stricto sensu*”) y las interpretaciones y adaptaciones modernas. En segundo lugar, mientras que la creatividad tradicional es una interacción dinámica entre la creatividad colectiva y la creatividad individual, la característica que define a las creaciones “tradicionales” es que se identifican con una tradición viva y una comunidad que aún mantiene esa tradición y la practica. Aunque una persona haya elaborado una creación basada en la tradición en el marco de su propio contexto habitual, la creación no le “pertenece” sino que corresponde al sentido compartido de responsabilidad, identidad y custodia comunitarias. Esto es lo que indica el carácter “tradicional” de una creación. Las ECT pueden haber tenido un autor en algún momento de su evolución, pero ese autor es actualmente desconocido o imposible de localizar.

9. En resumen, las ECT son, en general, 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) consisten en elementos característicos del patrimonio de una comunidad, v) son creados por autores desconocidos y/o imposibles de localizar, o por comunidades, vi) suelen ser creadas ante todo por motivos espirituales y religiosos, y vii) evolucionan, se desarrollan y se recrean constantemente en la comunidad.

### *Formas de ECT*

10. Las ECT pueden incluir una amplia variedad de formas tangibles, intangibles y combinadas de expresión creativa. La descripción en el proyecto de disposiciones sobre las ECT contiene una lista no exhaustiva de más de 35 expresiones agrupadas en cuatro categorías<sup>7</sup>.

11. Ahora bien, se propone que este análisis sea lo más concreto posible centrándolo en el examen de algunas ECT específicas que parecen ser las más vulnerables al tipo de explotación del sistema de P.I. Se ha seleccionado la documentación anterior pertinente y se han examinado ejemplos concretos de apropiación ilícita o abusiva de los ECT<sup>8</sup>. Estos ejemplos se refieren a la explotación de música y canciones tradicionales, artes plásticas (en particular la 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.

---

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

<sup>7</sup> WIPO/GRTKF/IC/12/4(c), artículo 1,

<sup>8</sup> WIPO/GRTKF/IC/5/3, “Análisis consolidado de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales”.

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

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

- i) las producciones literarias y artísticas, como la música y las artes plásticas;
- ii) las interpretaciones y ejecuciones de las ECT;
- iii) los diseños en las artesanías y otras artes creativas;
- iv) las ECT secretas; y
- v) los nombres, las palabras y los símbolos indígenas y tradicionales.

14. La tercera categoría relativa al método de fabricación de las ECT, como es el caso de las artesanías, los instrumentos musicales y los textiles, se refiere, sobre todo, a lo que se denomina “conocimientos tradicionales” *stricto sensu* (CC.TT.) a efectos de los trabajos del Comité. Esta categoría se aborda de forma coordinada y complementaria en el documento WIPO/GRTKF/IC/13/5.

### Significado de “protección”

#### *Características generales de la protección de la propiedad intelectual*

15. Por “protección” en la decisión del CIG mencionada *supra* se entiende la protección en el sentido del sistema de P.I. (a veces se utiliza la expresión “protección jurídica”), o sea, la protección de la creatividad intelectual y de la innovación contra su utilización no autorizada.

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

17. La protección de la Propiedad Intelectual puede incluir derechos de propiedad. Cuando existen derechos de propiedad, como los derechos patrimoniales, los titulares pueden ejercer de forma positiva los derechos en sí, autorizar a otros a ejercerlos (por ejemplo, el derecho puede ser objeto de licencia), y/o a impedir que otros lo hagan.

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

*Las formas de protección del sistema de P.I. más pertinentes para las ECT*

19. Como muchas ECT son obras artísticas o literarias así como interpretaciones o ejecuciones, los sistemas de P.I. más pertinentes para las ECT son el derecho de autor y los derechos conexos. En documentos anteriores se establecen los principios básicos del derecho de autor y de los derechos conexos y se aplican a las ECT<sup>9</sup>. Los diseños tradicionales son susceptibles de protección como diseños industriales. Por lo que respecta a los nombres, los signos y los símbolos, los sistemas de P.I. que protegen las marcas y las indicaciones, así como las normativas relativas a la competencia desleal, son los más pertinentes.

*Convenios y tratados internacionales en materia de P.I. pertinentes*

20. No existe un derecho internacional de P.I. como tal. Ahora bien, los convenios y tratados internacionales sobre derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI proporcionan un marco internacional de principios y normas que los Estados que los han ratificado introducen en las respectivas legislaciones nacionales. Los convenios y los tratados internacionales prevén cierta flexibilidad en relación con diversas cuestiones, por lo que la legislación nacional puede diferir mucho de una jurisdicción a otra. Así pues, en la práctica, la protección en materia de P.I. es una cuestión de la incumbencia de la legislación nacional.

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

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

*“Protección” y no “salvaguardia”, “preservación” o “promoción”*

22. En este sentido, la “protección” en materia de P.I. puede distinguirse de “salvaguardia” o “preservación” del patrimonio cultural, que se refiere generalmente a la identificación, la catalogación, la transmisión, la revitalización y la promoción del patrimonio cultural tangible o intangible para garantizar su mantenimiento y viabilidad. Aunque los instrumentos y los programas destinados a la preservación y el fomento de las ECT como tales son valiosos y complementan la protección de las mismas, esa preservación y ese fomento no están en el centro de la labor del CIG y, por lo tanto, tampoco son el centro del presente análisis. La

---

<sup>9</sup> WIPO/GRTKF/IC/6/3.

legislación y los programas del sistema de P.I. relativos a la salvaguardia y la promoción del patrimonio vivo pueden desempeñar una útil función a la hora de complementar las leyes relativas a la protección en materia de P.I.

*Objetivos en relación con la protección de las ECT*

23. En documentos anteriores se han citado diversos objetivos determinados por los Estados y las comunidades en relación con las ECT<sup>10</sup>, y el Proyecto de Disposiciones sobre las ECT contiene una serie de propuestas de objetivos. Como ya se ha señalado, algunos son objetivos generales mientras que otros están directamente relacionados con el sistema de P.I. y la protección de las ECT. Además, los textos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituyen un punto de referencia a la hora de determinar las necesidades y las aspiraciones de los pueblos indígenas.

24. Con objeto de delimitar debidamente el presente análisis, y de conformidad con el ámbito de competencia y el mandato del CIG, se propone que el centro de estudio sean los objetivos que están relacionados específicamente con la protección de las ECT mediante el sistema de P.I.

25. Los participantes en el CIG han mencionado varios objetivos económicos y no económicos en relación con el sistema de P.I. y las ECT, a saber:

- i) la protección en materia de P.I. para apoyar el desarrollo económico: algunas comunidades desean reivindicar y ejercer los derechos de P.I. sobre sus ECT para poder explotarlas comercialmente y contribuir a su desarrollo económico;
- ii) la protección en materia de P.I. para impedir todo uso indeseado por un tercero: algunas comunidades desean reivindicar derechos de P.I. sobre sus ECT para impedir la utilización y la comercialización de sus ECT por terceros, en particular una utilización que pueda ser ofensiva o degradante desde el punto de vista cultural; y,
- iii) la protección contra la adquisición de derechos de P.I.: las comunidades también están interesadas en impedir a terceros adquirir o mantener derechos de P.I. sobre las ECT y sobre las obras derivadas o las adaptaciones de las mismas. Ello supone el recurso a mecanismos preventivos a fin de bloquear o impedir los derechos de P.I. de terceros que se consideren perjudiciales para los intereses de la comunidad.

*Formas específicas de protección que se desean para las ECT*

26. Los modos de explotar las diferentes formas de ECT varían en las distintas partes del mundo. Documentos anteriores del Comité presentaron ejemplos de la clase de apropiaciones de las expresiones culturales a las que las comunidades indígenas prestan particular atención<sup>11</sup>.

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

---

<sup>10</sup> WIPO/GRTKF/IC/6/3.

<sup>11</sup> WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

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

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

29. Por lo que respecta a la protección preventiva de las ECT, se propone que la labor se centre específicamente en las demandas de protección contra i) el ejercicio del derecho de autor sobre obras derivadas de las ECT, y ii) la adquisición de protección mediante marcas respecto de los nombres, las palabras y los símbolos indígenas y tradicionales. El posible uso de mecanismos de clasificación de patentes para facilitar la búsqueda de documentos de patente en relación con las ECT que guardan relación con las invenciones reivindicadas se examinó en el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3 Add. El uso de esos mecanismos de clasificación podría ayudar a incluir los documentos de patente pertinentes para las ECT en el “estado de la técnica”, permitiendo su consulta, y reduciendo así el riesgo de que se otorguen patentes directa o indirectamente para ECT que ya han sido divulgadas.

#### Que se entiende por “carencias”

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

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

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

- i) las formas de protección que desean los Estados y las comunidades (a que se hace referencia *supra*); y/o
- ii) las deficiencias técnicas específicas percibidas en el sistema de P.I. vigente en relación con las ECT. En cuestionarios cumplimentados anteriormente y en otros documentos y materiales preparados a efectos del CIG se ha hecho referencia a esas deficiencias y se han examinado exhaustivamente<sup>12</sup>.

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

- a) *El requisito de “originalidad”*: el derecho de autor protege exclusivamente las obras “originales”; sin embargo, muchas producciones literarias y artísticas tradicionales no son “originales”. Del mismo modo, los diseños tradicionales no son “nuevos” ni “originales” para ser susceptibles de la protección de los diseños industriales. Por otra parte, las adaptaciones de las ECT pueden estar protegidas como obras y diseños “originales” protegidos por derecho de autor, por lo que es necesaria la “protección preventiva” (véase *infra*);
- b) *Titularidad*: la protección del derecho de autor y de los diseños industriales requiere la identificación de un creador o de creadores conocidos. Es difícil, cuando no imposible, identificar a los creadores de las ECT debido a que las ECT son creadas y conservadas por la comunidad y a que los creadores son simplemente desconocidos o imposibles de localizar;
- c) *Fijación*: el requisito de fijación en muchas legislaciones nacionales en materia de derecho de autor impide la protección de expresiones intangibles y orales de la cultura, como las danzas y las canciones, a menos que estén fijadas en algún tipo de soporte. Puede ocurrir incluso que determinadas expresiones “fijadas” no reúnan el requisito de fijación necesario, como la pintura facial y corporal, y las esculturas de arena. Ahora bien, por otra parte, los derechos sobre las grabaciones y la catalogación de las ECT se confieren a las personas responsables de esos actos de fijación, como los etnomusicólogos, los especialistas del folclore y otros investigadores, y no a los custodios de las ECT;
- d) *Plazo de protección*: se considera que el plazo de protección en el marco del derecho de autor, los derechos conexos y los diseños industriales no es adecuado para las ECT. En primer lugar, no atiende a la necesidad de proteger las ECT a perpetuidad. Por otra parte, un plazo de protección limitado requiere ciertamente que se conozca la fecha de creación de la obra o la primera publicación, lo que generalmente no es posible respecto de las ECT;
- e) *Formalidades*: aunque no existen formalidades en el caso del derecho de autor y los derechos conexos, se prevén requisitos de registro y renovación en el caso de la protección de los diseños industriales y las marcas. Se ha dicho que esos requisitos pueden ser obstáculos para la utilización de esos sistemas de P.I. por las comunidades indígenas y tradicionales;
- f) *Excepciones y limitaciones*: aparte de la cuestión del plazo de protección limitado previsto en la mayoría de las formas del sistema de P.I. (lo que en sí es una

---

<sup>12</sup> Por ejemplo: WIPO/GRTKF/IC/1/5; WIPO/GRTKF/IC/3/11.; WIPO/GRTKF/IC/5/3; WIPO/GRTKF/IC/6/3.

limitación), se ha aducido que otras excepciones y limitaciones que generalmente se prevén en las legislaciones en materia de P.I. no son convenientes en el caso de las ECT. Por ejemplo, las excepciones que se prevén habitualmente en el ámbito del derecho de autor en virtud de las cuales una escultura u obra de artesanía artística expuesta con carácter permanente en un lugar público puede ser reproducida en fotografías, dibujos y por otros medios sin autorización pueden ofender la sensibilidad indígena y socavar los derechos consuetudinarios en virtud de las leyes y los protocolos pertinentes. De mismo modo, en las legislaciones nacionales relativas al derecho de autor se suele autorizar a los servicios de archivos, las bibliotecas y otras instituciones públicas a realizar reproducciones de obras y a ponerlas a disposición del público. Estas excepciones y limitaciones han sido objeto de críticas por las comunidades indígenas y tradicionales;

- g) *Protección preventiva*: los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales están preocupados por el hecho de que empresas o personas que no pertenecen a esas comunidades imitan o copian sus ECT o los utilizan como fuente de inspiración y adquieren derechos de P.I. sobre sus obras derivadas, marcas u otras producciones. Por ejemplo, algunas comunidades han expresado su preocupación respecto de la utilización en el comercio de palabras, nombres, diseños, símbolos y otros signos distintivos indígenas por terceros, y de su registro como marcas. Además, las legislaciones tanto de derecho de autor como de diseños industriales no protegen el “estilo” de las obras literarias y artísticas ni el de los diseños, respectivamente.

#### *Carencias que no se abordan directamente*

34. *Divergencias conceptuales*: La propuesta de centrar la atención en estas deficiencias específicas y técnicas que se perciben en los sistemas de P.I. vigentes no pretende desviar la atención de las divergencias conceptuales más profundas entre las aspiraciones y las perspectivas de los pueblos indígenas y el sistema convencional de P.I. Los participantes indígenas han expresado claramente en el Comité y en otras instancias sus dudas respecto de que el sistema convencional de P.I. sea capaz de atender a sus necesidades fundamentales. Por ejemplo, se ha dicho que la propia concepción de “titularidad” en el marco del sistema convencional de P.I. es incompatible con las nociones de responsabilidad y de custodia en virtud de las leyes y los sistemas consuetudinarios. Aunque el derecho de autor confiere derechos de propiedad exclusivos a particulares, los autores indígenas están sometidos a normas, reglamentos y responsabilidades complejos, más próximos a los derechos de utilización y de gestión que son comunitarios por naturaleza<sup>13</sup>.

35. En el presente análisis no es posible abordar de forma exhaustiva esas diferencias más fundamentales y mucho menos ofrecer soluciones. El sistema de derecho de autor tiene fundamentalmente como objetivo permitir la explotación comercial de obras creativas de forma tan justa y equilibrada como sea posible. Por otra parte, muchas ECT son creadas en primer lugar para objetivos espirituales y religiosos y no llegan a un público tan amplio como sería posible. Como se ha expresado anteriormente en el Comité<sup>14</sup>, las necesidades de las comunidades indígenas respecto de sus ECT a las que no se pueda atender en el marco del sistema de P.I. (incluso si se adaptara ese sistema para responder a las deficiencias de índole más técnica), quizás podrían satisfacerse mediante la utilización de otros mecanismos que no corresponden al sistema de P.I., como las normas relativas a la blasfemia, los derechos

<sup>13</sup> Véase WIPO/GRTKF/IC/3/11, página 3; McDonald, pág. 45.

<sup>14</sup> WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

culturales, la dignidad, la preservación del patrimonio cultural, la difamación, los derechos a la propia imagen y a la vida privada.

36. *Divergencias operativas:* En segundo lugar, los trabajos exploratorios emprendidos por la OMPI al comenzar este programa de trabajo en 1998 y 1999<sup>15</sup> ponen de relieve que entre los obstáculos que impiden el uso efectivo de los instrumentos del sistema de P.I. por las comunidades indígenas y locales cabe mencionar, quizás como lo más importante, los obstáculos operativos y prácticos, como es el caso de la dificultad de acceder a un asesoramiento jurídico competente y a medios de financiación para adquirir derechos sobre sus TCE y hacerlos valer. Janke en los estudios encomendados por la OMPI se refiere a esos obstáculos operativos, por ejemplo, en su capítulo sobre el uso de marcas comerciales para proteger las expresiones culturales tradicionales. Se han formulado muchas propuestas sobre la forma de salvar esos obstáculos, incluida la utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias<sup>16</sup>. Los obstáculos operativos no corresponden al centro de atención de este análisis.

37. *ECT compartidas:* En tercer lugar, un problema importante y recurrente respecto de la protección de las ECT se plantea cuando la titularidad de las ECT que es compartida por más de una comunidad se ejerce en un mismo territorio nacional o en territorios diferentes. Entre las opciones para resolver este problema cabe mencionar la cotitularidad de los derechos o la posibilidad de que las comunidades presenten por separado solicitudes (suponiendo que sea necesaria una cierta forma de solicitud) de derechos sobre una misma ECT o sobre ECT similares, y que los ejerzan por separado. Otra solución posible consiste en conferir esos derechos al Estado o a un organismo público. Por otra parte, las organizaciones regionales y los mecanismos en vigor pueden contribuir a la solución de la cuestión del “folclore regional”.

38. *Carencias inherentes a los sistemas de P.I.:* Por último, se intenta poner de relieve tanto i) las carencias que deben subsanarse respecto de las ECT como ii) las carencias en la protección de que disponen las ECT y que son inherentes al sistema de P.I. y no específicas de las ECT (como es el caso de las limitaciones y excepciones en virtud del derecho de autor). El sistema de P.I. no es un sistema que ejerce un control absoluto sobre la materia protegida, especialmente los sistemas de derecho de autor y derechos conexos que están sujetos a una amplia gama de excepciones y limitaciones. Aunque el presente análisis se centra en las carencias que se deben a las cualidades específicas y a las características de las ECT, también se señalan otras carencias más generales.

## Resumen

39. En el cuadro a continuación se resume la estructura del presente análisis como se sugiere *supra*. Se ha adoptado este enfoque metódico para facilitar la preparación y la lectura del análisis. Sin embargo, en la práctica, no es muy común que los problemas se presenten de forma tan “neta”. Por otra parte, las ECT suelen estar estrechamente vinculadas a formas de CC.TT. (véase el documento WIPO/GRTKF/IC/13/5). Así pues, el enfoque que se ha adoptado es, en cierto sentido, artificial si se compara con lo que ocurre en la práctica. Sin embargo, como se ha dicho, se piensa que un enfoque más o menos estructurado y metódico puede facilitar los debates en el CIG así como la toma de decisiones

---

<sup>15</sup> OMPI, Informe sobre las misiones exploratorias; WIPO/GRTKF/IC/3/10 y WIPO/GRTKF/IC/5/3.

<sup>16</sup> OMPI, Informe sobre las misiones exploratorias; WIPO/GRTKF/IC/3/10 y WIPO/GRTKF/IC/5/3; WIPO/GRTKF/IC/2/10 y WIPO/GRTKF/IC/3/15.

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

#### IV. ANÁLISIS

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

###### *Producciones literarias y artísticas*

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

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

- a) Las producciones literarias y artísticas tradicionales que son suficientemente “originales” y de las que se conoce el autor o los autores, son susceptibles de protección como obras amparadas por el derecho de autor. La “originalidad” no está definida en los tratados internacionales pertinentes y generalmente no se define en las leyes nacionales. Antes bien, se considera una cuestión que compete a los tribunales a la hora de examinar casos concretos. Sin embargo, puede decirse, en general, que una obra es “original” cuando entraña cierto grado de

esfuerzo intelectual y no constituye una copia de la obra de un tercero<sup>17</sup>. En general, se necesita un nivel de creatividad relativamente bajo para reunir el requisito de originalidad en el marco del derecho de autor. La jurisprudencia de varios países, como Australia<sup>18</sup>, China<sup>19</sup> y otros<sup>20</sup>, ha confirmado que las expresiones modernas de culturas tradicionales, sean adaptaciones o interpretaciones inspiradas o basadas en producciones artísticas literarias tradicionales existentes pueden estar protegidas por derecho de autor. La protección examinada aquí puede aplicarse a las producciones artísticas y literarias modernas que incorporen nuevos elementos y respecto de las cuales existe generalmente un creador (o creadores) vivo e identificable<sup>21</sup>.

- b) Las obras que aún no han sido “publicadas” y de “autores desconocidos”, que se supone sean nacionales de un país de la Unión de Berna están protegidas por el derecho de autor, en virtud del artículo 15.4) del Convenio de Berna, de 1971. Ese artículo fue introducido en el Convenio de Berna en 1967 con el objetivo específico de otorgar protección a las ECT. El país de que se trate designará una “autoridad competente” para representar al autor en esos casos, y el Director General de la OMPI, tras recibir esa notificación por escrito, la comunicará a los otros países de la Unión. Sólo un Estado, a saber la India, ha presentado hasta el presente una declaración de esa índole, aunque otros países han adoptado disposiciones relativas a la protección sobre la base del artículo 15.4). En virtud del artículo 7.3) del Convenio de Berna el plazo de protección expira 50 años “después de que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público”. Por otro lado, el plazo de 50 años estipulado en el Convenio es únicamente un plazo mínimo y los Estados miembros pueden prever en sus legislaciones nacionales plazos de protección más largos (artículo 7.6)). Así pues, un país puede prever, en teoría, un plazo de cien años o incluso de mil años para las obras a que se hace referencia en el artículo 15.4). Sin embargo, en situaciones internacionales, se aplicará la disposición relativa al “cotejo de los plazos” que figura en el artículo 7.7) del Convenio. Esto significa que i) la duración de la protección estará regida por el plazo previsto en el país en el que se reivindique esa protección, aunque ii) si el plazo previsto en ese país es mayor que el plazo de protección previsto en el país de origen de la obra protegida, se aplicará el plazo menor. En la práctica, esto significa que sólo se aplicará un plazo mayor que el mínimo estipulado cuando ambos países hayan previsto un plazo mayor – de no ser así, se aplicará el plazo de protección menor. En el artículo 20 del Convenio se prevé el derecho de las partes de concertar arreglos especiales.
- c) 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. Además, en algunas jurisdicciones, se prevé una protección

<sup>17</sup> Palethorpe y Verhulst, pág. 28; véase también Ricketson, S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986* (Londres, 1987), págs. 228 a 234.

<sup>18</sup> M, Payunka, Marika y otros c. Indofurn Pty Ltd 30 IPR 209; Bulun Bulun c. R & T Textiles Pty Ltd (1998) 41 IPR 513.

<sup>19</sup> Decisión del Tribunal Popular Supremo de Beijing, Causa N° 246, 17 de diciembre de 2003.

<sup>20</sup> Lucas-Schloetter, *op. cit.*, casos citados en nota 238 y en las páginas 301 a 304.

<sup>21</sup> WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

especial *sui generis* para las bases de datos. Véase también la sección “Registros y bases de datos” a continuación.

- d) Las grabaciones de ECT, tales como música, están protegidas en virtud de la legislación relativa a los “derechos conexos”.
42. En el caso de las obras protegidas por el derecho de autor (a) a c) *supra*):
- a) Los titulares del derecho de autor gozarán de derechos patrimoniales que les permitan autorizar o impedir los actos relacionados con la protección por derecho de autor, en particular la reproducción, la adaptación, la interpretación o ejecución públicas, la distribución y la comunicación al público.
  - b) Además, gozarán de los derechos morales relativos a la atribución de la paternidad y a la integridad de la obra (el derecho a oponerse a la distorsión de la obra) y la publicación (el derecho a decidir cuándo, dónde y cómo se publicará o se divulgará 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 (así pues, las pinturas y otras artes plásticas “no fijadas” como las pinturas corporales y esculturas de arena pueden estar protegidas, en principio, en virtud de disposiciones internacionales). El obstáculo de la “fijación” sólo es pertinente en aquellos países (principalmente de tradición jurídica anglosajona) que han optado por exigir la fijación como un requisito a nivel nacional. Además, la mayoría de las ECT que están expuestas a la explotación son objeto de una fijación (como es el caso de las artes plásticas y las artesanías), aunque cabe mencionar una excepción, o sea las interpretaciones o ejecuciones en directo de ECT (véase a continuación la sección “Interpretaciones o ejecuciones de ECT”).
  - e) La protección por derecho de autor es aplicable a las obras realizadas por más de un autor, a condición de que los autores sean identificables, o en los casos en que la entidad jurídica es el titular del derecho de autor sobre las obras.
  - f) La protección por derecho de autor no está sujeta a ninguna formalidad.
  - g) La protección es aplicable a nivel internacional en virtud del Convenio de Berna, de 1971, y el Acuerdo sobre los ADPIC, de 1994. Como resultado, las ECT que puedan protegerse por derecho de autor son objeto de protección en los países extranjeros parte en esos instrumentos sobre la base del principio de “trato nacional”.
43. Para las grabaciones de ECT protegidas como derechos conexos (véase d) *supra*):

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

#### *Interpretaciones o ejecuciones de ECT*

44. Aunque se tenía la opinión de que incluso los artistas intérpretes o ejecutantes de ECT estaban protegidos en virtud de la Convención de Roma, de 1961, toda duda quedó despejada con la aprobación del WPPT, en 1996, en el que se prevé claramente la protección de los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes de “expresiones del folclore”. La protección prevista en el WPPT, de 1996, abarca los derechos morales, varios derechos patrimoniales exclusivos y el derecho facultativo a una remuneración equitativa en los casos en los que la interpretación o ejecución esté grabada en una grabación sonora publicada con fines comerciales, como se ha señalado anteriormente. La declaración concertada relativa al artículo 15 del WPPT, de 1996, también se aplica a los artistas intérpretes o ejecutantes.

45. Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes tienen un período de duración de al menos 50 años a partir del momento en el que se fijó la interpretación o ejecución en una grabación sonora. Si la interpretación o ejecución no ha sido fijada (como en el caso de interpretaciones o ejecuciones en directo), el plazo no tiene importancia dado que la protección sólo atañe a actos simultáneos<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Artículos 5 y 6, del WPPT, 1996.

46. Cabe decir que las interpretaciones y ejecuciones de ECT están protegidas ampliamente en virtud de las leyes internacionales relativas a los derechos conexos o, al menos, en las mismas condiciones que otras interpretaciones o ejecuciones; la duración real de esa protección a nivel nacional depende de la medida y de la forma en que los países hayan ratificado y puesto en práctica el WPPT, de 1996<sup>23</sup>.

#### *Diseños*

47. El análisis respecto de las producciones literarias y artísticas también es pertinente por lo que respecta a los diseños. Los diseños tradicionales que son adaptaciones más modernas de diseños tradicionales más antiguos pueden estar protegidos como diseños industriales y podrían registrarse como tales. En otros documentos se citan los ejemplos de China y de Kazajstán<sup>24</sup>. Por otra parte, los diseños verdaderamente antiguos que han servido de base, y las copias de los mismos, no están protegidos. Sin embargo, se tiene menos experiencia en relación con la protección de los diseños tradicionales.

#### *Las ECT secretas*

48. La mejor forma de protección de las ECT secretas es no divulgarlas, aunque la jurisprudencia demuestra que, al menos en algunas jurisdicciones, en virtud del Derecho anglosajón, la información confidencial está protegida contra toda nueva divulgación. En la causa Australiana *Foster contra Mountford (1976) 29 FLR 233* se prohibió a un antropólogo continuar poniendo a la venta un libro en el que se describían sitios, objetos y otras ECT sagrados que tenían un profundo significado religioso y cultural para la comunidad autóctona de Australia. La comunidad había revelado esa información confidencialmente y de buena fe al antropólogo<sup>25</sup>.

49. Esta forma de protección en virtud del Derecho anglosajón se refleja en la protección específica prevista en los tratados internacionales en materia de P.I. contra la competencia desleal (artículo 10*bis* del Convenio de París, 1967, y artículo 39 del Acuerdo sobre los ADPIC), en los que se incluye la protección contra la divulgación de la información confidencial. El “abuso de confianza”, como es el caso en la causa de Foster contra Mountford, se incluye entre las prácticas que son contrarias “a los usos comerciales honestos”<sup>26</sup>.

50. La protección de la información confidencial no requiere ni formalidades ni relaciones contractuales entre la comunidad y la parte que recibe la información.

---

<sup>23</sup> Véase OMPI, “Estudio de la OMPI sobre las disposiciones nacionales de aplicación del WCT y del WPPT”, 2003, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/scrr\\_9/scrr\\_9\\_6.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/scrr_9/scrr_9_6.pdf) y Lucas-Schloetter, *op. cit.*, págs. 304 y 305.

<sup>24</sup> WIPO/GRTKF/IC/5/3 y OMPI, Análisis Consolidado.

<sup>25</sup> OMPI, Análisis Consolidado.

<sup>26</sup> Véase la nota 10 del Acuerdo sobre los ADPIC.

*Nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales*

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

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

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

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

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

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

*Producciones literarias y artísticas*

55. Se han determinado las siguientes carencias<sup>27</sup>:

- a) *Requisito de “originalidad”*: Las ECT que son meras imitaciones o recreaciones de ECT preexistentes no pueden satisfacer el requisito de originalidad ni ser protegidas por derecho de autor como obras convencionales. Esto significa que es poco probable que se les confieran derechos patrimoniales (cabe señalar que los derechos morales también pueden aplicarse a obras en el “dominio público”, de las cuales las ECT preexistentes). Además, por lo que respecta a las ECT protegidas por derecho de autor como obras convencionales, la normativa no hace distinción alguna basada en la identidad del autor, o sea que incluso el autor de una expresión contemporánea del folclore puede satisfacer el requisito de originalidad aunque no sea miembro de la comunidad cultural en la que tiene su origen la tradición. Esto puede causar confusión en las comunidades indígenas y tradicionales que deseen denegar o al menos restringir la posibilidad de que personas que no pertenezcan a su comunidad cultural puedan obtener el derecho de autor sobre creaciones derivadas de la tradición cultural de esa comunidad (véase “Protección preventiva” *infra*).

---

<sup>27</sup> El requisito de fijación no se considera aquí como una “carencia” porque no es un requisito en virtud de la normativa internacional de derecho de autor.

- b) *Protección del “estilo”*: Una de las demandas más frecuentes se refiere a la imitación o la apropiación indebida del “estilo” de una producción indígena. Las leyes sobre derecho de autor y diseños industriales autorizan la imitación de elementos no originales o de las ideas y los conceptos en los que se basan las obras, lo que constituye una práctica generalizada debido a que la creatividad se inspira y se nutre de otras obras. Así pues, aunque se confiera el derecho de autor sobre una nueva expresión cultural basada en la tradición, la protección por derecho de autor no puede *per se* impedir la apropiación del “estilo” tradicional de la obra protegida. Por supuesto, los elementos de estilo pueden ser protegidos en la medida en que constituyan una expresión original. Por otra parte, puede ser útil tener en cuenta la legislación sobre competencia desleal y el delito de fraude comercial (*passing off*) previsto en el Derecho anglosajón (véase *infra*). Esto podría aplicarse a la protección de un estilo *per se*, como objeto de protección, o a la protección de una connotación o una representación que puedan inducir a engaño basadas en la utilización de un estilo o de una imagen o símbolos distintivos. De hecho, suele tratarse de la reputación asociada a una ECT, que encarna o representa su “estilo” distintivo, o sea el objeto de la apropiación indebida.
- c) *Titularidad*: En los casos de ECT preexistentes implícitas, no se dispone de protección en virtud del derecho de autor para las producciones respecto de las cuales no exista un autor o autores identificables sino, más bien, una comunidad u otra forma de colectividad que desea obtener protección. En otras palabras, las producciones que han sido creadas colectivamente a lo largo del tiempo por autores desconocidos no están protegidas por derecho de autor. Sin embargo, existe una posibilidad, o sea la protección conferida en virtud del artículo 15.4) del Convenio de Berna, examinado *supra*<sup>28</sup>. Los inconvenientes de este artículo son, entre otras cosas, su índole facultativa y el hecho de que no se prevean disposiciones al respecto en la mayoría de las legislaciones nacionales, el plazo de protección limitado a al menos 50 años después de que la obra haya sido “lícitamente hecha accesible al público”, y el hecho de que no se mencione explícitamente el papel de las comunidades sino una “autoridad competente” que ejerce los derechos en nombre del autor.
- d) *Plazo de la protección*: El plazo de la protección del derecho de autor es generalmente de 50 años después de la muerte del autor, o de 70 años en algunas jurisdicciones. En el Convenio de Berna se estipula un plazo mínimo de protección de 50 años y se reserva a los países la libertad de prever plazos de protección más largos. Ahora bien se considera, en general, como inherente al sistema de derecho de autor que el plazo de protección no sea ilimitado; el sistema se basa en la idea de que la duración de la protección debe ser limitada con objeto de que, a largo plazo, las obras pasen al dominio público. Así pues, en muchas legislaciones nacionales los derechos morales tienen una duración ilimitada.

---

<sup>28</sup>

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

- e) *Excepciones y limitaciones:* El elemento “dominio público” del sistema de P.I. es objeto de críticas o impugnado por algunas comunidades indígenas que consideran que no las tiene en cuenta. Además, algunas excepciones y limitaciones específicas comunes en el derecho de autor son objeto de crítica por considerarse inadecuadas para las ECT, como es el caso de las excepciones en virtud de las cuales una escultura u obra artística artesanal expuesta de manera permanente en un lugar público puede ser reproducida en una fotografía, un dibujo o de otra manera sin autorización<sup>29</sup>. Del mismo modo las legislaciones nacionales en materia de derecho de autor suelen autorizar a los servicios de archivo, las bibliotecas y otras instituciones públicas a realizar reproducciones de obras y a ponerlas a disposición del público. Las comunidades indígenas han expresado su preocupación en relación con ese tipo de excepciones y limitaciones. El plazo de protección limitado respecto del derecho de autor y los derechos conexos ya se ha abordado por separado.
- f) *Protección preventiva:* Se trata aquí de la cuestión de si debería regularse la explotación de obras derivadas creadas por autores no vinculados con las tradiciones y el material cultural que hayan adaptado o en los que se hayan inspirado. Este examen también se aplica a los diseños tradicionales. Como se ha examinado de forma exhaustiva anteriormente<sup>30</sup>, las obras derivadas de materiales que ya estén en el dominio público pueden estar protegidas por derecho de autor, dado que una nueva interpretación, un nuevo arreglo, una nueva adaptación o una nueva compilación de materiales que estén en el dominio público así como su “nueva presentación” en formato digital, en color o de otra forma pueden constituir una nueva expresión distinta suficientemente “original”. El requisito de originalidad puede reunirse aunque un autor no sea miembro de la comunidad indígena o tradicional en la que la tradición se haya originado. En este contexto, las comunidades indígenas y tradicionales pueden recurrir a una forma de protección preventiva que les permita impedir o al menos restringir la posibilidad de que autores que no pertenezcan a esa comunidad se beneficien del derecho de autor sobre creaciones derivadas de sus tradiciones culturales.
- g) *Titularidad de las grabaciones y de la catalogación:* Por lo que respecta a las grabaciones y la catalogación de las ECT, en particular las interpretaciones o ejecuciones tradicionales, cabe señalar el inconveniente de que la protección a que se hace referencia anteriormente se confiere al productor que no necesita ser miembro, y que generalmente no lo es, de la comunidad en cuestión. El productor puede ser un etnomusicólogo, un especialista del folclore o un recopilador. Los pueblos indígenas y las comunidades locales afirman a veces que sus derechos e intereses en relación con el sistema de P.I., en particular sus derechos en virtud de las leyes consuetudinarias e indígenas, no siempre están protegidos debidamente cuando los especialistas del folclore y otros agentes sobre el terreno graban y catalogan por primera vez sus ECT, o cuando se las expone posteriormente y quedan a disposición del público en museos, servicios de archivo y otras colecciones. Sin embargo, las actividades de los especialistas del folclore, recopiladores, agentes sobre el terreno, museos, servicios de archivo, etc., son muy importantes para la preservación, la conservación, el mantenimiento y la transmisión a las generaciones futuras de formas tangibles e intangibles del patrimonio cultural. Las instituciones culturales también desempeñan

---

<sup>29</sup> McDonald, I. *op cit.*, pág. 44.

<sup>30</sup> Véanse en particular los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

un valioso papel educativo. Esta cuestión pone en evidencia, en la práctica, las tensiones que pueden surgir entre la “preservación” y la “protección”, como se ha examinado anteriormente, debido a que el propio proceso de preservación puede suscitar preocupaciones ante la falta de protección y puede ser causa de que, involuntariamente, las ECT pasen al “dominio público” y corran el riesgo de ser explotadas sin autorización.

56. Ejemplos:

- a) pinturas, incluido el arte rupestre, realizadas por indígenas han sido reproducidas por personas ajenas a esa comunidad en alfombras, telas, camisetas, trajes y otros accesorios, así como en tarjetas de felicitación, y ulteriormente distribuidas y puestas a la venta. El arte tradicional también se ofrece en línea como papel pintado. Los tatuajes indígenas también se han reproducido y utilizado fuera del contexto tradicional;
- b) se ha reunido música tradicional y se ha fusionado digitalmente con ritmos ‘techno house’ para producir un álbum de “world music” protegido por derecho de autor que tiene gran éxito;
- c) a los fines del mercado de objetos turísticos de recuerdo, se han reproducido, imitado y producido en serie objetos artísticos y artesanales (como cestas, pequeñas pinturas y tallas), caracterizados por estilos artísticos tradicionales, en objetos no tradicionales, como camisetas, repasadores, mantelitos individuales, naipes, tarjetas postales, posavasos y refrescos, calendarios y almohadillas de computadora;
- d) una escultura contiene un símbolo tradicional sagrado. El escultor reivindica el derecho de autor sobre la escultura pero la comunidad lo acusa de haber utilizado sus símbolos sin su consentimiento;
- e) grabaciones etnográficas que contienen material sensible en el que se describe la iniciación de ritos que ha puesto a disposición una institución cultural con fines educativos y comerciales. La comunidad no es titular de los derechos sobre las grabaciones y no puede oponerse.

*Interpretaciones y ejecuciones de ECT*

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

- a) la protección está destinada a los artistas intérpretes o ejecutantes de las ECT, y no a la comunidad pertinente, especialmente en los casos en los que el artista intérprete o ejecutante no pertenece a esa comunidad. Cuando el artista intérprete o ejecutante pertenece a la comunidad es más probable que la propia comunidad pueda beneficiarse directamente de esa protección;
- b) sólo las interpretaciones o ejecuciones sonoras o la parte sonora de una interpretación o ejecución audiovisual están protegidas en virtud del WPPT,

de 1996. Esto se aplica a todas las interpretaciones o ejecuciones, y no únicamente a las de las ECT. La posibilidad de extender el ámbito de aplicación del WPPT a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales ha sido objeto de examen por los Estados miembros de la OMPI desde que se aprobó el WPPT en 1996;

- c) los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes en el sector audiovisual son limitados (y no sólo respecto de las ECT). En virtud del artículo 19 de la Convención de Roma, de 1961, una vez que un artista intérprete o ejecutante haya consentido en que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual, “dejará de ser aplicable” el artículo 7 de esa Convención. Esto significa que aparte del derecho de fijación, los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes en el sector audiovisual son limitados;
- d) los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes están limitados en el tiempo a al menos 50 años en los casos en los que la interpretación o ejecución esté fijada en una grabación sonora. El plazo de la protección no atañe a las interpretaciones o ejecuciones no fijadas. Así pues, la cuestión del plazo de protección no puede considerarse una “carencia” como tal.

58. Ejemplos: Se hicieron fotografías de interpretaciones o ejecuciones en directo, canciones y danzas interpretadas o ejecutadas por indígenas, y posteriormente se reprodujeron y publicaron en CD, cassetes, tarjetas postales y en Internet.

#### *Diseños*

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

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

#### *ETC secretas*

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

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

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

#### *Nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales*

64. Como ya se ha observado, en la legislación internacional en materia de marcas existe la posibilidad de denegar o de declarar nulo un registro de marcas que sean “contrarias a la moral o al orden público y, en particular, cuando sean capaces de engañar al público”.

65. Aunque esta protección parece, en general, adecuada, existe una “carencia” por el hecho de que los conceptos de “contrario a la moral” y “contrario al orden público” son conceptos amplios que requieren juicios de valor por parte del personal de la oficina de marcas, muchos de los cuales no tienen una experiencia particular con comunidades indígenas y ECT. Del mismo modo, la protección contra usos “engñosos” requiere que se emita un juicio de valor y, a menudo, se tiene en cuenta la percepción del público en general.

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

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

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

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

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

69. Una de las consideraciones a tener en cuenta puede ser el nivel en el que sea posible o necesario subsanar esa carencia. Algunas de esas carencias podrían ser subsanadas a nivel internacional, mediante la elaboración de un instrumento internacional pertinente<sup>31</sup>, por ejemplo, mientras que otras podrían ser corregidas a nivel local, nacional y regional. El

---

<sup>31</sup> Véase WIPO/GRTKF/IC/12/6 en relación con una serie de opciones que podrían tomarse en el marco de un instrumento internacional.

presente documento no aborda la cuestión de la variedad de opciones disponibles por lo que respecta a los tipos de instrumentos que los Estados puedan adoptar, dado que se examinan exhaustivamente en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/6.

#### *Medidas a nivel legislativo, práctico y mediante creación de capacidad*

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

#### *Entorno jurídico y normativo*

71. Una consideración podría ser el grado en que la protección de la materia de las ECT es objeto de examen en otras instancias o en qué medida las ECT ya son objeto de protección en virtud de instrumentos jurídicos en otros ámbitos normativos. Por ejemplo, dos Convenciones de la UNESCO abordan la cuestión de las ECT, la Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural e Inmaterial, de 2003, la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, de 2005, y han sido examinadas en documentos anteriores. La protección de las ECT también es objeto de examen en algunas instancias de derechos humanos y sobre cuestiones indígenas, y se aborda en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas<sup>32</sup>. Un factor a tener en cuenta podría ser el estudio de la forma en que esos procesos normativos se apoyan y se complementan unos con otros.

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

#### *Cuestiones de política general*

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

74. La protección viable de las ECT plantea una serie de cuestiones complejas culturales, económicas y sociales y relacionadas con el comercio. En documentos anteriores se han examinado con cierta profundidad algunas cuestiones de política general<sup>33</sup>.

75. Por lo que respecta a las políticas en materia de I.P., la protección de las ECT podría evaluarse en relación con los efectos que tenga esa protección sobre el fomento y la protección de la creatividad y la innovación en tanto contribuciones al desarrollo económico sostenible, incluido el desarrollo de la comunidad a nivel local y rural. Las demandas de protección ilimitada para las ECT o para el “estilo”, por ejemplo, se pueden evaluar con

---

<sup>32</sup> Puesto a disposición del Comité como documento WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6.

<sup>33</sup> WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3 y WIPO/GRTKF/IC/7/3.

eficacia en relación con los principios centrales de política de los sistemas pertinentes de P.I. Además, una mejor comprensión del papel, el marco y los límites del así llamado “dominio público”, y de las consecuencias que conlleva a ese respecto la protección de las ECT, forma parte integrante de la elaboración de un marco normativo pertinente para la reflexión sobre la problemática de la protección en materia de P.I. y las ECT<sup>34</sup>. Un desafío clave de política general es la coordinación de cualquier nueva protección de las ECT con los sistemas de P.I. vigentes.

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

#### *Objetivos sociales, culturales y económicos*

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

- i) Reconocer el valor de las ECT
- ii) Promover el respeto por las ECT
- iii) Atender a las necesidades reales de las comunidades
- iv) Impedir la apropiación indebida de las ECT
- v) Capacitar a las comunidades
- vi) Apoyar las prácticas consuetudinarias y la cooperación comunitaria
- vii) Contribuir a la salvaguardia de las culturas tradicionales
- viii) Fomentar la innovación y la creatividad en las comunidades
- ix) Promover la libertad intelectual y artística, la investigación y el intercambio cultural en condiciones equitativas
- x) Contribuir a la diversidad cultural
- xi) Promover el desarrollo de las comunidades y las actividades comerciales lícitas.
- xii) Impedir la concesión de derechos de P.I. no autorizados
- xiii) Reforzar la seguridad, la transparencia y la confianza mutua.

#### *Cuestiones técnicas y jurídicas específicas*

78. Los participantes en el Comité podrían evaluar la forma de suplir las carencias en relación con las cuestiones técnicas y jurídicas específicas que se han determinado anteriormente como necesarias para el establecimiento de nuevas formas de protección de las ECT. Esas cuestiones son las siguientes:

---

<sup>34</sup> Véase el documento de la OMPI WIPO/GRTKF/IC/5/3, párrafo 22 a 33, y documentos ulteriores.

- a) ¿Qué forma de protección se prevé y qué derechos deberán conferirse?
- b) ¿Quién será el titular de los derechos y quién se beneficiará de esos derechos?
- c) ¿Cuáles son las excepciones y limitaciones, si las hubiere, que deberán preverse para esos derechos?
- d) ¿Cómo podrán obtenerse esos derechos? ¿Deberán preverse formalidades?
- e) ¿Cuál será el plazo de protección de los derechos y cómo pueden perderse? ¿Deberían otorgarse retroactivamente?
- f) ¿Cómo administrar y hacer observar los derechos? ¿Qué procedimientos jurídicos y mecanismos de solución de controversias deberán preverse? y
- g) ¿Cómo deberán considerarse los derechos de los titulares extranjeros?

*Cuestiones operativas: gestión y cumplimiento de los derechos*

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

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

80. Corresponde a los Estados tomar la decisión de promulgar una ley especial, independiente, relativa a la protección de las ECT y destinada a subsanar las carencias detectadas en el marco del Derecho de P.I. convencional. Algunos países y organizaciones regionales han aprobado ese tipo de leyes. Además, muchos países han previsto una protección especial para las ECT en su legislación en materia de derecho de autor, y otros han previsto una protección asimilable a los derechos de P.I. para la materia de las ECT en otra legislación, como es el caso de la legislación sobre prácticas comerciales y salvaguardia del patrimonio cultural. Los textos de esas leyes están disponibles en el sitio Web de la OMPI<sup>35</sup>, y muchos de ellos han sido analizados y comparados en documentos anteriores del Comité<sup>36</sup>. Esas leyes y medidas pueden abordar de forma exhaustiva las carencias determinadas y prever una forma de protección adaptada expresamente a las ECT. Se pueden prevenir, por ejemplo, derechos comunitarios cuya protección tenga una duración ilimitada. La decisión de promulgar una ley de esa índole es una decisión política y de política general que corresponde a los Estados miembros, teniendo en cuenta consideraciones técnicas, operativas y de política general como las que se han sugerido anteriormente.

81. Teniendo en cuenta esta opción general, la presente sección se centra, en particular, en las adaptaciones y mejoras específicas de las legislaciones en materia de P.I. pertinentes en vigor así como en las opciones no jurídicas destinadas a subsanar las carencias específicas. Esas adaptaciones y mejoras deben ser *sui generis* en el sentido de que atenderán a las necesidades particulares de los custodios de las ECT, y se adaptarán a las calidades

<sup>35</sup> <http://www.wipo.int/tk/en/laws/folklore.html>

<sup>36</sup> WIPO/GRTKF/IC5/INF 3, WIPO/GRTKF/IC/5/3 y OMPI, Análisis Consolidado.

específicas de las correspondientes ECT. Las opciones no son necesariamente mutuamente excluyentes.

### *Producciones literarias y artísticas*

#### Reconocimiento judicial de los derechos e intereses comunitarios sobre la base de la equidad

82. Los tribunales están capacitados para reconocer los intereses comunitarios respecto de una obra protegida por derecho de autor. En la causa Australiana *Bulun Bulun contra R & T Textiles (Pty) Ltd (1998) 41 IPR 513*<sup>37</sup>, el tribunal consideró que, en una situación en la que un artista indígena es titular del derecho de autor sobre su obra, cabe al mismo un deber fiduciario respecto de su comunidad, o sea la obligación de abstenerse de tomar cualquier medida que pueda perjudicar los intereses de la comunidad sobre la obra de arte en virtud del Derecho consuetudinario

#### Derechos morales comunitarios

83. Los derechos morales (o sea los derechos a la atribución de la paternidad, a la integridad de la obra y a su publicación) corresponden a necesidades en relación con las ECT, y su duración es en principio ilimitada (véase *supra*). Sin embargo, al igual que los derechos patrimoniales en virtud del derecho de autor, están vinculados a un autor o autores identificables. Los derechos morales comunitarios pueden ofrecer una posibilidad muy útil que debería examinarse más a fondo. En 2003, el Gobierno de Australia formuló un anteproyecto de ley sobre los derechos morales comunitarios autóctonos con objeto de proteger los intereses culturales singulares de las comunidades autóctonas<sup>38</sup>. Los derechos morales incluyen los derechos a la integridad de la obra y a la atribución de la paternidad. El proyecto de ley será un instrumento para que los pueblos autóctonos puedan impedir la utilización no autorizada y el trato injurioso de las obras de su tradición, costumbres y creencias. Esta propuesta está aún a examen en Australia.

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

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

85. El artículo 15.4) del Convenio de Berna ha tenido una utilización muy limitada en la práctica, por lo que convendría examinar las razones a ese respecto. En los debates en el marco del Comité, se ha sugerido que se revise el artículo 15.4) del Convenio de Berna y que se examinen opciones para mejorarlo<sup>39</sup>.

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

<sup>37</sup> Véase Janke, Terri, ‘*Minding Culture – The Protection of Traditional Cultural Expressions*’, estudio encomendado por la OMPI.

<sup>38</sup> Véase la intervención de la Delegación de Australia (documento WIPO/GRTKF/IC/5/15, párrafo 131).

<sup>39</sup> Véanse las intervenciones de las Delegaciones de Italia y Brasil en la duodécima sesión del CIG.

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

87. Por otra parte, se suele considerar como esencial para el equilibrio del sistema de derecho de autor que la duración de la protección no sea indefinida, con objeto de que, a largo plazo, las obras pasen a formar parte del dominio público. Sin embargo, hay excepciones. La protección de los derechos morales es indefinida en muchas legislaciones nacionales. Los derechos a regalías por la utilización de la famosa obra ‘*Peter Pan*’ permanecen a perpetuidad, en virtud del derecho de autor en el Reino Unido, en beneficio de una obra de beneficencia, y se ha presentado una propuesta en Australia para garantizar una protección perpetua a las obras de arte de un renombrado artista indígena en beneficio de sus descendientes.

88. En las disposiciones tipo, la legislación de Panamá y el Marco Regional del Pacífico no se fija un plazo límite. Se ha sugerido que la reivindicación de protección indefinida podría limitarse a un plazo de cara al futuro en lugar de retrospectivo, y que las ECT podrían estar protegidas, por ejemplo, por un plazo de 150 años<sup>40</sup>. También se ha sugerido que el máximo del plazo de protección podría estar relacionado con el ciclo vital de la comunidad de origen. Esto entrañaría una insistencia en el uso actual, como en el caso de las marcas, de modo que cuando la comunidad con la que se identifique una ECT ya no la utilice o que ya no exista como una entidad definida, la protección cesaría<sup>41</sup>. Este último enfoque es el que se aplica en el Proyecto de Disposiciones sobre la Protección de las ECT a examen por el Comité.

#### Domaine public payant

89. Varios países han introducido este sistema según el cual las obras que ya forman parte del dominio público están sujetas al pago de una remuneración, en general a un fondo cultural nacional o a una entidad similar. En este modelo se prevé la remuneración por el uso de las ECT pero no impide la utilización por terceros de las ECT.

#### Obras huérfanas

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

91. Al menos en una jurisdicción, el Canadá, se ha puesto en vigor una legislación en la que se prevé un plan de concesión de licencias obligatorias para la utilización de obras publicadas por la autoridad nacional de derecho de autor en nombre de los titulares de derechos que no puedan localizarse<sup>42</sup>. Los Estados Unidos de América y la Unión Europea están examinando actualmente una legislación similar aunque aún deben zanjarse algunas dificultades, incluida

---

<sup>40</sup> Véase WIPO/GRTKF/IC/5/15, párrafo 37.

<sup>41</sup> Scafidi, S., ‘*Intellectual Property and Cultural Products*’, 81 *B.U.L. Rev.* 793.

<sup>42</sup> Copyright Act of Canada, Art. 77, disponible en <http://www.cb-cda.gc.ca/info/act-e.html#rid-33751>

la definición de “obra huérfana” así como una definición del nivel de medidas razonables que deba tomar el usuario en su búsqueda de un autor. Por ejemplo, la Comisión Europea reunió a un grupo de expertos de alto nivel sobre bibliotecas digitales para que estudien los problemas de la preservación digital, las obras huérfanas y las obras descatalogadas<sup>43</sup>.

### Derecho de participación

92. El derecho de participación (derecho “*de suite*”) se prevé en el Convenio de Berna (artículo 14<sup>ter</sup>) con carácter facultativo, y se reconoce en algunas jurisdicciones, aunque no en todas. Este derecho inalienable permite a un artista (o a sus herederos) percibir un porcentaje sobre el precio obtenido de cualquier reventa de una obra de arte, efectuada por profesionales del mercado del arte (salas de venta, galerías de arte o cualquier marchante de obras de arte); el objetivo es permitir a los artistas obtener una parte de los beneficios financieros a medida que sus obras aumentan de valor. La Comisión Europea elaboró una directiva sobre la cuestión en 2001 para armonizar entre sus miembros la forma de encarar los derechos de participación<sup>44</sup>. Será necesario que cada Estado de la Unión Europea prevea en su legislación el derecho de los artistas a percibir un porcentaje, en una escala móvil, sobre los beneficios obtenidos de la reventa de sus obras durante el período de vida útil más setenta años. Varios países latinoamericanos y africanos también prevén un derecho de participación. El derecho de participación podría utilizarse asimismo como mecanismo de participación en los beneficios con objeto de encausar los procedimientos, a partir de la venta en subastas de obras de arte indígenas, hacia los artistas y sus comunidades.

### Utilización de los principios relativos a la competencia desleal para combatir la apropiación indebida de la reputación asociada a las ECT (“estilo”)

93. De hecho, suele ser la reputación asociada a una ECT, representada por su “estilo” distintivo, que es objeto de apropiación indebida. La protección en este contexto debería incluir la protección contra reivindicaciones falsas como puede ser la reivindicación de “autenticidad”, o de asociación o respaldo comunitarios. Cabe tener en cuenta la legislación sobre competencia desleal y el delito de fraude comercial que se contempla en el Derecho anglosajón. Esto puede guardar relación con la protección de un estilo *per se* como objeto de protección, o con la protección contra una representación engañosa que se basa en la utilización de un estilo o de imágenes o símbolos distintivos.

94. Entre las opciones respecto de la reputación asociada a las ECT cabe destacar:

- a) *Marcas de certificación*: Las comunidades indígenas en varios países han registrado marcas colectivas y/o de certificación, o “etiquetas de autenticidad”, como es el caso de Australia, Nueva Zelandia, Canadá, Estados Unidos de América (Alaska), Japón<sup>45</sup>, Panamá, Fiji.<sup>46</sup>
- b) *Normativa sobre la “verdad en la publicidad”, y el etiquetado*: La ley sobre arte y artesanía indias de los Estados Unidos de América protege a los artesanos

<sup>43</sup> Grupo de Expertos de Alto Nivel – Subgrupo sobre Derecho de Autor, “Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works”, i2010, 2007.

<sup>44</sup> Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al Derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

<sup>45</sup> El Proyecto “Una aldea, un producto” de Oita (Japón) utiliza un sistema de certificación. Esta iniciativa se ha introducido también en Tailandia, Indonesia, República Democrática Popular Lao y Camboya.

<sup>46</sup> Véase Análisis Consolidado.

estadounidenses nativos mediante la garantía de la autenticidad de sus obras en el marco de la Comisión de Arte y Artesanía Indias. Esta ley concebida como una ley del “mercado verdadero”, prohíbe la comercialización de productos bajo la denominación de “hecho por los indios” si no han sido fabricado por ellos, según la definición que figura en la ley<sup>47</sup>.

- c) *Indicaciones geográficas:* Varios participantes en el Comité han destacado el posible uso de las indicaciones geográficas en ese ámbito. Ciertas ECT, como las artesanías fabricadas mediante la utilización de recursos naturales, pueden constituir “productos” susceptibles de ser protegidos como indicaciones geográficas. Además, ciertas ECT pueden, como tales, ser indicaciones geográficas, como los nombres, los signos y otras indicaciones indígenas o tradicionales. Portugal, México y la Federación de Rusia han presentado ejemplos pertinentes de registro de indicaciones geográficas en relación con las ECT y los conocimientos tradicionales conexos<sup>48</sup>.
- d) *Legislación sobre la competencia desleal y las prácticas comerciales:* En los debates del Comité, se ha reconocido la importancia de los principios generales de la legislación relativa a la competencia desleal, que figuran en el artículo 10bis del Convenio de París, y que se incorporaron al Acuerdo sobre los ADPIC. Además, en virtud de la legislación específica sobre las prácticas comerciales, se prohibió a una empresa australiana continuar describiendo o designando su gama de objetos de inspiración autóctona, pintados o tallados a mano mediante la expresión “arte aborigen” o el término “auténtico” a menos que hubiera razones válidas para pensar que esos objetos habían sido hechos por personas de origen aborigen. Se entabló un proceso contra la empresa porque algunos de estos objetos de inspiración aborigen pintados a mano llevaban la mención “auténtico”, “certificado auténtico” o “arte aborigen australiano” y que se consideró que esas afirmaciones podrían inducir a error a los consumidores dado que la mayoría de los artistas que habían fabricado los objetos en cuestión no eran ni aborígenes ni de origen aborigen<sup>49</sup>.

### Obras derivadas y protección preventiva de las producciones literarias y artísticas

95. Esta cuestión plantea una serie de problemas de política general fundamentales que se han examinado a fondo en documentos anteriores<sup>50</sup>.

96. Algunas de los principios jurídicos y culturales pertinentes a las ECT se articulan en torno a la cuestión de saber si ha de concederse un derecho de adaptación respecto de las ECT, y a las excepciones y limitaciones que puedan ser pertinentes, como se examinó anteriormente. El derecho de adaptación es aplicable a la producción de obras derivadas basadas en la utilización de ECT/EF: esas obras pueden reunir por separado las condiciones necesarias para ser protegidas por el derecho de autor en tanto obras originales. Un derecho de adaptación permitiría a las comunidades y a los demás titulares de derechos impedir o autorizar la producción de esas obras, o percibir una remuneración equitativa por su utilización, cuando

---

<sup>47</sup> WIPO/GRTKF/IC/3/10, párrafo 122.i).

<sup>48</sup> Véase WIPO/GRTKF/IC/5/3.

<sup>49</sup> Véase además WIPO/GRTKF/IC/5/3 y <<http://www.accc.gov.au/>> (7 de abril de 2003).

<sup>50</sup> Véase, en especial, WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

son obras derivadas de sus propias ECT/EF. Si este derecho de adaptación no existe, la comunidad no puede controlar la utilización de esos materiales y tradiciones culturales.

97. Una posibilidad sería no reconocer el derecho de adaptación a las comunidades en relación con sus ECT. Este es el enfoque adoptado en las disposiciones tipo, de 1982, en las que se prevé incluso una amplia excepción por lo que respecta al “préstamo de las expresiones del folclore para crear una obra original de uno o varios autores”<sup>51</sup>. Esta excepción fue reconocida especialmente para favorecer la libertad de creatividad individual inspirada en las expresiones culturales. Las disposiciones tipo no tenían por objeto de ninguna manera obstaculizar la creación y la ulterior protección por el sistema de P.I. de obras originales basadas en expresiones culturales.

98. Por otra parte, el hecho de que privar del derecho de autor a los autores de esas obras derivadas que no sean miembros de la comunidad puede desalentar la creatividad y establecer desigualdades entre los autores que pertenecen a las comunidades y los que no pertenecen a las comunidades, de ahí que una opción podría ser obligar, mediante la legislación, a los autores no indígenas a que reconozcan la comunidad cuyas tradiciones han utilizado como fuente de inspiración, a compartir los beneficios de la explotación del derecho de autor y/o a respetar alguna forma de derecho moral sobre las tradiciones en las que se basa la obra. Este es el enfoque adoptado en las disposiciones tipo del Pacífico de 2002, y en las disposiciones sobre las ECT que están a examen por el Comité.

#### Protocolos, códigos de conducta, contratos y otros instrumentos prácticos

99. Los instrumentos prácticos como protocolos, códigos de conducta y contratos pueden desempeñar una función útil y práctica a la hora de subsanar las carencias de la protección prevista para las ECT. Por ejemplo, algunas comunidades indígenas han elaborado sus propios protocolos y modelos de contratos en relación con el sistema P.I. para hacer frente a las peticiones exteriores de acceso a sus ECT y de utilización de las mismas, y varias instituciones culturales y asociaciones profesionales han elaborado también códigos de conducta éticos y relacionados con el sistema de P.I., así como contratos tipo y otros documentos. Los instrumentos prácticos de esa índole pueden tener una función muy valiosa a la hora de complementar o de determinar el tipo de protección disponible en virtud de las disposiciones legislativas y el Derecho consuetudinario, con objeto de atender a las necesidades y aspiraciones de las comunidades, en particular mediante el reconocimiento de elementos de sus leyes consuetudinarias. Sin embargo, a fin de que esos instrumentos sean verdaderamente eficaces en la práctica, deben estar acompañados de un fortalecimiento de la capacidad que permita a las comunidades negociar, redactar, concertar y hacer respetar protocolos y contratos.

100. El Proyecto del Patrimonio Creativo de la OMPI<sup>52</sup> es una respuesta a esa necesidad en relación con la gestión de los activos de P.I. cuando las ECT están grabadas, catalogadas y digitalizadas. Este Proyecto de creación de capacidad proporciona información y asesoramiento en relación con el sistema de P.I. tanto a las comunidades como a los museos, servicios de archivo y otras instituciones culturales. Se está elaborando un manual de referencia para museos y otras instituciones, así como directrices prácticas para las comunidades sobre la elaboración de protocolos de P.I. El Proyecto prevé asimismo la formación de las comunidades en documentación y catalogación. Un programa piloto de

<sup>51</sup> Sección 4.1) iii), Disposiciones Tipo, 1982.

<sup>52</sup> Véase <http://www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/index.html>

formación para la comunidad Maasai de Laikipia (Kenya) tendrá lugar en septiembre de 2008. La OMPI ofrece este programa en colaboración con el *American Folklife Center* de la Biblioteca del Congreso en Washington, y el *Center for Documentary Studies* de la Universidad Duke de Carolina del Norte. En el marco del proyecto se ha creado una base de datos pública de protocolos, códigos de conducta, contratos tipo y documentos similares utilizados por las comunidades, los museos y otras instituciones y asociaciones profesionales, etcétera. En el proyecto también se aborda la cuestión de la gestión de los problemas de P.I. en relación con festivales de arte.

### Registros y bases de datos

101. Los registros, inventarios, bases de datos y listas de las ECT pueden ser muy útiles para la protección jurídica. Véanse también los debates sobre las grabaciones y la catalogación de las ECT y la protección conferida en virtud de los derechos de grabación. Sin embargo, la grabación y la digitalización de las ECT, aunque valiosas para los programas de promoción y salvaguardia del patrimonio cultural, pueden involuntariamente hacer más vulnerables las ECT a la utilización y la explotación no autorizadas. Así pues, es conveniente prever una gestión estratégica del sistema de P.I. durante la grabación, la digitalización y la divulgación de las ECT (véase más información sobre el Proyecto del Patrimonio Creativo *supra*).

102. Algunas formas de catalogación de las ECT pueden ser útiles para una serie de funciones, incluida la grabación confidencial o secreta de las ECT reservada únicamente a la comunidad. La catalogación y los registros oficiales de las ECT sirven de apoyo a algunos sistemas de protección *sui generis*. En el proyecto de disposiciones sobre las ECT a examen por el CIG se prevé un registro destinado únicamente a las ECT sagradas cuya protección por el sistema de P.I. es especialmente recomendada, en el entendimiento de que ese registro sea facultativo y refuerce la seguridad y la transparencia del sistema de protección de las ECT<sup>53</sup>.

### Gestión colectiva

103. Por lo que respecta a los problemas asociados a la gestión de los derechos, las organizaciones de gestión colectiva existentes son, en principio, un medio práctico para la administración de los derechos de las ECT. Los participantes en el Comité<sup>54</sup> y las propias organizaciones de gestión colectiva<sup>55</sup> han expresado su interés en estudiar esta posibilidad más a fondo.

### *Interpretaciones y ejecuciones de ECT*

104. Las interpretaciones y ejecuciones de ECT están ya protegidas en igualdad de condiciones que la protección prevista para otras interpretaciones y ejecuciones. Aunque existen carencias en esa protección, no son específicas de las interpretaciones y ejecuciones de las ECT. Así pues, los debates en curso sobre la extensión de la protección que se confiera a los artistas intérpretes y ejecutantes en general en virtud del WPPT, de 1996, permitirán encontrar soluciones para suplir esas carencias. Los instrumentos prácticos, como los protocolos, los códigos de conducta y los contratos pueden tener una función útil y práctica a ese respecto.

---

<sup>53</sup> Véanse los artículos 3 y 7 del proyecto de disposiciones.

<sup>54</sup> GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 5).

<sup>55</sup> Como la Federación Internacional de Organizaciones de Derechos Reprográficos (IFRRO).

### *Diseños*

105. Véase *supra* en la sección “Producciones Literarias y Artísticas”, en particular “Utilización de los principios relativos a la competencia desleal para combatir la apropiación indebida de la reputación asociada a las ECT, (“estilo”)", y “Obras derivadas y protección preventiva de las producciones literarias y artísticas”. Además, los instrumentos prácticos como los protocolos, los códigos de conducta y los contratos pueden desempeñar una función útil y práctica al abordar la cuestión de las carencias en la protección prevista para las ECT.

### *ECT Secretas*

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

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

### *Nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales*

107. Por lo que respecta a la protección preventiva, algunas organizaciones regionales y Estados ya han tomado medidas para impedir el registro no autorizado como marcas de marcas indígenas. Se trata de medidas nacionales o de medidas aplicables en el marco de una organización regional, y su interpretación y aplicación en otros países aún no se ha puesto a prueba. Sobre esas medidas se ha informado con detalle en documentos anteriores, entre otras:

- i) el artículo 136.g) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina en el que se dispone que “no podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: también [...] consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afro americanas o locales, o las denominaciones, las palabras, las letras, los caracteres o los signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso [...]”;

ii) la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América (la USPTO) ha establecido una base de datos exhaustiva de las insignias oficiales de todas las tribus amerindias reconocidas a nivel federal y por todos los Estados<sup>56</sup>. La USPTO puede denegar el registro de una marca propuesta que sugiera equivocadamente un vínculo con una tribu indígena o con las creencias practicadas por la misma<sup>57</sup>; y

iii) en virtud de la ley sobre marcas de Nueva Zelandia deberá denegarse el registro de una marca (o de un elemento de una marca) cuando su utilización o su registro se consideren susceptibles de ofender a una parte importante de la comunidad, en particular, al pueblo autóctono de ese país, o sea el pueblo Maorí<sup>58</sup>.

[Sigue el Anexo]

---

<sup>56</sup> Véase el “Report on the Official Insignia of Native American Tribes”, 30 de septiembre de 1999.

<sup>57</sup> *Ibid.*, págs. 24-26.

<sup>58</sup> La ley puede consultarse en <http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/2002/an/049.html>

ANEXO

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

<i>Protección deseada para ...</i>	<b>A. Protección existente</b>	<b>B. Carencias</b>	<b>D. Opciones</b>
<i>Interpretaciones y ejecuciones de ECT</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> Protección prevista en el WPPT, de 1996</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> Plazo limitado de protección para las interpretaciones y ejecuciones</li> <li><input type="checkbox"/> WPPT, de 1996, únicamente para las interpretaciones o ejecuciones sonoras</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> Protocolos, códigos de conducta, contratos y otros instrumentos prácticos</li> <li><input type="checkbox"/> Legislación especial independiente</li> <li><input type="checkbox"/> Extensión del WPPT, de 1996, al sector audiovisual</li> </ul>
<i>Diseños</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> La protección en materia de diseños industriales para los diseños modernos</li> <li><input type="checkbox"/> Colecciones, compilaciones y bases de datos de diseños tradicionales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> Diseños preexistentes no están protegidos</li> <li><input type="checkbox"/> Plazo limitado de protección para los diseños</li> <li><input type="checkbox"/> Formalidades</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> Utilización de los principios relativos a la competencia desleal para combatir la apropiación indebida de la reputación asociada a las ECT (“estilo”)</li> <li><input type="checkbox"/> Protocolos, códigos de conducta, contratos y otros instrumentos prácticos</li> <li><input type="checkbox"/> Legislación especial independiente</li> <li><input type="checkbox"/> Registros y bases de datos</li> </ul>

<i>Protección deseada para ...</i>	<b>A. Protección existente</b>	<b>B. Carencias</b>	<b>D. Opciones</b>
<i>ECT secretas</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> Disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC y del Convenio de París para la protección relativa a la competencia desleal y a la información no divulgada.</li> <li><input type="checkbox"/> Protección del derecho consuetudinario de las informaciones confidenciales.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> Disposiciones relativas a la competencia desleal aplicables principalmente a la información industrial y comercial.</li> <li><input type="checkbox"/> Definiciones de “información divulgada” e “información confidencial”.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> Impedimento por promesa</li> <li><input type="checkbox"/> Protocolos, códigos de conducta, contratos y otros instrumentos prácticos</li> <li><input type="checkbox"/> Legislación especial independiente</li> <li><input type="checkbox"/> Registros y bases de datos</li> </ul>
<i>Nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> Protección preventiva – disposiciones de la protección en materia de competencia desleal + protección contra las marcas contrarias a la moral o al orden público y que puedan inducir a error.</li> <li><input type="checkbox"/> Protección positiva – utilización de la legislación sobre marcas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> Los conceptos de “contrario a las buenas costumbres” y “contrario al orden público” se entienden principalmente a partir de la perspectiva del público en general y no están adaptados necesariamente a las ECT.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> Disposiciones “<i>Sui generis</i>” en las legislaciones nacionales sobre marcas (Nueva Zelandia, Comunidad Andina, Estados Unidos de América)</li> <li><input type="checkbox"/> Protocolos, códigos de conducta, contratos y otros instrumentos prácticos</li> <li><input type="checkbox"/> Legislación especial independiente</li> <li><input type="checkbox"/> Registros y bases de datos</li> </ul>

**C. Consideraciones pertinentes:**

- i) nivel en el que es posible o necesario intervenir para subsanar una carencia (niveles internacional, regional, nacional y/o local)
- (i) elección de las medidas a utilizar para suplir las carencias (acción legislativa, elaboración de instrumentos prácticos, creación de capacidad)
- (ii) grado de avance del examen de la protección de la materia de las ECT en otras instancias internacionales, y en qué medida ya son objeto de protección en virtud de instrumentos jurídicos en otros ámbitos normativos.
- (iii) consideraciones de política general
- (iv) objetivos sociales, culturales y económicos
- (v) cuestiones específicas, técnicas y jurídicas
- (vi) cuestiones operativas: gestión y cumplimiento de los derechos

[Fin del Anexo y del documento]