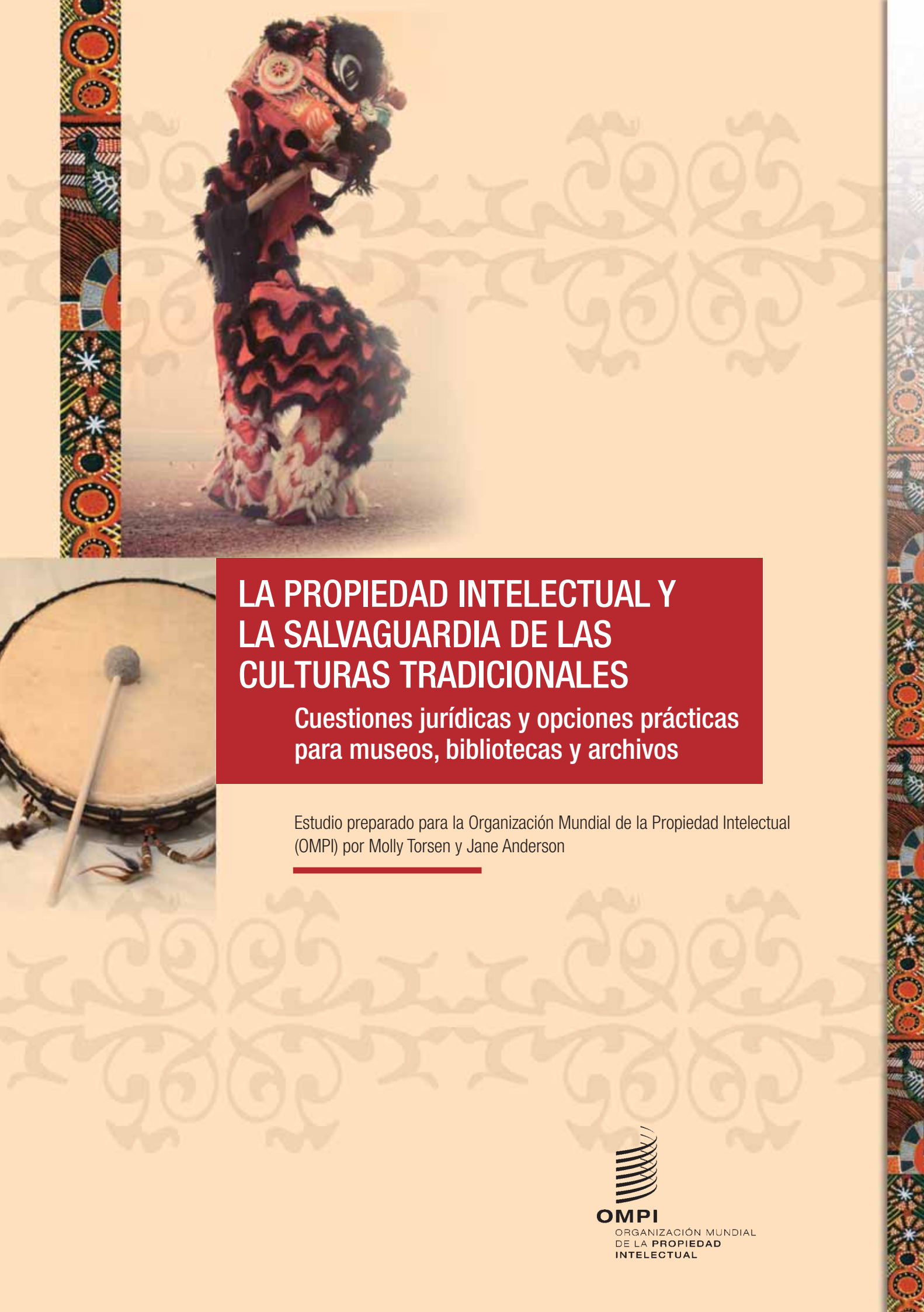




LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA SALVAGUARDIA DE LAS CULTURAS TRADICIONALES

Cuestiones jurídicas y opciones prácticas
para museos, bibliotecas y archivos

Estudio preparado para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
(OMPI) por Molly Torsen y Jane Anderson

Advertencia: la presente publicación no representa necesariamente las opiniones de la OMPI o de ninguno de sus Estados miembros. En ella se señalan varias cuestiones de P.I. que se les plantean a los museos, bibliotecas, archivos y otras instituciones culturales en sus actividades cotidianas, sobre la base de principios internacionales de P.I. expresados en los principales instrumentos jurídicos internacionales en ese ámbito. En la medida de lo posible, se utilizan estudios de casos y ejemplos de determinados países para ilustrar algunos puntos. Sin embargo, las legislaciones nacionales de P.I. pueden diferir en determinados aspectos fundamentales, y es posible que parte de la información proporcionada en la publicación no se halle en concordancia con la legislación nacional de su país. La publicación no tiene carácter de asesoramiento jurídico. Consulte su legislación nacional y solicite ese tipo de asesoramiento en caso de duda.

© Copyright Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2010

Ciertos derechos reservados. La OMPI autoriza la reproducción, traducción y difusión parcial de la presente publicación con fines científicos, educativos y de investigación que no sean comerciales ni de lucro, siempre que se identifique y se reconozca debidamente a la OMPI, la publicación y los autores. La autorización para reproducir, difundir o traducir el presente estudio, o compilar o crear obras derivadas del mismo en cualquier forma, con fines comerciales/lucrativos o sin ánimo de lucro, deberá solicitarse por escrito. A tal efecto, cabe ponerse en contacto con la OMPI en: www.wipo.int, en el apartado "Contacto".

Los comentarios, solicitudes, correcciones y adiciones a la presente obra pueden enviarse a la División de Conocimientos Tradicionales de la OMPI, grtkf@wipo.int.

Fotografías:

© iStockphoto.com/Sawayasu Tsuji (Danza del león del año nuevo chino y petardos colgantes) (portada, p.9)

© iStockphoto.com/ollo (portada, p.22) – © iStockphoto.com/Ortal Berelman (p.67)

La ilustración del borde de la cubierta procede de la obra titulada "Mural Munupi" de Susan Wanji Wanji, de la Asociación Munupi de Arte y Artesanía de la Comunidad Pirlangimpi de la Isla Melville (Australia). La Sra. Wanji Wanji es la titular del derecho de autor sobre la obra, que se utiliza con el consentimiento expreso, incondicional y fundamentado de la artista. Quedan reservados todos los derechos.

LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA SALVAGUARDIA DE LAS CULTURAS TRADICIONALES

Cuestiones jurídicas y opciones prácticas
para museos, bibliotecas y archivos

Estudio preparado para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
por Molly Torsen y Jane Anderson

Diciembre de 2010,
revisado marzo de 2012



PRÓLOGO

Las culturas tradicionales albergan una creatividad exquisita y original y poseen un inmenso valor cultural, histórico, espiritual y económico para los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales del mundo entero.

Definir la función que corresponde a la propiedad intelectual (P.I.) en la protección, la conservación y la promoción de las expresiones culturales tradicionales (ECT) constituye una prioridad para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y es objeto de diversos programas normativos y de fortalecimiento de las capacidades.

La labor de la OMPI se basa, en parte, en el creciente interés de los pueblos indígenas y de las comunidades tradicionales por poseer, controlar y tener acceso a materiales y documentos relativos a sus culturas que están en manos de museos, bibliotecas y archivos.

Esas instituciones desempeñan una función valiosísima en la conservación, la salvaguardia y la promoción de las colecciones de ECT, compuestas, por ejemplo, por fotografías, grabaciones sonoras, películas y manuscritos, que documentan la vida, las manifestaciones culturales y los sistemas de conocimientos de las comunidades.

Sin embargo, esas colecciones plantean problemas específicos en la esfera de la P.I. y, a fin de solventarlos, instituciones e investigadores de numerosos países elaboran nuevos marcos que permitan comprender las implicaciones jurídicas, culturales y éticas del cuidado de las ECT.

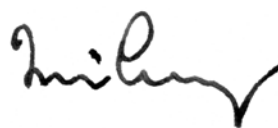
Gracias a este nuevo enfoque, las instituciones culturales tratan de entablar unas relaciones más directas y de mayor peso con las comunidades, utilizando activamente los conocimientos especializados de los depositarios de las tradiciones para fomentar nuevos vínculos de cooperación intercultural que enriquezcan la labor cultural. Muchos museos, bibliotecas y archivos, y sus asociaciones profesionales, han establecido prácticas y protocolos ejemplares para abordar las cuestiones de P.I.

En ese contexto complejo y delicado se ha elaborado la presente publicación, en el marco del Proyecto de la OMPI del Patrimonio Creativo.

En ella se expone un análisis de las cuestiones jurídicas y se presentan ejemplos de experiencias institucionales y comunitarias en materia de elaboración de prácticas idóneas.

Asimismo, se dan a conocer los problemas que pueden surgir y sus posibles soluciones, y se proporcionan orientaciones que guíen las iniciativas encaminadas a establecer nuevos vínculos de relación para la gestión eficaz de las ECT.

Asimismo, confío en que la presente publicación, en la que se examinan las cuestiones de P.I. relacionadas con la gestión del acceso, el control y el uso de las ECT en las instituciones culturales, contribuya a una mejor comprensión de los desafíos y las opciones que se plantean en la labor normativa de la OMPI en ese ámbito.



Francis Gurry
Director General de la OMPI

ÍNDICE

RESUMEN	5
SIGLAS Y ACRÓNIMOS	8
PARTE I. SENTAR LAS BASES: UNA PANORÁMICA GENERAL	9
1. Un ejemplo: la ceremonia del djalambu (tronco hueco)	9
2. ¿En qué radica el problema?	10
3. Forjar relaciones entre las instituciones culturales y los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y fortalecerlas	12
4. Analizar la dimensión de P.I.	13
<i>¿Pueden proteger los sistemas de P.I. las expresiones culturales tradicionales?</i>	16
5. P.I. y ECT: la labor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual	17
<i>El Comité Intergubernamental</i>	17
<i>El significado de “protección”</i>	18
<i>P.I. y ECT: el contexto de las apropiaciones indebidas</i>	20
6. Objetivos y naturaleza de la presente publicación	21
PARTE II. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES. CUESTIONES ESPECÍFICAS DE LOS MUSEOS, LAS BIBLIOTECAS	
DERECHO DE AUTOR	23
1. Objetos de la protección: ¿Qué protege el derecho de autor y qué no?	25
<i>Originalidad</i>	25
<i>Protección de las bases de datos</i>	29
<i>La dicotomía entre idea y expresión</i>	31
<i>Fijación</i>	33
<i>Adaptaciones</i>	34
<i>El dominio público</i>	35
2. Autoría	37
<i>Obras huérfanas</i>	38
<i>Obras huérfanas en el contexto de las ECT</i>	38
3. Duración de la protección	40
4. Derechos patrimoniales y morales	41
<i>Derechos patrimoniales</i>	41
<i>Derechos morales</i>	41
<i>Derechos de participación</i>	44
5. Excepciones y limitaciones	46
<i>Excepciones y limitaciones en el contexto de las ECT</i>	48
<i>Preservación, restauración y usos administrativos de las ECT</i>	50
<i>Restauración</i>	50
<i>Conservación</i>	50
6. Titularidad, transferencias y concesión de licencias de derecho de autor	52
<i>Titularidad</i>	52
<i>Primera titularidad y titularidad conjunta</i>	53
<i>Derecho de autor del Gobierno o de la Corona</i>	53
<i>Cesión</i>	54
<i>Concesión de licencias</i>	54

7. Derechos conexos	56
8. Internet y la digitalización	58
9. Gestión colectiva	62
MARCAS, INDICACIONES GEOGRÁFICAS Y NOMBRES DE DOMINIO	63
1. Marcas	63
2. Indicaciones geográficas	66
3. Nombres de dominio	66
ESTRATEGIAS DE GESTIÓN DE RIESGOS Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	69
1. Estrategias de gestión de riesgos	69
2. Solución de controversias	69
<i>Procedimientos judiciales</i>	70
<i>Procedimientos de solución extrajudicial de controversias</i>	70
<i>Tipos de solución extrajudicial de controversias</i>	70
PARTE III. CONCLUSIONES: BUENAS PRÁCTICAS	74
1. Buenas prácticas de instituciones culturales – Deontología de la investigación y política de recogida	76
<i>Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies (AIATSIS)</i>	76
<i>Agence de Développement de la Culture Kanak – Centre Culturel Tjibaou</i>	77
<i>Código Deontológico de la PIMA para Museos y Centros Culturales del Pacífico</i>	77
<i>Protocolos de la ATSLIRN</i>	77
<i>Un marco de la NISO para la creación de buenas colecciones digitales</i>	79
<i>Política museística del Te Papa Tongarewa bicultural de Nueva Zelanda</i>	79
2. Buenas prácticas en materia de archivos digitales - Protocolos	80
<i>Pacific and Regional Archive for Digital Sources in Endangered Cultures (PARADISEC)</i>	80
<i>Grabaciones sonoras de archivo de la Biblioteca Británica</i>	81
<i>Museo del Quai Branly: Condiciones para publicar material en Internet</i>	82
<i>Archives and Research Centre for Ethnomusicology, American Institute of Indian Studies</i>	83
3. Buenas prácticas de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales – Códigos de conducta y protocolos de actuación	83
<i>Comunidad hopi — Investigación y política de la Hopi Cultural Preservation Office (HCPO)</i>	84
<i>Nación Navajo — Directrices para los visitantes</i>	85
4. Ejemplos de prácticas actuales de las instituciones culturales: marcos, protocolos, directrices y acuerdos	85
<i>Ministerio de Asuntos Indígenas de Fiji</i>	86
<i>El Centro Cultural de Vanuatu</i>	87
<i>Organizaciones de derechos de reproducción</i>	88
5. Acuerdos modelo, formularios de consentimiento, licencias y compromisos	89
<i>Formulario de licencia, autorización de acceso y utilización de materiales históricos de DISA y Aluka</i>	89
<i>Festival Laura de danza y cultura aborígenes</i>	89
GLOSARIO	91
PREGUNTAS MÁS FRECUENTES	99
BIBLIOGRAFÍA	107
ÍNDICE DE TÉRMINOS	110
SOBRE LAS AUTORAS	113
AGRADECIMIENTOS	114

RESUMEN

Los museos, las bibliotecas y los archivos tienen colecciones de fotografías, grabaciones sonoras, películas y manuscritos que registran documentalmente la vida, las expresiones culturales y los sistemas de conocimientos de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales.

Se ha despertado una nueva sensibilidad entre los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, que tienen interés por poseer, controlar y tener acceso a esos materiales y documentos.

Cabe destacar que ese interés ha dado lugar al reconocimiento de que la gestión del acceso y uso de esas colecciones plantea varios problemas a los museos, las bibliotecas y los archivos. A menudo, los problemas surgen de las complejas condiciones sociales, históricas, culturales, jurídicas y políticas que influyen en las colecciones de esas instituciones.

La gestión del acceso a las colecciones y de su uso guarda necesariamente relación con la legislación, la normativa y las prácticas en materia de propiedad intelectual (P.I.). De hecho, las colecciones de expresiones culturales tradicionales (ECT) procedentes de pueblos indígenas y comunidades tradicionales plantean problemas particulares a las instituciones culturales, puesto que algunas de sus cualidades intrínsecas las distinguen claramente de otras colecciones. La naturaleza misma de las ECT hace que ocupen una posición ambigua en el ámbito de la P.I. (p. ej., algunas pueden formar parte del “dominio público”). Esta circunstancia puede dar lugar a incontables incertidumbres en las instituciones que poseen ese material. Además, con arreglo a la legislación de derecho de autor y derechos conexos vigente, los derechos sobre materiales en que se plasman las ECT (p. ej., los materiales “secundarios” como películas, grabaciones sonoras, fotografías o documentos escritos) frecuentemente no pertenecen al creador o a su comunidad, sino a la persona o personas que han “creado” el material secundario.

Se presenta el problema fundamental de que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales siguen estando excluidos de sus ECT desde el punto de vista jurídico, a pesar de que unos y otras se consideran los custodios, propietarios y administradores legítimos de esas expresiones. Además, actualmente no se dispone de un marco legislativo internacional claro que oriente la gestión, el acceso y el uso de las expresiones y manifestaciones de las culturas “tradicionales”.

Al hacer frente a esos desafíos, las instituciones de numerosos países tratan de elaborar nuevos marcos para comprender las implicaciones jurídicas, culturales y éticas inherentes al cuidado de materiales etnográficos (así como a su conservación, promoción y protección). Las instituciones culturales tratan de establecer relaciones más directas y de mayor peso con los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, utilizando activamente los conocimientos especializados de los depositarios de las tradiciones para fomentar nuevos vínculos de cooperación intercultural que enriquezcan la labor cultural y beneficien a las comunidades tradicionales. Numerosos museos, bibliotecas y archivos, y sus asociaciones profesionales, han establecido prácticas y protocolos ejemplares para abordar esas cuestiones. Con la presente publicación se pretende determinar y examinar algunos de ellos.

Este debate no siempre resulta sosegado. Sin embargo, conviene que las comunidades indígenas y tradicionales y las instituciones culturales dejen a un lado los reparos existentes en ese sentido para comprender cuál es la manera más adecuada de proteger, promover y tutelar el rico patrimonio cultural que han creado las comunidades durante miles de años y que siguen reelaborando. Como han descubierto muchas instituciones, la colaboración con esas comunidades con frecuencia proporciona información valiosa acerca de las colecciones y su significado social y cultural. A su vez, esas relaciones pueden resultar beneficiosas para los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales.

En este contexto complejo y delicado, con la presente publicación se pretende suscitar un debate sin restricciones sobre el tipo de problemas que pueden plantearse, las soluciones que están disponibles y la manera en que es posible establecer nuevas relaciones entre las instituciones y los depositarios de las tradiciones para gestionar satisfactoriamente ese material tan valioso.

Por ejemplo, ¿cómo pueden satisfacer los museos, las bibliotecas y los archivos las necesidades de los depositarios de las tradiciones en tanto que grupos de usuarios? Por su parte, ¿cómo pueden participar más directamente las comunidades indígenas y tradicionales en la grabación, digitalización y difusión de sus propias expresiones culturales, a los fines de la salvaguardia, la promoción y la generación de ingresos? ¿De qué manera podrían colaborar a ese respecto los museos, las bibliotecas y los archivos con los depositarios de las tradiciones? Por otra parte, en caso de que se opte por la colaboración mutua, ¿cómo podría concebirse y traducirse en la práctica esa nueva relación? A pesar de que la presente publicación no tiene por objeto proporcionar respuestas definitivas a esas cuestiones, en la Parte III, titulada Prácticas, recursos y opciones, se presenta una serie de proyectos en curso en los que se utilizan estas preguntas como punto de partida para el establecimiento de nuevas prácticas. Y se indica la manera en que pueden resolverse esas cuestiones tan difíciles y el modo en que están apareciendo nuevas prácticas en ese ámbito.

Esta publicación se ha preparado en el marco del Proyecto del Patrimonio Creativo, de la OMPI.¹ Se basa en informaciones recopiladas por medio de estudios² realizados en varias instituciones culturales de todo el mundo por distintos expertos por encargo de la OMPI, a saber: Antonio Arantes, Vladia Borissova, Shubha Chaudhuri, Laurella Rincon, Martin Skrydstrup y Malia Talakai. Asimismo, se basa en las guías tradicionales de P.I. destinadas a museos, bibliotecas y archivos que tratan de las cuestiones más habituales de P.I., como la Guía de la OMPI para la gestión de la propiedad intelectual en los museos,³ a las que sirve de complemento. De hecho, con la presente publicación se amplía el conjunto de publicaciones existentes para dar cabida a las cuestiones jurídicas y éticas en materia de P.I. que se les plantean a las instituciones culturales, centrándose específicamente en las colecciones que contienen patrimonio cultural inmaterial y ECT.

En la **Parte I**, que lleva por título Sentar las bases, se señalan las cuestiones planteadas, se describen los conceptos básicos pertinentes y se expone el complejo debate de políticas en torno a esas cuestiones.

En la **Parte II**, La propiedad intelectual y las expresiones culturales tradicionales: Cuestiones específicas de los museos, las bibliotecas y los archivos, se examinan los principios fundamentales de la protección por derecho de autor desde la óptica de las ECT y se presenta un panorama general de otros ámbitos de la P.I., entre los que figuran la legislación en materia de marcas y de indicaciones geográficas. En esa parte se analiza expresamente el precario equilibrio establecido por la legislación de P.I. entre la protección de los derechos otorgados a los creadores, incluidos los de las comunidades indígenas y tradicionales, y la protección de los intereses del público en general y su derecho a beneficiarse y disfrutar de esas actividades.

Como ya se ha señalado, en la **Parte III** se describen ejemplos de experiencias institucionales y comunitarias en materia de elaboración de prácticas idóneas, y se expone una selección de prácticas, protocolos y directrices vigentes. Estas prácticas, protocolos y directrices figuran de manera más detallada en la base de datos creada por la OMPI, en la que es posible efectuar búsquedas.⁴ Los estudios mencionados anteriormente, así como esa base de datos, sirven de complemento a la presente publicación. En la Parte III se explican, asimismo, las estrategias de gestión de riesgos y se examinan las posibilidades de solución de los conflictos que puedan surgir, incluido por medio de la solución extrajudicial de controversias.

1 Para más información sobre el Proyecto del Patrimonio Creativo, véase www.wipo.int/tk/es/folklore/culturalheritage/.

2 Estudios, www.wipo.int/tk/es/folklore/culturalheritage/surveys.html.

3 Rina Pantalony, Guía de la OMPI para la gestión de la propiedad intelectual en los museos, 2008. Este libro puede consultarse en: www.wipo.int/copyright/es/museums_ip/guide.html.

4 Base de datos, www.wipo.int/tk/es/folklore/creative_heritage/index.html.

La presente publicación no tiene por objeto promover ningún enfoque en particular ni imponer determinadas soluciones para resolver las cuestiones que se plantean. Su finalidad es proporcionar información a las instituciones culturales, así como a las comunidades indígenas y tradicionales, acerca de las prácticas existentes actualmente, teniendo en cuenta los principios y las legislaciones vigentes, además de poner de manifiesto los efectos de esas prácticas en las ECT y en los pueblos, comunidades e instituciones que afirman tener un vínculo con esas expresiones. Pretende facilitar información, no solo para contribuir a la solución de problemas específicos que pueden afectar a todas las instituciones culturales, sino también para demostrar que fomentar las relaciones será beneficioso para todas las partes en el futuro.

SIGLAS Y ACRÓNIMOS

ADPIC	Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio
AFC	American Folklife Center
AIATSIS	Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies
ANSI	American National Standards Institute
ARCE	Archive and Research Centre for Ethnomusicology of the American Institute of Indian Studies
ARIPO	Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual
ASEAN	Asociación de Naciones de Asia Sudoriental
ATSILIRN	Aboriginal and Torres Strait Islander Library and Information Resource Network
TKLD	Biblioteca Digital del Conocimiento Tradicional
CBD	Convenio sobre la Diversidad Biológica
CC.TT.	Conocimientos tradicionales
CIG	Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore
CISAC	Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores
DMCA	Digital Millennium Copyright Act
DNS	sistema de nombres de dominio
ECT	Expresiones culturales tradicionales
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
HCPO	Hopi Cultural Preservation Office
HTML	Lenguaje de marcado de hipertexto
ICANN	Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet
ICOM	Consejo Internacional de Museos
IFRRO	Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción
ILAM	Biblioteca Internacional de Música Africana
MuseDoma	Asociación de Gestión del Dominio Museum
NISO	National Information Standards Organization
OAPI	Organización Africana de la Propiedad Intelectual
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
P.I.	Propiedad Intelectual
PARADISEC	Pacific and Regional Archive for Digital Sources in Endangered Cultures
PCI	Patrimonio cultural inmaterial
PIMA	Pacific Islands Museums Association
RAM	Memoria de acceso aleatorio
RR.GG.	Recursos genéticos
TLD	dominio de nivel superior
TRAMA	Archivo de Música Tradicional
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
USPTO	Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América
WCT	Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor
WPPT	Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas



PARTE I

SENTAR LAS BASES: UNA PANORÁMICA GENERAL

1. Un ejemplo: la ceremonia del djalambu (tronco hueco)⁵

En 1963, un matrimonio de investigadores se desplazó al centro de la Tierra de Arnhem, en el Territorio del Norte australiano. Durante su trabajo de campo, grabaron imágenes y sonidos de una ceremonia tan significativa como la del djalambu (tronco hueco).

Esa ceremonia, uno de los últimos actos de los ritos de duelo del pueblo yirritja, simboliza el momento en el que el cuerpo penetra en el djalambu (tronco hueco). En la grabación de la ceremonia se veía a Djäwa, líder de los Daygurrurr Gupapuyngu.

En 1997, Joe Neparrnga Gumbula, uno de los hijos de Djäwa, compuso para su grupo, Soft Sands, una canción titulada “Djiliwirri”. El tema hablaba de Djiliwirri, la patria de Joe, “una tierra situada en una región boscosa y que había heredado por línea paterna de los Gaykamangu yarrata”,⁶ y “se refiere al difuso patrimonio sagrado y hereditario que los Daygurrurr Gupapuyngu han conservado a perpetuidad”.⁷

Para el videoclip que acompañaba a la canción, Joe decidió intercalar presente y pasado, mostrando imágenes de su padre extraídas de la grabación de 1963 de la ceremonia del djalambu. En palabras del propio Joe, “mi padre [Djäwa], que, a la sazón, era el líder de los Daygurrurr Gupapuyngu, participó en 1963 en la filmación de aquella ceremonia del djalambu. Llamé a los archivos [del Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies], en Canberra, y ellos se encargaron de pasar las imágenes de 16 milímetros a betacam y enviarlas a Darwin, donde se estaba editando el videoclip. Gracia a aquella vieja película, pude tener imágenes del djalambu, y las nuevas tecnologías me permitieron mostrar el ayer y el hoy del djalambu. Todas las personas que aparecían en la película de 1963 ya no están, han muerto, y nosotros, los de nuestra generación, hemos hecho otra filmación del djalambu, que también se ve en el video”.⁸

El videoclip de Joe probablemente infringía el derecho de autor de la pareja que grabó en 1963 la ceremonia. Esta había tomado las imágenes y el sonido, y a ellos pertenecían los derechos sobre aquellas obras y sobre los objetos de derechos conexos. Sin su permiso, incorporar fragmentos del material protegido a un videoclip constituía una vulneración del derecho de autor. Evidentemente, Joe y el archivo que le proporcionó los fragmentos de la filmación no eran conscientes de estar infringiendo la ley cuando copiaron la grabación para emplearla en el video musical. ¿Podrían haber justificado este uso amparándose en una excepción o limitación como, por ejemplo, las “prácticas leales” contemplados en la legislación australiana?⁹ Como el videoclip acompañaba a una canción de rock’n’roll, una obra comercial, tal vez no habría sido posible invocar ninguna de las excepciones o limitaciones previstas, pese al cariz cultural de la situación.

5 Este ejemplo se publicó inicialmente en J. Anderson, *Access and Control of Indigenous Knowledge in Libraries and Archives: Ownership and Future Use*, actas de la conferencia *Correcting Course: Rebalancing Copyright for Libraries in the National and International Arena*, American Library Association y The MacArthur Foundation, Universidad de Columbia, Nueva York, 5 a 7 de mayo de 2005. Texto disponible en <http://correctingcourse.columbia.edu/program.html>.

6 A. Corn y N. Gumbula, “Nurturing the Sacred through Yolngu Popular Song” (2002), 2(69) *Cultural Survival*.

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*

9 En la legislación de derecho de autor de Australia, las prácticas leales hacen caso omiso de la utilidad que se le quiere dar a la copia. Para las excepciones contempladas en el marco de las prácticas leales, véase Copyright Act 1968 (Cth), artículos 40 a 47H. Para las disposiciones sobre bibliotecas y archivos, véanse los artículos 48 a 53.

La filmación original de la ceremonia del djalambu, de 1963, sigue siendo muy importante para la comunidad de Joe; se habla incluso de digitalizarla y publicarla en el sitio Web de la comunidad. La filmación en sí misma está considerada una obra educativa; cuando Djäwa accedió a que se hiciera la grabación, se dio por sentado que podría emplearse como material didáctico para generaciones futuras, de ahí que la comunidad la considere algo propio.

En un caso como este, ¿a quién debería corresponder tomar decisiones sobre las filmaciones y las grabaciones? ¿A los investigadores? ¿A la comunidad? ¿Al archivo?

En este caso, el titular del derecho de autor, la esposa, gestiona los derechos con mano de hierro. Persigue incansablemente todo uso no autorizado de su obra, lo cual plantea no pocos problemas a las instituciones que la custodian.¹⁰ La esposa es reacia a que las comunidades reutilicen el material que grabaron ella y su marido, y con frecuencia sólo autoriza las copias tras una larga negociación. Tiene muy claro para quién se hizo el material y quién puede acceder al mismo, y ejerce un control absoluto sobre las grabaciones.

Evidentemente, esta situación genera un clima de hostilidad en las relaciones con las comunidades indígenas y con la institución que custodia las filmaciones y grabaciones originales. La situación es onerosa para la institución, tanto en términos de tiempo como de esfuerzo, pero también puede considerarse bastante injusta para la comunidad, que quiere utilizar un material que las retrata a ella y a su cultura.

En tales circunstancias, ¿cómo deben llevarse a cabo las negociaciones?

La dificultad a la que se enfrentan los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales es que, en muchos casos, les resulta imposible acceder a los titulares del derecho de autor para negociar con ellos personalmente, ya sea por problemas de índole geográfica o lingüística.

En cuanto a las instituciones culturales, el material cultural de sus colecciones es tan diverso que deben estudiar cuidadosamente todas las estrategias que hay que desarrollar para gestionarlo. Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales quieren tener acceso al material para poder reinterpretarlo y darle nuevos significados. No obstante, la creación de estos significados puede infringir los derechos de los titulares del derecho de autor sobre ese material, al tiempo que su utilización por parte de pueblos indígenas y comunidades tradicionales quizás no tenga cabida en las excepciones y limitaciones contempladas en la legislación sobre derecho de autor, especialmente cuando el material posee valor comercial.

Con unos entornos tecnológicos cambiantes y unas normativas de derecho de autor que evolucionan para no quedarse rezagadas, los intereses indígenas y tradicionales pueden acabar situados fuera del marco jurídico. Se plantea entonces de qué manera es posible compatibilizar esos derechos e intereses aparentemente enfrentados

2. ¿En qué radica el problema?

Las negociaciones en curso en torno a los derechos e intereses de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales sobre sus ECT¹¹ plantean distintos retos para los museos, las bibliotecas, los archivos y otras instituciones culturales, retos que, a menudo, tienen su origen en las complejas condiciones sociales, históricas, culturales, jurídicas y políticas en que se han formado las colecciones de tales instituciones. Tal y como ilustra el ejemplo de la filmación y las grabaciones sonoras de la ceremonia

¹⁰ En determinados casos, sostiene que una institución no tiene derecho a exponer en el catálogo en línea los materiales de su propiedad.

¹¹ La presente publicación se ocupa de las ECT de pueblos indígenas y comunidades tradicionales. Aunque las comunidades tradicionales pueden compartir algunas características con los pueblos indígenas, no son "indígenas" en el sentido habitual del término. Esta distinción es especialmente pertinente en el caso de aquellos países del "Nuevo Mundo" que se (re)poblaron mediante el desplazamiento forzado de personas, así como a consecuencia de una inmigración masiva. Fruto de esos procesos ha sido la evolución de las sociedades del Caribe, por ejemplo, en las que la pervivencia de las culturas africanas o asiáticas ha tenido un efecto en las sociedades a las que se han trasplantado. Entre los ejemplos de comunidades tradicionales encontramos a los amish del condado de Lancaster, en Pensilvania (Estados Unidos de América); los judíos jasídicos de Brooklyn, en Nueva York (Estados Unidos de América); los pescadores vietnamitas de la costa de Misisipi (Estados Unidos de América); los caboclos (pueblo de descendencia amerindia brasileña y europea); o los afrobrasileños del Brasil. Además, también conviene subrayar que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales no constituyen una unidad; existe variabilidad en el seno de pueblos y comunidades, así como diferencias culturales entre unos y otros, y son elementos que hay que tener en cuenta.

del djalambu, estos problemas pueden manifestarse de muchas maneras. Las controversias sobre los derechos y los deberes de las instituciones culturales respecto de las colecciones procedentes de comunidades indígenas y tradicionales pueden darse incluso en el curso de consultas o negociaciones, hecho atribuible a las diferencias en los sistemas de valores y en las interpretaciones de la Historia, así como a unas relaciones de poder desiguales en cuanto al acceso a las colecciones y a los cambios en los regímenes jurídicos en materia de titularidad, control y utilización de materiales culturales.

Las colecciones de ECT poseen ciertas cualidades que las convierten en algo fundamentalmente distinto de otras colecciones, motivo por el cual su gestión también plantea unos problemas diferentes.

Por ejemplo, en el pasado, los encargados de recopilar las ECT solían ser investigadores ajenos al contexto cultural tradicional, y lo hacían sin obtener el consentimiento de las comunidades.

Las colecciones así formadas a menudo contienen material secreto, sagrado o confidencial, cuya utilización puede estar sujeta a restricciones conforme a las prácticas y la legislación consuetudinarias.

Además, tampoco suele estar del todo clara la situación jurídica de esas ECT con arreglo a la legislación en materia de P.I.; por ejemplo, de acuerdo con las leyes nacionales de P.I., algunas colecciones pueden pertenecer al dominio público y, por lo tanto, cualquiera podría usarlas libremente.

Por último, pese a la falta de información a disposición de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales sobre la existencia y ubicación de los objetos de colección pertenecientes a su patrimonio cultural, unos y otras han manifestado su deseo de participar más directamente en la toma de decisiones relacionadas con la gestión de los elementos procedentes de su patrimonio cultural conservados en museos, bibliotecas o archivos, ya sea en el registro documental, la exposición, la presentación o la representación de sus propias culturas.¹² También cabe la posibilidad de que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales deseen volver a vincularse con esos elementos de su patrimonio cultural, facilitar el acceso a los mismos a los niños y a la comunidad en su conjunto y revitalizar los sistemas de conocimientos relacionados con esos elementos. Otros, por su parte, podrían querer recuperar totalmente el control de sus ECT y devolverlas a la comunidad, para ocuparse de ellas en su propio contexto cultural.

Tal vez el principal obstáculo para el reconocimiento jurídico de los derechos e intereses de las comunidades con respecto a ese material sea que, de acuerdo con las leyes de P.I. vigentes, la mayoría de los derechos sobre los materiales derivados de ECT no pertenecen por ley a los depositarios de la tradición, sino a la persona o personas que “crearon” la filmación, la grabación sonora, las fotografías y los manuscritos en que se plasman esas ECT.

En otras palabras, muchos depositarios de la tradición siguen sin tener ningún derecho sobre los materiales en los que se documenta su patrimonio cultural, pese a que se consideran a sí mismos custodios, dueños y administradores legítimos de esos materiales. Esta situación provoca un sinnúmero de tensiones para las instituciones que conservan colecciones de ECT.

Con la presente publicación se pretende facilitar información sobre los problemas que pueden surgir, las posibles soluciones y las nuevas relaciones que es posible establecer entre las instituciones y los depositarios de la tradición a fin de gestionar eficazmente unas colecciones tan valiosas como estas.

¹² Véase, por ejemplo, J. Anderson, “The Making of Indigenous Knowledge in Intellectual Property Law in Australia”, en *International Journal of Cultural Property*, 12(2); y E. Hudson, “Cultural Institutions, Law and Indigenous Knowledge: A Legal Primer on the Management of Australian Indigenous Collections,” en *Intellectual Property Research Institute of Australia, University of Melbourne*, 2006, págs.1 y 2.

3. Forjar relaciones entre las instituciones culturales y los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y fortalecerlas

Los cambios de índole política, económica y social acaecidos durante los últimos dos decenios, aproximadamente, han llevado a replantearse, en cierta medida, el papel y la función de las instituciones culturales, comprendida –y esto es especialmente importante– la naturaleza misma de sus colecciones de ECT. Este debate no siempre es sosegado, y las instituciones culturales con frecuencia están en una situación delicada.

En determinadas circunstancias, al examinar la cuestión del acceso a esas colecciones y de su uso, ha sido necesario tener en cuenta los cambios que ha experimentado el concepto de público y el rápido aumento de los grupos de nuevos usuarios.¹³ En efecto, las instituciones culturales han tenido que adaptarse a nuevas reivindicaciones respecto de la titularidad de sus colecciones de ECT, en particular de las colecciones constituidas en el pasado que están relacionadas con pueblos indígenas y comunidades tradicionales.

Estas reivindicaciones a menudo ponen al descubierto las circunstancias políticas e históricas que propiciaron, en primer lugar, la formación de las colecciones. En efecto, los criterios anticuados por los que se regía la observación, el estudio y el registro documental de los pueblos daban pie, las más de las veces, al acopio a gran escala de materiales relacionados con sus ECT. Existía la idea de que se podía recopilar, archivar y exponer libremente todo lo relacionado con esos pueblos, incluidas sus canciones, narraciones e instrumentos (así como los restos humanos). A menudo, las desigualdades en lo tocante a su situación incidían negativamente en la capacidad de los pueblos grabados o estudiados para dar su consentimiento informado.¹⁴

Todo lo anterior plantea muchas preguntas que conviene abordar urgentemente.¹⁵ Por ejemplo, ¿a quién pertenecen esas colecciones? ¿A quién pertenecen los derechos de P.I. sobre esas colecciones? ¿Cómo debería accederse a esas colecciones ahora y en el futuro, y cómo deberían gestionarse y utilizarse?

Durante las últimas décadas, ha habido una desconfianza manifiesta entre las comunidades indígenas y tradicionales, por una parte, y las instituciones culturales que custodian piezas de su patrimonio cultural, por otra.¹⁶ No se ha reconocido a los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales como titulares de derechos, y tampoco se les ha reconocido una relación legítima con el material de las colecciones de esas instituciones culturales. Beneficia tanto a las comunidades indígenas y tradicionales como a las instituciones culturales dejar atrás ese clima enrarecido para entender cómo proteger, promover y tutelar mejor el rico patrimonio cultural que, durante milenios, han ido forjando las comunidades indígenas y tradicionales.

Tal y como han descubierto muchas instituciones, trabajar con los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales puede brindarles una información valiosísima sobre las colecciones. En efecto, los depositarios de la tradición pueden aportar información contextual y relatos personales sobre cómo se constituyeron esas colecciones, explicar sus significados alternativos y plantear unas condiciones de acceso que sean respetuosas con las comunidades indígenas y tradicionales de las que provienen los materiales, así como con otros usuarios interesados en aprender y entender, a partir de esos materiales, unas culturas y unas prácticas culturales distintas de las suyas.¹⁷

13 J. Anderson, *Access and Control of Indigenous Knowledge in Libraries and Archives: Ownership and Future Use*, op. cit., nota 5 *supra*.

14 En particular, las comunidades rurales no alfabetizadas, los grupos minoritarios y otros depositarios de la tradición que carecen de conocimientos sobre el régimen de P.I. del país en el que residen a menudo no alcanzan a entender el valor potencial de lo que entregan.

15 Véanse K. Bowery y J. Anderson, "The Politics of Global Sharing? Whose Cultural Agendas are Being Advanced?", en *Social and Legal Studies*; T. Flessas (2008), "The Repatriation Debate and the Discourse of the Commons", en *Social and Legal Studies* 17(3), págs. 387 a 405.

16 Véase, por ejemplo, Hector Feliciano, *The Lost Museum: The Nazi Conspiracy to Steal the World's Greatest Works of Art* (Basic Books, 1998); Martin Bailey, *Don't Return Artefacts to Nigeria*, en *The Art Newspaper*, 10 de enero de 2000; Martin Bailey, *The Met and Louvre are Behaving Unethically*, *The Art Newspaper*, 9 de enero de 2001; Kate Fitz Gibbon, *Who Owns the Past?: Cultural Policy, Cultural Property, and the Law* (Rutgers University Press, 2005).

17 Aunque las colecciones de museos, bibliotecas y archivos necesariamente se refieren a acontecimientos del pasado, las culturas están constantemente sometidas a un proceso de creación y cambio, salvo que el pueblo se extinga. Por ese motivo, pueden atribuirse nuevos valores y usos a los testimonios culturales de la cultura del propio grupo o de otro.

Para responder a unos problemas jurídicos, culturales y políticos tan complejos, las instituciones de muchos países se han puesto manos a la obra para elaborar nuevos marcos que les permitan comprender los aspectos jurídicos inherentes a la conservación de materiales etnográficos y culturales, incluidas las ECT.

Esas iniciativas admiten la existencia de distintas visiones del mundo, aspiraciones y razonamientos en relación con la conservación y el acceso a esos materiales. Es evidente que unos nuevos acuerdos, integrados en una estrategia innovadora y revisados periódicamente para velar por su pertinencia a la luz de la evolución del ordenamiento jurídico, podrían ayudar a garantizar que se cuenta con unas políticas adecuadas. El problema sigue siendo el establecimiento de un diálogo fructífero sobre estas cuestiones y la formulación de estrategias que las incorporen a futuras prácticas de gestión.

Entender a grandes rasgos a las comunidades cuyos materiales están en sus colecciones y decidir quién puede acceder a esos materiales, en qué circunstancias y si la comunidad de la que proceden tiene alguna preferencia específica en la reproducción de sus materiales sería beneficioso para las instituciones culturales.

Del mismo modo que las comunidades están haciendo valer su condición de titulares legítimos de derechos que deberían controlar efectivamente cómo se las representa, cada vez son más las instituciones culturales de todo el mundo que no se ven como las propietarias de sus colecciones, sino como los custodios. Con este cambio, las instituciones culturales buscan entablar una relación más directa con las comunidades indígenas y tradicionales y contar con la participación activa de las comunidades indígenas y tradicionales con conocimientos especializados para fomentar nuevos vínculos de cooperación intercultural que puedan enriquecer la labor de preservación cultural y benefician a las comunidades tradicionales e indígenas.

Teniendo en cuenta este contexto, conviene plantearse las preguntas siguientes: ¿Cómo pueden los museos, las bibliotecas y los archivos hacer que las comunidades indígenas y tradicionales participen más activamente en la gestión de sus colecciones de ECT? Por su parte, ¿pueden participar las comunidades indígenas y tradicionales más directamente en la grabación, digitalización y difusión de sus ECT para así preservarlas, darlas a conocer y lograr que generen ingresos? ¿Cómo pueden colaborar a ese respecto los museos, las bibliotecas y los archivos con las comunidades indígenas y tradicionales? Y, si deciden hacerlo, ¿cómo podría plantearse y llevarse a la práctica esta nueva relación?

Pese a que la presente publicación no tiene como fin dar una respuesta concluyente a estas preguntas, en la Parte III se recoge una serie de proyectos en los que estas preguntas han servido como pasos intermedios para la elaboración de nuevas prácticas.

4. Analizar la dimensión de P.I.

La validez de la propiedad de objetos materiales o “piezas del pasado” que ostenta una institución cultural, una galería o un particular ha sido objeto de estudios académicos, batallas judiciales y escritos analíticos.¹⁸ Sin embargo, no abundan los análisis del componente intelectual de las ECT y, especialmente, de su dimensión de P.I. La relación entre la P.I. y las ECT es compleja y está llena de matices.¹⁹ En la actualidad, uno de los elementos más controvertidos de los aspectos intelectuales de las ECT es la incertidumbre que existe en torno a la propiedad intelectual, el control y la utilización de las colecciones depositadas en las instituciones culturales.

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, de 2007, se califican explícitamente estas cuestiones de urgentes y legítimas en los artículos 11, 12 y 31. El artículo 31 reza:

18 Véase, por ejemplo, J. H. Merryman y A. E. Elsen, *Law, Ethics and the Visual Arts* (Capítulo 3, “Who Owns the Past?”), Kluwer Law International” (4ª ed., 2004). Véase también The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (ed.), *Resolution of Cultural Property Disputes*, Kluwer Law International (2003).

19 Podría decirse que los problemas fundamentales de los derechos van más allá del dilema de si el derecho de autor de un libro o una fotografía sigue siendo efectivo.

*Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.*²⁰

En esa misma Declaración también se subraya que los pueblos indígenas tienen derecho a acceder, practicar y revitalizar sus tradiciones culturales. En el artículo 12.1) se establece que:

*Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.*²¹

FORO PERMANENTE DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS

El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas es un órgano asesor del Consejo Económico y Social que tiene el mandato de examinar las cuestiones indígenas relacionadas con el desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos.²² El Foro Permanente coordina distintas iniciativas cuyo fin es aplicar la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Todo ello suscita una serie de cuestiones complejas relacionadas con la manera en que la P.I. protege o debería proteger las ECT. La situación jurídica de las ECT es ambigua, ya que pueden acogerse o no a una o varias modalidades de protección de la P.I.²³ Uno de los problemas que se plantean al responder a estas preguntas es la falta de un marco jurídico claro que permita disponer de orientaciones en materia de gestión, acceso y utilización de las ECT.

Las normas internacionales en materia de P.I. nacieron en un contexto cultural muy concreto, de ahí que no se reconozcan las leyes consuetudinarias tradicionales o indígenas en lo relativo a la titularidad y la gestión de los bienes y conocimientos culturales.

Tal y como se ha mencionado anteriormente, el principal obstáculo al que han de enfrentarse los depositarios de la tradición cuando reivindican la titularidad del patrimonio cultural y de las ECT conservados en instituciones culturales es que, a menudo, no se les reconoce jurídicamente la titularidad de los derechos. En consecuencia, su capacidad para defender y hacer valer sus intereses y derechos con miras a negociar marcos de gestión culturalmente apropiados es limitada.

En los albores del siglo XXI, muchas instituciones culturales han desarrollado protocolos y procedimientos para proteger los derechos de los depositarios de la tradición y de las comunidades de origen.²⁴ Existen cada vez más modelos en los que pueden inspirarse las instituciones culturales. No obstante, este tipo de “Derecho indicativo” carece, las más de las veces, de mecanismos reales de aplicación.

20 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007, art. 31. Aunque la Declaración se ha adoptado, no es un texto jurídicamente vinculante.

21 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007, art. 12.1).

22 Véase www.un.org/esa/socdev/unpfi/.

23 Por ejemplo, en determinados casos en los que se registran documentalmente y se incorporan ECT a una grabación sonora o una película, las ECT pueden beneficiarse indirectamente de protección de la P.I. (la grabación o la película como tales pueden estar protegidas por el derecho de autor y/o derechos conexos, pero no la ECT subyacente).

24 Como veremos con más detalle en la Parte III, algunas instituciones culturales disponen de políticas e incluso disposiciones legales en sus estatutos sobre las ECT y las relaciones con las comunidades indígenas y tradicionales. Además, algunas jurisdicciones cuentan con marcos legales.

Para corregir el vacío en la legislación actual de P.I. en lo referente a las ECT, es preciso concebir unos procesos mejorados que permitan a los museos, las bibliotecas y los archivos determinar cuáles son los problemas de gestión de las ECT. Esto comprende la formulación de estrategias y el establecimiento de relaciones que benefician tanto a las instituciones culturales como a las comunidades indígenas y tradicionales. Que actualmente la ley no sea clara, no debería ser óbice para fomentar unas conductas y unas prácticas mejores y más respetuosas.

Tal y como ya se ha señalado, no existe en la actualidad una ley internacional o un marco legislativo genéricos para la gestión de las ECT.²⁵ Este vacío ha provocado confusión en cuanto a la manera en que las instituciones culturales gestionan sus colecciones y se relacionan con los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales que afirman ser los titulares legítimos de los derechos. En 2000, se creó el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) para estudiar a fondo el alcance de estas cuestiones.

Intervienen varios conjuntos de valores y costumbres divergentes. Para las comunidades indígenas y tradicionales, las ECT poseen un valor intrínseco en tanto que elementos vitales de su identidad y patrimonio culturales y, por lo tanto, contribuyen a la conservación y a la promoción de la diversidad cultural.²⁶

Las ECT son activos culturales y económicos de los pueblos y las comunidades que las han creado, las practican y las custodian. Las ECT pueden ser un recurso económico que contribuya de manera real a proporcionar medios de vida y aliviar la pobreza y la situación socioeconómica desfavorable de esas comunidades, por ejemplo, mediante la comercialización de productos de artesanía. Las comunidades indígenas y tradicionales suelen contarse entre las más pobres y desfavorecidas del mundo; encontrar un modo de gestionar adecuadamente las ECT no es solamente un problema ético.

Los derechos y deberes que puede hacer valer una comunidad con respecto de una colección podrían no encajar fácilmente en las definiciones de “titular”, “autor”, “creador” o “usuario” empleadas en el ámbito de la P.I. Esta falta de coincidencia obliga a encontrar fórmulas innovadoras y creativas y, lo que es más importante, presenta una oportunidad sin precedentes para establecer unas nuevas relaciones equitativas que tengan en cuenta las historias del pasado, los vacíos jurídicos y las futuras asociaciones.

¿QUÉ SON LAS ECT?

No existe una definición internacional consagrada de las ECT.²⁷ No obstante, podemos encontrar definiciones en muchas legislaciones regionales y nacionales, así como en algunos instrumentos internacionales. Las comunidades indígenas y tradicionales a menudo tienen sus propias definiciones de lo que constituye una expresión cultural. En el glosario se incluye una descripción de trabajo de las ECT para los fines que nos ocupan. Podrían considerarse las ECT como un subconjunto de los “conocimientos tradicionales”, término que también figura en el glosario. A modo de resumen, podría decirse que, en general, por ECT se entienden:

- una expresión que se transmite de generación en generación, bien oralmente, bien por imitación;
- una expresión que refleja la identidad social y cultural de una comunidad;
- una expresión formada por elementos característicos del patrimonio de una comunidad;
- una expresión realizada por “autores desconocidos” y/o por comunidades y/o personas a los que, de manera conjunta, se les reconoce el derecho, la responsabilidad o el permiso para hacerlo;
- una expresión a menudo creada con fines espirituales y religiosos; y,
- una expresión en constante evolución y desarrollo y que se recrea continuamente en el seno de la comunidad.

25 Para una descripción académica de la aparición de estas cuestiones, véase J. Anderson, *Law, Knowledge, Culture: The Production of Indigenous Knowledge in Intellectual Property Law*, Edward Elgar Press (2008).

26 En octubre de 2005, la UNESCO adoptó la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, en la que se define la diversidad cultural como “la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados”. Véase www.unesco.org/culture/en/diversity/convention.

27 A los efectos de la presente publicación, se emplea la descripción de trabajo de la OMPI. Conviene señalar que “ECT” es un término que, en el seno de la OMPI, ha sustituido al término “folclore”, más controvertido, pero también más conciso.

¿Pueden proteger los sistemas de P.I. las expresiones culturales tradicionales?

Si bien cabe la posibilidad de que no todas las comunidades vean sus ECT como algo que les pertenece, sí que se oponen, no obstante, a su uso no autorizado, y lo consideran una ofensa, especialmente si ese uso tiene fines comerciales o su naturaleza es denigrante.

Las medidas en materia de P.I. que ya existen pueden ser útiles para prevenir tales usos y apropiaciones indebidas, especialmente en el caso de pueblos y comunidades que se hayan propuesto impedir el uso no autorizado de sus producciones creativas y explotar comercialmente sus artes creativas y las adaptaciones contemporáneas de sus ECT.²⁸

A continuación, figuran algunos ejemplos de la protección que podría brindarse, que se abordarán con más detalle en la Parte II:

- Las fotografías, las grabaciones sonoras y las filmaciones en las que se registran documentalmente conocimientos y prácticas consuetudinarias indígenas y tradicionales suelen estar protegidas por la normativa de derecho de autor y/o de derechos conexos, que ofrece una forma indirecta de protección de las ECT. Estos productos derivados de las ECT pueden beneficiarse de los derechos y deberes vigentes en materia de acceso, utilización y reproducción.
- También están protegidas por derecho de autor las expresiones contemporáneas de culturas tradicionales si satisfacen los criterios de protección exigidos.²⁹
- El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (el Convenio de Berna),³⁰ el principal instrumento internacional en materia de derecho de autor, prevé, en su artículo 15.4, una protección especial para las obras “no publicadas de autor desconocido”; se trata de una disposición que se añadió al Convenio específicamente para abordar la cuestión de la protección de las ECT.
- El derecho de participación brinda otra posibilidad para compartir con los artistas y las comunidades los beneficios derivados de la reventa por las galerías y casas de subastas de obras indígenas y tradicionales basadas en ECT. En efecto, las obras de muchos artistas indígenas se revenden por cantidades muy superiores al precio que en su día se pagó por ellas.³¹
- Las interpretaciones o ejecuciones de ECT gozan de protección internacional en virtud del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas³² (WPPT).
- Las recopilaciones y las bases de datos de ECT también pueden estar protegidas por el derecho de autor y por mecanismos de protección específicos.
- Las comunidades indígenas también han recurrido a la certificación y a las marcas colectivas, así como a sellos de autenticidad, por ejemplo en Tonga,³³ Panamá³⁴ y Nueva Zelanda,³⁵ para lograr que disminuya la venta de artesanía tradicional falsa (conocida en ocasiones en inglés como “*fakelore*”),³⁶ Fiji, al igual que otros países que pueden tener iniciativas similares, está trabajando en esta idea.³⁷

28 Pese a su potencial, la P.I. no se ha utilizado ampliamente para proteger las ECT. Tal y como señaló en 2001 el Grupo de Países de América Latina y el Caribe, “los recursos que la propiedad intelectual ofrece no han sido suficientemente explotados por los poseedores de conocimientos tradicionales de cultura, ni por las empresas (pequeñas y medianas) formadas por ellos”. (Documento presentado en el CIG, en 2001, por el GRULAC (Grupo de Países de América Latina y el Caribe), WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 2.)

29 Véase, por ejemplo, T. Janke, WIPO, “Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions”, publicación de la OMPI No. 781; OMPI, “Análisis consolidado de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales/expresiones de folclore”, publicación de la OMPI No. 785, págs. 35 a 44. Para una aplicación de estos principios en el ordenamiento jurídico de China, véase, por ejemplo, la causa *Gobierno local de la aldea étnica hezhe de Sipai (provincia de Heilongjiang) contra Guo Song y la Televisión Central China y el Centro Comercial Beichen de Beijing*, causa No. 246, 2003, del Tribunal Popular Superior de Beijing.

30 Véase el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886), en www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/pdf/trtdocs_wo001.pdf. A fecha de 26 de febrero de 2010, 164 países eran partes contratantes en el Convenio de Berna.

31 T. Janke, “Our Culture: Our Future, Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights” (1999), pág. 209; Department of Communications, Information and Arts, Report of the Contemporary Visual Arts and Craft Inquiry (2002), pág. 166.

32 Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, 1996. Véase www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/.

33 M. Talakai, “Tongan Cultural Expressions and Its Intellectual Property Challenges: Findings from a Survey on Intellectual Property and Safeguarding Cultural Heritage in the South Pacific and from PhD Dissertation Fieldwork in Tonga”, ponencia presentada en la Conferencia de la Tonga Research Association, Nuku’Alofa, Tonga, julio de 2007, disponible en www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/resources.html.

34 L.C.R. de Davis, “Régimen Especial de Derechos de Propiedad Intelectual de los Indígenas de Panamá”, ponencia presentada en la cuarta sesión del CIG de la OMPI, diciembre de 2002, WIPO/GRTKF/IC/4/INF 4, disponible en www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_4/wipo_grtkf_ic_4_inf_4.doc.

35 Conviene señalar que Creative New Zealand ya no invierte en la gestión y la promoción de toi iho™, una marca que denota la calidad y la autenticidad del arte maorí. Para más información, véase www.toiho.com/.

36 Para una aproximación general, véase OMPI, *Análisis consolidado*, op. cit. nota 29. Conviene señalar que algunos estudios han mostrado, sin embargo, que incluso cuando los extranjeros saben que algo no es auténtico, pueden preferir comprar la “imitación” más barata antes que el artículo “auténtico”, más caro. Este problema es mucho más grave que el de la sensibilización de los extranjeros.

37 “Defining Fiji’s Art”, en *Living in Fiji*, septiembre-noviembre de 2006.

Pese a todo lo anterior, hay quien ha descrito el sistema de P.I. convencional no sólo como inadecuado para proteger de manera amplia y adecuada las ECT, sino también como un mecanismo seriamente perjudicial en algunos ámbitos. En primer lugar, las normas de P.I. excluyen a la mayoría de las ECT como tales de los mecanismos de protección, relegándolas a un “dominio público” desprotegido. En segundo lugar, las creaciones secundarias derivadas de las ECT pueden recibir protección en calidad de P.I. “nueva”, hecho que otorga a los titulares del derecho (quienesquiera que sean) derechos exclusivos para fijar las condiciones conforme a las que un tercero (incluidas las propias comunidades depositarias de las ECT) puede utilizar las ECT.

Además, los tipos de derechos previstos en la legislación actual de P.I. y su naturaleza no reflejan las leyes, los valores y los protocolos consuetudinarios relacionados con las ECT; cabe la posibilidad de que no puedan contemplarse en la legislación internacional en materia de P.I. habida cuenta de que, a menudo, son elementos únicos y propios de las comunidades, y varían de una comunidad a otra.

Por todo ello, muchas partes interesadas se han pronunciado a favor de nuevos sistemas sui géneris de protección de las ECT, es decir, sistemas “especiales” o individualizados que permitan resolver, en particular, los problemas relacionados con las ECT.³⁸ Varios países y organizaciones regionales ya han adoptado leyes y medidas nacionales y regionales sui géneris. La mayoría lo ha hecho incorporándolas a su legislación de derecho de autor, siguiendo fundamentalmente las Disposiciones Tipo de 1982. Otros han optado por establecer leyes y sistemas individualizados y similares a la P.I., como ha sucedido en Filipinas,³⁹ Panamá,⁴⁰ el Perú, Ghana, la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI),⁴¹ la Comunidad Andina, los países insulares del Pacífico Sur⁴² y Nueva Zelanda, por nombrar sólo algunos.⁴³

En pocas palabras, mientras que algunos países abogan por adoptar un enfoque sui géneris, otros consideran que la legislación vigente en materia de P.I. ofrece muchas soluciones y solamente necesita algunas modificaciones; un tercer grupo sostiene que el mejor camino es combinar los mecanismos sui géneris y la legislación vigente en materia de P.I. Estas opciones son materia de debate, en diversos foros, entre ellos el CIG de la OMPI.

5. P.I. y ECT: la labor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

El Comité Intergubernamental

En el seno de la OMPI, la protección de las ECT y de los conocimientos tradicionales (CC.TT.) contra la apropiación y el uso indebidos es objeto de programas activos de formulación de políticas, establecimiento de normas y fomento de la capacidad. La elaboración de políticas y normas se lleva a cabo en el CIG.

En la Asamblea General de la OMPI de 2011, los Estados miembros aprobaron un mandato que habrá de orientar la labor del CIG durante los dos años siguientes. Los Estados acordaron que el CIG continúe una ronda de negociaciones encaminadas a alcanzar un acuerdo sobre el texto de uno o varios instrumentos jurídicos internacionales que garanticen la protección eficaz de los recursos genéticos (RR.GG.), los CC.TT. y las ECT.⁴⁴

38 Este tipo de sistema se emplea bien para completar, bien para sustituir regímenes convencionales de P.I. Se caracteriza por poner el acento en los derechos comunales, la protección a perpetuidad y la ausencia del requisito de fijación.

39 Indigenous Peoples Rights Act, de 1997.

40 En el Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas para la Protección y Defensa de sus Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales del Panamá, de 2000, se establece un sistema de registro para las ECT. Se ha creado una dependencia especial en el seno de la Oficina de P.I. del país para aprobar las solicitudes y mantener ese registro. El procedimiento ante la oficina de P.I. no precisa de los servicios de un abogado, y no hay tasas de solicitud.

41 Véase el Acuerdo de Bangui, revisado en 1999, en virtud del cual se creó la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI).

42 De conformidad con el Marco Regional para la Protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura, de 2002, los “propietarios tradicionales” tienen derecho a autorizar o impedir, entre otras cosas, la adaptación, transformación y modificación de ECT protegidas. Un usuario externo puede recibir la autorización para hacer nuevas obras derivadas (obras basadas en una ECT). Cualquier derecho de P.I. de las obras derivadas recae en el autor de la obra. No obstante, si la obra se utiliza con fines comerciales, el titular de los derechos debe compartir los beneficios con los propietarios tradicionales, reconocer la fuente de las ECT y respetar los derechos morales relacionados con estas.

43 Véase OMPI, *Análisis consolidado*, op. cit. nota 29 *supra*, págs. 35 a 55 y Anexo. Véase también, Base de datos de la OMPI sobre leyes relativas a las ECT, en www.wipo.int/tk/en/laws/folklore.html y la Declaración de Bandung sobre la protección de las expresiones culturales tradicionales, los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos, en www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=81113.

44 Véase la decisión completa en www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=189757.

Las negociaciones se basaron en la labor previa del CIG. El punto de partida de las negociaciones basadas en textos son los documentos de trabajo de la OMPI ya existentes sobre RR.GG., CC.TT. y ECT. El CIG debe presentar ante la Asamblea General de 2012 el texto o los textos de uno o varios instrumentos jurídicos internacionales que garanticen la protección eficaz de los RR.GG., los CC.TT. y las ECT. Durante el período de sesiones de 2012, la Asamblea General decidirá si convoca una conferencia diplomática.

En las sesiones recientes del CIG se han examinado diversos proyectos de artículos que podrían servir para la elaboración de distintos instrumentos sui géneris sobre las ECT y los CC.TT.⁴⁵ Este enfoque de la protección permitiría reconocer, entre otros, los intereses colectivos en materia de CC.TT. y ECT que están vinculados, de alguna manera, con una identidad cultural diferenciada. Estos intereses deberían respetarse mientras una comunidad tradicional siguiera vinculada a esos conocimientos o expresiones culturales.⁴⁶

En ese proyecto de disposiciones se incluyen el cumplimiento del principio de consentimiento libre, previo e informado y el reconocimiento de las leyes y prácticas consuetudinarias de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales. De acuerdo con la opinión de muchas comunidades indígenas y tradicionales, en el proyecto de disposiciones no se establece la obligación de reconocer nuevos derechos de propiedad exclusivos sobre las ECT o los CC.TT., sino que se da cabida a esa posibilidad en el supuesto de que las comunidades decidan servirse de ella. De manera análoga, el registro o la catalogación previa de las ECT y los CC.TT. ya no es un requisito para obtener protección.

En el proyecto de artículos sobre las ECT se recogen excepciones y limitaciones a la protección similares a las de la legislación de derecho de autor. Específicamente, se establece que las medidas para la protección de las ECT no deberían aplicarse a la utilización de las mismas cuando tal uso incluya la realización de grabaciones u otras reproducciones para incorporar las ECT a un archivo o a un inventario cuyo fin sea la salvaguardia no comercial del patrimonio cultural. Esta disposición permitiría a los profesionales de la cultura hacer copias de las ECT durante labores de archivo o inventario y, especialmente, de conservación.

Pese a que el proyecto de artículos no tiene un carácter definido y es una cuestión controvertida en el seno del CIG de la OMPI, sí ilustra algunos de los puntos de vista y de los enfoques que orientan la labor de ese Comité en este terreno, y podría servir para apuntar posibles marcos para la protección de las ECT y los CC.TT. contra la apropiación y el uso indebidos. De hecho, se emplea como punto de referencia en distintas discusiones políticas y procesos de establecimiento de normas en los planos nacional, regional e internacional e, incluso, en debates sobre otras esferas de políticas. Por ejemplo, se han servido de ese proyecto de disposiciones la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO), la OAPI, distintos países de la región del Pacífico, miembros de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) y países del Caribe.

El significado de “protección”

La labor de la OMPI guarda una relación directa con la protección de las ECT desde un punto de vista jurídico, es decir, la protección de la creatividad y el carácter distintivo inherente a las ECT contra el uso no autorizado o ilegítimo por parte de terceros, incluida la apropiación comercial y el uso indebido, la representación falsa o errónea y la utilización despectiva u ofensiva. Los objetivos de la protección del derecho de autor, por ejemplo, son, fundamentalmente, seguir promoviendo la creatividad, alentar la difusión pública y permitir el control de la explotación comercial de la obra por su titular.

No obstante, conviene señalar que no todos los Estados miembros de la OMPI consideran que habría que “proteger” las ECT en este sentido del Derecho de P.I. Y sigue sin haberse dado respuesta a cuestiones tan importantes como la determinación de a quién deberían corresponder los derechos sobre las ECT.

⁴⁵ Los borradores actuales están disponibles en www.wipo.int/tk/es/igc.

⁴⁶ Las comunidades que se consideran vinculadas a (colecciones de) ECT tienen, en algunos casos, una relación principalmente histórica con esas ECT, mientras que, en otros, los valores que se atribuyen a las ECT en cuestión siguen siendo los valores reivindicados por la comunidad de que se trate, los cuales, con mucha frecuencia, representan todavía elementos de sus ECT inmateriales y muestran elementos de sus ECT materiales tradicionales.

La “protección”. en este sentido, de la P.I. se diferencia de las nociones de “salvaguardia” o “conservación” de las expresiones y el patrimonio cultural, si bien son conceptos que pueden ser complementarios. En el contexto del patrimonio cultural, la conservación y la salvaguardia suelen referirse a la identificación, la catalogación, la transmisión, la revitalización y la promoción del patrimonio cultural material o inmaterial para velar por su mantenimiento y viabilidad. De ahí que la protección pueda incluir la salvaguardia contra pérdidas por medio del archivo, la catalogación y la grabación, o pueda implicar el reconocimiento y la aplicación de todos los derechos colectivos e individuales relacionados con las ECT y su entorno jurídico y cultural. Por último, también puede consistir en el fomento de la capacidad en apoyo de la creatividad tradicional y de las comunidades y estructuras sociales que las respaldan y que dan voz a esa creatividad.

En relación con la salvaguardia y la conservación del patrimonio cultural inmaterial, la Convención de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, de 2003, y la Convención de la UNESCO sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, de 2005, han propiciado que, en la actualidad, se esté llevando a cabo una labor muy valiosa.

LA SMITHSONIAN INSTITUTION Y SU GLOBAL SOUND PROJECT⁴⁷

El Global Sound Project (Proyecto de sonidos del mundo) de la Smithsonian,⁴⁸ una iniciativa del Smithsonian Center for Folklife and Cultural Heritage (Centro Smithsonian para la cultura popular y el patrimonio cultural), se puso en marcha en 2005 y tiene como finalidad poner música tradicional a disposición del público en general en Internet. Las colecciones que componen el proyecto incluyen toda la colección Smithsonian Folkways y contenidos procedentes de archivos asociados, entre los que se encuentran la Biblioteca Internacional de Música Africana (ILAM), en Sudáfrica; los Archivos y el Centro de Investigación de Etnomusicología del American Institute of Indian Studies (ARCE), en la India; la Iniciativa Musical Aga Khan para el Asia Central, del Fondo Aga Khan para la Cultura (Asia Central); así como otros archivos que se incorporarán en el futuro. Los archivos que colaboran en el proyecto publicaron una parte de sus colecciones en el sitio Web: aquellas partes para las que pudieron obtener permisos y aquellas a las que se podía permitir un acceso libre.⁴⁹

Por sus características interactivas, el proyecto ha sido bautizado como “la respuesta etnográfica a iTunes”.⁵⁰ Para poder utilizar una grabación, en lugar de descargarla sin más, debe rellenarse un formulario de solicitud de licencia. No obstante, “las licencias y los permisos se conceden individualmente y a discreción de la Smithsonian Institution. La naturaleza del uso propuesto determinará si se fija el pago de una licencia”. La Smithsonian Institution prohíbe expresamente copiar cualquier material (archivos de texto e imágenes, filmaciones en vídeo y grabaciones sonoras) del sitio Web, salvo con fines de “uso leal”, según la definición de la legislación de derecho de autor de los Estados Unidos de América. En el sitio Web se señala lo siguiente: “Las regalías se destinan a artistas e instituciones, y satisfacen los derechos de propiedad intelectual de compositores, músicos y productores”. Dicho de otro modo, los ingresos generados por la venta de las descargas y las suscripciones apoyan la creación de nuevos contenidos educativos y se comparten con los archivos asociados, que, a su vez, entregan una parte de estos ingresos a los artistas y las comunidades.⁵¹

47 Véase The Smithsonian Global Sound Project, Análisis de caso, OMPI, en www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/culturalheritage/casestudies/smithsonian_project.pdf.

48 Véase www.smithsonianglobalsound.org/.

49 La mayoría de la colección la editó originalmente Folkways Records, de la Biblioteca Internacional de Música Africana, en L.P., y ya contaba con “aprobación previa” para su distribución en Internet. No se estimó deseable poner colecciones enteras en línea.

50 B. Braiker; *Newsweek*; 10 de junio de 2005.

51 Véase M. Skrydstrup, *Towards IP Guidelines and Best Practices for Recording and Digitizing Intangible Cultural Heritage: A Survey of Codes, Conduct and Challenges in North America*, OMPI, 2006, en www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/casestudies/skrydstrup_report.pdf.

P.I. y ECT: el contexto de las apropiaciones indebidas

Una de las grandes preguntas que han ocupado por igual a portavoces tradicionales e indígenas y a académicos es la de cuándo se puede considerar que la utilización de una ECT es un préstamo intercultural legítimo y cuándo constituye una “apropiación indebida”.⁵²

Tal vez el ejemplo más conocido de un caso así sea el exitoso CD *Deep Forest*, de 1992, en el que se combinaban fragmentos digitalizados de música de Ghana, las Islas Salomón y diversas comunidades “pigmeas” de África con ritmos de música de baile “tecno-house”.⁵³ Las ventas del disco generaron unos pingües beneficios, pero los músicos tradicionales no sólo no percibieron una parte de esos beneficios, sino que tampoco vieron reconocido su trabajo. Los productores musicales habían encontrado la música en un archivo de patrimonio cultural en el que había sido depositada por los etnomusicólogos que la habían grabado.

Tenemos otro ejemplo en unas camisetas en las que se mostraban imágenes de arte rupestre de los aborígenes australianos, cuya fabricación se detuvo después de que una institución cultural enviara una carta exigiendo el cese de la producción, aduciendo que se estaba vulnerando el derecho de autor.⁵⁴ Aunque se desconocía la identidad del autor de ese arte rupestre y la obra databa de una época tan lejana que, con toda probabilidad, el derecho de autor ya habría prescrito con respecto al arte rupestre propiamente dicho, sí que estaba vigente, sin embargo, el derecho de autor con respecto de los dibujos y las fotografías realizadas a finales de las décadas de 1970 y 1980 por Eric Joseph Brandl, un investigador pagado por la institución cultural, y estos habían dado lugar a unos derechos de autor que podían hacerse valer frente a terceros. En 1973, la institución cultural publicó un libro con los dibujos y las fotografías.⁵⁵ Dado que las imágenes de yacimientos de arte rupestre son escasas y el acceso del público al propio yacimiento está restringido, era más que probable que los fabricantes de las camisetas hubieran copiado las imágenes de las pinturas rupestres de aquella publicación única.⁵⁶ La institución y la viuda de Brandl enviaron una carta a la empresa que fabricaba las camisetas, que inmediatamente accedió a detener la producción. La cuestión se zanjó después de largas negociaciones.

Otra cuestión que se plantea es a quién debería beneficiar la protección de las ECT. En efecto, se ha argumentado que, dado que buena parte de estas creaciones derivan de otras, las ECT son el resultado de siglos de intercambio cultural, de modo que es difícil determinar los límites entre lo que pertenece a una comunidad cultural y lo que pertenece a otra. Esta situación comporta, asimismo, un aumento de la dificultad que supone identificar a una sola comunidad de “titulares”, ya que las ECT las practica más de un grupo cultural.

Son preguntas válidas; no obstante, para dar respuesta a estas cuestiones habría que tener en cuenta la importante relación existente entre las ECT, las prácticas culturales y la manera en que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales han conformado, a lo largo de la historia, su visión del mundo físico.

El poder político es fundamental para entender la génesis de unas relaciones que privaron de sus derechos a los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, las denigraron y las despojaron de sus tierras y de su manera de ser.⁵⁷ Es imposible entender el problema de las ECT sin tener en cuenta la historia de las colonizaciones, de la desposesión y de la negación de la soberanía. Hoy, esta historia suscita preguntas, que es urgente responder, sobre la identidad y el mantenimiento y la supervivencia de las culturas, y genera, además, tensiones derivadas de los distintos sistemas de valores, la racionalidad del uso de los conocimientos y el intercambio cultural. Reconocer el significado de esta historia y su pertinencia para las ECT contemporáneas es un proceso en curso.

52 Para algunos ejemplos de apropiación indebida, véase *Minding Culture*, *op. cit.*, nota 29 *supra*.

53 Véase Felicia Sandler, “Music of the Village in the Global Marketplace – Self-Expression, Inspiration, Appropriation, or Exploitation?”, tesis doctoral, Universidad de Michigan, 2001, págs. 58 y 59. Véase también Sherylle Mills, “Indigenous Music and the Law: An Analysis of National and International Legislation”, *1996 Yearbook for Traditional Music*, 28 (1996), págs. 57 a 85.

54 Véase *Minding Culture*, *op. cit.*, nota 29, análisis de caso 6.

55 E. J. Brandl, *Australian Aboriginal Paintings in Western and Central Arnhem Land: Temporal Sequences and Elements of Style in Cadell and Deaf Adder Creek Art*, en Aboriginal Studies Press, Canberra, 1973.

56 Jamás lo admitieron los fabricantes de las camisetas.

57 Convendría señalar que la desigualdad y la opresión no son características exclusivas de las relaciones entre naciones y pueblos indígenas. Las desigualdades en materia de clase social, jerarquía cultural, origen étnico y educación también afectan profundamente a las colecciones no indígenas.

6. Objetivos y naturaleza de la presente publicación

A través de ejemplos y del análisis, la presente publicación explora distintos ámbitos del patrimonio cultural y de la legislación y las políticas de P.I. para dilucidar preguntas y problemas relacionados con la gestión de colecciones, documentos y grabaciones que contienen ECT por los museos, las bibliotecas, los archivos y otras instituciones culturales. También se examinan el papel, las responsabilidades y las distintas actividades de esas instituciones que plantean cuestiones relacionadas con la P.I. y las ECT.

En esta publicación se exponen las cuestiones relacionadas con la P.I. que pueden plantear la adquisición, la conservación, la exhibición, la comunicación y la reutilización de ECT y materiales pertenecientes al patrimonio cultural.

El presente estudio se centra en la interrelación entre conservación, protección y promoción de las ECT materiales e inmateriales, temas estos que estructuran el análisis. Por lo general, las instituciones culturales custodian i) expresiones materiales (obras de arte y artesanía) y ii) materializaciones (fotografías, películas, grabaciones sonoras y audiovisuales, transcripciones y descripciones) de expresiones y prácticas materiales e inmateriales.⁵⁸ Las instituciones culturales no custodian, como tales, ECT inmateriales; más bien, invitan a las comunidades a presentar o representar en sus locales prácticas, expresiones o representaciones inmateriales.⁵⁹

Recientemente, la OMPI ha publicado una Guía de la OMPI sobre la gestión de la P.I. en los museos,⁶⁰ en la que se proporciona una panorámica general de distintas cuestiones de P.I., en particular en relación con las oportunidades de negocio para los museos. Animamos a los lectores de la presente publicación a que consulten esa guía porque, si bien en ella no se ofrecen orientaciones específicas sobre el trato o la administración de las ECT, sí se abordan distintas tareas y situaciones prácticas a las que se enfrentan a diario los profesionales de los museos. En la presente publicación se abunda en la cuestión para tratar específicamente los problemas jurídicos y éticos de P.I. relacionados con estas ECT.

El Derecho de P.I. establece un equilibrio entre la protección que se ofrece a los creadores (en un esfuerzo por seguir fomentando su creatividad) y la protección de los intereses del público⁶¹ para que este pueda beneficiarse y aprender de esas actividades (con objeto de mejorar, educar e inspirar a la sociedad en su conjunto).

Los derechos de los depositarios de la tradición a menudo no encajan fácilmente en ese equilibrio que logra el Derecho de P.I. En efecto, los derechos de P.I., tal y como existen en la actualidad, no se diseñaron pensando en las ECT. Desde el punto de vista de las políticas públicas, en las leyes de P.I. no suelen contemplarse las necesidades, las preocupaciones y las aspiraciones de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales.⁶² En las distintas jurisdicciones de todo el mundo se calibra ese equilibrio de manera diferente y en algunas no se reconoce ningún derecho de P.I. a los depositarios de la tradición.

Los llamamientos realizados a escala internacional, regional y nacional a que se amplíe la protección de las ECT han alimentado un complejo debate en torno a las políticas que está poniendo a prueba y examinando algunos conceptos básicos. Actualmente, comienzan a proponerse algunos objetivos de política y las vías para alcanzarlos.

58 Las expresiones materiales se producen y siguen produciéndose en el seno de las comunidades (y, a menudo, las recopilan personas ajenas a las comunidades), y las materializaciones de expresiones y prácticas materiales e inmateriales solían producirlas fundamentalmente personas ajenas a la comunidad. Las expresiones materiales pueden registrarse documentalmente, reproducirse/copiarse y difundirse; las materializaciones de expresiones inmateriales pueden copiarse y difundirse. Todos los materiales pueden estudiarse, analizarse por escrito, utilizarse y presentarse en soportes informativos de distintos tipos (libros, folletos, sitios web, bases de datos, etc.).

59 Pueden encontrarse algunos ejemplos, de gran valor, de la ejecución de prácticas tradicionales por las propias comunidades y en beneficio de estas mediante la utilización de objetos custodiados en museos en Miriam Clavir, *Preserving what is valued: museums, conservation, and First Nations*, University of British Columbia Press, 2002.

60 *Guía de la OMPI para la gestión de la P.I. para los museos*, op. cit., nota 3 supra.

61 Véanse, por ejemplo, los preámbulos del WCT y del WPPT, que diferencian entre derecho de autor y el interés del gran público. Véase www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/ y www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/.

62 Se han hecho llamamientos para adecuar la legislación en materia de P.I. a las nuevas realidades económicas y culturales surgidas a raíz del proceso de descolonización. Posiblemente, el equilibrio se redefinirá a la vista de los cambios en el contexto cultural debidos a la mundialización.

Con la presente publicación no se pretende defender un enfoque concreto o imponer soluciones específicas para las cuestiones planteadas. Se aspira a ofrecer información sobre prácticas actuales y su relación con las leyes y los principios de la P.I., y a demostrar qué efectos han tenido esas prácticas en la cultura tradicional, las comunidades, los depositarios de la tradición y las instituciones que reivindican una relación con esas prácticas. No sólo se pretende ayudar a resolver los problemas concretos con los que se tropiezan las instituciones culturales, sino también demostrar que el establecimiento de relaciones reviste una importancia fundamental para la gestión de las ECT y puede ser útil en el futuro para todas las partes.

Al reconocer los vacíos que existen en la actualidad en la gestión jurídica de esas colecciones, con la presente publicación se pretende abordar algunas de las cuestiones a las que se enfrentan actualmente las instituciones culturales en la esfera de la gestión de sus colecciones, a saber:

- ¿Qué son las ECT?
- ¿Cuáles son las leyes de P.I. que guardan relación específicamente con las instituciones culturales y los depositarios de ECT?
- ¿Qué problemas específicos de P.I. se plantean al trabajar con las ECT?
- ¿Qué prácticas alternativas existen en materia de gestión de las ECT?
- ¿Con qué opciones se cuenta cuando surgen conflictos?
- ¿Qué ejemplos de buenas prácticas puede ser útil emular?

En la presente publicación se aborda la legislación de derecho de autor y derechos conexos, así como la manera en que se interpreta la legislación sobre marcas en vigor en distintas jurisdicciones, además de mencionar otras leyes de P.I. pertinentes en el contexto de las ECT.

Asimismo, se trazan paralelismos entre el tratamiento de las ECT y el de otros productos culturales, como el arte contemporáneo. A partir de los estudios empíricos y del análisis llevados a cabo por la OMPI en el contexto del Proyecto del Patrimonio Creativo, en esta publicación no se busca codificar prácticas ni sugerir o elaborar unas directrices normativas o vinculantes, sino ofrecer información sobre las políticas y prácticas existentes, con miras a promover los debates y alentar el pensamiento crítico en torno a la P.I. y otras opciones conexas para la gestión de las ECT.

Puede que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales de todo el mundo no compartan las mismas metas u objetivos. Es innegable que existe una gran variedad de depositarios de la tradición de todas las culturas, tanto en lo concerniente a sus leyes consuetudinarias como en cuanto a sus necesidades y expectativas en materia de P.I.⁶³ Por este motivo, la presente publicación invita a la reflexión sobre qué se puede hacer para que puedan reconocerse como legítimas las expectativas y aspiraciones de los depositarios de la tradición en materia de salvaguardia y reapropiación de su patrimonio cultural, y cómo pueden hacer suyas las instituciones culturales estas expectativas y aspiraciones.

63 Véase el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU para formarse una idea de la diversidad de historias, leyes, preocupaciones y expectativas de justicia de los pueblos indígenas. Conviene señalar que las comunidades indígenas y tradicionales no siempre tienen un único portavoz. Las opiniones, los deseos y las reivindicaciones de las comunidades que podrían caracterizarse por un conjunto diferenciado de ECT no siempre son homogéneas en lo relativo a la titularidad, la explotación y otros aspectos de las ECT. De vez en cuando, las instituciones culturales tendrán que enfrentarse a reivindicaciones contrapuestas planteadas por una comunidad concreta. Además, en el seno de una comunidad en tiempos “tradicional”, los procesos de individualización son un fenómeno en alza, lo que provoca que los individuos empiecen a reclamar la titularidad —y derechos— de unas ECT determinadas que se consideraba que pertenecían a toda la comunidad o que siguen gozando de esta consideración a ojos de algunos miembros de la comunidad.



PARTE II. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES. CUESTIONES ESPECÍFICAS DE LOS MUSEOS, LAS BIBLIOTECAS Y LOS ARCHIVOS

En la Parte II se examina la legislación de derecho de autor y derechos conexos, marcas e indicaciones geográficas.

El derecho de autor y los derechos conexos son los ámbitos de la P.I. más pertinentes para los museos, los archivos, las bibliotecas y otras instituciones culturales. En cuanto una creación se publica, entrega o vende a un tercero, este puede utilizarla de facto, si bien no siempre de iure: el derecho de autor es el derecho de un autor a controlar el uso de sus obras.

En esta sección se analizan conceptos básicos relacionados con el derecho de autor y los derechos conexos. Se inicia con una panorámica general sobre los fundamentos jurídicos antes de analizar las cuestiones que con frecuencia se plantean en la administración y la protección de las ECT.

A medida que el número de instituciones culturales se multiplica y que estas adoptan estrategias creativas para atraer al público a sus exposiciones, las cuestiones relacionadas con el derecho de autor cobran importancia. Primero, porque las instituciones culturales ocupan un lugar único, ya que son titulares de derechos de autor (en los catálogos y los CD que venden al público, por ejemplo) y también usuarios de derechos de autor (en los cuadros o las grabaciones sonoras que reproducen para elaborar esos mismos catálogos o CD, por ejemplo). Desde un punto de vista económico, las instituciones culturales pueden, hasta cierto punto, beneficiarse económicamente de un uso adecuado de la legislación de derecho de autor.

En la segunda sección de esta parte se examinan las marcas y los nombres de dominio, esferas también pertinentes para la gestión de las ECT y de algunos de los productos y servicios que ofrecen los museos, las bibliotecas y los archivos.

Las indicaciones geográficas se abordan en la última sección.

DERECHO DE AUTOR

La protección internacional del derecho de autor no existe per se. La legislación de derecho de autor es, tanto por su naturaleza como por su alcance, jurisdiccional. Muchas cuestiones específicas relacionadas con el nexo entre derecho de autor y ECT son, por lo tanto, propias de cada jurisdicción. Pese a que existen puntos en común entre algunas, son muchas las disparidades que conviene señalar entre las distintas legislaciones nacionales.

Las bases de la legislación anglonorteamericana de derecho de autor las sentó en 1710 el Estatuto de la Reina Ana, mientras que la paternidad de la normativa de derecho de autor de la Europa continental suele atribuirse a la Revolución Francesa, a finales del siglo XVIII.

Con independencia de cuál sea su origen, muchos países son parte en el Convenio de Berna e integran, por lo tanto, la Unión de Berna.⁶⁴ El Convenio de Berna establece unas reglas mínimas de protección entre los Estados signatarios.

⁶⁴ Véase el Convenio de Berna, *op. cit.*, nota 30 *supra*. A fecha de 26 de febrero de 2010, 164 países eran partes contratantes en el Convenio de Berna.

En el artículo 5.1 se establece el principio de “trato nacional”, en virtud del cual los derechos de un autor se respetan en cualquier otro país de la Unión de Berna como si el autor en cuestión fuera un nacional de ese país.⁶⁵ Por ejemplo, el derecho de autor suizo protege las obras de autores turcos en Suiza y viceversa, porque tanto Turquía como Suiza son signatarios del Convenio de Berna.

De manera análoga, muchos países pertenecen a la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, por lo tanto, están sujetos al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC).⁶⁶ El Acuerdo sobre los ADPIC establece unas normas de protección mínimas para la mayoría de las formas de P.I., que se aplican del mismo modo a todos los Estados miembros de la OMC.⁶⁷

Además del Convenio de Berna y del Acuerdo sobre los ADPIC, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) —concluido en 1996— abre la legislación internacional en materia de derecho de autor a la era digital.⁶⁸

También existen acuerdos regionales y bilaterales, como el Acuerdo de Bangui de 1977, en virtud del cual se creó la OAPI. Algunos acuerdos de libre comercio incluyen, además, disposiciones sobre P.I.

El Convenio de Berna se ocupa de “obras literarias y artísticas”, que comprenden “todas las producciones en el campo literario, científico y artístico”. Las ECT a menudo incluyen “producciones en el campo literario, científico y artístico” (p. ej., las ECT pueden manifestarse como arte, música, dibujos o esculturas) y pueden ser, por consiguiente, objeto susceptible de protección por derecho de autor.

Cuando las circunstancias lo permiten, la protección que brinda la legislación de derecho de autor puede adecuarse a las necesidades y los objetivos de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales.

Aun así, los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales no suelen ser los titulares del derecho de autor de una gran parte de las ECT que se encuentran en museos, bibliotecas y archivos y, por lo tanto, tienen un margen de maniobra limitado para negociar cuestiones de acceso a esas colecciones, utilización, titularidad o control de las mismas.⁶⁹

El derecho de autor se compone, por lo general, de derechos patrimoniales y morales. Una categoría especial de derechos adyacentes al derecho de autor recibe el nombre de “derechos conexos”.

RESUMEN DE LOS PUNTOS CLAVE

La legislación de derecho de autor es jurisdiccional, tanto por su naturaleza como por su alcance. Muchas cuestiones concretas relacionadas con el nexo existente entre el derecho de autor y las ECT son, por consiguiente, específicas de cada jurisdicción.

Con frecuencia, los depositarios de la tradición no son los titulares del derecho de autor y los derechos conexos de las grabaciones, las filmaciones o los manuscritos en los que se recogen sus ECT y que no han realizado ellos mismos.

65 Conviene recordar la disposición del artículo 7.8) del Convenio de Berna, relativo a la duración, que es una excepción al principio de trato nacional. El artículo 7.8) reza: “En todos los casos, el plazo de protección será el establecido por la ley del país en el que la protección se reclame; sin embargo, a menos que la legislación de este país no disponga otra cosa, la duración no excederá del plazo fijado en el país de origen de la obra”. Esa es la regla, salvo que un país declare expresamente que se guía por el trato nacional.

66 El Acuerdo sobre los ADPIC figura en el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech (Marruecos), el 15 de abril de 1994.

67 A fecha de 26 de febrero de 2010, 153 países eran miembros de la OMC.

68 A fecha de 26 de febrero de 2010, el WCT contaba con 88 partes contratantes.

69 J. Anderson, *Access and Control of Indigenous Knowledge in Libraries and Archives: Ownership and Future Use*, op. cit., nota 5 supra.

1. Objetos de la protección: ¿Qué protege el derecho de autor y qué no?

La lista de material susceptible de protección puede variar de una jurisdicción a otra. Este detalle es importante precisamente porque algunas cuestiones relacionadas con la protección de las ECT dependen específicamente de qué se entiende por materia susceptible de protección por derecho de autor.

Generalmente, la protección por derecho de autor abarca obras literarias (novelas, poemas, representaciones escénicas, periódicos y programas informáticos), científicas y artísticas (cuadros, dibujos, escultura, arquitectura y publicidad) originales, cualquiera que sea su forma de expresión. Esto explica que en las leyes de derecho de autor se proteja todo un abanico de obras como, por ejemplo, las películas, las composiciones musicales, las coreografías o los mapas, entre muchas otras.

Normalmente, la protección por derecho de autor no comprende los aspectos funcionales o formulísticos y otros elementos no originales de las obras, como los colores, las técnicas empleadas en la creación de la obra o lo que, en ocasiones, se conoce como el “estilo” de la obra.⁷⁰ El derecho de autor permite imitar elementos no originales o ideas y conceptos subyacentes en otras obras, lo que propicia la acumulación de innovación y creatividad.

PUNTOS CLAVE

- El derecho de autor proporciona a los autores derechos exclusivos sobre sus obras literarias y artísticas.
- El derecho de autor se compone de derechos patrimoniales y, dependiendo de las jurisdicciones, derechos morales.
- Las leyes de derecho de autor abarcan distintos tipos de obras como, por ejemplo, aunque no exclusivamente, obras literarias (novelas, poemas, representaciones escénicas, periódicos y programas informáticos), películas, composiciones musicales, coreografías, mapas y obras artísticas (cuadros, dibujos, fotografías, escultura y arquitectura).

Originalidad

De acuerdo con la legislación de derecho de autor, una obra debe ser original para beneficiarse de protección. En los tratados internacionales pertinentes no se define el concepto de originalidad, como tampoco suele hacerse en las legislaciones nacionales. La interpretación y la determinación de ese concepto quedan a expensas de los tribunales, que deciden caso por caso.

En la tradición jurídica romanista, una obra es original, en sentido general, si refleja o lleva la marca de la personalidad o del talento creativo de su creador. En la tradición del common law, una obra es original, en sentido general, si existe un cierto grado de esfuerzo intelectual y si no es una copia del trabajo de otra persona.⁷¹ En los países que se rigen por el derecho anglosajón (p. ej., los Estados Unidos de América⁷²), se necesita un nivel relativamente bajo de creatividad para satisfacer el criterio de originalidad.

En los contextos artísticos, a menudo se pone en duda la originalidad de una obra cuando se considera que la contribución del creador a la misma es mínima. Un ejemplo clásico de este problema lo encontramos en la obra de Marcel Duchamp de 1917 Fuente, un orinal de porcelana “confeccionado” colocado boca abajo sobre un pedestal, que el artista presentó en la primera exposición anual de la Sociedad de Artistas

70 Otras ramas de la ley de P.I. pueden ser más adecuadas para proteger el “estilo” de una obra, como el ilícito civil del *common law* sobre la usurpación. El ilícito civil de usurpación protege el buen nombre de un comerciante contra una representación falsa o errónea que atenta contra su buen nombre. Impide que una persona represente de manera presente sus productos o servicios como si fueran los productos o servicios de otra persona, e impide, además, que una persona ofrezca sus productos o servicios como si tuviera alguna vinculación o conexión con otra cuando no es así. Véase el artículo en inglés de la Wikipedia sobre el ilícito civil (*passing-off*) en http://en.wikipedia.org/wiki/Passing_off.

71 Conviene mencionar que la originalidad en el derecho de autor no significa lo mismo que la “novedad” tal y como la entiende la legislación en materia de patentes, que exige que la materia reivindicada no haya sido desvelada antes de la fecha de presentación (o fecha de prioridad) de la solicitud de patente.

72 Véase, por ejemplo, la sentencia de la causa *Feist Publications, Inc. contra Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991), del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América [La condición sine qua non del derecho de autor es la originalidad. No obstante, el umbral de creatividad es extremadamente bajo. Solamente ha de poseer un “destello” o un “grado mínimo” de creatividad para poder acogerse a la protección por derecho de autor], y la causa *Desktop Marketing Systems Pty Ltd contra Telstra Corporation Limited* [2002] FCAFC 112 (15 de mayo de 2002), una sentencia del Tribunal Federal de Australia. [Históricamente, el Derecho consuetudinario garantizaba el derecho de autor en casos de directorios y otras listas” sobre la base del “sudor de la frente”, con independencia de todo elemento “creativo” en la disposición/selección de la lista.]

Independientes. Pese a que los expertos en arte afirman que se trata de la obra de arte moderno más influyente de todos los tiempos,⁷³ es discutible que sea una obra de arte original a los efectos de la protección del derecho de autor, ya que la obra se compone únicamente de un objeto que ya existía.

También está en entredicho el concepto de “originalidad” en el ámbito del “arte de apropiación” o “creatividad acumulada”, fenómeno que se da en aquellos casos en los que un creador elabora una obra “nueva” y la desarrolla utilizando, “citando” o basándose en elementos de obras ya existentes. “Podrían incluirse imágenes, formas o estilos de la historia del arte o la cultura popular, o materiales y técnicas procedentes de contextos no artísticos.”⁷⁴ Así sucede, por ejemplo, con la obra de Cory Arcangel, que ralentizó en gran medida el videojuego Tetris® creado originalmente en 1984 por Alexey Pajitnov, a la sazón miembro de la Academia de Ciencias de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) en Moscú,⁷⁵ y reclamó para sí el derecho de autor sobre la obra nueva.

En el contexto de las ECT, el concepto de “originalidad” plantea varios problemas. Las formas contemporáneas de las ECT que debemos a las generaciones actuales, y que se inspiran o se basan en formas artísticas tradicionales o indígenas preexistentes, pueden recibir protección siempre y cuando se las considere “originales” en la legislación de derecho de autor.⁷⁶ Además, estas obras son un tipo de adaptación, o de “obras derivadas”, que se basan en una o más obras ya existentes, al igual que sucede, por ejemplo, con las traducciones, las adaptaciones cinematográficas de relatos orales y las reproducciones originales de obras de arte.

Aplicar como criterio un nivel bajo de originalidad no sólo permite que muchos artistas se inspiren en sus prácticas artísticas tradicionales, sino que también hace que sea relativamente sencillo para los artistas no tradicionales y no indígenas producir imitaciones o alegar que sus productos son obras originales a los efectos de la legislación de derecho de autor.⁷⁷ En otras palabras, en la legislación de derecho de autor, el criterio de originalidad no establece una distinción entre las ECT que se transmiten dentro de una comunidad, en el marco de un proceso de conservación de una cultura, y la apropiación indebida de esas mismas ECT por parte de personas ajenas al grupo; ambas pueden beneficiarse de protección en tanto que obras originales.

Veamos un ejemplo en el que el arte tradicional resultó estar protegido por derecho de autor. En 1994, en Australia⁷⁸ se fabricaron tapices para el mercado de productos de lujo en los que se reproducían obras de varios artistas indígenas australianos de renombre. Los tapices se importaban a Australia desde Vietnam y se vendían con una etiqueta que rezaba “tapices aborígenes.”⁷⁹ Varios de esos tapices eran copias directas de obras de arte originales, mientras que otros lucían diseños ostensiblemente simplificados y que, por lo tanto, no eran copias directas. Los artistas aborígenes sostuvieron que todos aquellos tapices violaban su derecho de autor. Al aducir que los tapices con los diseños simplificados no eran obras originales o derivadas, presentaron el argumento adicional de que las copias constituían una vulneración, habida cuenta de que, además, distorsionaban los significados culturales de las obras.⁸⁰ El tribunal aceptó este razonamiento y consideró que, de acuerdo con la legislación de derecho de autor australiana, todos los tapices infringían el derecho de autor de los artistas aborígenes sobre sus obras.

73 *Duchamp's Urinal Tops Art Survey*, BBC News, versión internacional, 1 de diciembre de 2004.

74 Véase, por ejemplo, *Borrowed Elements in Art*, VCEART Ideas about Contemporary Art, en www.vceart.com/explore/ideas/page.2.html.

75 Véase el artículo de la Wikipedia sobre Tetris, <http://es.wikipedia.org/wiki/Tetris>.

76 En el caso de la utilización de códigos simbólicos por parte de miembros de una comunidad cultural, se acepta como legítima y verosímil una nueva manifestación (letra de canción, dibujo, patrón textil, etc.) porque sigue la gramática del lenguaje cultural (verbal, pictórico, musical, etc.); no se basa necesariamente en una ocurrencia previa como, por ejemplo, improvisaciones coreográficas o musicales o duelos de canciones.

77 No obstante, conviene señalar que el problema no radica en que la gente que hace imitaciones quiera que se proteja la P.I. en sus obras; son las comunidades tradicionales y los pueblos indígenas los que quieren evitar las imitaciones pese a que estas no copien la “expresión” según la definición de la normativa de derecho de autor, sino simplemente la idea.

78 *M*, Payunka, Marika & Others v. Indofum Pty Ltd*, 30 IPR 209, conocido a menudo como el “caso de los tapices”.

79 Las etiquetas sugieren que en la elaboración de las obras participaron aborígenes, y que las regalías recaerían en las comunidades implicadas. El tribunal dictaminó que, de conformidad con la Trade Practices Act (Ley de prácticas comerciales), de 1974, se trataba de una conducta engañosa.

80 En tres de los tapices fue algo más difícil determinar una infracción directa del derecho de autor. Véase un análisis en J. Anderson, *Law, Knowledge, Culture*, op. cit., nota 25 *supra*.

Además, en virtud de determinadas leyes consuetudinarias aborígenes, el derecho a crear obras de arte que contienen narraciones culturales es exclusivo de los custodios, depositarios o poseedores tradicionales, reconocidos como tales por su pueblo o comunidad. Estos titulares tradicionales tienen la autoridad colectiva para determinar quién puede utilizar las distintas formas de arte y en qué contexto o de qué manera: conocen los protocolos, los valores y las leyes consuetudinarias conexas, de los que son responsables. Por otra parte, en la legislación de derecho de autor australiana, no se prevé un marco para la incorporación de la custodia aborigen.

El tribunal se hizo eco de esta dimensión cultural específica: dado que la comunidad también mantenía unas relaciones importantes con las obras de arte, la infracción había sido motivo de enojo y de disgusto para sus miembros. De resultas, el tribunal arbitró un nuevo mecanismo de reparación para los daños culturales que añadía los daños y el sufrimiento ocasionados a la comunidad a los de los titulares del derecho de autor.⁸¹

La importancia de este caso reside en que el juez tuvo en cuenta que las simplificaciones y alteraciones efectuadas en las obras infractoras por el infractor habían desvirtuado y dañado los importantes significados y las narraciones culturales que los artistas aborígenes y sus comunidades atribuían a las obras originales.⁸² A menudo, para referirse a este aspecto se habla de “uso indebido” o “apropiación indebida” de las ECT, es decir, un uso que cambia, distorsiona, reduce o refleja de manera inexacta el significado, los valores y los protocolos consuetudinarios relacionados con las ECT.

Este ejemplo ilustra, además, la protección que pueden brindar las leyes vigentes a las ECT y cómo esas leyes pueden dar cabida al contexto cultural, así como las posibles diferencias entre unas jurisdicciones y otras a la hora de abordar estos asuntos.

Otro caso referido a la cuestión de la originalidad, que podría tener una cierta repercusión en las actividades de las instituciones culturales, es el litigio que enfrentó, en los Estados Unidos de América a Bridgeman Art Library, Ltd. con Corel Corp.⁸³ En este caso, un tribunal dictaminó que la recreación fotográfica de obras de arte del dominio público no merece protección por derecho de autor. El tribunal señaló que “[n]o cabe duda de que muchas fotografías, probablemente la gran mayoría, contienen al menos el modesto grado de originalidad necesario para acogerse a la protección del derecho de autor [...] pero la “copia servil”, pese a exigir indudablemente un cierto grado de esfuerzo y destreza, no entra dentro de esa categoría”.⁸⁴ Se adujo ante el tribunal que esas reproducciones estarían protegidas por la legislación del Reino Unido. No obstante, en la sentencia definitiva se señalaba que debería haberse hecho referencia al caso *Graves*, de 1869,⁸⁵ en el que se dictaminó que:

81 El juez von Doussa se basó en la causa *Williams contra Settle* [1960] 1 WLF 1072 en 1086-1087. Una parte de la indemnización correspondía a una compensación por el daño personal y cultural. El juez estimó que la utilización indebida de la obra de arte provocó una gran inquietud y un daño cultural a los artistas. El tribunal señaló que la consideración del artista en el seno de su comunidad podría haberse visto afectada dada la naturaleza de la reproducción y porque no se había buscado o concedido el consentimiento previo del grupo. Todo ello porque, con independencia de si los artistas autorizaban la reproducción de sus obras de arte en los tapices, conforme a la ley indígena, ellos eran responsables de la transgresión que se había producido, y podían ser castigados por dicha transgresión.

82 Véase *Minding Culture*, op. cit., nota 29 *supra*.

83 36 F. Supp. 2d 191 (S.D.N.Y. 1999).

84 *Ibid.*, en 196. En el caso *Bridgeman* guardaba relación específicamente con fotografías de obras de arte bidimensionales pertenecientes al dominio público; su aplicación a otros medios artísticos es incierta. El tribunal distinguió claramente entre la habilidad técnica y la originalidad artística. Toda vez que, para producir fotografías de calidad de obras de arte, es necesario un alto grado de pericia, el tribunal declaró: “Los elementos de originalidad [...] pueden incluir el posado de los sujetos, la iluminación, el ángulo, la elección de la película y la cámara, la evocación de la expresión deseada y cualquier otra variante. [...] Tal y como indicó el Tribunal Supremo en la causa *Feist*, “el sudor de la frente” no basta como “destello creativo”, que es la condición sine qua non de la originalidad.” (36 F. Supp. 2d 191 (S.D.N.Y.), 196-197). Esta línea de argumentación deja desprotegidas a una serie de posibles obras que, pese a ser creativas, no exigen necesariamente un grado determinado de habilidad, y también podría tener consecuencias en el contexto de la tecnología digital, incluido el arte minimalista, que demuestra un carácter único, y distintas formas futuras de arte. De acuerdo con la doctrina del “sudor de la frente”, el derecho de autor debería aplicarse a las creaciones, con independencia de su grado de originalidad, por la dificultad y la inversión en términos de tiempo, dinero o esfuerzo que se ha hecho para producirlas. La refutación de esta doctrina por parte del tribunal es un punto de vista que solamente se da en los Estados Unidos de América; distintas jurisdicciones europeas, por ejemplo, se basan en este criterio para establecer expresamente la protección por derecho de autor.

85 (1869) LR 4 QB 715.

La distinción entre un cuadro original y su copia se entiende sobradamente, pero resulta difícil decir en qué consiste una fotografía original. Todas las fotografías son copias de un objeto, como un cuadro o una estatua. Y se me antoja que una fotografía tomada de un cuadro es una fotografía original, en tanto en cuanto copiarla constituye una vulneración de la ley.⁸⁶

Las consecuencias del caso *Bridgeman* para la legislación de derecho de autor de los Estados Unidos de América son imprevisibles. La sentencia ha recibido un sinfín de críticas, y varios casos posteriores, incluso dentro del mismo distrito judicial, no parecen seguir siempre este precedente. Hay quien ha señalado que el abogado de *Bridgeman* pasó por alto refutar la afirmación de que una fotografía era una “copia servil” y que, por lo tanto, no podía optar al mismo tipo de protección del derecho de autor que otras obras creativas.⁸⁷ Por lo tanto, seguimos sin saber si las instituciones culturales pueden ser las titulares del derecho de autor sobre sus fotografías de obras de arte pertenecientes al dominio público.⁸⁸

No obstante, el caso *Bridgeman* no refleja las tendencias internacionales. Durante un seminario sobre análisis de casos en la Universidad de Londres (Queen Mary’s College), un público formado por profesionales del mundo del arte, abogados especializados en P.I. y fotógrafos, entre otros, llegó a la conclusión de que debería revocarse la sentencia. El profesor Adrian Sterling, vicepresidente del British Copyright Council y autor del libro *World Copyright Law*,⁸⁹ señaló que esa sentencia seguiría siendo controvertida.⁹⁰

Según un tribunal francés, aunque es necesaria una cierta destreza para crear una reproducción fiel de una fuente, esa tarea no constituye autoría original;⁹¹ otro tribunal francés dictaminó que reconstruir una estatua que había estado anteriormente en Versalles exige tal grado de destreza y de conocimientos que la persona que lleva a cabo la labor merece la consideración de autor;⁹² para un tribunal italiano, en las tareas de restauración de obras de arte que entrañan una actividad compleja y especialmente delicada debería recompensarse al restaurador con la protección por derecho de autor.⁹³ En Suiza, en un caso reciente relativo a una fotografía de Gisela Blau Guggenheim, publicada en prensa en 1997 y en la que podían verse varios documentos de la época nazi, dictó una sentencia parecida a la del caso *Bridgeman*. El Bundesgericht (el Tribunal Supremo Federal de Suiza) consideró que la fotografía, realizada y publicada inicialmente en Suiza, no podía acogerse a la protección por derecho de autor por carecer de un elemento de originalidad.⁹⁴

En lo que concierne a las ECT, las características concretas de las reproducciones y de los procesos que han intervenido en su creación determinan si las reproducciones fotográficas podrían o no estar protegidas por derecho de autor por sí solas.

Muchas de las obras de arte de la colección de una institución cultural, tanto si pertenecen al dominio público como si no, con frecuencia solamente las pueden fotografiar, y con fines profesionales, empleados

86 L.R. 4 Q.B. en la pág. 722. Conviene señalar que todavía no se trata de una doctrina firme en los Estados Unidos de América. El Tribunal del Distrito Sur de Nueva York dictó sentencia en el caso *Bridgeman* en 1999, pero ni otras jurisdicciones, ni los tribunales de Nueva York la siguen necesariamente. En 2000, en la causa *SHL Imaging, Inc. contra Artisan House, Inc.*, 117 F.Supp.2d 301 (S.D.N.Y 2000), se sostuvo que las fotografías de marcos decorados con espejo eran susceptibles de protección por derecho de autor, y señalaba que “no existe una prueba uniforme para determinar hasta qué punto pueden acogerse al derecho de autor las fotografías”. *Ibid.*, en las págs. 309 y 310. Evidentemente, la definición de fotografía ha cambiado con la tecnología digital.

87 Un gran número de partes interesadas asistieron, el 29 de abril de 2008, a *Who Owns This Image? Art Access, and the Public Domain after Bridgeman v. Corel*, una mesa redonda pública copatrocinada por el Comité sobre Derecho del Arte del Colegio de Abogados de Nueva York, la Asociación de Facultades de Arte, ARTstor, Creative Commons y Art Resource.

88 Las consecuencias de la sentencia en museos, bibliotecas y archivos en los Estados Unidos de América podrían ser importantes porque algunas instituciones podrían percibir dinero por las reproducciones de sus filmas o transparencias de obras del dominio público o ya lo están recibiendo. Por ejemplo, a raíz de su asociación con Flickr, la Biblioteca del Congreso percibe unos ingresos por estas actividades. Asimismo, la Frick Collection de Nueva York ha digitalizado su colección y la ha subido a Internet para su visionado. No obstante, y contradiciendo la sentencia *Bridgeman*, la Frick Collection reclama la titularidad del derecho de autor de todas las imágenes y textos de su sitio web. (Véase The Frick Collection and Frick Art Reference Library, en www.frick.org/copyright/index.htm. Ha habido un cierto debate académico sobre la presentación de demandas contra estas instituciones por utilización indebida del derecho de autor.)

89 2ª edición (London: Sweet & Maxwell, 2003).

90 IPR Case Study Seminar: *Bridgeman vs. Corel: Copyrighted Creativity or Commerce?* 3 de mayo de 2007.

91 Francia, Tribunal de Apelación de Nîmes, sentencia del 15 de julio de 1997, Jurisdata 030467.

92 Tribunal de Gran Instancia de París, sentencia del 28 de mayo de 1997, RIDA 1/1998, 329.

93 Tribunal de Bolonia, sentencia del 23 de diciembre de 1992, 1993 Il Diritto di Autore 489.

94 Véase la causa *Blau Guggenheim contra British Broadcasting Corporation BBC* (BGE 130 (2004) III S. 714-720).

de la institución cultural o contratistas, y la institución cultural está facultada para controlar la difusión de esas imágenes mediante acuerdos de licencia, la gestión digital de derechos u otros medios,⁹⁵ en lo que se conoce como “control de los conservadores de las colecciones”.⁹⁶

Desde un punto de vista práctico, es improbable que las instituciones culturales pierdan todos los ingresos que puedan percibir por las fotografías de obras de arte del dominio público porque los editores profesionales necesitan imágenes de alta calidad que solamente puede capturar la pericia de un fotógrafo profesional. Así, aunque el derecho de autor tal vez no proteja las fotografías, el fotógrafo posiblemente podrá venderlas por su calidad y su fidelidad a la obra de arte original, o a la ECT.

PUNTOS CLAVE

La protección por derecho de autor solamente abarca las expresiones de ideas, no las ideas, los procedimientos o los métodos.

Para que una obra pueda acogerse a la protección por derecho de autor debe ser original. El nivel para determinar si se cumple el criterio de originalidad no suele ser demasiado alto. En los países que se rigen por la tradición jurídica romanista, un autor debe aportar algo creativo; la obra debe ser algo más que una copia sin más. En los países que se rigen por la tradición del derecho anglosajón, se considera original toda obra que refleje o lleve la marca de la personalidad o el talento creativo de su creador.

El requisito de originalidad plantea unos problemas muy específicos en el caso de las ECT. Estas pueden basarse en obras preexistentes, bien en forma de reproducciones contemporáneas, bien en forma de obras creativas muy parecidas a otras ya existentes y transmitidas de generación en generación. En este último caso, puede no estar claro si una ECT determinada ha alcanzado el grado de originalidad adecuado para poder acogerse a la protección por derecho de autor.

Protección de las bases de datos

En efecto, la originalidad es la condición sine qua non de la protección por derecho de autor. Las bases de datos, pese a su importancia y los esfuerzos invertidos en su creación, a veces reciben una protección muy limitada conforme a lo dispuesto en muchas de las leyes de derecho de autor vigentes porque son, o pueden ser, una simple recopilación “no original” de material.⁹⁷

De conformidad con lo dispuesto en el Convenio de Berna y en el Acuerdo sobre los ADPIC, las bases de datos que constituyen recopilaciones creativas gozan de protección por derecho de autor en tanto que obras literarias. Sin embargo, no existe una definición uniforme, a nivel internacional, del término “creativo”. En las bases de datos “creativas”, se suele proteger la originalidad en la ordenación o la selección del material, nunca el material en sí mismo (que puede estar protegido independientemente y que solamente puede incluirse o utilizarse en la base de datos si media una autorización).

Es indudable que crear una base de datos precisa y fiable puede ser un proceso muy costoso y lento, y en algunas jurisdicciones se protege el derecho de autor basándose en el principio del “sudor de la frente”.⁹⁸ Por ejemplo, en 1996, la Unión Europea promulgó una Directiva sobre bases de datos que concedía protección sui géneris a las bases de datos elaboradas en la UE y en otros países con una protección análoga.⁹⁹

95 El término “gestión digital de derechos” se emplea aquí como una expresión genérica que podría incluir la marca de agua u otros obstáculos al libre acceso controlados por medio de la tecnología.

96 Véase *Who Owns This Image?*, op. cit., nota 87 *supra*.

97 A efectos de la protección, no es relevante que la recopilación se componga de “hechos no originales”, sino solamente si la ordenación o selección (sea cual sea el material) es original.

98 La expresión “sudor de la frente”, empleada en ocasiones para dar nombre a la doctrina, hace referencia a la idea de que debería protegerse el derecho de autor de las creaciones, con independencia de su originalidad, por la dificultad que, en términos de tiempo, dinero o esfuerzo, entraña producir algo.

99 Para una descripción actualizada de la Directiva sobre bases de datos, véase Database Right File, mantenido por el Institute for Information Law, Ámsterdam, en www.ivir.nl/files/database.

El titular de los derechos sobre una base de datos suele ser la persona que se encargó de recopilar y organizar la información, no las personas cuyo material (p. ej., las ECT) se documenta de esa manera.¹⁰⁰ Los problemas relacionados con la titularidad de los derechos afloran cuando en la base de datos se incorporan distintos tipos de obras protegidas por derecho de autor, como las películas o las fotografías. También pueden plantearse problemas respecto de la titularidad en función de otros factores como, por ejemplo, quién financió el proyecto, si los contenidos pertenecen a otros titulares o si el entorno en el que se encuentra la base de datos pertenece asimismo a un tercero como, por ejemplo, un desarrollador de tecnología determinado. Resolver estas cuestiones antes de iniciar la creación de la base de datos es sumamente importante. Los conflictos relacionados con la titularidad de las bases de datos genéticas, especialmente las que contienen información procedente de pueblos indígenas y comunidades tradicionales, ponen de manifiesto los distintos problemas que se plantean y que se plantearán en el futuro.¹⁰¹

Son varias las situaciones en las que la protección de las bases de datos es pertinente para la labor de los profesionales de los museos, las bibliotecas y los archivos. Desde las bases de datos de imágenes hasta las listas de invitaciones, las instituciones culturales “poseen” un gran caudal de información valiosa.

En Bélgica, la aplicación por parte del país de la Directiva de la UE sobre las bases de datos dio pie a un caso en el que se examinan algunas de las características de las bases de datos y de las publicaciones del campo de la historia del arte. En la causa *Art Research & Contact contra S. Boas*,¹⁰² el demandante había recopilado y ordenado metódicamente en un sistema de fichas datos sobre 530 esculturas de Bruselas mientras preparaba un libro que el demandado tenía previsto publicar. Sin embargo, antes de que el libro estuviera concluido, demandante y demandado acordaron poner fin a su relación empresarial. Con posterioridad, el demandado utilizó partes de la base de datos para escribir y publicar el libro. Según una sentencia de 2000 del Tribunal de Apelación de Bruselas, el sistema de fichas del demandante estaba protegido por el derecho de autor porque la estructura de la recopilación de datos era el fruto de una selección original y de una creación intelectual; en consecuencia, el demandado había infringido el derecho de autor del demandante. El Tribunal Supremo de Bélgica ratificó la sentencia del Tribunal de Apelación en 2001, aunque recordó que, en el caso de las bases de datos no creativas, el derecho de autor protege simplemente la estructura de la base de datos, no los contenidos reales.

En el marco de las negociaciones que se están llevando a cabo en el CIG de la OMPI, las bases de datos, los registros y otras formas de catalogación son vistas como un mecanismo para proteger las ECT.

Aun así, algunas personas han manifestado su preocupación por el hecho de que, en función de su financiación y su gestión, la creación de una base de datos de este tipo permitiría acceder libremente a las mismas ECT que se quiere proteger. La recopilación, grabación y difusión de las culturas de los pueblos indígenas y la investigación en ese ámbito ocasionan no pocas preocupaciones a los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales. En primer lugar, cabe la posibilidad de que no se respete la confidencialidad entre etnógrafos e informadores (algo, no obstante, prohibido por los códigos deontológicos profesionales). En segundo lugar, puede que la representación que se haga de las culturas tradicionales e indígenas sea inadecuada. También puede suceder que no se permita el acceso al material documental a las personas que han sido objeto del estudio. Por último, preocupa que personas ajenas a los pueblos indígenas y a las comunidades tradicionales la lleven a cabo, conserven su propiedad y la comercialicen buena parte de la labor de registro documental de las culturas indígenas y tradicionales.¹⁰³

Además, la digitalización, difusión y circulación de ECT puede chocar frontalmente con el punto de vista de los pueblos indígenas y las culturas tradicionales sobre el tipo de acceso que debe ofrecerse a sus colecciones. En algunos casos, el empeño por salvaguardar esos materiales ha llevado involuntariamente a su revelación no autorizada o a la explotación comercial de materiales culturalmente delicados. En efecto,

100 J. Anderson y G. Koch (2004), ‘The Politics of Context: Issues for Law, Researchers and the Compilation of Databases’, en *Researchers, Communities, Institutions, Sound Recordings*, editado por L. Barwick, A. Marett y J. Simpson. Sydney: University of Sydney.

101 J. Hollowell y G. Nicholas (eds.), ‘Decoding Implications of the Genographic Project for Cultural Heritage Studies’, sección especial, *International Journal of Cultural Property*, vol. 16, No. 2, 2009.

102 Tribunal Supremo de Bélgica, Tribunal de Casación, 11 de mayo de 2001.

103 Véase OMPI, *Análisis consolidado*, op. cit., nota 29 supra.

el contenido informativo de las colecciones de un archivo podría ser sagrado o confidencial y su uso estar sujeto a restricciones con arreglo a las leyes consuetudinarias. Algunas comunidades pueden considerar inadecuado que un tercero acceda a estas ECT sagradas, espirituales o culturalmente significativas. Por consiguiente, la gestión de materiales secretos y sagrados es un motivo de especial preocupación. Sin embargo, tal y como afirma Maui Solomon, un abogado neozelandés, crear bases de datos puede ser una opción interesante “si, en las circunstancias adecuadas, puede controlarse efectivamente el acceso público. Por ejemplo, utilizando «archivos mudos», a cuya información sólo tienen acceso los propios poseedores de los conocimientos o un organismo debidamente autorizado, con la finalidad de determinar si es probable que tenga lugar una apropiación indebida o si esta se ha producido”.¹⁰⁴

PUNTOS CLAVE

Las bases de datos ocupan un espacio difuso en la legislación de derecho de autor. En cada jurisdicción reciben un trato distinto. Aunque, para poder disfrutar de la protección general por derecho de autor, debe cumplirse el requisito de originalidad, las recopilaciones creativas pueden disfrutar de algunos de los beneficios de la protección por derecho de autor.

Es importante determinar la titularidad tanto de la propia base de datos como de sus contenidos antes de poner en marcha un proyecto de creación de una base de datos de ECT.

Actualmente están en curso algunas iniciativas regionales para el establecimiento de bases de datos de ECT. Estas bases de datos pueden estar protegidas por derecho de autor o por una ley sui generis sobre bases de datos.

La dicotomía entre idea y expresión

El derecho de autor no impide que terceras personas puedan utilizar ideas, sistemas, hechos, conceptos o información difundida en la obra del autor. Solamente afecta a la forma literaria, musical, gráfica o artística mediante la cual el autor expresa ideas, información u otros conceptos intelectuales. El derecho de autor permite que el autor controle la copia o la reproducción de la forma mediante la que se ha expresado. Por ejemplo, cualquiera puede crear su propia expresión de las mismas ideas y conceptos, o utilizarlos en la práctica, a condición de que no copie o adapte la forma de expresión del autor original. En ocasiones, es difícil aplicar en la práctica esa distinción, o dicotomía, entre “idea” y “expresión”. En pocas palabras: las obras que se componen de una idea, más que de la expresión de esa idea, a menudo no son susceptibles de protección por derecho de autor.

Por ejemplo, hubo pintores que emularon el método puntillista de los cuadros del francés George Seurat, una técnica que consiste en emplear pequeños puntos individuales de colores primarios para crear la impresión de una amplia paleta de colores secundarios e intermedios. Mientras que, a menudo, ha sido el estilo o la idea lo que le ha valido a Seurat un lugar en la historia del arte más que cualquier cuadro o expresión de esa idea, la normativa de derecho de autor solamente protege las expresiones de ideas, de modo que, si bien el derecho de autor podría proteger los cuadros de Seurat, incluido su famoso *La Grande Jatte*, no podría proteger la idea del puntillismo, y Seurat, por lo tanto, no habría podido recurrir a la normativa de derecho de autor para evitar que otros imitaran su técnica.

Veamos un ejemplo estadounidense reciente. En la causa *Leigh contra Warner Bros. Inc.*,¹⁰⁵ se dirimió la posibilidad de que una fotografía pudiera ser objeto de protección. Leigh era un fotógrafo cuya instantánea de la estatua llamada “Bird Girl” en el cementerio Bonaventure de Savannah, en el estado de Georgia (Estados Unidos), aparecía en la portada del libro *Medianoche en el jardín del bien y del mal*. Warner Brothers rodó una película basada en ese libro e incluyó otras imágenes del fotógrafo de esa misma estatua, tanto en la película como en el material publicitario. Leigh demandó a Warner Brothers por vulneración del derecho de autor; la cuestión litigiosa versaba sobre la posibilidad de proteger determinados elementos de la fotografía y si el demandado había vulnerado esos elementos. El Tribunal de Apelación de

¹⁰⁴ La protección de los conocimientos tradicionales: cuadro de comentarios por escrito sobre los objetivos y principios revisados, mayo de 2007, documento de la OMPI WIPO/GRTKF/IC/11/5(b), punto 4.27 del Apéndice.

¹⁰⁵ 212 F.3d 1210 (11th Cir. 2000).

los Estados Unidos del 11er Circuito recalcó que la legislación de derecho de autor no protege ideas y, en consecuencia, dictaminó que la fotografía original no facultaba a Leigh a oponerse a la fotografía de Warner Brothers del mismo objeto, sobre el que Leigh no tenía ningún derecho. No obstante, el Tribunal también dictaminó que algunos elementos artísticos de la fotografía de Leigh, como la elección de la iluminación, el sombreado, el encendido, el ángulo y la película empleados, eran expresiones que sí podían ser protegidas.

En el contexto de las ECT, a la dicotomía entre idea y expresión le corresponde un papel importante porque es una distinción que, a menudo, no está del todo clara. En el caso de los tapices,¹⁰⁶ es evidente que los artistas indígenas confiaban en proteger una serie de elementos culturales inmateriales que también estaban presentes en la obra de arte. No cabe duda de que los artistas aborígenes y sus comunidades se sintieron ofendidos porque los tapices representaban de manera inadecuada sus obras y no respetaban el derecho, los valores y los protocolos consuetudinarios relacionados con ellas.

Cabe buscar otro motivo en el hecho de que las obras de arte indígenas son algo más que meras “obras de arte”, en el sentido occidental de la palabra: son representaciones significativas de relatos culturales importantes con toda una serie de significados colectivos y, con frecuencia, espirituales, y su realización y exposición entrañan responsabilidades morales.

¿Y si un fabricante de tapices hubiera aprendido las historias sagradas en las que se basaban las obras de arte y, a continuación, hubiera plasmado en unos tapices sus propias expresiones visuales de tales historias? Es posible que esos tapices fueran nuevas obras protegidas por derecho de autor, dado que su expresión sería distinta a la de los artistas aborígenes. No obstante, sería posible argumentar que, en este caso hipotético, podría seguir habiendo un cierto uso o una representación indebidos de las historias reales.

El problema de la distinción entre idea y expresión en el contexto de las ECT es recurrente. Esta tensión también se debe a que no existe una distinción, una identificación y, menos aún, una definición clara de las ECT: nos encontramos necesariamente ante una categoría abierta que intenta dar cabida a toda la gama de expresiones y prácticas culturales indígenas y tradicionales.

En las ECT se dan unas relaciones complejas entre elementos materiales e inmateriales, algo que no siempre es fácil de traducir al lenguaje y a la lógica de la legislación de derecho de autor. Tal y como ha señalado la Unión Internacional de Editores en las negociaciones sobre P.I. y ECT en el seno de la OMPI:

El sistema de P.I. es un sistema equilibrado con unos derechos claramente definidos [...] Rige la presunción de libertad. Por ejemplo, la dicotomía entre idea y expresión en lo relativo al derecho de autor. Por el momento, las expresiones culturales son un concepto relativamente abierto que todavía escapa al rigor habitual de una definición y una identificación claras de qué debería ser objeto de protección y qué no.¹⁰⁷

Podrían darse casos en los que personas ajenas a ese contexto cultural emplearan el estilo o método de creación de obras indígenas o tradicionales. En tales casos, no se podría recurrir a la protección por derecho de autor existente, ya que estos casos se refieren a la copia de una idea, un estilo o el método de elaboración de una obra, y no a la copia de la obra indígena o tradicional real o de la expresión de la idea.¹⁰⁸

106 Véase “caso de los tapices”, *op. cit.*, nota 78 *supra*.

107 Intervención de la UIE en la sexta sesión del Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore; Ginebra, 16 de marzo de 2004.

108 Véase K. C. Ying, *Protection of Expressions of Folklore/Traditional Cultural Expressions: To What Extent is Copyright Law the Solution?*, en *Journal of Malaysian and Comparative Law*, 2005, vol. 32, No. 1, pág. 31.

PUNTOS CLAVE

La diferencia entre una idea y la expresión de esa idea puede ser vaga. No existe una regla única que se pueda aplicar claramente para establecer una distinción entre una idea y su expresión concreta. Tal distinción se efectúa caso por caso.

Las ECT a menudo escapan a la dicotomía entre la idea y la expresión debido a que plasman creencias, historias o ideas (es decir, ideas no protegidas por la legislación de derecho de autor) que tienen una importancia fundamental para la cultura; frecuentemente carecen de una única expresión finita que se imponga al resto de expresiones de esa idea.

Fijación

En algunas jurisdicciones, la protección se brinda siempre que las obras se presenten en una forma tangible o material que pueda ser vista, oída o tocada. Este requisito recibe el nombre de requisito de fijación.

Tanto las obras orales como las escritas pueden beneficiarse de protección por derecho de autor.¹⁰⁹ El Convenio de Berna establece explícitamente la posibilidad de que las obras solamente gocen de protección si han sido fijadas en un soporte material. Ni en el WCT ni en el Acuerdo sobre los ADPIC se menciona la fijación.

Se entenderá que una obra está fijada cuando sea lo suficientemente permanente como para ser percibida, reproducida o comunicada, es decir, cuando tenga una forma de expresión, que no tiene por qué ser necesariamente gráfica. En efecto, con frecuencia carece de importancia si la obra está fijada por medio de palabras, números, imágenes o cualquier otro medio: la forma, la manera o el medio de fijación es intrascendente. Puede estar escrita, grabada, representada por medio de datos digitales o señales o reducida a una forma material de cualquier otro modo.¹¹⁰

Muchos ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente los de los países del common law, exigen la fijación de la obra, porque así puede resultar más fácil determinar su existencia y contar con una base clara y definida para los derechos. Por el contrario, muchos países de África, América Latina (el Brasil) y Europa (entre ellos Bélgica, España, Francia, Suiza, Italia y Alemania)¹¹¹, países pertenecientes a la tradición jurídica romanista, no exigen la fijación. Estos países otorgan protección a una obra en cuanto posee una forma que otros puedan percibir.

El requisito de la fijación comporta, tal vez más que el de originalidad o que la dicotomía entre idea y expresión, una serie de obstáculos considerables desde el punto de vista de la protección de las ECT, y más concretamente de las ECT inmateriales, en aquellas legislaciones de derecho de autor que incluyen esta condición.

Por ejemplo, “los encantamientos chamánicos y los rituales terapéuticos complejos, incluidas la poesía, las ceremonias de sanación mediante canciones o musicoterapia y la pintura con arena, a menudo podían adoptar caminos espontáneos y no prestarse con facilidad a la representación inmediata bajo una forma material”.¹¹² En muchos casos, es imposible separar las ECT “del simbolismo, la espiritualidad y los sistemas de creencias subyacentes e inmateriales que comporta la fijación. La expresión en un material escrito de una oración, por ejemplo, podría beneficiarse de protección del derecho de autor con arreglo al artículo 15.4a) del Convenio de Berna. No obstante, la fijación resta valor a la fuerza espiritual, emotiva, personal y profunda de la oración, una fuerza que se despliega plenamente para una persona o un grupo concreto en una situación de éxtasis o en un arrebato aparentemente espontáneo, o en otras situaciones análogas”.¹¹³

109 Véase el Convenio de Berna, artículos. 2.1 y 2.2.

110 Véase, por ejemplo, Copyright Act of the United States of America, art. 101, acerca de la “fijación” y la Copyright Act of Sudáfrica, artículo 2.2).

111 Véase, por ejemplo, Ley Federal de Suiza de derecho de autor y derechos conexos, de 9 de octubre de 1992, artículo 2(1). “Una obra gozará de protección del derecho de autor en cuanto haya sido creada, con independencia de que haya sido fijada o no en un soporte físico”.

112 Véase C. Oguamanam, “International Law and Indigenous Knowledge: Intellectual Property Rights, Plant Biodiversity, and Traditional Medicine”, University of Toronto Press, (2006), pág. 181.

113 *Ibid.*

PUNTOS CLAVE

En muchas jurisdicciones, pero no en todas, se exige que una obra esté fijada en un soporte tangible o material para beneficiarse de la protección por derecho de autor.

Muchas ECT no satisfarían el criterio de la fijación, de modo que sería imposible proteger los relatos orales y las danzas a menos que estuvieran específicamente “fijados” en un soporte material.

Adaptaciones

Las adaptaciones son obras basadas en una o varias obras preexistentes o en material perteneciente al dominio público. Incluyen toda refundición, transformación o adaptación de una obra. Estas adaptaciones a veces reciben el nombre de “obras derivadas”, ya que “derivan” de obras preexistentes o de material que no está protegido. La obra derivada puede, a su vez, beneficiarse de la protección por derecho de autor si es lo suficientemente original.

Un autor, o el titular de los derechos, poseen el derecho exclusivo de controlar la realización de adaptaciones de su obra u obras protegidas. Un tercero que desee crear una obra basada en otra obra protegida necesita la autorización del autor de la misma.

Incluso las obras derivadas de materiales que se hallan en el dominio público pueden beneficiarse de la protección por derecho de autor, puesto que una nueva interpretación, disposición, adaptación o reunión de materiales pertenecientes al dominio público, o incluso su “reenvasado” en forma de mejora digital o trasvase a color, pueden dar lugar en ocasiones a una nueva expresión distinta que sea suficientemente “original”. Por ejemplo, el guión de una película basada en una obra antigua muy conocida, como la *Odisea*, de Homero, puede ser una obra original.¹¹⁴ Además, dos obras muy parecidas pueden haberse basado en la misma obra o corpus de obras del dominio público.

Por este motivo, una producción artística o literaria contemporánea que derive de una cultura tradicional o una ECT determinadas, o se inspire en ellas, y que incorpore nuevos elementos o expresiones, podrá considerarse como una obra distinta y original y, en consecuencia, beneficiarse de la protección por derecho de autor.

No obstante, la protección que se concede a esas obras derivadas solamente comprende el material o los aspectos de la obra derivada que sean nuevos. Esta protección recibe a veces el nombre de “derecho de autor parcial”, expresión que se emplea para referirse al reducido número de elementos susceptibles de protección de una obra que, por otra parte, no es susceptible de recibir protección dado que el resto de los elementos están protegidos por el derecho de autor de otro autor o pertenecen al dominio público. La condición de obra protegida por el derecho de autor o perteneciente al dominio público, según sea el caso, de esos elementos o de ese material preexistentes no se ve alterada. La idea básica en este caso es que, aunque una adaptación pueda estar protegida por derecho de autor, esta protección no puede arrebatar al dominio público algo que ya pertenecía a este o rebajar los derechos adquiridos previamente por otro autor.¹¹⁵

Si bien los derechos exclusivos del titular del derecho de autor suelen incluir el derecho a autorizar o impedir la adaptación de su obra, esta situación por lo general no es óbice para que otros creadores se inspiren en la obra o tomen prestados elementos de esta. El derecho de autor es favorable al principio de que los artistas nuevos deberían inspirarse en las obras de otros y recompensa la creatividad.

El problema estriba en distinguir entre la copia fraudulenta o la adaptación no autorizada y la inspiración o el préstamo legítimo.

¹¹⁴ Véase la causa *Christoffer contra Poseidon Film Distributors Ltd* [2000] E.C.D.R. 487 (Tribunal Supremo del Reino Unido).

¹¹⁵ C. Farley, *Protecting Folklore: Is Intellectual Property the Answer?*, Connecticut Law Review, Vol. 30, 1997.

Los debates sobre una posible protección sui géneris de las ECT se centran en si se debe otorgar o no un derecho de adaptación respecto de las ECT y qué excepciones o limitaciones pueden ser adecuadas.¹¹⁶

Dado que las excepciones y limitaciones variarán según el contexto, en la Parte III se presenta una serie de proyectos en curso cuyo objeto es establecer buenas prácticas en materia de acceso a las ECT y el uso de estas cuando se trabaja con comunidades indígenas y tradicionales, tanto en contextos institucionales como en el seno de las propias comunidades tradicionales.

PUNTOS CLAVE

Las adaptaciones son obras basadas en una o varias obras preexistentes pero que contienen un número suficiente de elementos originales para dar lugar a una nueva obra susceptible de protección por derecho de autor. De conformidad con la legislación de derecho de autor, la dificultad estriba en distinguir entre la adaptación no autorizada y la inspiración o el préstamo legítimos.

A menudo podría considerarse que las ECT son obras derivadas porque se basan en expresiones preexistentes. Sin embargo, clasificar simplemente como obra derivada cada nueva repetición de una ECT presenta el problema de que algo así tal vez no respondería a los objetivos de una comunidad y permitiría que toda nueva repetición de la ECT acabara pasando a formar parte del dominio público, con lo que cualquiera podría utilizarla.

*El dominio público*¹¹⁷

El Convenio de Berna se aplica a “todas las obras que, en el momento de su entrada en vigor, no hayan pasado al dominio público en su país de origen por expiración de los plazos de protección.”¹¹⁸ “Dominio público” es una expresión en ocasiones confusa y que no se emplea de manera uniforme. En algunas jurisdicciones jamás se emplea el término “dominio público”; en el Japón, por ejemplo, se utiliza para este concepto la expresión “libre de derechos de autor”.

A diferencia de lo que a veces se cree, una obra no pertenece al dominio público simplemente porque sea accesible, por ejemplo, a través de Internet. Con la llegada de Internet, ha sido posible “publicar” obras protegidas libre y fácilmente. En cuanto este material está disponible en la red, puede copiarse desde miles e, incluso, millones de ordenadores sin dificultad, a una gran velocidad y prácticamente sin costo alguno. Tal vez esto haya acentuado la creencia arraigada, pero errónea, de que si algo está disponible a través de una fuente gratuita y abierta, debe de pertenecer al dominio público. Lo cierto es que en Internet hay un gran número de obras protegidas. Hay una gran diferencia entre “acceso público” y “dominio público”.

Por lo general, el dominio público lo forman todos los productos intelectuales que ya no gozan o que jamás gozaron de protección por derecho de autor. En consecuencia, sólo puede entenderse su definición y su uso en relación con qué protegen y qué no las leyes de P.I.

Es importante que las instituciones culturales entiendan el concepto de dominio público, habida cuenta de que cualquiera puede usar libremente, y con cualquier fin, los materiales en el dominio público. Las instituciones culturales tienen libertad para reproducir materiales que se encuentren en el dominio público no sólo en Internet, sino también en productos comerciales, y para hacerlo con fines comerciales.

A menudo, las instituciones tienen distintas estrategias para gestionar el material perteneciente al dominio público. Por ejemplo, el “Webmuseum” en línea intenta limitar el acceso a las reproducciones digitales de obras del artista suizo Paul Klee (1879-1940). Para acceder en línea a una obra de Paul Klee, el usuario de Internet debe certificar que la obra pertenece al dominio público en el país y la jurisdicción a la que va a ser importada.¹¹⁹

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, el *Proyecto de disposiciones*, art. 5.

¹¹⁷ Encontrará más información en el documento titulado *Nota sobre los significados de la expresión «dominio público» en el sistema de propiedad intelectual, con referencia especial a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore*, WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8.

¹¹⁸ Véase el Convenio de Berna, *op. cit.*, nota 30 *supra*, artículo 18.1).

¹¹⁹ La duración de la protección por derecho de autor puede variar de un país a otro, lo que quizás conlleve que haya diferentes fechas de entrada en el dominio público. Véase www.ibiblio.org/wm/paint/auth/klee.

Las instituciones con presencia en la red con frecuencia seleccionan las obras de arte que exponen digitalmente¹²⁰ o, si sus sitios Web ofrecen una base de datos que permite realizar búsquedas, puede que no muestren las obras que no pertenecen al dominio público y/o aquellas para las que carecen de un permiso de digitalización o exhibición en línea.¹²¹

La expresión “dominio público” se emplea, las más de las veces, para referirse al material intelectual respecto del cual no es posible reivindicar o mantener titularidad alguna. Tal y como ya se ha comentado, esta cuestión resulta problemática en el ámbito de las ECT, pues muchas comunidades tradicionales mantienen derechos, responsabilidades e intereses comunitarios, familiares y/o tribales, a pesar de que no estén necesariamente reconocidos por los marcos jurídicos que reglamentan y definen los conceptos de “propiedad” y de “titularidad”, incluido el marco de la P.I.¹²²

La mayoría de las ECT que no están protegidas conforme a una ley de P.I. sui generis o de otro tipo pertenecen al dominio público y se les puede dar un uso inespecífico (con sujeción a los derechos conexos que puedan existir al grabarse, ejecutarse o interpretarse o radiodifundirse)

En el concepto de dominio público no se tienen en cuenta las distintas normas establecidas por el derecho consuetudinario ni la función de las ECT en el seno de las comunidades tradicionales e indígenas. Algunas comunidades han mostrado su preocupación por el concepto de dominio público en relación con sus ECT.¹²³

Por ejemplo, en Cerdeña (Italia), distintos pueblos tienen formas características de cantar el género polifónico al tenore, maneras que permiten que cada pueblo identifique la procedencia geográfica de los cantos. La posibilidad de que un arreglista tome esta música tradicional que se encuentra en el “dominio público” y la arregle en beneficio propio sin reconocer la obra original es un problema muy presente.

No obstante, hay quien ve en el concepto de dominio público una oportunidad para la protección y la divulgación continuadas de las ECT.¹²⁴ “Cumple varios de los objetivos relacionados con la salvaguardia y la conservación del patrimonio cultural, y se afirma que la naturaleza de dominio público del patrimonio cultural es un componente fundamental para su renovación y supervivencia.”¹²⁵

Por ejemplo, en la bibliografía en que se vinculan las ECT con el debate más amplio sobre el patrimonio cultural frecuentemente se apunta su relación con instrumentos internacionales como la Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (1970),¹²⁶ la Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (1972), la Convención de la UNESCO para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (2003), la Convención de la UNESCO sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005) y el Convenio de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente (1995).¹²⁷

120 Véase, por ejemplo, Neue Pinakothek, Múnich, en www.pinakothek.de/neue-pinakothek/sammlung/rundgang/rundgang_en.php. “La Neue Pinakothek siempre expone alrededor de 450 cuadros de su colección de más de 4.500 cuadros y 300 esculturas. Actualmente, puede ver en nuestro sitio web de Internet 100 obras pictóricas destacadas”.

121 Véase, por ejemplo, Museo de Arte Moderno, Nueva York, www.moma.org/collection/browse_results.php?criteria=0%3AYM%3AG%3A1990%7CG%3AHO%3AE%3A1&page_number=22&template_id=1&sort_order=1. Por ejemplo, junto a Lumumba, de Luc Tuymans (2000), se indica “Imagen no disponible”.

122 De acuerdo con la redacción de la ley de P.I., el origen de la ambigüedad acerca de si una ECT puede estar o no en el dominio público está relacionado con la tensión entre las legislaciones nacionales de P.I. y el Derecho consuetudinario tradicional e indígena.

123 Véase, por ejemplo, la causa *Yumbulul contra el Banco de la Reserva de Australia* (1991) 21 IPR 481. El juez señaló que el carácter sagrado de la obra copiada y las críticas recibidas por el artista en su comunidad eran indicativas de la pobre protección de las ECT del dominio público que ofrecía la legislación de derecho de autor de Australia.

124 Véase, por ejemplo, el documento de la OMPI WIPO/GRTKF/IC/3/11, “Expresiones de Folclore. Documento presentado por la Comunidad Europea y sus Estados miembros”: “Existe un punto en el que ha de trazarse la línea divisoria entre el dominio público y la propiedad intelectual protegida. [...] no debería ampliarse el ámbito de la protección de la propiedad intelectual hasta el punto en que se convierta en algo disperso cuya certidumbre jurídica quede atenuada.” No obstante, habría que distinguir entre la noción de dominio público comunitario y dominio público general, en el que los miembros ajenos a la comunidad pueden acceder a ECT.

125 Véase OMPI, *Análisis consolidado*, op. cit., nota 29 *supra*.

126 Véase http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

127 Véase <http://www.unidroit.org/english/conventions/1995culturalproperty/1995culturalproperty-e.htm>.

Además, hay quien opina que, si se eliminaran las ECT del dominio público, tal vez no podrían “evolucionar y correrían el riesgo de desaparecer, puesto que perderían una de sus características principales, [su] dinámica.”¹²⁸

PUNTOS CLAVE

Se dice que el material que no está protegido por el derecho de autor, bien porque no reúne los requisitos para la protección por derecho de autor, bien porque el período de vigencia del derecho de autor ha expirado, pertenece al “dominio público”.

La expresión “de acceso público” no equivale a dominio público; en otras palabras, poder ver una reproducción de una ECT en Internet no significa que la ECT pertenezca al dominio público (es decir, que no esté protegida por derecho de autor).

Las ECT mantienen una relación complicada con el dominio público; ni encajan claramente en la categoría de obras protegidas por derecho de autor, ni necesariamente deberían ponerse a disposición de todo el mundo y con cualquier fin. Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales no siempre aceptan la noción de dominio público.

2. Autoría

La legislación de derecho de autor reconoce los conceptos de “autor” y de “autoría” de un modo distinto a como pueden entenderlos los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales. En efecto, ambas nociones son propias de una cultura, dado que surgieron en Europa en los siglos XVII y XVIII.¹²⁹ No resulta necesariamente fácil hallar una correspondencia entre estos conceptos y las concepciones indígenas o tradicionales de práctica cultural y de productos culturales.

Por ejemplo, si se rueda una película de una ceremonia tradicional, el “autor” es la persona que rueda la película. Esta idea suele chocar frontalmente con la concepción de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, para quienes el “autor” (si emplearan el término) sería el miembro de la comunidad responsable de la información contenida en la propia ceremonia o toda la tribu, a la que correspondería la responsabilidad o la autoría de la ceremonia.

Sin embargo, de conformidad con la legislación de derecho de autor, con frecuencia, las ECT son vistas como obras de “autores desconocidos”.¹³⁰ Este hecho pone de manifiesto hasta qué punto falta información en las colecciones de ECT. Cuesta reunir la información de la que no se dispone, y no siempre es posible. Por este motivo, entre otros, estas colecciones son algo único y delicado.

Esta situación algo precaria se debe a que, en el pasado, cuando alguien ajeno a los pueblos indígenas o las culturas tradicionales grababa y documentaba ECT para estudiarlas —desde un punto de vista etnográfico, folclórico, antropológico, científico o sociológico—, apenas se anotaba un puñado de nombres de personas y era habitual emplear pseudónimos, pues esta información a menudo se consideraba carente de importancia.

Conviene señalar, sin embargo, que, durante los últimos 30 o 40 años, las prácticas y los protocolos de recogida de material etnográfico han evolucionado y mejorado. Hoy, en el momento de la recogida del material, se cumplimentan sistemáticamente formularios de cesión, permisos y fichas con los datos de contacto del informador. Sin estos documentos, la mayoría de instituciones culturales no pueden aceptar una colección, ya que no podrían permitir el acceso de los investigadores al material.

¹²⁸ Intervención de la Comunidad Europea, WIPO/GRTKF/IC/3/11.

¹²⁹ M. Rose, “Authors and Owners: The Invention of Copyright”, Harvard University Press (1995); M. Woodmansee y P. Jaszi, “The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature”, Duke University Press (1994).

¹³⁰ Véase la colección Global Sound Project de la Smithsonian, que contiene obras de autores desconocidos: www.smithsonianglobalsound.org/.

Además, en la medida de lo posible, se ha intentado corregir la naturaleza “anónima” de determinadas obras. En el artículo 15.4) del Convenio de Berna se establece que los países pueden nombrar, por ley, una autoridad competente para que represente a los autores desconocidos en el caso de “las obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor pero por las que se pueda suponer que él es nacional de un país de la Unión.”

A efectos de la gestión de las ECT, no debería suponerse que estas no tienen un autor. Muchos pueblos indígenas y comunidades tradicionales conocen y pueden identificar al creador individual o al autor de una ECT determinada, incluso mucho después de que haya fallecido. En el caso de muchas de las ECT más antiguas, la identidad del autor sigue siendo conocida por la comunidad. Aun así, hay casos en los que, aunque es posible identificar claramente que una expresión concreta procede de un pueblo, una comunidad o una región determinados, bien por las particularidades de la forma artística, bien por el material usado, se desconoce la identidad del verdadero creador individual.

Obras huérfanas

De acuerdo con la legislación de derecho de autor, “obras huérfanas” son aquellas obras cuyo autor es imposible localizar o identificar.

En algunas jurisdicciones, como el Canadá, se ha creado por ley un programa obligatorio de licencias para la utilización de obras publicadas, licencias que tramita la autoridad nacional en materia de derecho de autor en nombre de los titulares del derecho de autor no localizables.¹³¹

Los Estados Unidos de América y la Unión Europea están estudiando en la actualidad leyes similares, pese a que antes hay que resolver una serie de obstáculos, entre ellos la definición de “obra huérfana”, el establecimiento de un criterio de lo que constituye diligencia razonable por parte de un usuario que desea utilizar una obra para dar con un autor, y la situación de las ECT en ese marco.

Para abordar algunas de estas cuestiones en el plano europeo, la Comisión Europea ha reunido a un grupo de expertos de alto nivel sobre cuestiones de conservación digital, obras huérfanas y obras descatalogadas. En el caso de las obras literarias y audiovisuales, el grupo concluyó que era deseable encontrar una salida al problema de las obras huérfanas mediante soluciones legislativas o no legislativas, entre ellas la creación de bases de datos específicas con información sobre obras huérfanas, así como la mejora de la inclusión de información sobre los titulares de derechos en el material digital y de las prácticas contractuales.¹³²

Entre las propuestas específicas que se formularon figuran:

- la realización de una investigación exhaustiva para identificar al titular del derecho de autor antes de considerar la obra como “huérfana”;
- un alto grado de atención al efectuar toda búsqueda razonablemente diligente;
- la obligación de que aquel que pretenda explotar una obra huérfana demuestre que ha realizado un esfuerzo significativo para identificar al titular del derecho de autor; y,
- la inclusión en la noción de búsqueda diligente varios elementos, a saber: el tipo de obra huérfana, el tipo de explotación prevista y el tipo de usuario.

Obras huérfanas en el contexto de las ECT

El problema de las obras huérfanas tiene unas repercusiones específicas en las ECT. Por la manera como, históricamente, los agentes externos han representado a los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, sus ECT han sido vistas como producciones que jamás tuvieron un “autor” o un “intérprete o ejecutante” en el sentido que dan a estos términos el derecho de autor y los derechos conexos y, por

¹³¹ Copyright Act del Canadá, artículo 77

¹³² Report on Digital Preservation, orphan works, and out-of-print works, 2010: Digital Libraries High Level Expert Group – Copyright Subgroup, 2007.

lo tanto, no serían “obras huérfanas” a ojos de la ley. Sin un autor específico que pueda vincularse a una expresión concreta, las ECT no podrían beneficiarse del régimen de protección establecido para las obras huérfanas.

Ante todo, hay que considerar una obra huérfana como materia protegida por derecho de autor. Puede resultar difícil determinar si, por ejemplo, un símbolo cultural, una danza o un producto de artesanía es una ECT no protegida por derecho de autor o si, alternativamente, se trata de una obra huérfana, es decir, una obra protegida por derecho de autor pero de la que se desconoce la identidad del titular del derecho o no ha sido posible localizarlo.

Además, en la legislación sobre obras huérfanas con frecuencia se prevé que el público pueda acceder, cambiar, mostrar o usar de cualquier otro modo las obras en cuestión si se ha llevado a cabo una búsqueda diligente. Esto puede resultar problemático en el caso de muchos grupos indígenas y comunidades tradicionales.

Cabe la posibilidad de considerar que una ECT determinada protegida por derecho de autor (ya sea un símbolo, un relato o una pieza de artesanía) es “huérfana” y que, por consiguiente, está sujeta a la legislación del país sobre los propietarios que no han podido ser identificados. Desde un punto de vista institucional, esto podría facilitar la gestión de las colecciones de ECT. No obstante, posiblemente perpetuaría el control institucional y gubernamental de las colecciones, un problema que ha provocado que los depositarios de la tradición hayan tenido dificultades para acceder y de hacer valer sus derechos e intereses en la concepción de los mecanismos adecuados de gestión necesarios para tales colecciones.

Pese a que todavía no abundan los ejemplos de conflictos entre el problema que plantean las obras huérfanas y el acceso, la utilización y el control de las ECT, sí que es un asunto que suscita unas preocupaciones específicas que no habría que perder de vista cuando los países apliquen la legislación sobre obras huérfanas y/o ECT.¹³³

Tratar la gestión de las obras huérfanas con un enfoque basado en la gestión de riesgos puede ser útil.¹³⁴ En una política de gestión de riesgos se deben tener en cuenta las tres preguntas clave siguientes: qué pasos deberían dar las instituciones culturales para identificar al titular del derecho de autor; qué pasos deberían darse para ponerse en contacto con esa persona o entidad; y qué sucede si no es posible identificar o localizar al titular del derecho de autor.

PUNTOS CLAVE

Podemos describir una “obra huérfana” como aquella obra protegida por derecho de autor cuyo titular es desconocido o cuya localización ha sido imposible. En algunas jurisdicciones se está estudiando actualmente adoptar leyes para que el público pueda utilizar esas obras después de que se haya llevado a cabo una búsqueda razonable para localizar al titular del derecho de autor.

Las ECT, que, por su naturaleza, a menudo no tienen un autor, sino que son atribuibles a un grupo cultural, podrían verse afectadas negativamente por la legislación sobre “obras huérfanas”: un usuario potencial podría aducir que, después de llevar a cabo una búsqueda diligente, no ha podido localizar al titular del derecho de autor y, por lo tanto, podría emplear la ECT con cualquier fin.

133 A la altura de mayo de 2008, solamente el Canadá, el Reino Unido, Fiji, la India, el Japón y Corea del Sur contaban con legislación sobre obras huérfanas, y no había controversias o casos identificables relacionados directamente con ECT. En todas estas legislaciones se prevé un análisis individualizado de toda propuesta de licencia obligatoria para una obra huérfana. Desde 1990, la Copyright Board (Junta de Derecho de Autor) del Canadá ha publicado 242 dictámenes sobre titulares de derecho de autor ilocalizables; véase www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/index-e.html para una lista de los solicitantes y los dictámenes.

134 Por ejemplo, así se propone en Emily Hudson y Andrew T. Kenyon, *Copyright and Cultural Institutions: Guidelines for Digitisation*, The University of Melbourne, Melbourne Law School, febrero de 2006, pág. 100.

3. Duración de la protección

Un principio fundamental del sistema de derecho de autor es que la duración de la protección no es indefinida; las obras acaban pasando a formar parte del dominio público. En el Convenio de Berna y en el Acuerdo sobre los ADPIC se establecen un período mínimo de protección de 50 años post mortem auctoris (tras el fallecimiento del autor), aunque los países tienen libertad para proteger el derecho de autor durante períodos más largos.¹³⁵ En otras palabras, todo Estado signatario del Convenio de Berna o del Acuerdo sobre los ADPIC debe proporcionar protección en vida del autor y durante los 50 años posteriores a su muerte, pero está facultado para ampliar ese período. Por ejemplo, México tiene uno de los períodos más largos de duración de la protección por derecho de autor: la vigencia del derecho de autor va de 75 a 100 años, a contar desde la muerte del autor, en función de una serie de factores.¹³⁶

Los derechos morales también se rigen por unos plazos de protección que varían en cada país. Pueden ser perpetuos, tener la misma duración que los derechos patrimoniales o concluir tras el fallecimiento del autor.

Esta regla básica de la duración tiene algunas excepciones. Por ejemplo, las regalías dimanantes del uso de la famosa obra *Peter Pan* son perpetuas en beneficio de una causa caritativa, de conformidad con la legislación de derecho de autor del Reino Unido,¹³⁷ y en 2003 se presentó en Australia una propuesta para conceder protección perpetua a las obras del artista indígena Albert Namatjira.¹³⁸ Estos ejemplos muestran que el principio fundamental de la duración limitada, esencial para el equilibrio del derecho de autor, puede adaptarse a determinadas situaciones específicas, aunque así suceda en contadas ocasiones.

Entender la ecuación de la duración del derecho de autor es fundamental para todas las instituciones que trabajan con artistas de los siglos XX y XXI y sus obras. Saber si una obra está protegida o pertenece al dominio público es importante porque los artistas gozarán de una serie de derechos relativos, entre otros, a la exhibición, la reproducción y, según la jurisdicción, la disposición de sus obras.¹³⁹

Determinar la condición de una obra (si está protegida o se encuentra en el dominio público) requiere investigación y cálculos. Distintas jurisdicciones poseen “cálculos” específicos sobre la duración, que a menudo dependen del soporte de la obra,¹⁴⁰ de si la legislación de derecho de autor vigente es retroactiva¹⁴¹ y de si la obra es de un solo autor, es fruto de la colaboración con otras personas¹⁴² o se realizó bajo los auspicios de una institución, entre otras consideraciones.¹⁴³ Es posible que un profesional de la cultura tenga que familiarizarse con la legislación de derecho de autor vigente en su país, las leyes vigentes en el momento de la creación y/o publicación de una obra concreta y las leyes de muchas otras jurisdicciones.

135 Véase el Anexo II para las condiciones de la protección brindada en algunos países.

136 Ley Federal del Derecho de Autor, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996; texto vigente, última reforma publicada DOF 23-07-2003.

137 J.M. Barrie, el creador de *Peter Pan*, cedió el derecho de autor y otros derechos de P.I. de *Peter Pan* a un hospital de Londres. De conformidad con la legislación de la Unión Europea armonizada actualmente en vigor, el derecho de autor expiró el 31 de diciembre de 2007. Gracias a una ley especial, sin embargo (Copyright, Designs and Patents Act, de 1988, del Reino Unido, art. 301), la obra seguirá generando en el Reino Unido unas pequeñas cantidades de dinero en concepto de regalías.

138 M. Rimmer (2003), “Albert Namatjira: copyright estates and traditional knowledge”, Australian Library and Information Association, junio de 2003, págs. 1 y 2.

139 En la Copyright Act del Canadá, por ejemplo, se incluye una disposición específica que contempla el derecho de exposición para los titulares del derecho de autor. Véase el artículo 3.1(g) de esa ley. Los derechos morales, de los que se habla más adelante, tienen más fuerza en algunas jurisdicciones que en otras. Entre los derechos que tiene un artista de conformidad con los derechos morales podría estar la manera cómo se exhibe su obra de arte.

140 En Irlanda, las obras literarias reciben una protección durante la vida del autor y 50 años más, mientras que la duración de la protección en el caso de las películas se extiende durante la vida del autor y 70 años más.

141 En la mayoría de países de la Unión Europea, las ampliaciones son retroactivas, lo que provoca que, temporalmente, algunas obras vuelvan a estar protegidas por el derecho de autor.

142 Muchas jurisdicciones cuentan con disposiciones para las obras de autoría conjunta. En el Reino Unido, por ejemplo, se considera que una obra es de autoría conjunta y, por lo tanto, todos los autores son conjuntamente titulares del derecho de autor cuando una obra es fruto de la colaboración de dos o más autores y la contribución de cada uno de ellos no se distingue de la del resto. Esto significa que, en aquellos casos en los que en la obra acabada no se percibe el trabajo diferenciado de sus autores sino que se ve y se percibe como una obra completa, se trata de una obra de autoría conjunta como, por ejemplo, las obras de Gilbert y George o de Lennon y McCartney.

143 En algunas jurisdicciones, cuando una obra ha sido creada por un empleado, el empleador será, por lo general, el titular del derecho de autor salvo que un contrato lo disponga de otro modo.

Dada la naturaleza intergeneracional de las ECT, se ha aducido que ningún período finito sería adecuado para su protección. Muchos pueblos indígenas y comunidades tradicionales desearían una protección infinita o indefinida por lo menos para algunas expresiones de sus culturas tradicionales. Los llamamientos en favor de una protección indefinida también han estado relacionados con los llamamientos en pro de una protección retroactiva.¹⁴⁴ Algunos depositarios de la tradición han intentado expresamente hacer cumplir la protección por derecho de autor en el caso de determinados símbolos y otras ECT. Estas manifestaciones protegidas de ECT acabarán pasando a formar parte del dominio público salvo que se promulgue legislación específica, como en los casos anteriormente mencionados de Peter Pan y Albert Namatjira. En el marco de las negociaciones en el seno de la OMPI, el Hokotehi Moriori Trust puso el acento en la cuestión de la duración e instó a que se adoptara un instrumento que brindara una protección perpetua dado que las ECT “siguen siendo fundamentales para el mantenimiento de la cultura y la identidad de los pueblos indígenas interesados”.¹⁴⁵

PUNTOS CLAVE

- Los países establecen distintos plazos de protección por derecho de autor. El plazo mínimo de protección estipulado en el Convenio de Berna y en el Acuerdo sobre los ADPIC equivale a la vida del autor más 50 años.
- Las instituciones culturales deben prestar una atención especial al plazo de protección brindado en virtud del derecho de autor, especialmente si poseen obras procedentes de diferentes jurisdicciones.
- Hay quien opina que la duración limitada de la protección que brinda el derecho de autor es inadecuada para las ECT y que la única solución es establecer una protección a perpetuidad. Otros sostienen que el dominio público es el depositario idóneo para las ECT y que, en consecuencia, una duración limitada de la protección es apropiada para las ECT. Este debate político sigue abierto.

4. Derechos patrimoniales y morales

Las leyes de derecho de autor varían de una jurisdicción a otra. Una de las diferencias más destacadas es el grado en que el derecho de autor protege los derechos patrimoniales y morales –si los hubiere– de un autor.

Derechos patrimoniales

El titular del derecho de autor sobre una obra protegida puede usar la obra a su antojo (en la medida en que sus derechos no atenten contra los de otros titulares) e impedir que otros la usen sin su autorización.

Los derechos patrimoniales exclusivos suelen incluir el derecho, entre otros, de copia o reproducción (que, en ocasiones, incluye el derecho de distribución), adaptación, ejecución o interpretación pública, realización de una grabación sonora, radiodifusión, exhibición y comunicación de la obra al público.

No obstante, la exclusividad es limitada. Algunos usos de la obra protegida están autorizados sin necesidad del consentimiento previo del titular del derecho de autor, en ocasiones de manera gratuita, a veces a cambio de un pago justo y razonable; estas situaciones se conocen como excepciones y limitaciones y de ellas nos ocuparemos más adelante en esta sección.

Derechos morales

Según la jurisdicción,¹⁴⁶ un autor goza también de determinados derechos morales, consagrados en el artículo 6bis del Convenio de Berna. Los derechos morales incluyen, por lo general, el derecho de atribución o paternidad (el autor tiene derecho a reclamar la autoría, a que se cite o se imprima su nombre

¹⁴⁴ Véase *Las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: Opciones Políticas y Jurídicas*, WIPO/GRTKF/IC/6/3. Véase también el Proyecto de análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales tradicionales, WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev.

¹⁴⁵ Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, undécima sesión, 3 a 12 de julio de 2007, documento de la OMPI WIPO/GRTKF/IC/11/15, párr. 209.

¹⁴⁶ Véase Anexo II (Lista de leyes de derecho de autor).

junto con el de la obra), el derecho a la integridad de su obra (el autor tiene derecho a oponerse a toda distorsión, mutilación o cualquier otra modificación de la obra o a cualquier otra acción contra la obra que perjudique el honor y la reputación del autor), el derecho de publicación (en virtud del cual el autor es el único que puede decidir sobre el momento y las condiciones en las que puede ponerse a disposición del público la obra) y el derecho a retirarse o a retractarse (también conocido como derecho de renuncia).¹⁴⁷ Los derechos morales también pueden incluir el derecho de un autor a vincularse o no con determinados productos, servicios o causas, el derecho a permanecer en el anonimato y el derecho a utilizar un pseudónimo.¹⁴⁸

Conviene señalar que, al igual que sucede con los derechos patrimoniales, los derechos morales solamente se aplican a las obras protegidas y recaen en el autor de la obra. En algunas jurisdicciones, los derechos morales son inalienables, es decir, no se pueden transferir a otra persona física o jurídica; permanecen ligados al autor aun cuando este haya concedido una licencia respecto de sus derechos patrimoniales o los haya cedido a un tercero. No obstante, en otras jurisdicciones se permite renunciar a los derechos morales.

En algunas jurisdicciones, los derechos morales solamente se aplican a determinadas categorías de obras. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, únicamente las obras de arte visual (p. ej., cuadros, dibujos, grabados, esculturas o fotografías) pueden beneficiarse de los derechos de atribución e integridad.¹⁴⁹

El autor puede recurrir a los derechos morales para imponer limitaciones o condiciones a lo que un tercero, incluidas las instituciones culturales, puede hacer con su obra. Que las instituciones culturales puedan tener la propiedad física de una obra no les confiere suficientes fundamentos jurídicos para utilizar de distintas maneras la obra; usos que pueden ir desde cómo se presenta una obra hasta separarla del conjunto para el que se diseñó,¹⁵⁰ pintar una escultura de un color distinto¹⁵¹ o sacar una escultura del lugar para el que fue encargada y en el que el artista quiso que permaneciera.¹⁵² En el caso de las ECT, esto podría suponer, por ejemplo, copiar un diseño sagrado en una alfombra sobre la que camina la gente.

Los derechos morales generan derechos y deberes para las instituciones culturales. Promueven la autoridad del artista sobre sus propias creaciones; sin embargo, siempre hay que prestar atención al uso que se hace de una obra para no vulnerar los derechos morales de su autor.

En el contexto de las ECT, los derechos morales (cuando menos conceptualmente) podrían servir para responder a una serie de preocupaciones relacionadas con la ofensa cultural y el uso y las representaciones indebidas de ECT, y podrían ser una manera de garantizar el respeto, el reconocimiento y la protección de su autenticidad e integridad.¹⁵³

Los derechos morales se han invocado en un caso relacionado con las ECT. Durante los Juegos Olímpicos de Sydney de 2000, el Museo Olímpico de Lausana publicó en su sitio Web, sin el permiso de los artistas,

147 El derecho de retracto o retiro permite al autor evitar que se siga distribuyendo o reproduciendo su obra. Véase, por ejemplo, el Código de la Propiedad Intelectual de Francia, art. L121-1.

148 Véase, a modo de ejemplo de la aplicación de estos derechos, la Canadian Copyright Act, S.C. 1997. cap. 24, art. 14.1.

149 United States of America, art. 106 A.

150 Pidieron a Bernard Buffet, un artista francés, que decorara un frigorífico que se subastaría en un acto benéfico. Su composición, integrada por seis paneles, fue adquirida y, posteriormente, desmembrada en seis obras de arte distintas. Buffet interpuso una demanda y la ganó, basándose en sus derechos morales.

151 David Smith, un escultor modernista, creó una composición titulada 17 h's, hecha de hierro soldado y cubierta por seis capas de pintura roja de cadmio. Un coleccionista al que le gustaba la composición, pero no así el color, se dirigió al marchante que poseía la escultura. Sin el conocimiento ni el consentimiento del autor, el marchante envió la escultura a una fundición, eliminó la pintura y consumió la venta. Véase Patricia Failing, *Artists Moral Rights in the United States before VARA/1990: An Introduction*. The Committee on Intellectual Property of the College Art Association, ponencia, febrero de 2009, citando las cartas de David Smith publicadas en ARTS (junio de 1960).

152 En 1981, el artista Richard Serra instaló su escultura *Tilted Arc* en Federal Plaza, en Nueva York; el artista la había creado específicamente para esa ubicación. Era un encargo del programa "Arts-in-Architecture", de la Administración de Servicios Generales de los Estados Unidos. *Tilted Arc* es un muro curvado de hierro sin tratar, de 120 pies de largo y 12 pies de alto, que divide Federal Plaza por la mitad. El 15 de marzo de 1989, de noche, unos empleados federales cortaron en tres piezas *Tilted Arc*, y se la llevaron de la Plaza Federal a un chatarrero. El artista presentó una demanda pero, al menos a la sazón, la legislación estadounidense carecía de los mecanismos para proteger la obra de Serra. Véase Richard Serra, *Writings and Interviews*, pág. 193 (University of Chicago Press, 1994).

153 No obstante, el concepto de titularidad colectiva de los derechos morales podría suscitar otros problemas.

tres obras de arte aborígen australiano que podían descargarse como fondo de escritorio. Para los artistas, aquel acto era una ofensa, pues aquellas obras de arte eran obras culturales importantes que también guardaban relación con el conocimiento de su territorio. Tras tener constancia de la queja, el museo eliminó las obras de arte del sitio Web e inició negociaciones por una posible vulneración del derecho de autor y de los derechos morales que culminaron con un acuerdo en virtud del cual los artistas recibieron una indemnización económica por la infracción, así como una carta de disculpa firmada por el Presidente de la Fundación del Museo Olímpico, en la que este admitía la vulneración y pedía perdón por los daños culturales ocasionados.¹⁵⁴

Al digitalizar sus colecciones, las instituciones culturales deberían tener en cuenta los derechos morales. Por ejemplo, una copia digital de una obra puede verse en Internet en diferentes formatos; las universidades, las tiendas de carteles y los viajeros entusiastas han capturado digitalmente cuadros famosos. Sin embargo, como es lógico, la intensidad de los píxeles, la reproducción de los colores y la calidad general de las imágenes varía considerablemente. Un autor puede oponerse a una reproducción que sea de mala calidad, puesto que esta violaría su derecho a protegerse contra las distorsiones o un trato ofensivo.

En lo que concierne a las ECT, la calidad de la imagen puede desempeñar un papel importante. Mostrar una ECT, salvo que se haga de la manera más fiel posible o, en sentido contrario, como una mera imagen reducida, de modo que sea imposible distinguir determinados símbolos espirituales a menos que se haga una visita en persona o se obtenga el permiso de la comunidad pertinente, puede ser visto como una ofensa cultural. En general, una versión a tamaño reducido de una ECT solamente podría estar autorizada en virtud de una excepción o una limitación, ya que incluso la revelación a grandes rasgos de una imagen de una ECT basta para provocar daños o perjuicios. Posiblemente, no existe una directriz única que sirva para todas las culturas y para todos los tipos de ECT, de manera que cada institución cultural deberá elaborar sus propios marcos de gestión con arreglo a sus colecciones.

En algunos países, este concepto parece haber funcionado. Por ejemplo, en el artículo 28.3) de la Ley de Derechos de Autor de Nigeria¹⁵⁵ se establece que, “en todas las publicaciones impresas, y en relación con cualquier comunicación al público, de toda expresión del folclore identificable, deberá indicarse adecuadamente, y de conformidad con las prácticas leales, la fuente, mencionando a la comunidad o el lugar del que procede la expresión utilizada”. Esta disposición establece básicamente el reconocimiento de que la obra procede de un contexto comunitario o colectivo.

Pese a la naturaleza innovadora de esa ley, la experiencia nigeriana ha dejado una serie de cuestiones sin resolver. Las ECT de distintas comunidades pueden ser muy parecidas: con frecuencia, varias regiones de Nigeria comparten o tienen en común canciones, artesanía y pinturas, e identificar y atribuir una ECT a un grupo específico puede ser complicado.¹⁵⁶ Otra dificultad añadida estriba en que algunas expresiones, por más que aparentemente se parezcan entre sí, se rigen en realidad por leyes culturales consuetudinarias diferentes y tienen valores funcionales y significados distintos en las comunidades con las que están relacionadas. Más aún: solamente la Comisión de Derecho de Autor de Nigeria está facultada para autorizar el uso de una ECT; en determinados contextos, una comunidad podría ver como aceptable la concesión del permiso mientras que esa misma acción podría resultar ofensiva para otra.

Encontramos otro ejemplo en el proyecto de ley de 2003 sobre derechos morales comunales indígenas (Indigenous Communal Moral Rights Bill (ICMR)) del Gobierno de Australia, cuyo propósito es proteger los intereses culturales de las comunidades indígenas. Se creía que esa categoría de derechos podía ser un instrumento para que los pueblos indígenas evitaran que se diera un trato ofensivo a obras inspiradas en

154 Véase OMPI, *Análisis consolidado*, op. cit., nota 29 supra, pág. 31

155 Laws of the Federation of Nigeria, 1990, Copyright Act, cap. 68, art. 28.3).

156 Adebambo Adewopo, “*Protection and Administration of Folklore in Nigeria*”, en SCRIPT-ed, vol. 3, No. 1, marzo de 2006. En este texto se expone el problema que plantea equiparar las fronteras y las entidades políticas a las comunidades culturales y los titulares de la P.I. Los conocimientos y las prácticas vinculadas a una ECT pueden limitarse a los miembros de una sociedad determinada o ser algo compartido de una manera amplia y general o de maneras concretas por sociedades que, por lo demás, se consideran diferentes. Las comunidades tradicionales e indígenas a menudo abarcan más de una división administrativa y pueden no estar interesadas en que el gobierno de su Estado reclame la titularidad de sus ECT.

sus tradiciones, costumbres y creencias. El objetivo del proyecto de ley era facultar a los pueblos indígenas para que “tomaran medidas judiciales para protegerse contra el uso inapropiado, ofensivo o culturalmente insensible de material protegido por derecho de autor”, y darles “legitimación jurídica para salvaguardar la integridad de obras creativas que recogen la sabiduría y el conocimiento comunitario tradicionales”.¹⁵⁷ Los pueblos indígenas y otros grupos interesados criticaron varios aspectos del proyecto de ley propuesto. Pese a que la idea de un proyecto de ley sigue sobre la mesa, todavía no se ha aprobado.

PUNTOS CLAVE

En las leyes de derecho de autor se establecen derechos patrimoniales y morales. Los derechos patrimoniales están relacionados con los derechos exclusivos de prohibición o autorización del uso de las obras. Los derechos morales hacen referencia al interés no económico, personal o artístico del autor en la obra.

Los titulares del derecho de autor tienen derecho, entre otras cosas, a controlar la reproducción, la interpretación o ejecución pública, la grabación, la comunicación al público y la traducción y adaptación de sus obras.

Algunas comunidades desean reclamar y ser titulares de la P.I. de sus ECT para poder explotarlas comercialmente. El sistema de derecho de autor está pensado, fundamentalmente, para permitir la explotación comercial más justa y equilibrada posible de obras creativas.

La creación de muchas ECT responde, principalmente, a fines religiosos y espirituales, no al deseo de llegar al público más numeroso posible. A menudo, esas ECT no están pensadas para ser explotadas comercialmente, de manera que los derechos patrimoniales podrían estar totalmente fuera de lugar.

Muchos pueblos indígenas y comunidades tradicionales están interesados en que se proteja la integridad y la autenticidad de sus ECT con el único fin de poder beneficiarse económicamente de las mismas, o también con este fin. En tales circunstancias, podría considerarse que los derechos morales son más importantes que los derechos patrimoniales.

Derechos de participación

Los derechos de participación (*droit de suite*, en francés) son un conjunto de derechos que permiten al artista (o a sus herederos) percibir un porcentaje del precio de venta de su obra de arte cuando la revende un profesional del mercado del arte (un subastador, una galería o un marchante; en general, están excluidas las ventas entre particulares). El objetivo de estos derechos es permitir que los artistas se beneficien económicamente de la reventa de sus obras a medida que aumenta su fama y su valor.

El artículo 14ter del Convenio de Berna establece el derecho de participación. Está reconocido en unos 50 países, incluidos muchos de América Latina y África. No obstante, ni Suiza ni los Estados Unidos de América reconocen el derecho de participación, pese a que sí lo hace el estado de California, en los Estados Unidos de América.¹⁵⁸

El derecho de participación suele estar limitado a obras de arte gráfico o plástico como, por ejemplo, imágenes, collages, cuadros, dibujos, grabados, estampaciones, litografías, esculturas, tapices, cerámica, cristalería y fotografías.

Francia fue el primer país en introducir esos derechos. “El Gobierno de Francia lanzó en 1920 un programa con objeto de proteger el derecho de participación a raíz de la polémica suscitada porque los artistas vivían en la pobreza mientras las casas de subastas se enriquecían con la reventa de las creaciones artísticas de aquellos.”¹⁵⁹

¹⁵⁷ Véase Indigenous Artists, The Australian Copyright Council, en www.copyright.org.au/information/cit001/wp0005.

¹⁵⁸ Véase California Civil Code, art. 986 (2002).

¹⁵⁹ Véase M. Rimmer, “A Right of Resale? Indigenous Art under the Hammer”, en ABC Australia, 27 de julio de 2007.

La Unión Europea aprobó en 2001 una directiva¹⁶⁰ que insta a todos los miembros de la UE a promulgar leyes para conceder a los artistas el derecho a percibir un porcentaje (calculado a partir de una escala variable) de los beneficios obtenidos de la reventa de sus obras de arte (gráficas o de arte plástico) durante la vida del artista y los 70 años posteriores a su muerte.¹⁶¹

En el caso de artistas tradicionales e indígenas, las regalías generadas por las reventas pueden resultar muy beneficiosas dadas las difíciles condiciones económicas en las que viven muchos pueblos indígenas y comunidades tradicionales. No deja de ser irónico, injusto y triste que muchos artistas tradicionales vivan en la pobreza mientras sus obras se revenden por miles de dólares en subastas y en galerías del mercado mundial del arte.

Tommy Watson, por ejemplo, es un artista aborigen australiano cuyas obras alcanzan precios de venta nada desdeñables.¹⁶² Recientemente, su cuadro *Waltitjatt*, de 2006, se vendió por 197.160 dólares en una subasta celebrada en Sydney. Watson vive entre Irruntyta, una pequeña comunidad de 150 personas, y Alice Springs, un centro regional. Según parece, una galería de arte local le paga unos 1.000 dólares por cuadro.¹⁶³

Hay otros ejemplos, como un tambor de los isleños del Estrecho de Torres (Australia) que se vendió por 818.400 euros en Christie's, en París, en 2006, una cifra récord en todo el mundo para un tambor vendido en una subasta.¹⁶⁴ En la sede de Sotheby's en Nueva York se vendió una camisa adornada con abalorios de un explorador de la tribu de los Pies Negros por 800.000 dólares; en efecto, en "la subasta de Sotheby's de octubre de 2006 de arte de los indios norteamericanos se alcanzó una cifra total de ventas de 7 millones de dólares y [...] se batió un nuevo récord mundial por la venta de un objeto procedente de pueblos aborígenes [...] al pagarse por una máscara tsimshiana 1,8 millones de dólares. Fue una venta en la que se vendieron todos los lotes."¹⁶⁵

Otro ejemplo es el constituido por los alfareros tradicionales del norte de Georgia, en los Estados Unidos de América, que llevan generaciones fabricando unas singulares jarras decoradas con rostros. Una de estas jarras, realizada por el artista tradicional Lanier Meaders, ya fallecido, valdría hoy varios miles de dólares, un aumento astronómico en comparación con su valor cuando la fabricó, en la década de 1950.

En Australia, esos debates han sido especialmente intensos dado el pronunciado aumento que ha experimentado el valor de las obras de arte de los aborígenes.¹⁶⁶ En noviembre de 2008, el Gobierno de Australia aprobó la Ley de derechos de participación para los artistas visuales y, en noviembre de 2009, el Senado aprobó una ley para introducir un programa de derecho de participación con objeto de velar por que los artistas visuales australianos perciban una parte de los beneficios generados por la reventa de sus obras. De acuerdo con este programa, los artistas obtienen el 5% del precio de venta cuando sus obras se revenden en el mercado artístico por un precio igual o superior a 1.000 dólares. El derecho de participación se aplica a las obras de los artistas vivos y durante los 70 años posteriores a la muerte de un artista. Comprende obras de arte originales como cuadros, collages, dibujos, estampaciones, esculturas, cerámica, cristalería o fotografías.¹⁶⁷ Este programa permitirá a los artistas indígenas percibir una parte de

160 Directiva relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, 2001.

161 Además, en el considerando 6 del preámbulo se afirma que "el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas establece que el derecho de participación sólo será exigible si la legislación nacional del autor lo admite; por consiguiente, el derecho de participación es facultativo y está sujeto a la regla de reciprocidad; según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la aplicación del principio de no discriminación consagrado en el artículo 12 del Tratado, desarrollado en la sentencia de 20 de octubre de 1993 en los asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92: Phil Collins y otros (4), no pueden invocarse disposiciones nacionales que contengan cláusulas de reciprocidad para denegar a los nacionales de otros Estados miembros los derechos reconocidos a los autores nacionales; la aplicación de dichas cláusulas en el contexto comunitario es contraria al principio de igualdad de trato que resulta de la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad".

162 J. MacDonald, "Aboriginal Art Dealers Fight Back", en *The Art Newspaper*, No. 184, 10 de septiembre de 2007.

163 Australian Art Market Report, Submission to the Senate Enquiry into the Indigenous Visual Arts Sector, primavera de 2005 y otoño de 2006, en www.aph.gov.au/SENATE/COMMITTEE/ecita_ctte/Indigenous_arts/submissions/sub43.pdf.

164 Véase www.christies.com/departments/african-and-oceanic-art/.

165 American Indian Art Overview, Sotheby's, en www.sothebys.com/app/live/dept/DeptGlobal.jsp?dept_id=5.

166 Fred Myers, *Painting Culture: The Making of an Aboriginal High Art*, Duke University Press: Durham, 2002. Véase, también, The Australian Copyright Council, Bulletin No. 69, The Art Resale Royalty, disponible en www.copyright.org.au/pdf/acc/book_tocs/b069v01.pdf.

167 Véase "Resale royalty rights for visual artists", Department of the Environment, Water, Heritage and the Arts, disponible en www.arts.gov.au/artists/resale_royalty.

los beneficios que ha generado el crecimiento exponencial que se ha producido en una industria artística que depende totalmente de ellos y que apenas retribuye económicamente a los particulares y a las comunidades que generan todas esas obras.

PUNTOS CLAVE

El derecho de participación es un mecanismo en virtud del cual un artista (o sus herederos) puede beneficiarse de una parte del precio de venta de sus creaciones incluso después de haberlas vendido a un tercero; se aplica en algunas jurisdicciones.

Hay quien sostiene que los artistas indígenas y tradicionales podrían beneficiarse del derecho de participación, dado que les proporcionaría una retribución económica.

5. Excepciones y limitaciones

En los regímenes de derecho de autor se prevén excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos de los titulares del derecho de autor que permiten determinados usos sin necesidad de contar con la autorización del titular del derecho de autor, bien de manera gratuita, bien a cambio de un pago. Entre los ejemplos de estas excepciones están la reproducción de una obra para el uso puramente personal y privado de quien realiza la copia, la cita de una obra, la utilización de una obra para reseñarla, criticarla o parodiarla, y la reproducción de una obra para su conservación en un archivo. Otros ejemplos son:

- la copia para realizar una crítica, una reseña, una noticia, una investigación o un estudio privado;
- la copia limitada con fines educativos determinados y en circunstancias específicas;
- la copia limitada realizada por bibliotecarios o archiveros en circunstancias específicas; y
- la grabación de un programa de televisión con el fin de presentar una denuncia o para verlo en un momento más adecuado.

Sin embargo, la lista de actos permitidos por la legislación de derecho de autor varía de una jurisdicción a otra, y la ubicación geográfica de las ECT podría ser un factor decisivo para determinar si un uso se considera legal o no.

Los Estados Unidos de América, por ejemplo, han incorporado a su Ley de Derecho de Autor la doctrina jurisprudencial del “uso leal”.¹⁶⁸ Cuatro factores determinan si un uso es “leal”,¹⁶⁹ si bien raras veces, por no decir nunca, puede predecirse la fiabilidad de estos factores o el peso de cualquiera de ellos en determinadas circunstancias. En un litigio, en cuanto el demandante ha demostrado que el demandado ha cometido una infracción, corresponde al demandado probar que, pese a todo, no se aplica el derecho de autor al haber realizado un “uso leal”.

Un caso estadounidense muy conocido, la causa Rogers contra Koons,¹⁷⁰ demuestra que no se puede imitar o parodiar una obra protegida por derecho de autor hasta el punto de que la obra original pierda su significado. En esta causa, Jeff Koons, un célebre artista estadounidense, fue declarado responsable de infringir el derecho de autor después de crear una escultura titulada *String of Puppies*, que recreaba la fotografía del demandante. El tribunal dictaminó que la escultura de Koons infringía el derecho de autor del fotógrafo porque Koons había copiado la composición, las poses y las expresiones de la fotografía. El

168 El artículo 107 de la U.S. Copyright Act es el primer intento que se da en la legislación estadounidense de codificar las sentencias del *common law* que incorpora la doctrina del uso leal.

169 Los factores enumerados en el artículo 107 incluyen el fin y el carácter del uso, la naturaleza de la obra protegida por derecho de autor, la cantidad y la proporcionalidad del fragmento empleado en relación con la obra protegida por derecho de autor en su conjunto y el efecto de dicho uso en el mercado potencial o el valor de la obra protegida por derecho de autor. Se entiende que, tanto la lista de usos potencialmente leales como los factores que hay que tener en cuenta a la hora de determinar los usos leales, no es exhaustiva sino ilustrativa, y que el artículo 107 no tiene como finalidad formular unas reglas exactas, sino proporcionar unas pautas.

170 960 US.2d 301 (2d Cir. 1992).

argumento de defensa basado en el uso leal no prosperó, ya que Koons había afirmado que su objetivo era parodiar todo un tipo de cultura, y no esa fotografía en particular.¹⁷¹

A diferencia del concepto estadounidense de uso leal, en la legislación del Reino Unido se incorporan en su régimen de derecho de autor las “prácticas leales”, una lista específica de actos que expresamente no constituyen una infracción.¹⁷² En otras jurisdicciones se emplean otras expresiones; en el proyecto de ley de derecho de autor de Swazilandia, por ejemplo, se habla de “libre uso”.¹⁷³

En muchas jurisdicciones, cuando no en la mayoría, se abordan de distintas maneras las excepciones y las limitaciones. En la tradición jurídica romanista, son los países los que fijan los usos concretos permitidos. En la Directiva de la Comunidad Europea relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, de 2001,¹⁷⁴ se prevé un marco para las excepciones y limitaciones.¹⁷⁵ En Francia, por ejemplo, en el Código de la Propiedad Intelectual se enumeran las circunstancias específicas en las que los autores deben ceder sus derechos al público.¹⁷⁶

En algunas jurisdicciones, hay muy pocas excepciones. Por ejemplo, hasta hace poco, en Australia constituía una vulneración del derecho de autor copiar, reproducir o adaptar sin permiso y para uso personal o privado material protegido por el derecho de autor. En las disposiciones australianas en materia de prácticas leales solamente se autorizaba un número de actos muy reducido, entre ellos las reseñas y la crítica, la investigación, el estudio, la información y el trabajo de los abogados.¹⁷⁷ Con la nueva legislación, de 2006, Australia añadió varias excepciones relacionadas con la copia privada, de manera que grabar una emisión para verla o escucharla en un momento más adecuado, copiar una grabación sonora para uso privado y doméstico o copiar una obra literaria, una revista o un artículo de periódico para uso privado ya no constituyen una infracción de la ley.¹⁷⁸ Australia también cuenta ya con una sección especial de excepciones aplicables a las obras de arte en los espacios públicos (para permitir la fotografía, la filmación accidental, etc.), así como con unas licencias reglamentarias y obligatorias que autorizan el uso por parte de las escuelas, las universidades y otros a cambio del pago de una licencia.

Otro ejemplo lo encontramos en Sudáfrica, donde se permite la reproducción de obras literarias o musicales para llevar a cabo investigaciones o estudios —o para su uso personal y privado— por parte de

171 No obstante, la idoneidad actual de esta causa es discutible, ya que, en otra causa judicial más reciente, en la que también se ha visto envuelto Koons, se impuso el uso leal defendido por el artista. Véase *la causa Blanch contra Koons*, 467 F.3d 244 (2006).

172 United Kingdom Copyright, Designs and Patents Act, 1988.

s29.—(1) Las prácticas leales con una obra literaria, dramática o musical [...] para llevar a cabo un estudio con fines no comerciales no infringen el derecho de autor de la obra siempre y cuando se acompañen de un reconocimiento suficiente [...].

s30.—(1) Las prácticas leales con una obra para llevar a cabo críticas o reseñas de esa u otra obra o de una interpretación o ejecución de una obra no infringen el derecho de autor de la obra siempre y cuando se acompañen de un reconocimiento suficiente y la obra haya sido puesta a disposición del público.

173 Swazilandia, Copyright Bill, 2004, art. 9.

174 Directiva 2001/29/EC.

175 Solamente hay una excepción que los Estados miembros de la UE deben incorporar obligatoriamente a sus respectivas legislaciones nacionales: el artículo 5 sobre excepciones y limitaciones, relativo a los actos de reproducción provisional incluidos un proceso tecnológico. Según esta disposición: “1. Los actos de reproducción provisional [...], que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar: (a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o; (b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2.”

176 Ley No. 92-597, de 1 de julio de 1992, sobre el Código de la Propiedad Intelectual, modificado por última vez en virtud de la Ley No. 97-283, de 27 de marzo de 1997, art. L122-5. En cuanto una obra ha sido publicada, el autor no puede impedir:

1. Las interpretaciones o ejecuciones familiares privadas.

2. Las copias para uso personal y privado de la persona que realiza la copia. Esta disposición no se aplica a obras de arte, programas informáticos (para los que se permite una única copia de seguridad, art. L122-6-1-II) y bases de datos.

3. En aquellos casos en los que el nombre del autor y la fuente se indiquen claramente,

a) análisis y citas breves, justificadas por la naturaleza crítica, polémica, científica o pedagógica de la obra;

b) reseñas en la prensa;

c) difusión de discursos públicos como noticias de actualidad; y

d) reproducciones de obras de arte en catálogos para subastas en Francia (sujetas a las restricciones establecidas por la ley).

4. Parodias, imitaciones y caricaturas, “teniendo en cuenta los usos del género «.

5. Actos necesarios para acceder a una base de datos dentro de los límites del uso acordado.

177 Australia Copyright Act of 1968, Parte 3, Sección 3.

178 Copyright Amendment Act of 2006 (No. 158, 2006).

la persona que utiliza la obra, siempre y cuando la finalidad de la reproducción sea criticar o reseñar esa u otra obra o informar sobre noticias de actualidad en un periódico, revista o publicación periódica similar, o por medio de la radiodifusión o de una película cinematográfica.¹⁷⁹

Excepciones y limitaciones en el contexto de las ECT

En el caso de las ECT, las excepciones y limitaciones dan lugar, de nuevo, a distintos problemas. Por su naturaleza secreta, sagrada, espiritual o culturalmente significativa, incluso la utilización de una ECT como instrumento de aprendizaje puede ser vista como inadecuada. Para determinados pueblos indígenas y comunidades tradicionales, toda revelación de una ECT específica es punible según el Derecho consuetudinario.

Así ocurrió en el caso de un profesor universitario de Nuevo México, en los Estados Unidos de América, que fue desterrado por su propia comunidad indígena de Pueblo de Taos por haber escrito y publicado un estudio sobre una danza tribal espiritual. En el decreto de destierro de la comunidad se afirma que, “a través de esa explotación, ha causado un daño irreparable a la naturaleza delicada de la actividad religiosa”.¹⁸⁰ Para la legislación de derecho de autor, la actuación del profesor es aceptable: creó una nueva expresión (su estudio) a partir de sus conocimientos sobre una comunidad nativa. Para la tribu cuya danza daba a conocer y describía sin su autorización, el uso leal no constituía el marco adecuado para dirimir si aquella utilización era apropiada o no. La comunidad poseía sus propias reglas sobre el acceso, la utilización y la difusión, y no se observaron; y el profesor fue sancionado.

En una institución cultural que tenga como misión ampliar la comprensión y apreciación de la cultura, las excepciones y limitaciones desempeñan un papel importante, aunque no del todo previsible, en la esfera de las ECT.

Por ejemplo, la División de Antropología del Museo de Historia Natural de los Estados Unidos de América, en Nueva York, ha elaborado una política de acceso para el público en la que se toma claramente en consideración las excepciones y limitaciones que impone la legislación de derecho de autor y se distingue entre aquellos usos que se rigen por esas excepciones y limitaciones y aquellos que no. En esa política se recalca que solamente se pueden gestionar por correo un número muy limitado de pedidos de fotocopias y que, para toda utilización prolongada de sus recursos archivísticos, será necesario efectuar una visita a sus locales, para la que es necesaria una autorización de los conservadores del museo.¹⁸¹ La División de Antropología estipula, asimismo, que el permiso para realizar fotocopias “dependerá del estado de los documentos y de la naturaleza de cada proyecto. Solamente se facilitará material fotocopiado para llevar a cabo estudios. La autorización para cualquier otro uso, incluida la publicación, la transmisión electrónica, la distribución general o la utilización comercial, debe concederla la División previa presentación de una petición por escrito al Presidente [del Museo de Historia Natural]”.¹⁸² Por lo que a la toma de fotografías de la colección se refiere, los visitantes pueden tomar fotografías de las colecciones “con fines de registro” solamente para uso personal. También en este caso, el permiso para cualquier otra utilización debe solicitarse por escrito.¹⁸³ Cabe preguntarse por qué no se consulta sobre estas peticiones a los depositarios de la tradición; lo cierto es que, en muchos casos, estos no son los titulares del derecho de autor.

En el Museo del Quai Branly, en París, se exponen 3.500 objetos de la colección permanente “para subrayar la hondura histórica de las culturas que los han fabricado, y los distintos significados de las obras”.¹⁸⁴ Pese a que la recopilación de esos objetos variados y culturalmente significativos ha sido controvertida, los efectos positivos y negativos de presentarlos en Internet también han puesto sobre la

179 South Africa Copyright Act, artículo 12 .1).

180 *Sacred Dance Essay Prompts Tribal Banishment*, CNN.com, 6 de febrero de 2004.

181 Véase American Museum of Natural History, <http://anthro.amnh.org/anthro.html>. Véase también Skrydstrup, nota 51 *supra*, págs. 65 y 66.

182 *Id.*, en “Archives”, artículos 2 y 3.

183 *Id.*, en “Photography”, artículo 1.

184 Exploración de las colecciones permanentes, Museo del Quai Branly, en www.quaibranly.fr/es/collections/permanentes-colecciones/exploracion-de-las-colecciones-permanentes.html.

mesa una serie de cuestiones de difícil respuesta relacionadas con aspectos de la P.I.¹⁸⁵ En la página Web del museo donde se reproducen las “condiciones legales”, se detalla la manera en que se podrán utilizar las imágenes y los textos del sitio Web del museo, conforme a lo dispuesto en el Código de la Propiedad Intelectual de Francia.¹⁸⁶ Las excepciones y limitaciones de la legislación de derecho de autor de Francia no contemplan necesariamente la posibilidad de que una comunidad tradicional o un pueblo indígena quieran que sus ECT se expongan en otro contexto o, simplemente, que no se expongan. Sin embargo, los pueblos indígenas y otros depositarios de la tradición desean que se les tenga en cuenta a la hora de decidir cuál es la manera más adecuada de exponer sus obras, lo que conlleva plantearse cuestiones relacionadas con quién debe conceder, y a quién debe concederse, la autorización para su utilización.¹⁸⁷

Otro ejemplo lo encontramos en la Biblioteca y el Archivo de las Tribus Indias del río Colorado, que se fundaron en 1958. Esa biblioteca-archivo público tribal actúa como centro de investigación para todos aquellos que deseen estudiar la cultura y la historia de las cuatro tribus de la reserva. El Consejo Tribal ha delegado en el archivo tribal la conservación y el mantenimiento de la cultura y las tradiciones de las tribus indígenas del río Colorado. El archivo tribal se compone de documentos escritos originales, copias de documentos, microfilmes, fotografías, cintas de video y cintas con grabaciones de relatos orales. Entre esos materiales figuran correspondencia personal, documentos del Gobierno federal y trabajos de historiadores, etnólogos y antropólogos. Solamente los miembros de las tribus pueden acceder al archivo tribal. Toda persona que no pertenezca a las tribus debe presentar una solicitud para utilizar materiales del archivo y ha de acatar las normas que rigen el uso de esos materiales. El archivo no permite el acceso público a esas normas. Amelia Flores, su directora, acompaña de una nota de descargo de responsabilidad a las adquisiciones “problemáticas” y el “etiquetado derogatorio” de los fondos de la Biblioteca y el Archivo que reza: No refrendamos esta publicación.¹⁸⁸

Las instituciones culturales a menudo reciben donaciones de obras de arte y grabaciones de personas y comunidades, algunas de ellas vivas y destacadas en el panorama contemporáneo; otras, desconocidas o fallecidas. Que una institución cultural exponga, reproduzca y/u obtenga un beneficio de distintos tipos de reproducciones de una obra de arte o una grabación depende de varios factores, algunos de los cuales describimos a continuación.¹⁸⁹

Las excepciones y limitaciones no se abordan de igual manera en todo el mundo e, incluso dentro de una misma jurisdicción, es difícil, cuando no imposible, hacer predicciones de orden jurídico. Así las cosas, puede ser importante que una institución cultural se dote de una estrategia de gestión de riesgos que tenga en consideración los problemas que pueden plantearse.

Uno de los problemas que persisten en la actualidad es la determinación de hasta qué punto una excepción permite emplear una obra, habida cuenta de que no hay reglas fijas. Si bien las sentencias de los tribunales pueden indicar el camino a seguir, lo cierto es que suelen dictarse atendiendo a las circunstancias propias de cada caso. De la elaboración de catálogos a la producción de los carteles de una exposición o las invitaciones para un evento, a menudo se plantea la duda de si se puede incluir en esa nueva obra otra protegida por derecho de autor sin necesidad de obtener el permiso del titular de los derechos.

A las instituciones culturales que ostentan la titularidad del derecho de autor sobre algunas de sus obras (especialmente aquellas que se componen de ECT) les sería muy útil saber si pueden o deben cobrar derechos de licencia a un tercero que quiera usar imágenes de sus colecciones digitales en libros ilustrados de gran formato, tejidos, películas u otros productos comerciales.

185 A. Riding, *Paris Opens a Museum for Non-Western Art. The International Herald Tribune*, 21 de junio de 2006. “ [S]hould objects that were not created as art be presented as art, isolated from their ethnographic context?”.

186 Menciones legales, Museo del Quai Branly, *Utilisation Autorisée* (uso autorizado), citando el Código de la Propiedad Intelectual, artículo L122-5.

187 Las decisiones adoptadas en el seno de un grupo indígena o una comunidad tradicional sobre qué límites deben establecerse a la utilización de una ECT pueden variar de generación en generación, en función de quién ostente el poder, a quién se haya pagado, etc.

188 Véase Skrydstrup, nota 51 *supra*.

189 Además, en la mayoría de culturas tradicionales, una ECT material es una versión de una cadena determinada de expresiones, todas ellas similares desde un punto de vista tipológico y funcional. La cuestión de la “reproducción” se plantea cuando en una institución cultural se reproduce literalmente una ECT. La copia es simplemente una reproducción de una muestra de toda la cadena. En tal caso, en lo que respecta a la legislación de derecho de autor, es posible identificar al autor. No obstante, esta identificación no sería correcta desde la perspectiva de las comunidades tradicionales e indígenas.

Preservación, restauración y usos administrativos de las ECT

Muchos profesionales de las instituciones culturales se encargan de archivar imágenes etnográficas y grabaciones sonoras y de video o de publicar información en Internet y, por ese motivo, han de estar familiarizados con las buenas prácticas en materia de archivos, imágenes digitales y tecnología de escaneado.¹⁹⁰ Las nuevas tecnologías han acabado con las diferencias entre actos tan distintos como acceder a una obra y utilizar y copiar una obra. Por ejemplo, en el entorno digital, no es posible acceder a la imagen digital de un cuadro, o a una grabación sonora, sin que se hagan varias copias de la misma porque, al hacer clic en una página Web, la memoria de acceso aleatorio (RAM) de un ordenador debe hacer una copia de esa página y el código fuente en HTML (lenguaje de marcado de hipertexto) también constituye otra copia.¹⁹¹ La limitación sobre reproducción temporal cubre todas estas copias. Esta es solo una de las varias formas en que las nuevas tecnologías representan un cuestionamiento de los conceptos tradicionales del Derecho de autor.

Los profesionales de la cultura se han manifestado a favor de incluir en la legislación de derecho de autor una nueva excepción específica con fines de preservación o restauración. En efecto, del mismo modo que los ordenadores realizan varias copias en su memoria de acceso aleatorio (RAM) para que pueda verse una imagen en una pantalla, pueda escucharse una obra musical o pueda verse un video, también durante algunas tareas administrativas se realizan copias “accidentales”.

Restauración

La restauración puede suponer un problema de “originalidad” en la medida en que reproducir una obra original o un objeto de derechos conexos durante el desempeño de una profesión legítima puede dar lugar a otra obra susceptible de protección. Es innegable que la labor de un restaurador o de un conservador requiere destreza, un criterio selectivo y creatividad. Con frecuencia, la obra restaurada resultante de esa labor debe su éxito al trabajo de un restaurador o de un conservador en particular. Sin embargo, por su naturaleza misma, esta obra podría entenderse como una copia de la obra original, ya que no se ha creado una obra nueva y el resultado, a menudo, no satisface el criterio de originalidad necesario para la protección.¹⁹² Tal y como señalaron dos especialistas, “reconocer la restauración de una imagen pictórica o la sustitución de elementos perdidos como una obra de arte original en sí misma y, por lo tanto, alentar estas prácticas para satisfacer los requisitos de la legislación de derecho de autor es peligroso y contrario a los intereses de la profesión y del arte”.¹⁹³ Pese a que se ha apuntado que el trabajo de los restauradores y los conservadores supone “una contribución original del conservador a la obra misma”,¹⁹⁴ este extremo no ha sido puesto a prueba en los tribunales y no es una práctica común.

Conservación

En muchas jurisdicciones se abordan las excepciones y limitaciones relacionadas con la conservación. Tal y como puede leerse en el Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos, de la OMPI,¹⁹⁵ hay grandes diferencias, y prácticamente en todos los ámbitos, entre las distintas legislaciones nacionales, tanto desde el punto de vista de las instituciones a las que se aplican como desde el de las actividades concretas afectadas.

190 Véase, por ejemplo, United States Department of Labor Bureau of Labor Statistics, Archivists, Curators and Museum Technicians, en www.bls.gov/oco/ocos065.htm.

191 Véase, por ejemplo, S. Vaidhyathan, COPYRIGHTS AND COPYWRONGS, 152. New York University Press, 2001. Véase también OMPI, *Intellectual Property on the Internet: A Survey of Issues*, diciembre de 2002, pág. 33, Documento WIPO/INT/02, en www.wipo.int/copyright/en/ecommerce/ip_survey/.

192 Véase, en sentido contrario, un caso en el que se dictaminó que, en la restauración de obras de arte en que se desarrollaba una actividad especialmente delicada y compleja, debería recompensarse al restaurador con la protección del derecho de autor. (Tribunal de Bolonia, sentencia del 23 de diciembre de 1992, 1993 II Diritto di Autore 489, nota 93 *supra*)

193 L. Kruth y H. Kruth, *The Question of Copyrighting Art Restorations*, WAAC Newsletter, Vol. 3, No. 3, septiembre de 1981, págs. 1 y 2.

194 Reid Mandel, *Copyrighting Art Restorations*, Bulletin, Copyright Society of the U.S.A., vol. 28, No. 3, febrero de 1981.

195 En las excepciones contempladas en la legislación para las bibliotecas abordan cuestiones como la reproducción de obras protegidas por derecho de autor para investigaciones o estudios privados, la conservación y sustitución de materiales, el suministro de documentos y el préstamo interbibliotecario. Algunos países han legislado en materia de “disponibilidad” de las obras protegidas por derecho de autor. Para una perspectiva general, véase *Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos*, SCCR/17/2, disponible en línea en: www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_17/sccr_17_2.pdf. No obstante, en la mayoría de las leyes de derecho de autor vigentes todavía debe arbitrarse un mecanismo útil que regule o apoye una actividad tan importante como esta. (G. Pessach, “Museums, Digitization and Copyright Law – Taking Stock and Looking Ahead”, en *Journal of International Media and Entertainment Law*, 2007.)

En la Ley de Derecho de Autor del Canadá, por ejemplo, se permite, en determinadas circunstancias, que las bibliotecas copien obras con fines de conservación o mantenimiento de las colecciones de las bibliotecas.¹⁹⁶ En la Ley sobre Derecho de Autor de los Estados Unidos de América se autoriza a los archivos, las bibliotecas y, ocasionalmente, los museos a que realicen copias con fines de conservación, copias de seguridad y copias para depositar la obra en cuestión en otras instituciones dedicadas a la investigación.¹⁹⁷

Son pocas las leyes en las que se habla de los derechos morales. En México, en la excepción para las bibliotecas se recalca que una copia con fines de conservación no puede alterar la obra original. En los Países Bajos, la normativa sobre conservación garantiza explícitamente que el autor conserva determinados derechos morales.¹⁹⁸

En las leyes se aborda de distintas maneras el problema de los medios digitales, en ocasiones explícitamente, en ocasiones por inferencia. En muchas leyes se pasa por alto esta cuestión. En algunos países, en las leyes se estipula claramente si la copia digital está permitida o no; cuando está permitida, puede suceder que sólo esté autorizada en determinados supuestos.

- Austria: Existe una disposición general para la copia en bibliotecas que permite explícitamente las copias digitales en determinados casos;
- Canadá: Se permiten las copias de artículos para llevar a cabo investigaciones o estudios privados, y en la ley se estipula que la copia que se entrega al usuario no puede estar en formato digital;
- China: Se permite la copia en formatos digitales con fines de preservación en algunos casos;
- Dinamarca: Existe una norma por la que se rige la realización de copias digitales para los usuarios de las bibliotecas. Se permiten las copias digitales de artículos y demás obras, aunque sujetas a una licencia colectiva ampliada y al derecho del titular a exigir una remuneración;
- Estados Unidos de América: Se permiten explícitamente las copias con fines de conservación y sustitución, pero no hay indicación alguna en la legislación sobre la posibilidad de realizar copias digitales para investigaciones o préstamos interbibliotecarios.

En el contexto de las ECT, las instituciones a veces complementan la legislación vigente con directrices adicionales que se ajustan mejor a los intereses de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y a la naturaleza, a menudo delicada, de las ECT (en la Parte III se examinan algunos ejemplos de estas directrices).

Por ejemplo, el American Folklife Center (AFC) está trabajando en la actualidad en cuestiones relacionadas con la conservación digital y el acceso a sus colecciones a través de su sitio Web. “El número cada vez mayor de colecciones de audio, video e imágenes (tanto fotografías como manuscritos) digitalizadas plantea nuevos interrogantes en materia de derechos de acceso y reproducción con respecto, por ejemplo, al tratamiento de las peticiones de duplicación fotográfica y fonográfica. Los formatos digitales mejoran y facilitan un acceso más amplio, pero puede que ello obligue a elaborar unas políticas de P.I. revisadas sobre el uso de esas colecciones.”¹⁹⁹

Un buen ejemplo de reproducción de una colección perteneciente al dominio público en el seno del AFC es la que llevó a cabo cuando, en 1982, esa institución recibió permiso del Consejo Tribal de Omaha para trasladar a un formato moderno una colección de música tradicional elaborada en la década de 1890. Las grabaciones originales estaban en cilindros de cera. En 1999, el AFC volvió a colaborar con el Consejo Tribal para producir la colección en línea, que, además de las grabaciones digitalizadas, también consta de grabaciones de la década de 1980.

¹⁹⁶ Artículo 30.1.

¹⁹⁷ 17 U.S.C. §108 (Limitaciones sobre derechos exclusivos: Reproducción por parte de bibliotecas y archivos). La Digital Millennium Copyright Act (DMCA) abunda en este sentido, permitiendo hasta tres copias de conservación en formato digital o analógico cuando la institución ya posea la copia original. La copia tiene solamente fines de conservación, seguridad o depósito en la institución. Por lo general, la naturaleza y el fin de la conservación digital de materiales culturales es una actividad orientada al beneficio público.

¹⁹⁸ *Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos*, SCCR/17/2

¹⁹⁹ Véase Skrydstrup, nota 51 *supra*, pág. 76.

El Director del AFC declaró que “la clave del éxito de estas dos iniciativas, el álbum y la publicación en línea, ha sido la estrecha colaboración con los propietarios del material cultural; [...] una actitud en la que han sido fundamentales el respeto mostrado, la atención prestada a las preocupaciones de la tribu, el trabajo en colaboración con unos objetivos comunes y la dedicación del tiempo necesario para hacer las cosas adecuadamente”.²⁰⁰ Estos logros subrayan la importancia de un proceso de colaboración en el que la otra parte se interesa activamente por las ideas, las opiniones y los conocimientos indígenas y tradicionales, los acepta de buen grado y los incorpora a los procesos de toma de decisiones. Así es como se establecen nuevas relaciones, y así es como se pueden elaborar nuevos marcos para gestionar las colecciones, el acceso a estas y su reproducción.

PUNTOS CLAVE

Las leyes de derecho de autor comprenden excepciones y limitaciones que permiten al público utilizar material protegido por derecho de autor sin contar con el permiso del titular del derecho. En la tradición del common law, estas excepciones y limitaciones en ocasiones se conocen como “uso leal” o “prácticas leales”.

Preservar las obras culturales entraña, a veces, unos problemas muy específicos en materia de P.I. Algunos profesionales de instituciones culturales confían en poder incorporar a la legislación excepciones concretas que les permitan hacer copias administrativas, de seguridad o para el archivo de obras protegidas por derecho de autor.

La restauración de obras culturales tropieza con el requisito de originalidad del derecho de autor: no está claro si una obra cultural restaurada es una obra nueva a los fines del derecho de autor o si se trata simplemente de un tipo de copia de una obra más antigua, y, por lo tanto, no puede acogerse a la protección que brinda el derecho de autor.

Las excepciones al derecho de autor no siempre se ajustan a las necesidades de las comunidades indígenas y tradicionales y sus ECT. La naturaleza sagrada, secreta o delicada de una ECT determinada puede convertirla en inadecuada para ciertos grupos de personas o en unas circunstancias específicas, toda vez que normalmente sería una manifestación aceptable en virtud de excepciones o limitaciones.

La gestión de las ECT entraña problemas. Algunas organizaciones culturales que trabajan con ECT han elaborado, junto con las comunidades cuyas ECT tutelan, sus propias directrices sobre el acceso, el control y la gestión de las colecciones.

6. Titularidad, transferencias y concesión de licencias de derecho de autor

La posesión física o la propiedad de una obra física no comportan necesariamente la titularidad del derecho de autor. Así se reconoce explícitamente en distintas legislaciones nacionales.²⁰¹

Titularidad

El principio de titularidad del derecho de autor es importante para las instituciones culturales que desean reproducir material de sus colecciones o que quieren modificarlo una vez que lo han adquirido y toman posesión física de este. Si una institución cultural es la propietaria de una obra de arte física, de un texto o de una grabación sonora o de video, pero no del derecho de autor sobre ellos, no puede emplear dicha obra de arte o material a su antojo. Por ejemplo, puede, de conformidad con una excepción o una limitación, reproducir una fotografía de ese material en una revista o en folletos promocionales, pero ese uso no estaría autorizado en el caso de las postales a la venta en la tienda de la institución. Análogamente, un archivo que custodie grabaciones de campo originales de músicos tradicionales no puede producir una grabación comercial que las contenga sin el consentimiento de los artistas.

200 Intervención de la Delegación de los Estados Unidos de América en el CIG de la OMPI, 9ª sesión, abril de 2006. Documento de la OMPI WIPO/GRTKF/IC/9/14.

201 Por ejemplo, en el artículo 202 de la Copyright Act de los Estados Unidos de América se prevé que: “La titularidad de un derecho de autor [...] es distinta de la titularidad de todo objeto material en el que la obra esté representada. La transferencia de la titularidad de todo objeto material [...] no implica ningún derecho sobre la obra protegida por el derecho de autor que está representada por el objeto [...]”.

De manera análoga, si un antropólogo transcribe una canción tradicional de un grupo indígena o una comunidad tradicional, la canción sigue perteneciendo al grupo o a la comunidad, por más que haya sido el antropólogo quien la haya fijado. Este análisis podría ser distinto en el caso de determinadas obras textuales que pueden existir pese a que no haya fijación inicial; por ejemplo, podría tomarse una plegaria de un artículo académico y ponerla en una tarjeta de condolencias sin que ello genere derechos para la persona que fijó la plegaria.

Primera titularidad y titularidad conjunta

Por lo general, el autor es el primer titular del derecho de autor. Muchas legislaciones nacionales tienen algunas excepciones a esa regla general, como ocurre en el caso de las obras realizadas por empleados o de obras por encargo, en las que el derecho de autor recae inicialmente en el empleador o en la persona que realizó el encargo, según sea el caso.

Los coautores de una obra son cotitulares del derecho de autor sobre esa obra. “La cotitularidad puede nacer no sólo de la coautoría, sino también de otras relaciones y transacciones. Por ejemplo, dos o más personas pueden convertirse en cotitulares [...] si se transfiere conjuntamente a ambas el derecho de autor”.²⁰²

Derecho de autor del Gobierno o de la Corona

Otro nivel de complejidad en las cuestiones relacionadas con la titularidad son las reivindicaciones del derecho de autor que realiza un gobierno sobre sus obras, conocido como “Derecho de autor de la Corona” en el Reino Unido²⁰³ y en otros países del Commonwealth, como Australia,²⁰⁴ Nueva Zelandia²⁰⁵ y el Canadá.

En sentido inverso, otras jurisdicciones, entre ellas los Estados Unidos de América,²⁰⁶ la República Checa,²⁰⁷ Alemania²⁰⁸ y los Países Bajos,²⁰⁹ no emplean mecanismos de protección del derecho de autor perteneciente al gobierno; por lo general, la mayoría de las obras producidas por empleados gubernamentales en el desempeño de su función no están protegidas por la legislación de derecho de autor y pasan inmediatamente a formar parte del dominio público.

202 D. Vaver, *Copyright Law*, (Irwin Law, Toronto, 2000).

203 En el Reino Unido, la duración del derecho de autor de la Corona varía si el material ha sido publicado o es inédito: las obras publicadas están protegidas durante un período de 50 años a partir de la fecha de publicación, mientras que las obras no publicadas están protegidas durante un período de 125 años a contar desde la fecha de creación. Algunas obras están protegidas por la *Letters Patent*, que se aplica a una categoría limitada de materiales sobre los que Corona reclama para sí el derecho de controlar su reproducción fuera de la legislación ordinaria, como la Biblia del rey Jaime y el Libro de Oración Común. Este tipo de obras goza de protección por derecho de autor a perpetuidad.

204 En Australia, el Gobierno es titular del derecho de autor de toda obra, película o grabación sonora realizada, dirigida o controlada por el Gobierno, y de toda obra publicada inicialmente por el Gobierno o bajo su dirección. (Australia Copyright Act f 1968, Parte VII.) El Comité de revisión de la legislación de derecho de autor de Australia ha recomendado recientemente que la Corona abandone su singular postura de convertirse en el titular del derecho de autor del material por el mero hecho de ser la primera en publicarlo. (Copyright Law Review Committee, Crown Copyright Report, enero de 2005, [www.clrc.gov.au/agd/WWW/hvpattach.nsf/VAP/CFD7369FCAE9B8F32F341DBE097801FF~6+APRIL+full+version+crown+copyright.pdf/\\$file/6+APRIL+full+version+crown+copyright.pdf](http://www.clrc.gov.au/agd/WWW/hvpattach.nsf/VAP/CFD7369FCAE9B8F32F341DBE097801FF~6+APRIL+full+version+crown+copyright.pdf/$file/6+APRIL+full+version+crown+copyright.pdf)).

205 En Nueva Zelandia, la Corona es el primer titular de todo derecho de autor que subsista en cualquier obra creada por una persona empleada o contratada por la Corona, lo que incluye obras de la Reina, los Ministros de la Corona, el Parlamento y otros ministerios gubernamentales. El derecho de autor de la Corona tiene una duración de 100 años. (New Zealand Copyright Act of 1994, artículos 2.1), 26, 27.)

206 En los artículos 101 y 105 de la U.S. Copyright Act se establece que las obras elaboradas por empleados del Gobierno de los Estados Unidos de América en el desempeño de sus deberes oficiales no pueden acogerse a la protección por derecho de autor. En el artículo 105 se estipula que “no puede acogerse a la protección por derecho de autor [...] ninguna obra del Gobierno de los Estados Unidos de América, pero el Gobierno de los Estados Unidos de América puede recibir y ser el titular del derecho de autor que le haya sido transferido por cesión, donación o de otra forma”. No obstante, el AFC tiene muchas grabaciones sonoras de cantantes y músicos tradicionales que, durante la década de 1930, recopilaron empleados del Gobierno para el Proyecto federal de escritores. Que estas grabaciones las hubieran realizado empleados del Gobierno no priva de los derechos de P.I. a los artistas. Por consiguiente, el AFC necesita el permiso de los artistas o de los herederos de los artistas para utilizar de cualquier manera estas grabaciones. Sin embargo, toda obra original escrita por empleados del Gobierno sería “trabajo por cuenta ajena” y no estaría protegida por derecho de autor (del empleado del Gobierno). Por ejemplo, un ensayo sobre la expedición durante el que se reunieron las grabaciones no gozaría de protección por derecho de autor.

207 Las obras oficiales, como reglamentos jurídicos, decisiones, cartas estatutarias y repertorios de reglamentos jurídicos, no pueden acogerse a la protección por derecho de autor. Ley de Derecho de Autor de la República Checa, art. 3.a).

208 Las leyes, los reglamentos, los decretos oficiales, las notificaciones, los dictámenes y los razonamientos de los dictámenes no gozarán de protección por derecho de autor. Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Alemania, art. 5.1).

209 El derecho de autor no subsiste en leyes, decretos u ordenanzas promulgadas por las autoridades públicas. Ley de 1912 sobre Derecho de Autor de los Países Bajos, art. 11.

Las diferencias entre los gobiernos que se sirven del derecho de autor de la Corona y los que no lo hacen podrían tener una incidencia directa en un gran número de obras depositadas en una institución cultural. Por ejemplo, si un empleado del Gobierno británico escribiera una reseña de una exposición en la National Gallery de Londres, el derecho de autor de la Corona subsistiría en dicho escrito y la National Gallery tendría que obtener el permiso si quisiera utilizar ese escrito para promocionarse.

Existen algunas consecuencias interesantes en el caso de las ECT. En Australia, en la causa Yumbulul contra el Banco de la Reserva de Australia, el artista aborigen Terry Yumbulul había autorizado a la Agencia de Artistas Aborígenes a que concediera una licencia para la utilización de su cuadro del poste ceremonial del lucero del alba de su clan, que posee significados sagrados para este. Por un malentendido en el uso previsto para el cuadro, la mencionada agencia autorizó al Banco de la Reserva a emplear la obra de Yumbulul en un billete conmemorativo. Yumbulul adujo que la reproducción de su cuadro en un billete vulneraba su derecho de autor. La demanda acabó siendo desestimada porque tanto la Agencia como el Banco de la Reserva habían obrado de conformidad con la debida autoridad legal. El derecho de autor sobre el billete sigue perteneciendo al Banco de la Reserva, lo que significa que el diseño es obra de la Corona de Australia y que esta repetición concreta de la imagen está protegida por el derecho de autor del Gobierno.²¹⁰

Cesión

La mayoría de jurisdicciones prevén la transmisión (cesión) de los derechos patrimoniales. Una cesión o transmisión no tiene por qué afectar a todo el derecho de autor; es posible ceder y ser titular de los distintos derechos, por separado. Una cesión cambia la titularidad del derecho, que pasa del cedente al cesionario.

Concesión de licencias

La concesión de licencias es un mecanismo en virtud del cual los derechos del titular del derecho de autor pueden transferirse, total o parcialmente, durante un período limitado o ilimitado y de manera exclusiva o no exclusiva, a un tercero. Una licencia no es sino un consentimiento, un permiso o una autorización para la utilización de una obra, de acuerdo con las condiciones estipuladas por el licenciante, que conserva la titularidad.

En función de la jurisdicción, el titular de los derechos puede transmitir el derecho de autor a un tercero mediante un contrato o por efecto de la ley, como sucede con los testamentos o las sucesiones intestadas.²¹¹

La organización sin ánimo de lucro Creative Commons²¹² está desarrollando unas licencias tipo en el marco del régimen de derecho de autor para los autores que desean que sus obras sean más accesibles de lo inicialmente previsto por el régimen de derecho de autor vigente. Distintas licencias de Creative Commons otorgan a los creadores un cierto margen de maniobra dentro de los regímenes de derecho de autor vigentes al brindarles la posibilidad de conceder licencias para una serie de usos, como el acceso libre o, incluso, la reproducción total en determinados casos. En lugar de declarar “todos los derechos reservados”, las licencias Creative Commons permiten a los autores reservarse “algunos derechos”.

Las licencias Creative Commons se están adoptando en muchos contextos distintos. Estas licencias pueden resultar atractivas para las instituciones culturales que poseen obras protegidas por derecho de autor en sus colecciones y cuyo cometido es facilitar un acceso y una circulación mayores de la información y el conocimiento.

210 Véase el The Museum of Australia Currency Notes. En el billete inferior “se muestra a un joven aborigen, un poste ceremonial del lucero del alba y otros diseños procedentes de obras de arte aborígenes encargadas por el Banco”, y el titular del derecho de autor es el Banco de la Reserva de Australia, en www.rba.gov.au/Museum/Displays/1988_onwards_polymer_currency_notes/first_polymer.html.

211 No obstante, los derechos morales suelen ser inalienables o no transmisibles. Véase, por ejemplo, Código de la Propiedad Intelectual de Francia, art. L121-1. Aun así, en ocasiones se puede renunciar a esos derechos, si bien una simple cesión o licencia de derecho de autor sobre una obra no implica, ni en sí misma ni por sí misma, la renuncia a los derechos morales de la obra.

212 Véase Creative Commons, About Creative Commons, en <http://creativecommons.org/about/>.

Merece la pena analizar las nuevas posibilidades que brindan las licencias Creative Commons para una mejor gestión de las colecciones de ECT.²¹³

Indudablemente, para muchos artistas y comunidades tradicionales contemporáneas que crean nuevas obras en las que se incorporan ECT, estas licencias podrían ofrecerles un cierto margen de maniobra. De manera análoga, también podrían atender a las necesidades de las comunidades indígenas y tradicionales en lo tocante al acceso, la difusión y la reproducción.

No obstante, los intereses de todos los depositarios de la tradición no tienen por qué coincidir con los del “público” en general, intereses estos últimos que impulsan el movimiento Creative Commons. En un sentido amplio, la apertura por la que aboga el movimiento Creative Commons va en contra del control deseado por muchos creadores de ECT.

Otra dificultad presente en la esfera de las ECT y Creative Commons es la determinación de quién puede actuar como portavoz de la comunidad. Si un usuario ve una ECT con una licencia Creative Commons, supondrá que puede fiarse de la licencia. ¿Qué sucedería si otro sector de la comunidad no estuviera de acuerdo con las limitaciones impuestas al uso de la ECT? Creative Commons podría no ser una solución tan buena para los derechos colectivos como lo es en el caso de los derechos individuales.

Es preciso que se conozca mejor de qué manera difieren las necesidades de los grupos tradicionales y, por ejemplo, saber en qué medida pueden aplicarse otras soluciones para los pueblos indígenas, las comunidades tradicionales y las colecciones de ECT. La naturaleza delicada de estas colecciones y las condiciones en que se formaron y se adquirieron exigen obrar con tacto.

Los depositarios de la tradición tienen derecho a tomar decisiones sobre qué se permite que esté disponible y cómo están representados. En el pasado, algo así nunca o casi nunca se planteaba. Hoy es fundamental no sólo tener en cuenta los puntos de vista de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, sino también tratarlos con respeto y reconocer su legitimidad. En ocasiones, las necesidades de los depositarios de la tradición serán contrarias a las nociones liberales de acceso y divulgación libres. Es posible que los depositarios de la tradición soliciten que se restrinja el acceso a colecciones a las que hoy puede acceder todo el mundo. Conviene recordar que sólo recientemente se ha permitido el acceso de algunos pueblos indígenas y comunidades tradicionales a muchas colecciones que guardan relación con sus familias, clanes, tribus y comunidades. Estas colecciones a menudo contienen información delicada y privada. Por consiguiente, debería brindarse a los depositarios de la tradición el tiempo, el asesoramiento y la autoridad adecuados para que decidan si debería permitirse el acceso público y cuándo.

Todo esto pondrá a prueba el compromiso de las instituciones culturales con la comprensión del pasado y la manera en que ese pasado repercute en las necesidades actuales de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales. Establecer nuevas relaciones que potencien el diálogo sobre lo que está en juego y para quién lo está es vital para gestionar satisfactoriamente un material tan valioso.

213 Véase K. Bowrey y J. Anderson, ‘The Politics of Global Information Sharing: Whose Cultural Agendas are Being Advanced?’, en *Social & Legal Studies*, vol. 18, No. 4, págs. 479 a 504 (2009).

PUNTOS CLAVE

La primera titularidad recae en el autor. Aunque el autor es, a menudo, una persona física o jurídica, algunas jurisdicciones prevén la titularidad conjunta del derecho de autor. En el contexto de las ECT, esto significa que una colectividad o comunidad podrían ser consideradas autoras.

El titular del derecho de autor tiene la opción de dar, conceder o ceder (vender) o licenciar (prestar), total o parcialmente, sus derechos de autor.

Una licencia puede ser exclusiva, en cuyo caso el licenciataria es el único que puede alcanzar un acuerdo de licencia con el licenciante. Una licencia también puede ser no exclusiva, lo que comporta que el licenciante pueda licenciar su derecho a tantos licenciarios como desee.

El derecho de autor de la Corona se aplica en algunas jurisdicciones del Commonwealth y protege las obras que han sido realizadas por los gobiernos de esas mismas jurisdicciones y que pueden acogerse a la protección por derecho de autor. Algunas jurisdicciones emplean la estrategia opuesta, es decir, que toda creación de un empleado del Gobierno federal pasa automáticamente a formar parte del dominio público.

Creative Commons ofrece unas licencias homologadas basadas en el sistema actual de derecho de autor. Es necesario plantearse algunas preguntas importantes sobre la manera en que estas licencias podrían favorecer los intereses de las comunidades indígenas y tradicionales.

Bajo determinadas circunstancias, los intereses de los depositarios de la tradición chocan con los argumentos en favor de un mayor acceso. Además, a menos que los depositarios de la tradición participen en las decisiones sobre a cuáles de sus ECT se permite un mayor acceso, existe el riesgo de que se repita la marginación histórica del derecho de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales a pronunciarse sobre el acceso que se ofrece a sus conocimientos y su material cultural y a quién se le brinda ese acceso.

Es preciso estudiar con atención la política de “compartir” el conocimiento. Antes de facilitar un mayor acceso a una ECT, debería consultarse a las comunidades indígenas y tradicionales y explicarles todo lo que implica un mayor grado de acceso. Y hay que preguntarse quién tendrá acceso. Estas preguntas reconocen el trato histórico que se ha dispensado a los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y a sus colecciones de ECT, y tienen como finalidad remediar esa situación.

7. Derechos conexos

Además del derecho de autor, existen derechos “relacionados con” el derecho de autor, o “conexos”, cuya finalidad es brindar protección a quienes ayudan a los autores en la comunicación y difusión entre el público de sus obras. Generalmente, tienen un alcance más limitado que los derechos patrimoniales consagrados por el derecho de autor, y su duración también es menor. Los tres principales son:

- los derechos de los productores de fonogramas (grabación sonora);
- los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes; y
- los derechos de las organizaciones de radiodifusión.

La Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión²¹⁴ (Roma, 1961) es el instrumento internacional que se ocupa de los derechos conexos.

El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas²¹⁵ (WPPT), de 1996, complementa la Convención de Roma y adapta los conceptos originales de la protección de los derechos conexos a

²¹⁴ Véase www.wipo.int/treaties/es/ip/rome/.

²¹⁵ A 10 de marzo de 2010, el WPPT contaba con 86 Estados parte. Véase www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=20.

los nuevos medios digitales.²¹⁶ En el WPPT se consagran, en un gesto importante, una serie de derechos respecto de las interpretaciones o ejecuciones de expresiones del folclore. En el artículo 2 se define la expresión “artistas intérpretes o ejecutantes” como “todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore” (sin cursiva en el original). En el WPPT se otorgan a los intérpretes o ejecutantes derechos morales y patrimoniales, de conformidad con lo dispuesto en sus artículos 5 a 10.

Los derechos conexos, y la manera como se hacen efectivos, pueden resultar útiles y ser un elemento importante para la protección de las ECT, y podrían satisfacer las necesidades de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales. Los ejemplos de ECT para los que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales desean protección incluyen las representaciones tradicionales, como las danzas y las obras de teatro. Por ejemplo, en una cultura oral, los elementos de cultura tradicional se transmiten entre los miembros de una comunidad y de una generación a otra por medio de interpretaciones o ejecuciones de canciones y cantos o de la narración de historias. Los relatos populares, la poesía, las canciones, la música instrumental, las danzas, las representaciones escénicas y otras expresiones del folclore perviven, de hecho, en forma de interpretaciones o ejecuciones habituales. Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes confieren a los intérpretes o ejecutantes tradicionales el derecho a decidir si deberían fijarse sus interpretaciones o ejecuciones (por ejemplo, si se graban en cinta o se digitalizan) y cómo debería difundirse y emplearse posteriormente la fijación (por ejemplo, la grabación) de la interpretación o ejecución.

Se ha sugerido, además, que la protección de las interpretaciones o ejecuciones de expresiones del folclore podría servir, indirectamente, para proteger adecuadamente las propias expresiones del folclore. Probablemente esta expectativa sea acertada, a condición de que el artista intérprete o ejecutante forme parte de la comunidad “a la que pertenece” la expresión del folclore. En caso contrario, la expresión todavía puede gozar de protección indirecta, aunque los beneficios no revertirán en la comunidad.

Además, por ejemplo, en el Reino Unido, una grabación de historia oral no sólo generaría derechos de interpretación o ejecución, sino también derechos literarios para cualquiera que hablara en la grabación.²¹⁷ Todo derecho que nazca así da pie a derechos patrimoniales y morales en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea.

No obstante, algunos aspectos de la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes son menos ventajosos desde el punto de vista de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales. El más importante de ellos tal vez sea que el WPPT no abarca el componente visual de las interpretaciones o ejecuciones. Solamente está protegido el componente sonoro, es decir, aquellas partes que puede percibir el oído humano, lo que podría limitar considerablemente la utilidad del WPPT en lo que respecta a las ECT. Se sigue trabajando en el desarrollo de un instrumento que proteja las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

La pertinencia de los derechos conexos para los museos, las bibliotecas y los archivos depende de sus colecciones y de las actividades específicas que estos lleven a cabo.

Por ejemplo, el Museo Alutiiq, en Kodiak (Alaska),²¹⁸ posee grabaciones sonoras del idioma alutiiq, entrevistas con ancianos, grabaciones de diferentes acontecimientos de la comunidad alutiiq, material de excavaciones arqueológicas y presentaciones multimedia sobre proyectos relacionados con el patrimonio alutiiq. El museo es consciente de los distintos intereses que intervienen en las diversas fases de la grabación, la copia y la conservación de esos materiales. En la mayoría de las jurisdicciones, los derechos conexos recaerán en la institución que produjo, encargó o financió la grabación, y no en las personas grabadas. En todas estas etapas, debería tenerse en cuenta la diferencia entre los derechos o los intereses del poseedor de una ECT o de su comunidad y los de quien efectúa la grabación.

²¹⁶ Por ejemplo, el WPPT insta a los Estados parte a aplicar en su ordenamiento jurídico medidas para evitar que se vulneren las medidas de protección tecnológica, como el cifrado. Además, los insta a que prohíban la alteración o el borrado deliberados de información electrónica sobre gestión digital de derechos.

²¹⁷ Artículo 3, Copyright, Designs and Patents Act, 1988.

²¹⁸ Véase <http://alutiiqmuseum.org/>.

Otro ejemplo concreto en el que los derechos conexos son pertinentes para las ECT lo encontramos en las grabaciones y/o los archivos musicales. El Traditional Music Archive (Archivo de Música Tradicional) (TRAMA) es un centro de investigación y registro documental del Sudán que centra su labor en la recopilación, la catalogación, la conservación y la difusión del folclore y la música tradicional. Esta institución obtiene la autorización por escrito de los representantes tribales de cada grupo para los que actúa como representante antes de que se graben las interpretaciones. Actualmente estudia la posibilidad de digitalizar alrededor de 4.000 grabaciones de su archivo con fines de conservación y difusión. Y trabaja con representantes tribales para realizar y vender grabaciones, con los que comparte los beneficios económicos.²¹⁹

PUNTOS CLAVE

Los derechos conexos brindan protección a los fonogramas (grabaciones sonoras), las emisiones y las interpretaciones y ejecuciones.

Con arreglo al WPPT, los derechos conexos también cubren específicamente las interpretaciones y ejecuciones de expresiones del folclore; esta es la única mención específica de las ECT en los tratados internacionalmente vinculantes de la OMPI.

8. Internet y la digitalización

Internet y el uso generalizado de ordenadores ha propiciado la aparición de una plataforma incomparable para divulgar y ver un amplio abanico de contenidos culturales en un formato muy accesible, completo y de fácil utilización.

Muchas obras de arte indígenas o tradicionales, así como grabaciones de video y sonoras de ECT, pueden reproducirse digitalmente en alta resolución y difundirse a través de Internet. De ese modo, se reproduce en lo esencial (aunque este extremo pueda ser discutible) la experiencia de ver el original.

Muchas instituciones culturales ofrecen al menos una parte de sus colecciones en línea, en algún formato que permite visionarlas, hecho que suele estar directamente relacionado con la misión de muchas de ellas de educar a la población y promocionar sus propias exposiciones o colecciones. Poner a disposición del público una parte de sus colecciones, cuando resulte adecuado, satisface las expectativas de la población y da respuesta a las preocupaciones de la comunidad de la que procede la colección. Según un estudio reciente llevado a cabo en los Estados Unidos de América sobre el efecto de Internet en los museos y las bibliotecas,²²⁰ Internet no está sustituyendo las visitas en persona y, de hecho, puede favorecer un aumento de las visitas a esas instituciones.

Las bibliotecas, los archivos y los museos han de sopesar las cuestiones relacionadas con el tiempo, el esfuerzo, el gasto y las políticas que son inherentes a la digitalización de sus colecciones para Internet o para un DVD o un CD-ROM.

Las instituciones culturales eligen entre varios formatos para difundir digitalmente sus colecciones. Algunas han digitalizado sus propias colecciones y gestionan ellas mismas la utilización de las imágenes. La Frick Collection, en Nueva York, entre otras instituciones, ha digitalizado la mayor parte de su colección y ofrece un catálogo visual en línea que permite realizar búsquedas. La purificación del templo, de El Greco,²²¹ por ejemplo, puede verse como una imagen de tamaño reducido o como una imagen ampliable. En el enlace que lleva al apartado Permisos se especifica lo siguiente:

219 Véase The Sudanese Traditional Music Archive, en www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/culturalheritage/casestudies/sudanese_archives.pdf.

220 IMLS Announces Results of Study on the Internet's Impact on Museums and Libraries, Anuncios del IMLS, 6 de marzo de 2008.

221 El Greco (Domenikos Theotokopoulos) (1541-1614), *La purificación del templo*, c.1600, óleo, 41,91 cm x 52,39 cm, donación de Henry Clay Frick, número de ingreso: 1909.1.66.

*El derecho de autor de este sitio Web y de sus contenidos, incluidas las imágenes y los textos, pertenece a © 1998-2005 The Frick Collection. Este sitio está diseñado exclusivamente para uso personal, educativo y no comercial, y queda terminantemente prohibida toda reproducción sin el permiso expreso de The Frick Collection.*²²²

El Museo Estatal Hermitage, en San Petersburgo (Federación de Rusia), dispone de una interfaz similar para ver su colección digitalizada. En línea pueden verse imágenes reducidas e imágenes ampliadas “a tamaño completo”. Otro cuadro de El Greco, San Pedro y San Pablo,²²³ se puede ver en línea prácticamente en el mismo formato que la pintura que está en el museo. En la “política sobre utilización de imágenes” de este museo solamente se señala que, para reproducir las imágenes, se necesita el permiso por escrito del Museo Hermitage y que en todas las imágenes figura una marca de agua para su protección.²²⁴

Las instituciones culturales pueden intentar limitar las infracciones de los derechos sobre obras protegidas por derecho de autor mediante distintas formas de gestión de derechos digitales, como las marcas de agua.²²⁵ El término “gestión de derechos digitales” se utiliza con frecuencia junto con la expresión “medidas tecnológicas de protección”. Ambas herramientas se emplean para impedir el acceso a obras protegidas por derecho de autor o su utilización, salvo en las condiciones establecidas por el titular del derecho de autor.

Otras instituciones culturales han cedido o licenciado el derecho de autor de las imágenes de sus colecciones a bancos de imágenes, como Corbis Corporation o Getty Images. El Museo de Arte de Brooklyn, el Museo Estatal Hermitage de San Petersburgo, la National Gallery de Londres o la American Indian Nations Arts and Cultural Organization, por ejemplo, han firmado contratos con Corbis para licenciar imágenes de sus colecciones.

Algunas instituciones culturales poseen un gran número de obras protegidas todavía por derecho de autor. Uno de esos museos es el Museo de Arte Contemporáneo de Barcelona, en España, que pone en línea a disposición del público imágenes de tamaño reducido de algunos de sus cuadros protegidos por derecho de autor.²²⁶ En el sitio Web del museo no se consigna ninguna política sobre derecho de autor. El Museo de Arte Contemporáneo de Australia²²⁷ y el Museo de Arte Contemporáneo del Canadá²²⁸ también ofrecen en línea un material similar. El Museo de Arte Moderno de Nueva York (MoMA) dispone de una interfaz en línea algo más accesible y completa para su colección permanente, que incluye, por ejemplo, imágenes en alta resolución en un formato apto para su impresión.²²⁹ Asimismo, el MoMA ha subcontratado la concesión de licencias y permisos a terceros y explica su política en la página Web de *Permisos sobre las imágenes*.²³⁰

Con respecto al acceso en línea a música, un ejemplo de cómo pueden valerse las instituciones culturales de Internet para sus colecciones audiovisuales y musicales lo encontramos en la Smithsonian Institution y su Global Sound Project, o en el trabajo de la Memorial University de Terranova.²³¹ Tras examinar una gran colección de grabaciones sonoras de un único coleccionista de ECT de Terranova, el archivo publicó en Internet toda la colección para que se pudiera acceder libremente a ella y descargarla, e incluyó una declaración que rezaba que si alguien deseaba formular alguna objeción sobre el material, la universidad lo retiraría de Internet. Hasta la fecha, nadie ha pedido su retirada. Sin embargo, esa universidad no escatimó esfuerzos para reducir al mínimo los riesgos. Se dirigió al heredero del coleccionista y obtuvo su

222 Véase www.frick.org/copyright/index.htm.

223 *San Pedro y San Pablo*, El Greco, óleo. 121,5x105 cm, España (1587-1592). Origen: Obsequio de P. P. Durnovo, San Petersburgo, 1911.

224 Véase www.hermitagemuseum.org/html_En/00/hm0_7.html.

225 La marca de agua digital es una técnica que permite añadir notificaciones ocultas de derecho de autor u otros mensajes de verificación en señales y documentos digitales sonoros, de video o en imágenes, con el fin de disuadir de usos no autorizados.

226 Cuadro, 229,3 X 285,5 cm, Colección MACBA. Fundación Museo de Arte Contemporáneo de Barcelona, en www.macba.es/controller.php?p_action=show_page&pagina_id=29&inst_id=18132.

227 Véase, por ejemplo, The Loti and Victor Smorgon Collection of Australian Art, en www.mca.com.au/default.asp?page_id=16&content_id=614.

228 Véase www.mocca.ca/.

229 Véase B. Milhazes, *Succulent Eggplants*, 2006. Polímero sintético sobre lienzo, 74 ¾ x 96,5». Regalo del Agnes Gund and Nina and Gordon Bunshaft Bequest Fund.

230 Véase www.moma.org/research/permissions/index.html.

231 Véase www.mun.ca/folklore/leach y Beverly Diamond, “Reconnecting: University Archives and the Communities of Newfoundland” en Anna Hoefnagels y Gordon E. Smith (eds.), *Folk Music, Traditional Music, Ethnomusicology. Canadian Perspectives, Past and Present*. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, págs. 3 a 12, 2007.

autorización, comprobó que no hubiera material perteneciente a los indígenas, sino que todo era tradicional y del dominio público, y constató que todo parecía apto para su divulgación pública (no había relatos personales ni canciones sonrojantes cuya difusión pareciera inadecuada).

Actualmente, se carece de una política universal sobre la difusión por instituciones culturales de imágenes u otras obras de sus colecciones en Internet. Esto significa que cada institución cultural decide según sus propias necesidades. El antiguo director del Museo Whitney de Arte, en Nueva York, señala que “el camino a seguir será, posiblemente, una combinación de contenidos libres y susceptibles de ser licenciados, contenidos multimedia en alta resolución, que tendrán que actualizarse y contarán con protocolos definidos para alentar a los usuarios finales a contribuir a las bases de datos, y la potenciación de los contenidos transmitidos en directo”.²³²

Una institución cultural debe buscar un punto intermedio entre su misión de despertar la curiosidad del público y la de ofrecer experiencias didácticas a través de la difusión de información, protegiendo, al mismo tiempo, los intereses de los artistas y la integridad de sus obras y evitando el uso indebido de esos materiales mediante la limitación de los canales de acceso del público a los materiales culturales de sus colecciones. Dada la diversidad de las colecciones de los museos, las bibliotecas y los archivos y de los regímenes jurídicos existentes, ese equilibrio a menudo se alcanza tomando en consideración las características específicas de cada institución. Por ejemplo, las instituciones con colecciones de ECT tendrán que tomar decisiones buscando un equilibrio entre los objetivos de “interés público” de la institución y los de los custodios y/o depositarios de la tradición pertinentes, que tienen puntos de vista legítimos sobre el acceso y la gestión de la colección de materiales culturales relacionados con su familia, clan, comunidad o colectividad.

Las instituciones culturales que ponen en línea imágenes de piezas de sus colecciones sin haberlo consultado debidamente con las comunidades de las que proceden, se arriesgan a mostrar involuntariamente al público más amplio posible material secreto o sagrado que jamás debería ser visto en público. Así ha sucedido en numerosas ocasiones, lo que se ha traducido en un aumento del recelo que despiertan entre muchos pueblos indígenas y tradicionales las instituciones que albergan las colecciones. Hay que contar con la participación de las comunidades de las que provienen los materiales de las colecciones en las decisiones relacionadas con la exhibición de imágenes en Internet.

En el caso de las ECT, los problemas relacionados con la digitalización todavía no son algo habitual, ni en el plano internacional, ni en el nacional.

Un ejemplo que merece la pena mencionar es el acuerdo que alcanzaron la Biblioteca Cline, de la Northern Arizona University,²³³ y la tribu hopi. En 1991, las partes acordaron que no se reproducirían (ni se digitalizarían para su acceso en Internet) imágenes ceremoniales delicadas sin el permiso por escrito de la Hopi Cultural Preservation Office (Oficina hopi de conservación de la cultura). A día de hoy, se sigue permitiendo el acceso a ese material en la propia biblioteca.

Por su parte, en el American Folklife Center (Centro de cultura popular de los Estados Unidos de América) (AFC) continúa trabajándose en la protección de las grabaciones originales y su traspaso a formatos más modernos que ofrezcan mayores posibilidades para conservarlas íntegramente, con más calidad y durante más tiempo. Por ejemplo, ha llegado a un acuerdo con Flickr, un sitio Web de almacenamiento de imágenes y videos. Miles de fotografías del Farm Security Administration (Organismo de seguridad agropecuaria) y de la Office of War Information (Oficina de información sobre la guerra) están al alcance del público.²³⁴ “No obstante, todos los cambios tecnológicos han hecho que las reediciones del archivo hayan sido prácticamente tan inaccesibles como las grabaciones de campo originales de las que procedían.”²³⁵ Esto plantea una serie de retos para los cuales no hay respuestas sencillas. En tanto que institución federal de

232 M.L. Anderson, *Who Will Own Art Museum's IP Content?*, en *The Art Newspaper*, 1 de noviembre de 2005.

233 Véase www.nau.edu/library/speccoll/specollections.html.

234 Véase www.loc.gov/r/print/flickr_pilot.html.

235 Folk-Songs of America: The Robert Winslow Gordon Collection, 1922-1932, en www.loc.gov/folklife/Gordon/index.html.

los Estados Unidos de América y miembro de la Biblioteca del Congreso, el AFC no es titular del derecho de autor de su sitio Web. Además, delega en los usuarios la responsabilidad de identificar a los titulares del derecho de autor. En el sitio Web del AFC se insiste en que corresponde al investigador determinar y respetar el derecho de autor y/u otras restricciones que puedan pesar sobre el material, así como obtener los permisos si desean copiarlos.²³⁶ Pese a que este enfoque exime de toda responsabilidad a la institución y traslada esa responsabilidad al usuario, no está claro hasta qué punto es eficaz para evitar un uso no autorizado del material.

En Francia, organizaciones gubernamentales como el Museo del Quai Branly no renuncian automáticamente al derecho de autor y, por lo tanto, el contenido del sitio Web pertenece al museo o a otro titular del derecho de autor.²³⁷

Según un estudio reciente elaborado por el Higher Education Digitalization Service (Servicio de digitalización de la enseñanza superior) del Reino Unido, ninguna institución cultural recupera totalmente los costos de crear y gestionar una colección digital, ni tampoco los costos del almacenamiento y los servicios ofrecidos que necesariamente estos comportan.²³⁸ Las instituciones culturales, conscientes del potencial económico de sus colecciones digitales y de que su misión es permitir el acceso a sus colecciones, deberían examinar la conveniencia de digitalizar sus obras y elaborar un baremo en el que se consignen los distintos tipos de usos que podrían darse a dichas imágenes, ya sean educativos, comerciales o de otro tipo.²³⁹

PUNTOS CLAVE

Las nuevas tecnologías han puesto al alcance de las instituciones culturales unas posibilidades muy estimulantes, por cuanto facilitan un mayor grado de difusión de sus colecciones.

Ofrecer acceso digital a algunas colecciones, o a una parte de ellas, puede traducirse en un aumento de las visitas a las instituciones culturales.

La digitalización e Internet también han planteado retos a las instituciones culturales, ya que la legislación de derecho de autor interviene en la reproducción de obras culturales, y han tenido como consecuencia el aumento de toda una serie de problemas, como los relacionados con los derechos morales, los programas de concesión de licencias, la gestión de derechos digitales y las cargas administrativas.

La digitalización, Internet y su efecto en las ECT son un motivo de preocupación relativamente reciente. Si bien algunos grupos indígenas y comunidades tradicionales han empezado a utilizar la gestión de derechos digitales para controlar el grado de acceso a la información contenida en bases de datos, las instituciones culturales no pueden perder de vista que esta postura no es, ni mucho menos, la norma. El aumento de las posibilidades de difusión y circulación de la información puede no corresponderse en modo alguno con las perspectivas indígenas y tradicionales sobre la manera en que se debe permitir el acceso a sus colecciones.

²³⁶ Aviso legal de la Biblioteca del Congreso, www.loc.gov/homepage/legal.html.

²³⁷ Museo del Quai Branly, Créditos, www.quaibranly.fr/en/a-propos/credits/index.html.

²³⁸ Véase S. Tanner y M. Deegan, *Exploring Charging Models for Digital Cultural Heritage, A HEDS Report on behalf of the Andrew W. Mellon Foundation*, junio de 2002.

²³⁹ En los Estados Unidos de América se elaboró un informe similar al de Tanner y Deegan, id. En el estudio se puso de manifiesto que el 99% de las instituciones encuestadas cobran menos por uso educativo que por uso comercial. Véase A Mellon Foundation Study: *Reproduction Charging Models and Rights Policy for Digital Images in American Art Museums*, www.kdcs.kcl.ac.uk/fileadmin/documents/USMuseum_SimonTanner.pdf.

9. Gestión colectiva

Las organizaciones de gestión colectiva, o sociedades de recaudación, ofrecen un mecanismo efectivo a través del cual artistas y autores pueden percibir las regalías generadas por la utilización de sus creaciones sin tener que vigilar ellos mismos esa utilización. Existen distintos tipos de sociedades de recaudación; algunas se organizan mediante acuerdos privados y otras responden a un mandato de la legislación nacional. Pueden abarcar varios formatos creativos o sólo unos pocos; por ejemplo, algunas sociedades de recaudación se ocupan únicamente de las reproducciones visuales de arte bidimensional, mientras que otras trabajan solamente con música. En general, las sociedades de recaudación se encargan de conceder licencias no exclusivas sobre una obra, recaudar las regalías que generan esas licencias y distribuir las entre los artistas. Las sociedades de recaudación a menudo firman acuerdos recíprocos con otras sociedades de recaudación y negocian tasas para licencias globales.²⁴⁰

Algunas instituciones culturales están digitalizando y gestionando sus propias colecciones, imitando así el funcionamiento de las sociedades de recaudación.²⁴¹ En estos casos, es importante dotarse de mecanismos para administrar los materiales y las colecciones. Otras instituciones delegan esta labor de gestión en organizaciones especializadas en la concesión de licencias de imágenes y música para su uso comercial.²⁴²

La Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción (IFRRO) trabaja para que aumente a nivel internacional el uso legítimo de obras protegidas por derecho de autor basadas en texto e imágenes y para acabar con la copia no autorizada, promoviendo una gestión colectiva y eficaz de los derechos que complementen las propias actividades de creadores y editores. En 2008, publicó una declaración sobre los CC.TT. y las ECT en la que subrayaba su compromiso con “la asistencia a las comunidades en el establecimiento de marcos que amplíen el progreso cultural y académico y promuevan los incentivos para la inversión en las industrias culturales y creativas, así como la aplicación práctica de esos marcos por conducto, entre otras cosas, de las organizaciones de derechos de reproducción”.²⁴³

Sámikopiija, la Organización de Derechos de Reproducción Sami, es una organización de derechos de reproducción que representa a los titulares de derechos sami de Noruega, Suecia, Finlandia y la Federación de Rusia. Según su sitio Web, Sámikopiija ha empezado a trabajar en los aspectos de los CC.TT. de los pueblos indígenas relacionados con el derecho de autor, labor que se ha convertido en un proyecto independiente dentro de sus actividades.²⁴⁴ También se ha presentado una propuesta para la inclusión de la protección de las CC.TT. y las ECT en la convención nórdica sobre los sami.

En Australia, se han hecho llamamientos para que se establezca, a partir de un modelo de gestión colectiva, una mayor infraestructura de apoyo y defensa de los derechos de P.I. y culturales indígenas. Una de las ideas que se barajan es el establecimiento de un organismo cultural indígena nacional para facilitar las cesiones y el pago de regalías, elaborar normas de uso adecuado para proteger la integridad cultural y velar por que se respeten los derechos, incluidos los derechos morales. “Es importante tener derechos, pero también es importante establecer mecanismos para hacer valer esos derechos. Para administrar y proteger los derechos, es necesario establecer una infraestructura cultural indígena (procesos administrativos y personas con autoridad que puedan actuar, negociar y ostentar colectivamente la

240 Toda vez que elaborar una lista exhaustiva de las sociedades de recaudación escapa al alcance de la presente publicación, entre las principales organizaciones pertinentes para los profesionales de la cultura se encuentran: 1) The Design and Artists Copyright Society (DACS), la sociedad de derecho de autor y recaudación del Reino Unido para artistas y creadores visuales; 2) Bild-Kunst, una organización que ofrece protección por derecho de autor a artistas, fotógrafos y diseñadores gráficos en Alemania; 3) Canadian Artists Representation Copyright Collective (CARCC), una cooperativa de derechos de autor que se encarga de licenciar y administrar el derecho de autor de artistas visuales y multimedia del Canadá; 4) Artists Rights Society (ARS), una organización que se encarga de licenciar y supervisar los derechos de autor de artistas visuales en los Estados Unidos de América; 5) ASCAP/BMI, una organización que concede licencias para música en los Estados Unidos de América; 6) Viscopy, la agencia de recaudación para artistas en Australia; 7) la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), una asociación de sociedades de recaudación.

241 Véase, por ejemplo, Guggenheim Museum, The Collection, Credits, en www.guggenheimcollection.org/site/credits.html.

242 El Museum of Modern Art, por ejemplo, ha designado a Art Resource and Scala Group S.p.A como su representante para la reproducción comercial de sus imágenes. Véase MoMA, About this site, en www.moma.org/about/about_site/.

243 Véase www.ifrro.org/upload/images/TK_Statement_2008.pdf.

244 Véase www.samikopiija.org/web/index.php?sladja=4&giella1=eng y John T. Solbakk, Sámi traditional knowledge as valuable creative work, disponible en línea en www.samikopiija.org/web/index.php?sladja=7&giella1=eng.

titularidad de derechos de índole cultural. [...] Un organismo cultural indígena nacional puede desempeñar una función rectora y administrar los derechos, bien directamente, bien mediante el establecimiento de un marco de gestión de los derechos de P.I. y culturales de los indígenas. [...] También tendría encomendada la función de ayudar a los usuarios a identificar y ponerse en contacto con los titulares de derechos indígenas pertinentes.”²⁴⁵

PUNTOS CLAVE

La gestión colectiva racionaliza la recaudación de regalías en beneficio de los titulares de los derechos de autor. En función del medio protegido por derecho de autor y de la jurisdicción, las sociedades de recaudación mantienen relaciones recíprocas entre sí y dirigen sus pagos a sociedades extranjeras y a sus propios asociados nacionales, de conformidad con los contratos que se hayan formalizado.

La gestión colectiva podría ser una vía interesante para las ECT. La organización de derechos reprográficos de Noruega, por ejemplo, incluye a sus comunidades indígenas tanto en la gestión como en los beneficios económicos derivados de la recaudación de regalías.

MARCAS, INDICACIONES GEOGRÁFICAS Y NOMBRES DE DOMINIO

1. Marcas

A diferencia del derecho de autor, la protección de las marcas de fábrica y de comercio, tiene lugar principalmente en el ámbito de las transacciones comerciales. La legislación sobre competencia desleal también puede dar una respuesta práctica a las necesidades y expectativas de las comunidades tradicionales en aquellos casos en que se plantean cuestiones de protección contra un uso comercial indebido de las ECT. La ley, que indudablemente beneficia a los propietarios de las marcas, cuya actividad depende del buen nombre de su marca, también es beneficiosa para los consumidores y tiene como finalidad impedir que estos últimos compren productos o contraten servicios que no estén a la altura de las expectativas que tienen con respecto a una marca determinada.

Los museos, las bibliotecas y los archivos reúnen las condiciones para poder valerse de la legislación sobre marcas en un esfuerzo por atraer a sus locales a posibles visitantes y compradores potenciales de artículos de regalo. El desarrollo de la imagen de una marca suele ser una opción viable y potencialmente lucrativa. El logotipo o el nombre de una institución cultural pueden servir para transmitir una idea de calidad, exclusividad y otros conceptos que el público relaciona con las marcas.

La lista de objetos que se pueden proteger con arreglo a la legislación sobre marcas incluye el nombre de la institución cultural y cualquier otro nombre conexo, como el de la cafetería de esa institución o el de una publicación semanal. Entre los ejemplos de esta protección encontramos Grand Louvre au Japon, una organización independiente creada en Japón para reforzar los lazos entre el museo francés del Louvre y el público japonés; SAFE: Design Takes on Risk, título de una exitosa exposición que tuvo lugar en el Museo de Arte Moderno de Nueva York en 2005;²⁴⁶ y SFMOMA, el acrónimo del nombre en inglés del Museo de Arte Moderno de San Francisco.²⁴⁷

También la Biblioteca Pública de Nueva York cuenta con su propia gama de productos.²⁴⁸ El logotipo de la institución en la cubierta o el lomo de un libro la vincula a determinados artistas o autores, y la calidad del libro refleja la de esa biblioteca.

245 Terri Janke, *Beyond guarding ground - The case for a National Indigenous Cultural Authority*, disponible en línea en www.australiacouncil.gov.au/research/aboriginal_and_torres_strait_islander_arts/reports_and_publications/beyondguardingground.

246 Véase www.moma.org/visit/calendar/exhibitions/106.

247 "Las marcas, nombres comerciales, logotipos y marcas de servicio ("Marcas de productos y servicios") que aparecen en este sitio Web, incluida 'SFMOMA', son marcas de SFMOMA.", www.sfmoma.org/pages/terms_of_use.

248 Véase www.thelibraryshop.org/.

Los actos sociales constituyen otra ocasión en la que las instituciones culturales utilizan marcas.²⁴⁹ Las fotografías resultantes, los artículos de los ecos de sociedad y los comentarios de la gente, además de las propias invitaciones, vinculan a una institución cultural con toda una serie de cosas, desde el mecenazgo de los famosos a los obsequios de recuerdo obra de diseñadores de renombre que se entregan a los invitados a una fiesta.²⁵⁰

Las instituciones culturales que poseen obras de arte o venden carteles, piezas de cerámica u otras obras derivadas basadas en obras de arte deberían conocer los principios básicos de la legislación sobre marcas.

Algunas marcas se han desarrollado a partir de nombres concretos. Por ejemplo, los herederos de Picasso administran los derechos de la marca “Picasso” y otros derechos de P.I., como los de la firma de Picasso. Sus herederos se han visto inmersos en distintos procesos judiciales. Con buen criterio, han creado un sitio Web informativo en el que explican qué deben hacer las entidades para solicitar y obtener permiso a fin de usar el nombre o la firma de Picasso.²⁵¹ Entre la jurisprudencia reciente relacionada con el nombre de Picasso, se encuentra una demanda interpuesta por sus herederos contra DaimlerChrysler en un intento fallido por impedir que esa empresa utilizara la marca “Picaro” en un automóvil.²⁵² Además, en 2002, los herederos ganaron una demanda judicial contra el propietario de los tres nombres de dominio *www.fundacionpicass.com*, *www.museopicassomalag.com* y *www.museopicassodemalaga.com*.

En el terreno de las marcas, las ECT se han enfrentado a varios obstáculos.

Las marcas pueden ser utilizadas de manera defensiva (para evitar la utilización de ECT en una actividad comercial que nada tiene que ver con ellas) o afirmativa (para promover obras, productos y servicios auténticos).

Para la tribu pueblo zia, de Nuevo México, su símbolo más sagrado es el símbolo zia del sol. “El sol es el elemento a través del cual rezamos. Utilizamos todo lo relacionado con la religión”.²⁵³ Ese símbolo ha sido empleado como logotipo o marca “en toda clase de objetos, desde platos y ropa de cama hasta motocicletas y retretes portátiles”.²⁵⁴ Esta situación la acabó resolviendo la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América (USPTO) mediante una serie de vistas públicas, aunque no se promulgaron leyes federales ni programas de compensación en respuesta al llamamiento de la tribu pueblo zia.²⁵⁵ En una declaración realizada durante una de las vistas, el gobernador de los pueblo zia, Amadeo Shije, explicó que:

*[...] el daño que ha sufrido mi pueblo por el uso irrespetuoso del símbolo zia del sol ha sido muy, muy considerable. En este continente, la historia de los europeos se ha caracterizado por un sinfín de apropiaciones no autorizadas. Estamos ante el inicio de lo que espero será una nueva manera de pensar. No veo cómo, en conciencia, la Oficina de Marcas puede otorgar a alguien ajeno a nuestra nación el derecho a utilizar nuestro símbolo en un fertilizante químico o un retrete portátil [...]. La legislación vigente protege a otros gobiernos de este país de semejantes afrentas.*²⁵⁶

Tal y como explica John T. Solbakk, de Sámikopijja, hoy día, muchas compañías situadas fuera de Sápmi (el territorio sami) fabrican a gran escala duodji (productos de artesanía) u otros productos basados en esa cultura y los comercializan como si fueran obras originales sami, empleando a menudo un “sello de

249 Véase, por ejemplo, the Frick Collection, Baile de invierno de 2006, en www.shopfrick.org/support/yfwinterball2006.htm. Véase también la página Web de Morgan Library Young Associates: www.morganlibrary.org/membership/member2.asp?intProdID=12&strCatalog_NAME=Fellows&strSubCatalog_NAME=&strSubCatalogID=&intCatalogID=10002&CurCatalogID=.

250 En la Biblioteca Morgan de Nueva York, por ejemplo, los miembros del grupo de jóvenes patrones que asistieron a una gala de invierno recibieron una polvera de diseño, un frasco de perfume de diseño, un frasco de champú de diseño y una versión en papel de la biografía de Pierpont Morgan (1837-1913), que en aquel momento acababa de publicarse.

251 Picasso, www.picasso.fr.

252 Unión Europea, Sala Primera, Caso C-361/04 P (12 de enero de 2006). Se argumentó que existía un riesgo de confusión con la marca Picasso, licenciada al fabricante francés de coches PSA Peugeot-Citroën.

253 J. Auther, “Use of Sacred Symbol Causes New Mexico Controversy”, CNN.com, citando al anciano de la tribu pueblo zia, Ysidro Pino.

254 P. Patton, “Trademark Battle Over Pueblo Sign”, *The New York Times*, 13 de enero de 2000.

255 Audiencia pública sobre las insignias oficiales de las tribus nativas americanas, transcripciones y comentarios de 1999, en www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/index.html#native.

256 *Ibid.* Reimpresión en M. Brown, *Who Owns Native Culture?*, Harvard University Press: Harvard, 2004, pág.81.

los pueblos indígenas” engañoso para promocionarlos. En otras palabras, cualquiera puede fabricar con fines comerciales productos sami sin pedir permiso a los sami o a las organizaciones e instituciones sami. Las organizaciones sami han intentado etiquetar con una marca especial los productos de artesanía certificados como sami, para que el consumidor pueda distinguirlos de las imitaciones, pero incluso esa marca original sami ha sido imitada.²⁵⁷

Dado que en una posible definición de las ECT podrían incluirse palabras, signos, nombres y/o símbolos, los propietarios de marcas han mostrado su preocupación por el hecho de que una ley sui géneris de protección de las ECT posiblemente estaría en desacuerdo con la legislación sobre marcas en vigor y estaría en abierta contradicción con ella. “Los sistemas de marcas de muchos países disponen de un mecanismo internacional uniforme para gestionar los conflictos entre marcas”.²⁵⁸ Las leyes sobre marcas son de naturaleza nacional, pese a que un sistema internacional se ocupa de la gestión centralizada a escala internacional de las solicitudes de registro y los registros de marcas para los Estados que son parte en ese sistema.²⁵⁹

Distintos ejemplos permiten intuir que el marco jurídico actual podría no ser apto para proteger adecuadamente los intereses de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales. No obstante, también se ha demostrado que la atención pública, que puede generar publicidad negativa para un tercero, puede llevar a este último a modificar su utilización de una marca.

Así sucedió con una compañía británica que intentó registrar la palabra “kikoi”, una voz swahili que designa los pareos de colores que lucen los hombres y las mujeres que viven en la costa oriental de África. El Instituto de Propiedad Intelectual de Kenya, con la ayuda de la organización caritativa Traidcraft Exchange, especializada en cuestiones de desarrollo, y el bufete de abogados Watson Burton, envió una carta de protesta a Kikoy Company UK Limited, la compañía que había presentado la solicitud de registro de la marca. Tras recibir la carta, la compañía retiró la solicitud de registro de marca.

Otro ejemplo está relacionado con la compañía estadounidense de productos cosméticos y de belleza Aveda Corporation. En 2002, Aveda puso a la venta una serie de productos para el cuidado de la piel con el nombre de “Indigenous”. Como parte de la campaña de comercialización de la línea de productos “Indigenous”, Aveda también registró “Indigenous” como marca en varias jurisdicciones, entre ellas los Estados Unidos de América, el Canadá y Australia, hecho que provocó la reacción negativa de varios grupos indígenas. Después de largas negociaciones y deliberaciones, Aveda decidió retirar la línea de productos “Indigenous” e interrumpir el uso de la marca y la producción de la línea de productos. En un comunicado de prensa, Aveda explicó que interrumpía “la comercialización de la línea de productos «Indigenous» para mostrar nuestro respeto y apoyo continuado a los esfuerzos de los pueblos indígenas por proteger sus conocimientos tradicionales y sus recursos”.²⁶⁰

Posteriormente, Aveda ha establecido varios acuerdos de asociación con grupos indígenas de Australia y América. Por ejemplo, ha concertado un acuerdo específico entre la comunidad aborigen kutkabubba, en Australia, y el exportador de un tipo específico de aceite de sándalo en el que se contempla el reparto de los beneficios. En virtud del acuerdo, que se rige por un protocolo de acreditación, la comunidad indígena cobra por la utilización de sus tierras y sus conocimientos para obtener el sándalo necesario para los productos de Aveda. Con esta iniciativa, Aveda logró mejorar una imagen corporativa potencialmente deteriorada.²⁶¹

257 Véase www.samikopijja.org/web/index.php?sladja=7&giella1=eng.

258 Asociación Internacional de Marcas, Comentarios sobre las Disposiciones provisionales revisadas para la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones de folclore: objetivos de política y principios básicos, 31 de julio de 2006.

259 El Sistema de Madrid para el Registro Internacional de Marcas, administrado por la Oficina Internacional de la OMPI, ofrece al propietario de una marca la posibilidad de registrar su marca en varios países mediante la presentación de una solicitud única directamente en su propia oficina de marcas nacional o regional. Para más información, véase www.wipo.int/madrid/es/. En la Unión Europea, el organismo que se encarga del registro de las marcas y los diseños válidos en los 27 países de la UE es la OAMI; véase <http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/index.es.do>.

260 Comunicado de prensa de Aveda, 4 de noviembre de 2003. En <http://aveda.aveda.com/about/press/indigenous.asp>.

261 Comunicado de prensa de Aveda, 22 de mayo de 2007. “A Dialogue for the Future, Aveda and its Partners discuss the Opportunity and Challenges of Indigenous Entrepreneurship”, en <http://aveda.aveda.com/about/press/pdf/NR-AvedaUNConference07.pdf>.

2. Indicaciones geográficas

En el artículo 22.1 del Acuerdo sobre los ADPIC se define la expresión “indicaciones geográficas”²⁶² como aquellas indicaciones que identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico.²⁶³

Algunas ECT, como los objetos de artesanía fabricados a partir de recursos naturales, pueden considerarse “productos” que podrían estar protegidos por indicaciones geográficas. Además, algunas ECT pueden ser indicaciones geográficas en sí mismas, como los nombres tradicionales e indígenas, los signos y otras indicaciones.

Por ejemplo, en Portugal, los bordados de Madeira están protegidos como indicación geográfica. En México, la denominación de origen Olinalá se aplica a artículos de madera lacada, como arcones y cajones, fabricados en la ciudad de Olinalá, en el estado de Guerrero. Los artesanos emplean madera del árbol endémico del áloe (*Bursera aloexylon*) y materias primas naturales, como la grasa de insectos y minerales en polvo. Esta denominación de origen, considerada un elemento del patrimonio nacional, pertenece al Estado. En la Federación de Rusia, varias industrias antiguas están protegidas por denominaciones de origen: el nielado de Velikiy-Ustyug,²⁶⁴ la pintura de Gorodets, los esmaltes de Rostov, los juguetes de arcilla de Kárgopol y un juguete de Filimonov.²⁶⁵

Al igual que las marcas, la protección de las indicaciones geográficas tiene como objetivo preservar el buen nombre y la reputación de las comunidades indígenas y tradicionales que comercian y la fama de sus productos, y evitar el uso no autorizado de estos signos, lo que podría inducir a error a los consumidores. La protección de las indicaciones geográficas puede mantenerse indefinidamente (a reserva de ciertas condiciones).

3. Nombres de dominio

Los nombres de dominio plantean nuevos problemas de P.I. que también afectan a todas las instituciones culturales y a las comunidades indígenas y tradicionales. Tener presencia en Internet a menudo es imprescindible para las instituciones culturales por distintos motivos, entre ellos la posibilidad de publicar descripciones de cuál es su misión con fines educativos o divulgativos. En efecto, a los museos, las bibliotecas y los archivos —con sus muy variadas colecciones— les debemos algunos de los sitios Web más bellos y didácticos.

Pese a que el análisis detallado de la historia y el sistema de nombres de dominio (DNS) de Internet escapa al alcance de la presente publicación, es importante que las instituciones culturales tengan en cuenta algunos conceptos clave en la gestión de los nombres de dominio.

262 En este sentido, “indicación geográfica” engloba la expresión “denominación de origen”, según la define el Acuerdo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional, de 1979, y el Convenio de París. Otro tema de protección de la P.I. es la “indicación de procedencia”, de la que también habla el Convenio de París, y que hace referencia a cualquier expresión o signo empleado para indicar que un producto o servicio procede de un país, región o lugar concreto. Así pues, la diferencia entre “indicación geográfica”, tal y como aparece en el Acuerdo sobre los ADPIC y “denominación de origen”, según el Convenio de París, por un lado, y la “indicación de origen”, por otro, reside en que, mientras que las dos primeras precisan de una relación de calidad entre el producto y su área de producción, la tercera, no. La expresión “indicación geográfica” se emplea a menudo para hablar tanto de denominaciones de origen como de indicaciones de origen. Para englobar todas las formas de protección existentes, el presente documento emplea la expresión “indicación geográfica” en su significado más amplio posible.

263 En relación con las indicaciones geográficas, los Estados deben, de conformidad con el artículo 22.2 del Acuerdo sobre los ADPIC arbitrar los medios jurídicos para que las “partes interesadas” puedan impedir la utilización de cualquier medio que, en la designación o presentación del producto, indique o sugiera que el producto de que se trate proviene de una región geográfica distinta del verdadero lugar de origen, de modo que induzca al público a error y cualquier otra utilización que constituya un acto de competencia desleal, en el sentido del artículo 10bis del Convenio de París. De conformidad con el artículo 22.3, los Estados pueden denegar o invalidar el registro de una marca de fábrica o de comercio que contenga o consista en una indicación geográfica respecto de productos no originarios del territorio indicado, si el uso de tal indicación pudiera inducir a error al público.

264 El nielado consiste en una aleación metálica negra de azufre, cobre, plata y, generalmente, plomo que se utiliza como revestimiento para el metal grabado. Puede utilizarse para rellenar diseños hechos a partir de metal, según Wikipedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/Niello>.

265 Estos ejemplos proceden de OMPI, *Análisis Consolidado*, op. cit., nota 29 supra.

Las instituciones culturales tienen la posibilidad de registrar sus nombres con dominios de nivel superior (TLD), por ejemplo “.com” u “.org”,²⁶⁶ o hacerlo con operadores regionales, conocidos como “dominios de nivel superior correspondientes a códigos de países” (ccTLD), como “.ch” en el caso de Suiza, “.fj” en el de Fiji o “.mx” en el de México.²⁶⁷

Tomemos el ejemplo de *www.tikanga.com*, el sitio Web de una organización que actúa de “puente entre artistas, diseñadores y artistas intérpretes o ejecutantes maoríes y organizaciones de medios de comunicación, agencias de publicidad, productoras y organizaciones gubernamentales”.²⁶⁸ La palabra “tikanga” proviene del maorí y significa, en sentido general, costumbres y tradiciones que se han ido transmitiendo con el paso del tiempo. Los propietarios de *www.tikanga.com* prestan servicios que pueden ser de utilidad para el pueblo maorí y que están en sintonía con la conservación de la identidad y la fortaleza de su cultura.

De especial interés para los museos es la posibilidad que, desde 2001, tienen estos y las asociaciones de museos y los profesionales de los museos de utilizar el TLD “.museum” para registrar sitios Web y direcciones de correo electrónico con la extensión “.museum”.²⁶⁹ Esto permitirá a los usuarios reconocer más fácilmente la actividad genuina de los museos en Internet.²⁷⁰

Pese a que se ha criticado la pertinencia de un TLD dedicado a los museos²⁷¹ y, aunque la viabilidad financiera de la extensión “.museum” tal vez no haya alcanzado la autosuficiencia prevista,²⁷² se espera que las asociaciones profesionales de museos ofrezcan nombres de dominio “.museum” directamente a sus miembros. Se ha propuesto que el ICOM amplíe sus servicios para adoptar un papel más activo con respecto al dominio “.museum”.²⁷³

En ocasiones, las ECT y las palabras y expresiones conexas se han empleado como nombres de dominio de una manera inadecuada. Por ejemplo, los nombres de algunas comunidades indígenas han aparecido como nombres de dominio en sitios de encuentros e, incluso, de ocio para adultos.

Distintos mecanismos brindan herramientas eficaces para que las comunidades indígenas y tradicionales que son titulares de derechos sobre una marca se protejan contra un uso de sus nombres de dominio que infrinja esos derechos.

Las partes implicadas en las controversias sobre nombres de dominio en casos de registro abusivo y de mala fe de nombres de dominio que supongan una infracción de los derechos de una marca, pueden acogerse a un sistema de solución de controversias eficaz en función del costo y del tiempo y regulado por contrato. La Política Uniforme de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio (la Política Uniforme), que la OMPI adoptó en 1999, ofrece un procedimiento administrativo eficaz para la solución de tales controversias que, sin embargo, no cierra la puerta a la vía judicial. La Política Uniforme se aplica a los dominios genéricos de nivel superior (gTLD), como “.com,” “.net,” “.org” y “.museum.” Muchos operadores de ccTLD también se sirven de la Política Uniforme o de una variante similar de esta. De las cuatro instituciones que prestan servicios de solución de controversias con arreglo a la Política Uniforme, la mayoría de los casos relacionados con nombres de dominio los ha gestionado el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI.²⁷⁴

266 Así sucede con los sitios web de muchas instituciones, véanse, por ejemplo, : *www.moma.org* , *www.britishmuseum.org* y *www.heritagemuseum.org*.

267 Por ejemplo, *www.banq.qc.ca/* o *www.en.nationaalarchief.nl/*.

268 Tikanga.com, Services, *www.tikanga.com/services.html*.

269 La Asociación de Gestión del Dominio Museum (MuseDoma), una organización sin ánimo de lucro, administra y gestiona este TLD en virtud de un acuerdo con la Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet (ICANN), una organización dedicada a la gestión técnica del sistema de nombres de dominio (DNS).

270 Welcome to .museum, en *http://about.museum/*.

271 Véase, por ejemplo, J. Levine, *Time to Renew .coop, .museum, and .aero* ICANN, en *www.circleid.com/posts/time_to_renew_coop_museum_and_aero_icann/*.

272 Véase *Renewal Proposal for the dotMuseum Sponsorship Agreement*, MuseDoma, 16 de noviembre de 2005, disponible en *www.icann.org/tlds/renewals/museum-renewal-proposal-16nov05.pdf*.

273 *Ibíd.*, pág. 6.

274 Más información sobre los servicios de Política Uniforme del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI en: *www.wipo.int/amc/en/domains/gtld/*.

Las instituciones culturales y las comunidades indígenas y tradicionales han recurrido al sistema de la Política Uniforme en muchos casos.²⁷⁵ Por ejemplo, en la causa Servicio de Televisión Maorí contra Damien Sampat,²⁷⁶ el Servicio de Televisión Maorí, que dirige la Televisión Maorí con el fin de revitalizar la lengua y la cultura maoríes, consiguió el traspaso del nombre de dominio <maority.com>, que un tercero había utilizado de mala fe y en ausencia de unos derechos o intereses legítimos.

Otro ámbito en evolución es la introducción de nombres de dominio internacionalizados (IDN) (en alfabeto no latino),²⁷⁷ con la que se pretende ampliar el número de TLD existentes.²⁷⁸ Estas ampliaciones de los sistemas de nombres de dominio (DNS) representan una oportunidad desde el punto de vista de los idiomas y los alfabetos y reflejan la diversidad de idiomas, alfabetos y expresiones culturales inherente a todo debate sobre la identidad cultural en Internet.²⁷⁹ Al mismo tiempo, pueden brindar nuevas oportunidades para que los museos, las bibliotecas y los archivos sigan desarrollando una presencia activa en Internet. Por ejemplo, el Museo del Louvre podría solicitar el TLD “.louvre.” Sin embargo, esto también podría plantear problemas más complejos a la hora de hacer valer los derechos de P.I. conexos.

El uso que se haga de las leyes de P.I. será cada vez mayor a medida que más instituciones culturales se doten de una presencia en Internet y aumente el caudal disponible de información e imágenes relacionadas con la cultura.

PUNTOS CLAVE

Las marcas pueden ser pertinentes para la gestión de las ECT por las instituciones culturales. Las marcas son signos distintivos que se emplean para identificar la fuente de la que proceden los productos y/o servicios en el mercado y para distinguir esos productos y servicios de los de los competidores.

Las marcas también pueden servir como marchamo de autenticidad, o sello de certificación, así como para garantizar el origen y el carácter genuino de las ECT.

Las instituciones culturales deberían ser plenamente conscientes de las repercusiones de la utilización de las ECT como logotipos o identificadores de producto.

Las indicaciones geográficas pueden resultar de utilidad para proteger las ECT propias de una región determinada.

Las instituciones culturales deben saber qué constituye un uso indebido de palabras con connotaciones culturales como títulos o nombres de dominio.

275 Un ejemplo en el que un museo empleó la Política Uniforme lo encontramos en el caso *San Francisco Museum of Modern Art contra Joshua S. Drapiewski*, caso de la OMPI No. D2000-1751. El acusado registró <sfmoma.com> (similar a la marca del Museo, SFMOMA, hasta el punto de que podía inducir a error); el grupo de expertos concluyó que se admitiera la solicitud del Museo de traspaso del nombre de dominio registrado del demandado. Otros ejemplos incluyen el caso *The Trustees of The British Museum, The British Museum Company Limited contra British Museum Resources, Limited*, caso de la OMPI No. D2007-0142, <britishmuseum.org>; el caso *The Baltimore Museum of Art, Inc. contra Mo Domains*, caso de la OMPI No. D2005-0720, <baltimoremuseumofart.com>; el caso *Museum of New Zealand Te Papa Tongarewa contra Greg Nicolas*, caso de la OMPI No. D2004-0288, <tepapa.com>; el caso *Indivision Picasso contra Manuel Muñoz Fernández [Hereisall]*, caso de la OMPI No. D2002-0496, <fundacionpicasso.com>, <museopicassomalaga.com>, <museopicassodemalaga.com>; y el caso *Van Gogh Museum Enterprises BV and Stichting Van Gogh Museum contra M. Ohannessian*, caso de la OMPI No. D2001-0879, <vangoghmuseum.com>.

276 Caso de la OMPI No. D2005-0524.

277 Véase, por ejemplo, C. Karp, *Internationalized Domain Names in the Management of Cultural Heritage*, 27ª Conferencia sobre Internacionalización y Unicode, Berlín (Alemania), abril de 2005, en <http://media.nic.museum/uc27/karp.idn.pdf>.

278 Véase, por ejemplo, www.icann.org/en/topics/idn/ y Message from the [ICANN] CEO, 21 July 2009, www.icann.org/en/ceo/ceo-message-21jul09-en.htm.

279 Véase, por ejemplo, C. Karp, *op. cit.*

ESTRATEGIAS DE GESTIÓN DE RIESGOS Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Se está elaborando una serie de estrategias para ayudar a establecer unas mejores relaciones entre las instituciones culturales, los investigadores y los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales. Todas esas estrategias pueden entenderse como iniciativas que pretenden cambiar actitudes y conductas indeseables en la catalogación de ECT y se espera que conduzcan a un diálogo fructífero y valioso.

1. Estrategias de gestión de riesgos

Las instituciones culturales tienen mucho que ganar con la formulación de estrategias de gestión de riesgos relacionadas con las colecciones de ECT. Una estrategia de gestión de riesgos sirve para identificar posibles ámbitos de conflicto o motivos de preocupación, poniendo así sobre la mesa cuestiones que habría que resolver desde el inicio (p. ej., antes de la creación de una nueva exposición o de la digitalización de una colección de ECT).

Las estrategias de gestión de riesgos promueven la sensibilización en la institución cultural: cuando se plantee un problema, podrán aplicarse soluciones de manera rápida y eficaz. Estas estrategias tienen como finalidad definir los riesgos y las ventajas de utilizar las ECT y buscar un punto de equilibrio entre ambos factores, así como crear protocolos para gestionar las quejas que puedan recibirse. La gestión de riesgos es un proceso activo que aborda las dificultades que puedan plantear estas colecciones.

Las estrategias de gestión de riesgos están especialmente indicadas cuando es imposible identificar y localizar a los propietarios o a las comunidades de origen de las ECT. La experiencia demuestra que, en cuanto una obra previamente desconocida se pone en circulación por varios canales (p. ej., en Internet), pueden aparecer propietarios desconocidos o que hasta entonces había sido imposible localizar, y reivindicar sus derechos sobre ese material. En tales circunstancias, las estrategias de gestión de riesgos pueden orientar a la institución cultural a la hora de dar una respuesta ética y jurídica. La formulación de esas estrategias también ayuda a identificar qué material de la institución puede comportar un riesgo elevado y cuál un riesgo mucho menor.

2. Solución de controversias

Tal y como se ha puesto de relieve en la presente publicación, el acceso, el control y la protección de las ECT pueden ser una cuestión delicada. A menudo afecta a las relaciones entre los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, por un lado, y los poseedores y usuarios de ECT, como los museos, los archivos y las bibliotecas, las universidades, las empresas, los particulares y los Estados, por otro.

Las controversias entre depositarios de la tradición y usuarios de ECT sobre la titularidad y el control, el acceso y el reparto de beneficios han aumentado a un ritmo constante durante los últimos cinco años. A menudo, esas controversias son complejas y pluridimensionales y se componen de elementos jurídicos y no jurídicos. Es importante resaltar que no siempre son de naturaleza económica y que pueden tener una vertiente ética, cultural, religiosa/espiritual y moral. Por ejemplo, el uso inadecuado de un objeto, símbolo o diseño secreto o sagrado puede no provocar una pérdida económica pero sí representar una ofensa espiritual considerable.

Decidir cómo resolver estas controversias es, a menudo, algo tan intrincado como la propia controversia. ¿Deberían las partes acudir a los tribunales, buscar una solución amistosa o intentar llegar a un acuerdo a través de la mediación o a un laudo vinculante por medio de un proceso de arbitraje? En los párrafos que siguen se señalan las distintas opciones existentes y se presentan las características de cada una.

Procedimientos judiciales

La historia de las colecciones de ECT en ocasiones se deja sentir y es fuente de conflictos. En esas circunstancias, los procedimientos judiciales rara vez son una solución adecuada, dados los limitados derechos jurídicos de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, además de por la complejidad de las vertientes jurídica y no jurídica que a menudo caracterizan los conflictos en torno a las ECT.

Habida cuenta de la diversidad de los elementos que suelen intervenir en las controversias sobre las ECT, la búsqueda de una medida correctiva por conducto de un procedimiento judicial u otros procesos en los tribunales no siempre es posible o deseable. Estos procesos tienen el inconveniente de que pueden acarrear como consecuencia un mayor distanciamiento de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y privarlos todavía más de sus derechos, además de que pueden limitar las posibilidades de encontrar una solución satisfactoria para las cuestiones que enfrentan a las partes.

Procedimientos de solución extrajudicial de controversias

Los procedimientos de solución extrajudicial de controversias son mecanismos neutrales y extrajudiciales de solución de controversias que permiten a las partes resolver sus diferencias de una manera rápida y eficaz en función del costo, con la ayuda de uno o más mediadores, árbitros o expertos cualificados e independientes. Suelen ser procedimientos consensuados y solamente se puede recurrir a ellos si todas las partes acuerdan emplearlos para solucionar su controversia o controversias.

Los procedimientos de solución extrajudicial de controversias, como la mediación, el arbitraje o la decisión de experto, ofrecen un marco para abordar las complejas controversias que afectan a las ECT. Estos mecanismos ya se emplean en muchas relaciones de colaboración en las que participan instituciones culturales y pueblos indígenas y comunidades tradicionales. Por ejemplo, en Fiji, un Tribunal de Títulos de Propiedad y Tierras Nativas resuelve, de manera extrajudicial y siguiendo las prácticas tradicionales, las controversias sobre reclamaciones y titularidad de las tierras tradicionales. Ese tribunal se compone de expertos indígenas independientes especialistas en normas y usos consuetudinarios de Fiji que, en su mayoría, son jefes o miembros de la comunidad. No obstante, la designación del secretario compete al Ministerio de Asuntos Indígenas.

En la solución extrajudicial de controversias, son las propias partes las responsables de llegar a una solución y de decidir cómo se dirime la controversia. Asimismo, las normas jurídicas no son necesariamente la única base para tomar una decisión. Esto último es especialmente importante dada la combinación de aspectos jurídicos y no jurídicos que caracteriza las controversias sobre TCE.

Tipos de solución extrajudicial de controversias

- **Mediación.** En este procedimiento informal, uno o más mediadores ayudan a las partes a zanjar sus controversias. El mediador no está facultado para tomar una decisión; su labor consiste en facilitar una solución entre las partes, ayudándolas a identificar sus respectivos intereses con el fin de encontrar una solución aceptable para todos. La mediación puede ser especialmente adecuada en casos delicados en los que no exista una reclamación judicial. Pueden tenerse en cuenta elementos morales, éticos, históricos y culturales, que tal vez brinden el fundamento para solucionar la controversia.
- **Arbitraje.** En el arbitraje, las partes someten su controversia a uno o más árbitros, que emiten un laudo final y vinculante que es internacionalmente aplicable.²⁸⁰ Es especialmente interesante en el caso de las controversias en torno a las ECT que las partes puedan pedir al árbitro que decida *ex aequo et bono*, es decir, basándose en principios de equidad. En determinados casos, también se puede acordar la aplicación del derecho consuetudinario.
- **Decisión de experto.** Mediante este procedimiento, uno o más expertos deciden sobre una cuestión específica que les ha sido presentada por las partes. Por ejemplo, un experto podría tener que verificar la autenticidad de una canción tradicional o indígena o identificar el origen de un diseño indígena o

280 Véase la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958.

tradicional. Estos procedimientos también pueden combinarse entre sí. Por ejemplo, las partes pueden intentar resolver primero sus diferencias a través de la mediación y, si no se alcanza una solución en un plazo determinado, recurrir al arbitraje o a la decisión de experto.

Ventajas de la solución extrajudicial de controversias

Los procedimientos de solución extrajudicial de controversias ofrecen, entre otras ventajas,²⁸¹ las siguientes:

- **Toma en consideración de los intereses de las partes y preservación de las relaciones.** La solución extrajudicial de controversias y, en particular, la mediación, son procedimientos menos agresivos y pueden ayudar a las partes a no perder relaciones que han mantenido desde hace largo tiempo y a fomentar otras nuevas al llegar a soluciones aceptables para todas las partes. Este procedimiento también permite tener en cuenta los intereses fundamentales de las partes, así como sus necesidades de índole práctica.
- **Reconocimiento de los distintos contextos culturales.** Los procedimientos de solución extrajudicial de controversias permiten analizar a fondo las reclamaciones prestando atención a los distintos sistemas de valores culturales. Las partes tienen la posibilidad de elegir a un mediador, un árbitro o un experto cualificados y con conocimientos especializados en los distintos contextos culturales de las partes. Las partes incluso pueden nombrar a varios intermediarios en un procedimiento de solución extrajudicial de controversias, familiarizado cada uno de ellos con el contexto cultural de una de las partes.
- **Soluciones que van más allá de lo que se puede conseguir en un proceso judicial.** La solución extrajudicial de controversias y, en particular la mediación, permiten a las partes llegar a soluciones creativas y mutuamente aceptables que no obedecen necesariamente a lo que dicta una ley determinada. El reconocimiento formal de la custodia y los préstamos a largo plazo son ejemplos de estas posibles soluciones.
- **Autonomía y flexibilidad de las partes.** La solución extrajudicial de controversias permite que todas las partes, incluidas las que históricamente se han visto apartadas de los marcos jurídicos formales, controlen el proceso de una manera rápida y eficaz en función del costo y el tiempo empleado. Las partes pueden escoger el intermediario, adaptar el proceso para que se ajuste a su controversia e, incluso, ponerse de acuerdo en la legislación aplicable, el idioma y el lugar donde tendrá lugar el proceso.
- **Conocimientos especializados.** La solución extrajudicial de controversias permite que las partes elijan a mediadores, árbitros o expertos que tengan una experiencia directa y/o unos conocimientos especializados sustantivos sobre la cuestión que se dirime, además de experiencia en la solución de controversias.
- **Neutralidad.** La solución extrajudicial de controversias es un proceso internacional y neutral en el que las partes pueden elegir a un intermediario neutral, la legislación aplicable, el idioma y el lugar en el que tendrá lugar el procedimiento. Por lo tanto, la solución extrajudicial de controversias es ajena al posible sesgo nacional que puede darse en un procedimiento judicial en un tribunal nacional.
- **Incorporación del Derecho y las prácticas consuetudinarios.** La solución extrajudicial de controversias puede representar un foro en el que es posible estudiar y aplicar el Derecho, los protocolos, los códigos y la ética consuetudinarios si las partes así lo acuerdan, lo cual puede revestir interés en determinadas controversias sobre patrimonio cultural que afecten a comunidades indígenas y tradicionales. Cabría la posibilidad de tener en cuenta el Derecho consuetudinario en los procesos de solución extrajudicial de controversias en distintos niveles, entre ellos el fondo, el procedimiento y las medidas correctivas.

Además, la solución extrajudicial de controversias brinda un marco que permite a la comunidad indígena o tradicional constituirse en parte, que reconoce las relaciones de los individuos con respecto a los intereses de su comunidad indígena o tradicional y que promueve la toma de decisiones fundamentadas acerca del grado de formalidad del procedimiento.

281 Con respecto a las ventajas de la solución extrajudicial de controversias para resolver las controversias relacionadas con el patrimonio cultural y los conocimientos tradicionales, véase Sarah Theurich, “Solución de controversias sobre patrimonio artístico y cultural”, en Revista de la OMPI, No. 4, 2009, disponible en www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/04/article_0007.html. Véase también Christian Wichard y Wend Wendland, “Mediation as an Option for Resolving Disputes between Indigenous/Traditional Communities and Industry concerning Traditional Knowledge”, en *Art and Cultural Heritage: Law, Policy, and Practice*, Barbara T. Hoffman (ed.), Cambridge University Press, 2006.

- **Posible confidencialidad.** Por último, en la solución extrajudicial de controversias, las partes tienen la posibilidad de mantener el procedimiento y el resultado en secreto, salvo que la ley les obligue a lo contrario. Las partes también pueden convenir en buscar un equilibrio entre la confidencialidad y las exigencias del interés público.

¿Cómo debe emplearse en la práctica la solución extrajudicial de controversias?

Se puede recurrir a la solución extrajudicial de controversias si las partes acuerdan someter a esta su controversia o si así lo ordena un tribunal competente, creado en virtud de una ley o un tratado.

El consentimiento para la solución extrajudicial de controversias puede obtenerse de distintas maneras. En previsión de futuras controversias, las partes pueden incluir en sus contratos cláusulas sobre solución extrajudicial de controversias, por ejemplo, en los acuerdos de cesión o de licencia de derechos de autor, préstamos, donaciones, acceso y reparto de los beneficios o cualquier otro tipo de acuerdo relativo a la utilización de ECT. Para una controversia existente, las partes pueden concluir un acuerdo de sometimiento a la solución extrajudicial de controversias a condición de que sea posible someter esa controversia a un procedimiento de solución extrajudicial de controversias específico.

Por lo general, las entidades que ofrecen servicios de solución extrajudicial de controversias, como el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, facilitan un modelo de acuerdos de sometimiento y de cláusulas de solución extrajudicial de controversias que las partes pueden emplear y adaptar en función de cada caso.²⁸²

Además, los compromisos y las declaraciones de política sobre solución extrajudicial de controversias de las instituciones culturales, las bibliotecas, los archivos y los museos, o de las organizaciones que representan los intereses de las comunidades indígenas y tradicionales, podrían mejorar la consideración de que goza la solución extrajudicial de controversias.

A continuación presentamos dos ejemplos adaptados de acuerdos de petición de un procedimiento de mediación en el sector del patrimonio cultural y de sometimiento a la solución extrajudicial de controversias:

Acuerdo de sometimiento a un procedimiento de mediación para controversias relacionadas con el patrimonio cultural:

Las partes abajo firmantes tenemos posturas encontradas en un asunto relacionado con el patrimonio cultural que podría plantear cuestiones jurídicas y no jurídicas, comerciales y no comerciales, así como otras de orden ético o moral, sumamente complejas. Consideramos que la mediación podría ser un mecanismo adecuado y eficaz para resolver nuestras diferencias. En particular, creemos que la mediación nos permitirá identificar intereses convergentes y zanjar nuestras diferencias de manera amistosa, responsable y duradera.

Las partes abajo firmantes convenimos por la presente en someter a mediación la diferencia/ controversia/disputa siguiente, de conformidad con el Reglamento de Mediación de la OMPI:

[breve descripción de la diferencia/controversia/disputa]

La mediación tendrá lugar en [sírvase especificar el lugar]. El idioma que se utilizará en la mediación será [sírvase especificar el idioma].

Modelo de compromiso/Declaración de intenciones en materia de solución de una controversia:

Consideramos que las diferencias y controversias con las comunidades indígenas y sus miembros relacionadas con el patrimonio cultural y/o los conocimientos tradicionales pueden entrañar una gran complejidad y que en ellas pueden intervenir elementos jurídicos y no jurídicos, comerciales

²⁸² Los modelos de cláusulas contractuales y acuerdos de sometimiento a los métodos alternativos de resolución de controversias de la OMPI pueden consultarse en distintas lenguas en: www.wipo.int/amc/en/clauses.

y no comerciales, además de otros de índole ética o moral. Reconocemos que, en tales casos, pueden existir métodos alternativos para su solución que sean más adecuados y eficaces que los procedimientos judiciales. En particular, los procedimientos de mediación ofrecen un mecanismo colaborativo que permite tener en cuenta los intereses de las partes y zanjar el caso de manera amistosa, responsable y duradera.

Los abajo firmantes suscribimos las declaraciones de principios que figuran a continuación en nombre de nuestra institución:

Cuando se plantee una diferencia o una controversia entre nuestra institución y una comunidad indígena o una persona indígena, estamos dispuestos a proponer que la cuestión se resuelva por medio de métodos de solución extrajudicial de controversias y, en particular, de la mediación.

Este compromiso o declaración de intenciones puede adaptarse e incluirse, a modo de ejemplo, en los códigos deontológicos de las instituciones culturales y/o como condición para ingresar en una institución cultural.

Puede resultar ventajoso para las bibliotecas, los archivos y los museos incluir en sus acuerdos cláusulas sobre la solución de controversias, así como hacer de esta práctica la norma en el sector. En la actualidad, la solución extrajudicial de controversias brinda una posibilidad para resolver controversias en unos ámbitos culturales complejos en los que no todos los problemas tienen una definición jurídica clara. Proporciona un marco en el que las partes pueden explicar qué está en juego y dónde radica su interés cultural. La solución extrajudicial de controversias permite la expresión de distintas interpretaciones de los conceptos de acceso y control y, algo que reviste particular importancia, no aleja aún más a los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales de los proyectos de reconciliación y reconocimiento cultural.

Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI

Varias instituciones públicas y privadas ofrecen distintos tipos de servicios de solución extrajudicial de controversias. Una de esas instituciones es el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI²⁸³, creado en 1994 en el seno de la OMPI. Este centro internacional para la solución de controversias está reconocido como foro internacional neutral, lo que lo convierte en una institución especialmente apta para dirimir controversias transfronterizas e interculturales.

El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI ofrece las normas de la OMPI en materia de mediación, arbitraje (acelerado) y decisión de experto, así como modelos de acuerdos de sometimiento y cláusulas sobre solución extrajudicial de controversias, que pueden estar especialmente indicados en el caso de controversias relacionadas con las ECT. El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI también dispone de una lista de mediadores, árbitros y expertos con conocimientos especializados de la legislación sobre patrimonio cultural y experiencia en el ámbito de la solución extrajudicial de controversias.

Además de sus procedimientos ordinarios de solución extrajudicial de controversias, la OMPI también presta servicios adaptados de solución extrajudicial de controversias, por ejemplo, para el sector del patrimonio cultural, comprendidas las cuestiones relacionadas con los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales.

283 Encontrará más información sobre el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI en: www.wipo.int/amc.



PARTE III

CONCLUSIONES: BUENAS PRÁCTICAS

La propia legislación de P.I. ofrece algunas opciones para atender las necesidades de los depositarios de la tradición. Si bien es cierto que son varias las posibilidades que podrían aplicarse con un criterio estratégico, hoy por hoy, en general, los depositarios de la tradición gozan de un número limitado de derechos reconocidos y jurídicamente exigibles en relación con el material perteneciente a su patrimonio cultural, hecho que afecta a las condiciones que pueden negociarse en lo tocante a la titularidad, el control y el acceso futuros.

Aun así, los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales tienen intereses legítimos con respecto a la participación en los procesos de toma de decisiones relacionadas con las colecciones de ECT. Aunque históricamente no ha sido así en muchas ocasiones, las prácticas y la responsabilidad actuales de mantener los principios fundamentales de equidad, libertad y justicia exigen que se escuche a los depositarios de la tradición y se tenga en cuenta sus opiniones. En la reciente Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas se apoya este planteamiento.

El resultado depende, en gran medida, de que se refuerce la comunicación y se establezcan nuevas relaciones entre los profesionales de las instituciones culturales y los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales. Muchas soluciones pueden pasar por concebir caminos mutuamente satisfactorios para la gestión futura de un material cultural de un valor y una importancia tan extraordinarios.

Para iniciar el proceso de reconocimiento y respeto de los derechos e intereses de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, es importante mantener un diálogo productivo y significativo entre todas las partes que se interesan por el mantenimiento, la conservación y el acceso a las colecciones de ECT. Esto implica que, siempre que sea posible, las instituciones culturales que poseen colecciones de ECT deben trabajar directamente con los depositarios de la tradición para, entre los dos, definir unas políticas adecuadas de salvaguardia, protección y promoción de las ECT.

Muchos museos, bibliotecas y archivos y otras instituciones, así como numerosas comunidades indígenas y tradicionales, están formulando, administrando y manteniendo activamente distintas estrategias en materia de salvaguardia, acceso y control del patrimonio cultural y las ECT, comprendidos protocolos, políticas y prácticas relacionadas con la P.I. de gran valor. Interesa a todas las partes aclarar las condiciones que afectan al uso de las ECT. Esta cuestión representa, en suma, la piedra angular de la gestión activa de las colecciones y de la facilitación, en el futuro, de un uso más sencillo de esas colecciones, lo que constituye la razón de ser de las instituciones culturales.

Por consiguiente, en la presente publicación se recoge una selección de ejemplos de prácticas actuales y en proceso de elaboración de instituciones culturales, archivos independientes (en particular, archivos digitales), comunidades indígenas y tradicionales y grandes organismos de investigación. Evidentemente, no se incluyen aquí muchos ejemplos de gran valor, pues hacerlo incrementaría en exceso la extensión de esta obra.

La mayoría de los ejemplos procede de investigaciones empíricas realizadas en los últimos años por un equipo internacional de consultores empleados por la OMPI. Se han tomado de experiencias, buenas

prácticas, protocolos y directrices actuales, de manera que ponen de relieve parte de la labor que se está llevando a cabo en distintas partes del mundo. En la actualidad, los recursos que se han reunido y que complementan la presente publicación comprenden:

- **estudios de los recursos y las prácticas existentes.** Los estudios, centrado cada uno de ellos en una región geográfica específica, son la base fundamental de la presente publicación y proporcionan un caudal de información que comprende políticas institucionales, puntos de vista personales de profesionales veteranos y opiniones y experiencias de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales cuyas ECT son objeto de estas conclusiones;²⁸⁴
- una selección de **análisis de casos** breves extraídos de los estudios. Estos análisis de casos abarcan un amplio abanico de ejemplos ilustrativos;²⁸⁵ y
- una **base de datos** de protocolos, políticas y prácticas existentes en la esfera de la P.I. que permite hacer búsquedas. Esta base de datos responde a la necesidad, expresada por muchos, de disponer de más información empírica sobre las experiencias y las prácticas actuales relacionadas con estas cuestiones.²⁸⁶

El desarrollo de algunas de esas políticas y prácticas obedece directamente a la necesidad de abordar la gestión de las colecciones ya existentes, mientras que el objetivo de otras es establecer unos marcos adecuados para la gestión futura de nuevas colecciones. En efecto, la investigación con los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales prosigue, de ahí que se sigan acumulando colecciones de material cultural tradicional. Estas colecciones del siglo XXI nacen, las más de las veces, en soporte digital y, en ocasiones, son las propias comunidades indígenas y tradicionales las que las han recopilado. El momento en el que resulta más sencillo y eficaz definir con claridad el uso de las colecciones es durante su constitución; obtener posteriormente los permisos es una tarea que exige mucho tiempo, trabajo y dinero.

Los objetivos directos de las políticas, los protocolos y las prácticas varían; sin embargo, en todos ellos se abordan cuestiones específicas que se plantean en la elaboración, la producción y la difusión de las ECT. Por ejemplo, a imagen y semejanza del ICOM, muchos museos han elaborado un código deontológico que establece unas normas mínimas para el ejercicio profesional en esas instituciones.²⁸⁷ Otras instituciones culturales etnográficas han redactado códigos deontológicos específicos para los investigadores que trabajan con pueblos indígenas y comunidades tradicionales. Es importante dirigirse directamente a los investigadores porque suelen ser ellos los que documentan los materiales etnográficos que acabarán gestionando y cuya custodia mantendrán las bibliotecas, los museos y los archivos.

Estas prácticas y políticas nuevas ponen de manifiesto la intención de crear unos mecanismos nuevos y mejorados para responder a las necesidades de los depositarios de la tradición. No cabe duda de que no existe un enfoque único que satisfaga a todas las partes; más bien, existen distintos procesos que son propios de cada circunstancia. Por ejemplo, la cesión de los derechos propiedad de un museo, una biblioteca o un archivo a la comunidad podría dar pie a unas relaciones positivas; a cambio, lo lógico sería establecer unos derechos de uso claros sobre el material. Se espera que poner en común la información sobre esta cuestión sirva para generar ideas y posibilidades nuevas, así como de base para seguir identificando “buenas prácticas” y directrices relacionadas con la P.I.

Su inclusión tiene por objeto reflejar las iniciativas innovadoras que están en curso y sugerir ámbitos en los que se pueda llevar a cabo un trabajo complementario. Aunque estos protocolos y directrices no cuentan con el refrendo de la OMPI y de sus Estados miembros, en este momento resulta extremadamente interesante comprobar su eficacia y entablar un diálogo fructífero sobre aquello que funciona, aquello que no y por qué.

284 OMPI, Estudios sobre prácticas, protocolos y políticas vigentes, www.wipo.int/tk/es/culturalheritage/surveys.html.

285 OMPI, Análisis de casos, www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/casestudies.html.

286 WIPO, Base de datos de prácticas, directrices y códigos existentes, www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/.

287 El ICOM elaboró su código de deontología en 2006. Véase <http://icom.museum/ethics.html>. Asimismo, en 1992 estableció un Grupo de Trabajo Intercultural.

1. Buenas prácticas de instituciones culturales – Deontología de la investigación y política de recogida

Las instituciones culturales se enfrentan a una serie de cuestiones relacionadas con los marcos adecuados para la gestión de las ECT. La dimensión de P.I., que ha sido el eje de nuestro trabajo, no es sino uno de varios problemas interrelacionados. La manera en que se forman las colecciones de ECT, y quién las forma, así como dónde se originan, inciden en su gestión presente y futura y en los aspectos relacionados con la P.I. Las respuestas a estas cuestiones ayudan a determinar a quién “pertenece” el derecho de autor desde un punto de vista jurídico y qué usos de ese material son posibles y permisibles.

Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies (AIATSIS)

El Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies (Instituto australiano de estudios sobre los aborígenes y los isleños del Estrecho de Torres) (AIATSIS) es la primera institución mundial en materia de información e investigación sobre las culturas y las formas de vida de los pueblos aborígenes y los isleños del Estrecho de Torres, y está dirigido por un Consejo Indígena.²⁸⁸ Este instituto cuenta con una valiosísima colección de películas, fotografías, grabaciones de video y sonoras, además de con la mayor colección del mundo de grabados y otros recursos para los estudios indígenas australianos.

Ese instituto ha sido pionero en la definición de unas políticas sin paralelo de acceso y gestión de sus colecciones indígenas australianas, políticas que van desde unas “Directrices para una investigación ética en el ámbito de los estudios indígenas”²⁸⁹ hasta otras concebidas para tipos específicos de colecciones como, por ejemplo, los archivos audiovisuales.

Sus “Directrices para una investigación ética en el ámbito de los estudios indígenas” se usan a escala nacional y marcan la pauta para toda investigación relacionada con los aborígenes y los isleños del Estrecho de Torres en cualquier disciplina, pero, también, y de una manera cada vez más importante, en el sector empresarial. En las directrices se dan a conocer a los investigadores nacionales e internacionales las necesidades y expectativas propias de los pueblos indígenas en relación con la investigación. Es importante que los pueblos indígenas tengan derecho a ser tratados como iguales, y que se tenga en cuenta su opinión en lo tocante a los temas a que se presta atención y el sesgo que se quiere dar a toda investigación sobre ellos. En las directrices se insiste en el consentimiento previo informado y en la negociación de cualquier derecho de P.I. antes del inicio de la investigación, un detalle importante precisamente porque fija las condiciones para la gestión futura de cualquier material que pueda resultar de la investigación.

Muchos de los problemas a los que se enfrentan las instituciones culturales se deben a que las normas del pasado en el campo de la etnografía no trataban a los pueblos indígenas como iguales y partes legítimas. Con esas directrices se pretende apartarse de esa práctica histórica mediante una atención directa a las responsabilidades de los investigadores antes del inicio de cualquier estudio relacionado con pueblos indígenas o en el que estos participen.

Dadas sus circunstancias especiales, el AIATSIS reconoce que sus fondos casi siempre tienen una dimensión de P.I. compleja. Así, raras veces se reconocen jurídicamente las reclamaciones indígenas respecto de la titularidad del material (p. ej., las grabaciones o fotografías que contienen ceremonias, canciones, relatos o imágenes de familiares). A menudo, las decisiones sobre la reproducción y/o la digitalización han de tomarse caso por caso. Aunque este proceso puede ser lento, a menudo comprende conversaciones con los pueblos indígenas y la participación de estos, así como un examen en profundidad de la información que ha propiciado la formación de la colección, del tipo de reclamaciones presentadas y de la trascendencia que tendrán las decisiones para la gestión futura de la colección.

Esas negociaciones añaden un valor a la colección, puesto que, cuanta más información tengan los especialistas sobre cómo gestionar y permitir el acceso a la colección, mejor podrán responder a

²⁸⁸ Véase www.aiatsis.gov.au.

²⁸⁹ Véase www.aiatsis.gov.au/research/ethical.html.

las necesidades de todos los posibles usuarios de esta. Algunas colecciones presentan condiciones especiales; por ejemplo, hay material de naturaleza secreta que solamente puede ser visto por individuos autorizados, grupos familiares u otras personas designadas.

El AIATSIS concede más importancia a los puntos de vista de los indígenas sobre el control de los conocimientos y, en la medida de lo posible, los incorpora a sus políticas de gestión. De este modo, reconoce la existencia de conflictos culturales inherentes al proceso de recopilación, archivo y preservación y que, en ocasiones, el objetivo del acceso público entra en conflicto con la comunidad y con las estrategias de gestión de los CC.TT. Cuando así ocurre, el AIATSIS intenta encontrar un punto intermedio entre los puntos de vista indígenas y los criterios por los que se rigen las prácticas sobre el control y el acceso.

Agence de Développement de la Culture Kanak – Centre Culturel Tjibaou

El marco del AIATSIS se asemeja al que emplea la Agence de Développement de la Culture Kanak – Centre Culturel Tjibaou (Agencia de Desarrollo de la Cultura Kanak - Centro Cultural Tjibaou),²⁹⁰ en Nueva Caledonia, donde los investigadores concluyen acuerdos de fideicomiso con los depositarios de la tradición; las partes fijan un grado de acceso, en una escala de 0 a 5. Si el grado es 0, solamente la persona entrevistada o sus herederos pueden consultar el documento.

Código Deontológico de la PIMA para Museos y Centros Culturales del Pacífico

La Pacific Islands Museums Association (Asociación de Museos de las Islas del Pacífico) (PIMA) es una organización regional sin ánimo de lucro que trabaja en temas de patrimonio y cuya finalidad es la salvaguardia, conservación y promoción del patrimonio de los pueblos de las Islas del Pacífico.²⁹¹ La misión de la PIMA es apoyar a museos y centros culturales del Pacífico en la conservación del patrimonio de las Islas del Pacífico, contar con la participación de las comunidades locales en la gestión del patrimonio y elaborar políticas y prácticas de gestión de los recursos culturales regionales.²⁹²

La PIMA ha desarrollado un código deontológico regional específico para museos y centros culturales de los Estados miembros del Pacífico²⁹³ en el que se incluyen, entre otras cosas, unos principios rectores que subrayan el papel y las responsabilidades esenciales de los museos y los centros culturales del Pacífico. Por ejemplo, en el texto se afirma que los museos y los centros culturales del Pacífico son “custodios de los recursos culturales en beneficio de los creadores originales y de los pueblos y las comunidades de otros lugares” y que a ellos corresponde “establecer y mantener relaciones con las comunidades locales y ayudarlas a mantener y salvaguardar su patrimonio cultural material e inmaterial”.²⁹⁴ El objetivo de estos principios rectores es proporcionar un marco para que los museos y los centros culturales del Pacífico trabajen con las comunidades en cuestiones de acceso, supervisión de la investigación y evaluación de la importancia de los materiales en lo tocante al proceso, los creadores/propietarios y el valor económico. Ese código deontológico tiene como fin guiar a los museos y los centros culturales del Pacífico por la senda de las buenas prácticas.²⁹⁵

Protocolos de la ATSILIRN

La Aboriginal and Torres Strait Islander Library and Information Resources Network (Red de profesionales de bibliotecas y recursos de la información de la comunidad de aborígenes e isleños del Estrecho de Torres) (ATSILIRN) es una red de apoyo profesional que tiene como objetivo “ayudar a los pueblos aborígenes y a los isleños del Estrecho de Torres que trabajan en bibliotecas y a aquellas personas que atienden las necesidades de información de esos pueblos”.²⁹⁶

290 Véase www.adck.nc/.

291 Véase www.pacificislandsmuseum.org/opening.html.

292 *Ibid.*

293 Véase www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/pima_code_ethics.pdf.

294 *Ibid.*, pág.1

295 *Ibid.*, pág.2

296 <http://aiatsis.gov.au/atsilim/index.php>.

Desde 1995, los protocolos de la ATSILIRN²⁹⁷ han orientado las prácticas del sector australiano de las bibliotecas, los archivos y la información en lo relativo al trato, el acceso y la utilización de los materiales indígenas conservados en sus colecciones, así como acerca de la prestación de servicios a australianos indígenas y a sus comunidades. Distintos profesionales del sector elaboraron esos protocolos en estrecha colaboración con australianos indígenas, y los refrendó y publicó la Australian Library and Information Association (Asociación australiana de bibliotecas e información) (ALIA). Las cuestiones relacionadas con la P.I. fueron uno de los once principios señalados para su inclusión en las prácticas. En 2004, se revisó la vigencia y eficacia de los protocolos y se identificaron distintas cuestiones en las que había que ahondar. Los profesionales también detectaron la necesidad de establecer unos protocolos adicionales de digitalización. Además, se señaló que era necesario incorporar las cuestiones indígenas a la política nacional para fomentar una aplicación coherente y coordinada en el plano nacional de los principios de los protocolos de la ATSILIRN, en respuesta a una década de aplicación desigual en el sector.

En 2007, la National and State Libraries Australia (Red de bibliotecas nacionales y estatales de Australia) (NSLA) publicó el Marco de política nacional para colecciones y servicios bibliotecarios de los aborígenes y los isleños del Estrecho de Torres.²⁹⁸ En el principio 6 de este documento se aborda la cuestión de los conocimientos indígenas y los derechos culturales y de P.I.²⁹⁹ En 2007, tres bibliotecas estatales llevaron a cabo estudios adicionales para analizar los problemas derivados de la digitalización de los materiales indígenas australianos.³⁰⁰

La incertidumbre sobre cómo actuar ante cuestiones de P.I. complicadas parece ser una de las dificultades principales de la digitalización de materiales indígenas. También se vislumbran problemas complejos de P.I. en el caso de las comunidades indígenas que, en sus bases de datos comunitarias, guardan copias digitales de materiales que les han sido devueltos. Estas bases de datos son, cada vez con mayor frecuencia, un elemento fundamental de una innovadora red a distancia de servicios bibliotecarios indígenas. Aunque se han llevado a cabo algunos estudios sobre la cuestión,³⁰¹ se sigue trabajando en el desarrollo de unas directrices prácticas en este ámbito.

En estas respuestas del sector australiano de las bibliotecas y los archivos se reconoce la postura de los indígenas australianos en cuanto al control, el acceso y la utilización de los materiales culturales indígenas que se encuentran en instituciones de depósito, en las que “los derechos primarios de los propietarios de una cultura” están en contradicción con “los intereses de los autores y editores de discos, libros y demás materiales documentales protegidos por la legislación de derecho de autor”.³⁰² La investigación y la experiencia en el sector australiano de las bibliotecas ponen de manifiesto que establecer vías para dar cabida a los intereses y derechos de los aborígenes y los isleños del Estrecho de Torres en lo relativo a la titularidad y el control de información cultural reunida en el pasado y en la actualidad exige un esfuerzo tanto en la esfera de la política y las prácticas institucionales nacionales como en la esfera de las comunidades indígenas.

En el ámbito de la práctica, para dar acomodo a estos distintos intereses se necesita algo más que una mera interpretación o aplicación del Derecho consuetudinario frente a la legislación de derecho de autor en lo tocante a los materiales y las colecciones. Hacen falta procesos aplicables que permitan a los profesionales y los pueblos indígenas adaptarse a los intereses de la otra parte manteniendo un cierto grado de certidumbre de que se están observando unas normas transparentes de prácticas idóneas. Es probable que para hacer compatible esos intereses sea necesaria una cierta dosis de compromiso

297 A. Byrne, A. Garwood, H. Moorcroft y A. Barnes, *Aboriginal and Torres Strait Islander Protocols for Libraries, Archives and Information Services*, ALIA Press, Canberra, 1995; www1.aiatsis.gov.au/atsilim/protocols.atsilim.asn.au/index6df0.html?option=com_content&task=blogcategory&id=0&Itemid=6 y www1.aiatsis.gov.au/atsilim/protocols.atsilim.asn.au/index0c51.html?option=com_frontpage&Itemid=1.

298 El profesor Martin Nakata, director del Jumbunna Indigenous House of Learning (Centro indígena Jumbunna de aprendizaje, de la Universidad de Tecnología, en Australia, es un pionero en esta labor. El trabajo de Nakata se centra en la manera en que las bibliotecas pueden responder a las necesidades indígenas y prestar servicios importantes a las comunidades. Esta investigación colaborativa, básica para el establecimiento del Marco de Política Nacional, concede una gran importancia al desarrollo de nuevas asociaciones que puedan dar respuesta a las necesidades en materia de información tanto de las comunidades como de las instituciones.

299 Véase www.nsla.org.au/publications/policies/2007/pdf/NSLA.Policy-20070129-National.Policy.Framework.for.Indigenous.Library.Services.pdf.

300 Véase <http://eprints.lib.uts.edu.au/dspace/bitstream/2100/809/1/Aug%2023%20Final%20Report.pdf>.

301 Véase www.aiatsis.gov.au/research/education.html.

302 Véase www1.aiatsis.gov.au/atsilim/protocols.atsilim.asn.au/indexa3ae.html?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=6&limit=1&limitstart=1.

y, por lo tanto, de confianza y buena voluntad. La elaboración de procesos aplicables conlleva, a su vez, un proceso continuado de investigación, formulación y evaluación de la práctica en todo el sector y en las comunidades. Toda aplicación continuada de protocolos indígenas posiblemente precisará de unos procesos prácticos en este sector que sean eficaces en función de los costos y del tiempo requerido.

En lo concerniente a la digitalización e Internet, en esos protocolos se reconoce que las cuestiones tecnológicas y de P.I. comportan niveles de complejidad nuevos en la gestión sostenible de los materiales indígenas y plantean problemas tanto para los profesionales de las bibliotecas y de los servicios de información como para las comunidades indígenas.³⁰³ Si bien en los protocolos se apunta la conveniencia de que las instituciones culturales elaboren enfoques de política coordinados, no queda claro qué forma deberían adoptar estos protocolos porque es necesario seguir estudiando la cuestión. Disponer de más información práctica sobre aquello que funciona y aquello no y qué cambios son necesarios, tanto en el enfoque como en la dirección, permitirá colmar las lagunas de información actuales. Estos estudios a más largo plazo de las experiencias prácticas serán de gran valor para las instituciones culturales de todo el mundo.

Un marco de la NISO para la creación de buenas colecciones digitales

La National Information Standards Organization (Organización nacional de normas sobre información) (NISO)³⁰⁴ es una asociación sin ánimo de lucro, acreditada por el American National Standards Institute (Instituto Estadounidense de Estandarización) (ANSI),³⁰⁵ cuya finalidad es la identificación, la elaboración, el mantenimiento y la publicación de normas técnicas sobre la gestión de la información en el entorno digital.³⁰⁶ Ha concebido un marco pensado para las instituciones culturales y las organizaciones de financiación. El marco tiene dos objetivos: “proporcionar: 1) un panorama general de algunas de las actividades y los elementos más importantes que intervienen en la creación de buenas colecciones digitales, y 2) un marco para identificar, organizar y aplicar los recursos y los conocimientos existentes en apoyo del desarrollo de unas prácticas locales sólidas para la creación y la gestión de buenas colecciones digitales.”³⁰⁷

Con frecuencia, la preparación de colecciones digitales comporta mucho más que la entrega de información al público a través de las tecnologías modernas. En consecuencia, en el marco de la NISO se han subrayado varios principios de lo que constituye “una buena colección digital”. Según la NISO, habría que prestar atención a la elaboración de:

- una política sobre la formación de la colección previa a la digitalización;
- una descripción clara de la colección;
- un plan de sostenibilidad para la utilización continuada de la colección;
- una estrategia de accesibilidad para los usuarios;
- un plan de gestión de la P.I.; y
- medidas normalizadas sobre la utilidad de la colección.³⁰⁸

Lo ideal sería que una colección digital “se adaptara al contexto más amplio de las iniciativas (bibliotecarias) digitales nacionales e internacionales conexas de importancia”,³⁰⁹ lo que podría ayudar a que aumentara la utilidad de las colecciones digitales y a abordar una cuestión tan importante como la de la sostenibilidad.³¹⁰

Política museística del Te Papa Tongarewa bicultural de Nueva Zelanda

Te Papa Tongarewa (el Museo Nacional de Nueva Zelanda) y los Archivos de Nueva Zelanda disponen de un conjunto de políticas muy claras.³¹¹

303 Véase www1.aiatsis.gov.au/atsilim/protocols.atsilim.asn.au/index1d4b.html?option=com_content&task=view&id=52&Itemid=6.

304 Véase www.niso.org/.

305 Véase www.ansi.org/.

306 Véase www.niso.org/about/.

307 Véase www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/niso_framework.pdf, pág.1.

308 Véase www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/niso_framework.pdf, págs.3 a 9

309 Véase www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/niso_framework.pdf, pág.10.

310 Véase www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/niso_framework.pdf, pág.10.

311 Véanse www.tepapa.govt.nz, http://www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/museum/link0042.html, http://www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/museum/link0039.html y <http://www.archives.govt.nz/>.

2. Buenas prácticas en materia de archivos digitales - Protocolos

La gran cantidad de nuevas tecnologías disponibles está permitiendo crear muchos archivos digitales. Algunos nacen como una herramienta más para difundir información y materiales de investigación conservados en las instituciones culturales, mientras que otros se han establecido como nuevos archivos independientes y distintos de los archivos, museos o bibliotecas tradicionales.

El interés por los archivos digitales se debe a su capacidad para mejorar muy considerablemente el acceso público a las colecciones. Para muchas comunidades, el archivo digital ofrece nuevas posibilidades de acceso a unas ECT que, históricamente, han sido inaccesibles. Una gran cantidad de material cultural se conserva en instituciones muy alejadas de las comunidades de origen, y los costos de viajar hasta ellas han sido prohibitivos para muchos pueblos indígenas y tradicionales.

Todos los archivos digitales se enfrentan a problemas de gestión de la P.I. complejos. En el caso de los archivos independientes, estas cuestiones imponen una carga mayor por cuanto el marco y/o la base de datos real que se emplean para almacenar y/o exhibir los contenidos también tendrá una dimensión de P.I. Los programadores y los diseñadores de bases de datos y las personas que trabajan en los archivos pueden ser titulares de determinados derechos de P.I., que variarán en función de su participación y del contrato laboral formalizado. Además, el material que se transfiere al archivo casi siempre suscitará cuestiones complejas relacionadas con la titularidad o el derecho de autor. Cuando los gestores de archivos digitales tienen un acceso limitado a la información sobre la P.I. y al consejo de expertos, surgen nuevos problemas. Existe el peligro de que en los archivos digitales se acaben reproduciendo involuntariamente las situaciones confusas y difíciles relacionadas con la P.I. que en la actualidad se dan en determinadas instituciones.³¹²

Habida cuenta de que los archivos digitales brindan nuevas posibilidades para acceder a unas colecciones previamente inaccesibles, especialmente para las comunidades indígenas y tradicionales de las que procede el material, no debe sorprendernos que, en los últimos cinco años, haya aumentado el establecimiento de estos archivos. Las prácticas idóneas todavía son algo incipiente. Lo fundamental es estudiar los distintos problemas de P.I. interrelacionados que se plantearán en el establecimiento de todo archivo digital que incorpore ECT.

Los archivos digitales con un acceso público potencialmente inmenso deben ser cautelosos al concebir sus marcos, determinar qué material será accesible y establecer unos niveles de acceso que puedan aplicarse. Estos tres ámbitos clave requieren un cierto grado de reflexión previa a la creación del archivo digital. El reto esencial al que se enfrentan los archivos digitales sigue siendo en qué medida pueden dar cabida a los deseos y las expectativas de los depositarios de la tradición en lo concerniente al acceso y el control en los marcos por los que se rigen. Estos marcos han de ser flexibles y cambiar para atender a las necesidades de la comunidad indígena o tradicional, ya que esas necesidades también evolucionan con el tiempo. Una atención constante a las dimensiones de P.I. de las ECT ayudará a velar por que los archivos digitales no reproduzcan los problemas y las dificultades que se viven en la actualidad en las instituciones culturales en general.

Pacific and Regional Archive for Digital Sources in Endangered Cultures (PARADISEC)

A los posibles problemas de P.I. relacionados con la gestión de archivos digitales se puede dar respuesta por medio de protocolos y acuerdos avanzados con las partes que proporcionan los contenidos culturales de los archivos.

Por ejemplo, el Pacific and Regional Archive for Digital Sources in Endangered Cultures (Archivo regional y del Pacífico de fuentes digitales sobre las culturas en peligro de desaparición) (PARADISEC)³¹³ ha concebido

312 J. Anderson y G. Koch, "The politics of context: issues for law, researchers and the compilation of databases", en *Researchers, Communities, Institutions, Sound Recordings*, editado por L. Barwick, A. Marett y J. Simpson. Sydney: University of Sydney, 2004.

313 Véase www.paradisec.org.au/.

formularios y medios específicos para registrar documentalmente el material almacenado digitalmente.³¹⁴ Dispone de unos formularios de depósito para los investigadores que facilitan material al PARADISEC y de unos formularios con las condiciones de acceso para quienes desean acceder al material. La cuestión de la P.I., que no se aborda en profundidad, aparece bajo el epígrafe “Propiedad” en el formulario de depósito, en el que se señala lo siguiente:

PROPIEDAD

El término “propiedad” hace referencia a la posesión de la copia física del material que está depositado en el PARADISEC, y no a una reivindicación más amplia de la titularidad o la propiedad intelectuales de cualquier conocimiento tradicional, mitología, información personal o expresión relacionada con otros objetos, individuos o comunidades contenidos en el material depositado o que derive de estos. Usted, o su representante, tienen la capacidad jurídica para firmar este acuerdo si fue usted quien escribió, fotografió, dibujó, grabó o filmó el material y es, por lo tanto, el creador o el propietario de la copia física del material, o si ha recopilado, encontrado o heredado el material que ahora le pertenece.

Si bien el PARADISEC es pionero en un nuevo tipo de archivo digital, sigue siendo muy importante prestar atención a la dimensión de P.I. del propio proyecto y del material que se incorpora al archivo. Otro problema, que es necesario examinar en profundidad, tiene que ver con el hecho de que buena parte del material que se incorpora al archivo digital está protegido por distintos derechos de autor, ya que procede de distintas jurisdicciones de derecho de autor. Este hecho merece una atención especial y, con el tiempo, habrá que formular políticas específicas para gestionar la protección que se ofrece a los distintos tipos de material en el archivo.

Grabaciones sonoras de archivo de la Biblioteca Británica

La Biblioteca Británica posee una de las mayores colecciones de archivos sonoros del mundo.³¹⁵ En la actualidad, está digitalizando y publicando en línea grabaciones sonoras realizadas principalmente por etnomusicólogos británicos que trabajan en el campo de la música tradicional de todo el mundo. Cuando se haya completado el proyecto, podrá accederse en Internet a unas 8.000 horas de material procedente de grabaciones de campo etnográficas. Durante este proceso de digitalización, la Biblioteca Británica ha preparado un texto para acompañar a todas las grabaciones del proyecto Archival Sound Recordings (Grabaciones sonoras de archivo), en el que se abordan debidamente las posibles sensibilidades culturales y los intereses de las comunidades de origen de esas grabaciones. En colaboración con la OMPI, la Biblioteca Británica preparó el documento siguiente³¹⁶ sobre el uso ético y permitido de todas las grabaciones de su archivo sonoro:

UTILIZACIÓN ÉTICA Y PERMITIDA DE LAS GRABACIONES

La siguiente declaración ha sido preparada conjuntamente con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

La Biblioteca Británica ha digitalizado estas colecciones de grabaciones y las ha puesto a disposición del público con la única finalidad de salvaguardarlas y permitir el acceso a las mismas para llevar a cabo investigaciones sin fines comerciales y estudios, así como para el disfrute personal. Las colecciones incluyen materiales delicados desde un punto de vista cultural, entre ellos grabaciones sonoras etnográficas. Estas grabaciones no deberían alterarse ni emplearse de maneras que puedan resultar ofensivas para las comunidades indígenas y locales, que son los custodios tradicionales de la música tradicional, las letras, los conocimientos, los relatos, las interpretaciones o ejecuciones y demás materiales creativos contenidos en las grabaciones sonoras.

314 Se trata de un ejemplo. Actualmente, la mayoría de archivos digitales etnográficos disponen de protocolos y formularios similares.

315 Para más información sobre las grabaciones sonoras de archivo de la Biblioteca Británica, véase <http://sounds.bl.uk/TextPage.aspx?page=about>.

316 Esta declaración se redactó a principios de 2009. Véase <http://sounds.bl.uk/TextPage.aspx?page=ethicalusage#permittedusage>.

Pese a que la Biblioteca Británica, o quienes han contribuido a sus colecciones, podrían ser los titulares de la propiedad intelectual de las digitalizaciones de las grabaciones sonoras y de las propias grabaciones sonoras, la Biblioteca Británica reconoce que, de acuerdo con la legislación nacional, el Derecho consuetudinario u otras leyes, los custodios tradicionales de estos materiales pueden tener derechos e intereses más amplios sobre el patrimonio cultural inmaterial, incluida la música tradicional y otros materiales creativos contenidos en las grabaciones sonoras. Por lo tanto, el consentimiento previo informado de la Biblioteca Británica y/o de terceros que hayan contribuido a sus colecciones, así como de los custodios tradicionales, es necesario para la reedición y la utilización comercial de una parte o de la totalidad de estos materiales.

La Biblioteca Británica siempre procura tener presentes las sensibilidades culturales y toda restricción religiosa o de otra índole que afecte a las grabaciones que obran en su poder y/o de las que es propietaria. Se ha hecho todo lo posible para identificar el lugar y la fecha de la grabación, el nombre de los intérpretes originales y de los custodios tradicionales de la música y las letras, los conocimientos, los relatos y las interpretaciones o ejecuciones contenidas en las grabaciones sonoras. La Biblioteca Británica hace todo lo posible por no distorsionar o alterar el material subyacente de una manera que pueda resultar ofensiva. No obstante, si una comunidad o el representante de una comunidad se sienten agraviados por la digitalización y la puesta a disposición del público de estos materiales, la Biblioteca Británica insta a esa comunidad a que se ponga en contacto con la institución a través del enlace que se proporciona a continuación a fin de solucionar la cuestión de manera amistosa por conducto del intercambio de pareceres.

Museo del Quai Branly: Condiciones para publicar material en Internet

Creado en 1996 e inaugurado en 2006, el Museo del Quai Branly expone objetos culturales representativos de las artes y las civilizaciones de África, Asia, Oceanía y América.³¹⁷ Se ha concebido para que sirva de foro para el diálogo artístico y científico y ha definido su misión como “la participación en los esfuerzos nacionales e internacionales por preservar el patrimonio material e inmaterial de estas sociedades”.

Además de las posibilidades de exposición y estudio que ofrece el museo en sus zonas públicas, el centro de recursos y el centro de documentación y archivos, las colecciones también están disponibles en línea. Las condiciones para acceder a los documentos en línea figuran en el sitio web del museo. En general, cuando se publica material en Internet, es preciso dirigirse previamente a todos los autores, los sujetos (las personas representadas en los documentos) y otros beneficiarios, y negociar con ellos los derechos correspondientes. Este procedimiento (materialmente imposible en colecciones de tanta amplitud como esta) podría haber puesto en peligro la distribución en línea. El museo, por lo tanto, optó por publicar en Internet, junto a los documentos digitalizados, un formulario de quejas para dejar clara su buena fe. Pueden descargarse dos formularios para las controversias relacionadas con el derecho de autor y los derechos de las imágenes: la Nota declaratoria de los autores y derechohabientes no identificados de las obras difundidas³¹⁸ y la Autorización de reproducción y representación de fotografías.³¹⁹ El texto de ambos formularios es el resultado de un proceso interno de reflexión conjunta sobre cuestiones de P.I. bajo los auspicios del Comité de Internet del Museo, que reunió a los departamentos de investigación, patrimonio y desarrollo cultural, así como al gabinete jurídico. Con estos formularios, los autores, los sujetos y los derechohabientes pueden plantear sus reclamaciones sobre el material del sitio Web, tal y como propone el museo y de conformidad con las disposiciones del Código de la Propiedad Intelectual de Francia. En el momento de elaborar el presente documento, no se había presentado ninguna reclamación mediante estos formularios. No obstante, cabe señalar que es esta una práctica que debe usarse con cautela. En ocasiones, sería preferible efectuar una búsqueda diligente de los posibles titulares de derechos u otros beneficiarios de la protección antes de publicar las imágenes.

317 Para más información, véase el Estudio de Caso de la OMPI, “Propiedad intelectual y Protección del Patrimonio cultural: el caso de los “musées nationaux d’arts et de civilisations” en Francia”, www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/culturalheritage/casestudies/rincon_report.pdf.

318 Véase www.quaibrantly.fr/fileadmin/DS_conditions/Notice_d_clarative_des_auteurs_et_ayants_droit_non_identifi_s_des_oeuvres_diffus_es_01.pdf.

319 Véase www.quaibrantly.fr/fileadmin/DS_conditions/Autorisation_de_reproduction_et_de_repr_sentation_de_photographies_01.pdf.

Archives and Research Centre for Ethnomusicology, American Institute of Indian Studies

El Archives and Research Centre for Ethnomusicology, American Institute of Indian Studies (Archivos y Centro de investigación de etnomusicología del Instituto de indología de los Estados Unidos de América) (ARCE) se creó en la India en 1982³²⁰ con el objetivo principal de crear un archivo centralizado de grabaciones de música y tradiciones orales indias para su conservación y acceso en la India. Inicialmente, se fundó para llevar a la India las colecciones que estaban en archivos y en manos de particulares fuera de ese país. En la actualidad, esa institución alberga 194 colecciones depositadas voluntariamente y que suman un total aproximado de 13.000 horas de grabaciones inéditas.

Desde sus inicios, la institución utilizó acuerdos legales y formularios de cesión basados en otros acuerdos similares empleados por los archivos de etnomusicología y cultura popular de los Estados Unidos de América, aunque adaptados de manera que se tuvieran en cuenta algunos aspectos problemáticos específicos de la India. Por ejemplo, y muy sucintamente, existe un acuerdo formal de depósito que permite al depositante, o a la persona que este designe, elegir entre las tres opciones siguientes: una no permite el acceso durante un plazo de tiempo determinado, otra permite la escucha y el visionado en las instalaciones de la institución y una tercera permite realizar copias con fines de estudio y enseñanza, pero no para efectuar copias adicionales. En este último caso, se cobra una tasa razonable en concepto de gastos técnicos de la realización de la copia con los medios facilitados por el solicitante. Los formularios son únicamente “modelos” y su utilización ha evolucionado con el paso de los años, fruto de los acuerdos entre los depositantes y la institución.

Además, los Archivos y el Centro de investigación de etnomusicología participan en el Global Sound Project (Proyecto de sonidos del mundo) de la Smithsonian Institution. Tanto el depositante como el intérprete o ejecutante deben dar su permiso para cada pista de una grabación sonora digital aportada por los ARCE, y reciben un anticipo en concepto de regalías equivalente a 125 descargas.

En la actualidad, los Archivos y el Centro de investigación de etnomusicología se han embarcado en un proyecto titulado “Archives and Community Partnership” (Archivos y asociación comunitaria), en virtud del cual los ARCE y las comunidades comparten las grabaciones y los derechos y se reparten los ingresos.

3. Buenas prácticas de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales – Códigos de conducta y protocolos de actuación

Dado que cada vez se reconoce más la legitimidad de las opiniones de las comunidades indígenas y tradicionales sobre cómo deberían gestionarse las ECT y las colecciones de ECT, varias de estas comunidades están elaborando sus propias directrices, códigos deontológicos y protocolos. Están fijando sus propias normas y salvaguardias sobre cómo debe llevarse a cabo la investigación, qué derechos de P.I. conservará la comunidad y en qué casos futuros serán necesarios permisos para su uso.

En el caso de muchas instituciones culturales, los problemas surgen porque no se dispone de suficiente información sobre la comunidad de origen, hecho que dificulta las negociaciones y las consultas sobre el uso y el posible acceso a las ECT por parte de terceros. Las políticas y los protocolos que están creando las comunidades de origen tienen como objetivo principal hacer frente a estos problemas.

Esos protocolos también establecen una nueva base para la negociación de acuerdos e intercambios respetuosos entre investigadores, instituciones y comunidades. Los investigadores negocian directamente con las comunidades y el resultado de estas negociaciones se traslada a las instituciones culturales, que pueden utilizarlo para decidir cómo gestionar el material de la manera más adecuada. La información suministrada es sumamente valiosa para la gestión futura de estas colecciones, habida cuenta de que las orientaciones proceden de la propia comunidad.

320 Para más información, véase el análisis de caso de la OMPI, “Gestión de la Propiedad Intelectual en un Archivo de Etnomusicología: Una perspectiva empírica de la India”, www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/culturalheritage/casestudies/chaudhuri_report.pdf.

Comunidad hopi — Investigación y política de la Hopi Cultural Preservation Office (HCPO)

La comunidad hopi, situada en Arizona (Estados Unidos de América) tiene mucha experiencia en lo tocante al uso no autorizado e indebido de su patrimonio cultural. De resultados del trato que históricamente han recibido el pueblo hopi y su cultura, los hopi controlan estrictamente el comportamiento que deben observar quienes son ajenos a su pueblo cuando están en una comunidad hopi.

Por ejemplo, a menos que se haya obtenido el consentimiento de la Hopi Cultural Preservation Office (Oficina para la Conservación de la Cultura Hopi)³²¹ (HCPO), no se permite ningún tipo de grabación, incluidas la toma de fotografías, la grabación en video, la grabación sonora, el dibujo de bocetos y la toma de notas. Tales formas de registro están terminantemente prohibidas, especialmente durante las ceremonias. Como recoge la información que se ofrece a los visitantes, “la publicación de estas observaciones y/o grabaciones constituye una forma de explotación y está prohibida sin el consentimiento previo de la Hopi Cultural Preservation Office”.³²²

La necesidad de tales controles se explica del modo siguiente:

*Durante decenios, los derechos de propiedad intelectual de los hopi han sido vulnerados en beneficio de muchas otras personas ajenas a la comunidad, lo cual ha sido perjudicial. Esta expropiación ha adoptado muchas formas. Por ejemplo, muchas historias contadas a extranjeros han aparecido en libros sin el permiso de sus narradores; después de que personas ajenas a la comunidad hopi vieran danzas ceremoniales, se vendieron copias en cinta de las grabaciones de la música a fuentes externas; se han fotografiado y vendido piezas pertenecientes a los bailarines de las ceremonias sin el permiso de estos; se ha copiado la coreografía de las danzas ceremoniales y se ha interpretado en contextos no sagrados; incluso las imágenes de las ceremonias se han incluido en libros sin contar con una autorización por escrito; personas ajenas a la comunidad hopi han reproducido diseños de alfareros hopi de talento, así como las muñecas katsinas de los bailarines hopi vistas en ceremonias. Aunque los hopi creen que las ceremonias tienen como fin beneficiar a todo el mundo, también consideran que esas ceremonias sólo son beneficiosas cuando se ejecutan y protegen debidamente.*³²³

Mediante estas directrices se establecen normas de conducta en el seno de la comunidad para los visitantes y se informa a las personas ajenas a la comunidad hopi de los problemas experimentados anteriormente y de por qué las acciones del pasado han obligado a los hopi a adoptar los mecanismos de control que ahora aplican. De nuevo, las cuestiones de P.I. entran en contacto con los marcos de actuación éticos.

Para facilitar más que los visitantes y las personas ajenas a la comunidad hopi entiendan la conducta que se espera de ellos, la HCPO ha elaborado un Protocolo sobre investigación, publicaciones y grabaciones³²⁴ en el que se explica el uso que los hopi desean que haga un tercero de sus recursos intelectuales y sus ECT. Entre otras cosas, en el protocolo se establece la necesidad de contar con el consentimiento previo informado para todo proyecto o actividad en la que se utilicen recursos intelectuales de los hopi, se indican las restricciones al uso de aparatos de grabación y la obligación de “compensar de manera justa” a los informadores y los sujetos de un proyecto o actividad, una compensación que podría incluir “el reconocimiento, en tanto que autor, coautor o colaborador, así como las regalías, el derecho de autor, las patentes, las marcas u otras formas de compensación”.

Además del protocolo, la tribu hopi se ha mostrado muy activa en proyectos conexos relacionados con la conservación y la digitalización de su patrimonio cultural, proyectos iniciados para impedir la difusión de conocimientos e información sin el consentimiento previo informado de la tribu. Buen ejemplo de ello es el Proyecto de historia oral hopi, que consiste en la grabación de la historia y las tradiciones culturales de los hopi. Otro proyecto, el Proyecto hopilavayi, versa sobre la conservación del idioma hopi.

321 Véase www.nau.edu/~hcpo-p/.

322 Véase <http://hopi.org/visiting-hopi/>.

323 Véase www.nau.edu/~hcpo-p/intellectPropRights.html.

324 Véase www.nau.edu/~hcpo-p/ResProto.pdf.

Nación Navajo — Directrices para los visitantes

En unas circunstancias similares a las de los hopi, la nación navajo ha elaborado unas directrices de conducta para quienes visitan su comunidad en las que también se establecen restricciones en materia de grabación y registro. Es importante señalar que estas pautas no pretenden fijar una restricción absoluta, sino que tienen como finalidad crear normas y procesos para el diálogo y el intercambio y en ellas se subraya, por ejemplo, que las personas que forman parte de la nación navajo tienen derecho a decidir cuándo y cómo se lleva a cabo el proceso de registro documental de la comunidad. Actualmente, la nación navajo aplica la Ley de la nación navajo sobre grabaciones no autorizadas, de 2007 (Ley No. 0836-07).³²⁵

4. Ejemplos de prácticas actuales de las instituciones culturales: marcos, protocolos, directrices y acuerdos

El Derecho de P.I. es insuficiente para atender las necesidades de los pueblos indígenas y tradicionales en materia de protección de las ECT. No obstante, se han elaborado y se sigue trabajando en una serie de estrategias innovadoras para responder a los importantes vacíos existentes en la legislación actual. Estas estrategias no se centran únicamente en cuestiones de P.I., sino que abordan las relaciones entre los investigadores, los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y las instituciones culturales. Por ejemplo, en algunas estrategias se reconoce que un mayor grado de información sobre las conductas apropiadas al visitar a una comunidad incidirá directamente en qué prácticas de registro documental se consideran apropiadas.

Esas relaciones son fundamentales para preservar y difundir la información en un entorno definido por distintas concepciones de la idea de conocimiento. Tienden a ser relaciones a largo plazo y, a menudo, perduran una vez finalizada la vida profesional de los especialistas en cuestión, indígenas y no indígenas. Entender lo que constituye una conducta correcta es fundamental para todo el proceso. A menudo, falta formalizar estos conocimientos de una manera que pueda ser comprensible para los no especialistas y trasladarlos a unos protocolos compatibles con los protocolos más amplios de la institución, de manera que influyan realmente en estos últimos.

Esas estrategias son el reflejo de un cambio de mentalidad y de la conclusión de que sólo con la legislación no basta. Es necesaria una mejora de las relaciones para que el registro documental, la recopilación, el almacenamiento, la gestión y la difusión eficaz de las ECT puedan tomar un nuevo rumbo. Es importante señalar que los depositarios de la tradición tienen un papel básico en estos debates. Las directrices, los códigos de conducta y los protocolos, para cuyo establecimiento se contempla un cierto grado de flexibilidad en cada contexto, aportan nueva información sobre qué elementos son importantes para las comunidades indígenas y tradicionales y cómo puede mejorarse la gestión de las colecciones.

No obstante, siempre puede ser necesario adoptar, en cierta medida, un enfoque individual, incluso cuando se dispone de directrices y protocolos. Las instituciones culturales con el mandato jurídico de actuar como depositarias de material para toda la población siempre tendrán que buscar un punto de equilibrio entre la obligación de reservar información almacenada para un grupo de origen específico y la de no discriminar a los miembros de una población plural. La dispersión demográfica, los matrimonios entre miembros de un mismo grupo, la gradación entre posturas “más ortodoxas” y “menos ortodoxas”, las divisiones políticas y la existencia de grupos religiosos o culturales específicos con unos intereses poderosos sobre determinado material, pero que no pertenecen a la población de origen, siempre plantearán problemas, tanto para las instituciones culturales como para las sociedades indígenas y tradicionales que buscan una vía de gestión única y bien fundamentada. Algunas instituciones culturales han cobrado conciencia clara de estas cuestiones y han encontrado soluciones creativas y cooperativas para problemas que, aparentemente, se han resistido a los enfoques tradicionales.

Los ejemplos siguientes muestran el abanico de buenas prácticas, en particular en centros de investigación institucionales e independientes.

³²⁵ Información disponible en www.navajonationcouncil.org/.

Ministerio de Asuntos Indígenas de Fiji

El Ministerio de Asuntos Indígenas, antes conocido como Ministerio de Asuntos, Cultura y Patrimonio Fiyianos, y el Departamento de Cultura y Patrimonio de Fiji han elaborado medidas prácticas y de política encaminadas a conservar y salvaguardar el patrimonio cultural de Fiji con el fin de “reforzar la conservación, preservación, promoción y protección de todas las formas de patrimonio cultural y natural, incluido el patrimonio material e inmaterial, los bienes muebles e inmuebles y las industrias culturales”.³²⁶

Se han publicado directrices y manuales para asesorar a los investigadores sobre cómo llevar a cabo investigaciones relacionadas con el patrimonio cultural de Fiji, entre ellos el “Training Manual on Field Research Methodology Designed for Cultural Mapping Field Officers” (“Manual sobre metodología para la investigación de campo dirigido a los funcionarios sobre el terreno encargados de la cartografía cultural”),³²⁷ con información sobre qué pasos hay que dar y qué cuestiones deben abordarse durante una investigación. En el manual se incluye una guía sobre cuestiones de P.I. a partir del Marco regional para la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura, de 2002 (la Ley Tipo del Pacífico Sur), en cuya redacción participó la OMPI.³²⁸

Otro ejemplo es la “Recommended Guideline for socio-cultural researchers when undertaking fieldwork in cultural settings” (“Directriz recomendada para investigadores socioculturales relativa al trabajo de campo en contextos culturales”),³²⁹ en la que se familiariza a los investigadores del ámbito sociocultural con aspectos éticos de la realización de estudios antropológicos. Las dos cuestiones principales que se subrayan en esta directriz, relacionadas ambas con problemas de P.I., son la necesidad de consentimiento³³⁰ y la sensibilización.³³¹

Esa directriz, que en la actualidad está en fase de consultas, forma parte del Marco para la investigación sobre los fiyianos indígenas, elaborado por el Instituto de Lengua y Cultura de Fiji, dependiente del Ministerio de Asuntos Indígenas. En ese marco se contempla la investigación tal y como se entiende conforme a la metodología de investigación local y se adapta a las condiciones culturales, reciprocando así la asistencia prestada por los informadores y la población local durante los estudios, además de respetando los principios éticos locales en el acceso a las ECT, la protección de la P.I. y el establecimiento de un centro de recursos formalizado y un archivo de colecciones. En ese marco se contempla la participación y el trabajo con todas las partes interesadas, tanto gubernamentales como no gubernamentales, y se propone como fin alcanzar un consenso general sobre la necesidad de salvaguardar los derechos de los fiyianos indígenas sobre sus ECT. Al mismo tiempo, el objetivo último del Marco es invitar a las instituciones culturales y no culturales a que valoren los sistemas de conocimientos y la visión del mundo de los indígenas y reduzcan al mínimo el uso indebido de las prácticas, el idioma y los valores consuetudinarios locales.

Si bien los argumentos anteriores se han centrado al menos en la oposición a la idea de institucionalización gubernamental del registro documental, la recopilación y el archivo de las ECT a causa de la burocracia y las limitaciones relacionadas con esta, la iniciativa de Fiji es un ejemplo evidente de cómo corregir el enfoque, a menudo jerárquico, y pasar a un mayor grado de participación, implicación y aportación creativa de las propias comunidades indígenas y tradicionales. Habida cuenta de que la propiedad de las ECT recae en las comunidades, el Gobierno solamente se ocupa de facilitar las bases de datos.

326 Véase www.fijianaffairs.gov.fj/Culture%20&%20Heritage/index.htm.

327 Véase www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/fiji_manual.pdf.

328 Véase www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/laws/pdf/spc_framework_2002.pdf.

329 Véase www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/fiji_guideline.pdf.

330 Véanse, por ejemplo, el punto e) del apartado 1, el punto d) del apartado 3, el punto c) de la fase II y el punto e) de la fase III de la Directriz recomendada.

331 Véanse, por ejemplo, el punto h) del apartado 1, el punto b) del apartado 3 y el punto b) de la fase II.

El Centro Cultural de Vanuatu

El Centro Cultural de Vanuatu alberga un archivo nacional fotográfico, cinematográfico y sonoro, un museo nacional, una biblioteca nacional y el Registro Nacional de Lugares de Valor Histórico y Cultural.³³² Por lo tanto, en sus colecciones encontramos objetos culturales, fotografías, películas y grabaciones audiovisuales, información relativa a los enclaves culturales y otros objetos de valor histórico. Además, entre las funciones del Centro Cultural está la gestión y la salvaguardia del patrimonio cultural de Vanuatu. También ofrece proyectos de campo y de investigación cultural, en los que colabora con las comunidades locales en la gestión del patrimonio cultural.³³³

Desde un punto de vista jurídico y político, esa institución desempeña un papel activo a escala nacional. Ha adoptado distintas medidas jurídicas y de política para dar respuesta a las crecientes preocupaciones de las comunidades locales. Por ejemplo, cuenta con una política de investigación cultural de Vanuatu,³³⁴ en la que se abordan determinados aspectos importantes que deben tenerse en cuenta antes de poner en marcha un estudio, entre ellos la comprensión de la “kastom” de Vanuatu.³³⁵ Los investigadores también deben respetar los “protocolos tradicionales de derecho de autor”, que están protegidos por la normativa de derecho de autor de Vanuatu y son ejecutables en virtud de esta.³³⁶ Esa política incluye, además, un acuerdo de investigación que deben cumplimentar y firmar el posible investigador y el Centro Cultural.³³⁷

Otra medida desarrollada por el Centro Cultural ha sido consecuencia del carácter cada vez más comercial que había adquirido el nagol, o ceremonia del salto al vacío de la Isla de Pentecostés.³³⁸ Esta ceremonia había llamado la atención de muchas personas ajenas a ella, en particular equipos de filmación comerciales y operadores turísticos. El extraordinario interés despertado por esta singular ECT también propició que la ceremonia dejara de realizarse una o dos veces al año, como era costumbre, para tener lugar todos los sábados de abril y mayo. La tradición corría el riesgo de convertirse en un mero “espectáculo comercial” con un significado cultural muy limitado, de ahí que las comunidades tradicionales se quejaron de que “ese espectáculo y las actividades comerciales” (como la filmación) distorsionaban la ceremonia tradicional y que, además, había una falta de transparencia y equidad en la remuneración que las comunidades percibían de terceros.³³⁹

Para corregir esa situación, el Centro Cultural empezó a elaborar medidas jurídicas y de política, comprendida una moratoria sobre todas las filmaciones de la ceremonia con arreglo al artículo 6.2.i de la Ley sobre el Consejo Cultural Nacional de Vanuatu,³⁴⁰ que recoge el derecho a regular las filmaciones llevadas a cabo por compañías extranjeras en el país. Esta moratoria es una iniciativa del Centro Cultural para convencer a todas las partes de la necesidad de poner en marcha un proceso a largo plazo con el propósito de formular un plan de gestión coordinado sobre dicha tradición que tenga como objetivo preservar su significado cultural, velar por la transmisión de las ECT a las generaciones futuras y promover el reconocimiento de sus propietarios consuetudinarios a través de una entidad jurídica específica. En otras palabras, no sólo se salvaguardarían y se preservarían las ECT, sino que también se reconocerían y respetarían los derechos de P.I. de sus propietarios consuetudinarios.

332 Véase www.vanuatuculture.org.

333 Véase Huffmann, K. (1999) “Communities and Fieldworkers: The Vanuatu Experience”, en *OCEANIA*, vol. 70, No. 1, citado en Mahina, K. (2004) “Museum of New Zealand Te Papa Tongarewa: The Case of the Intangible Heritage”, publicaciones del ICME, www.museumsnnett.no/icme/icme2004/mahina.html.

334 Véase www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/vanuatu_policy.pdf.

335 “Kastom” es una palabra pidgin que se emplea para hablar de cultura tradicional, comprendidas la religión, la economía, el arte y la magia, en las islas del Pacífico. En esta política, se define como prácticas y conocimientos indígenas.

336 www.wipo.int/tk/en/laws/pdf/vanuatu_copyright.pdf. Véase el punto 6 de la Política de investigación.

337 Véase www.vanuatuculture.org/documents/ResearchAgreement.doc.

338 Véase www.vanuatuculture.org/site-bm2/film-sound/20051122_pentecost_land_dive.shtml.

339 Véase ponencia de Ralph Regenvanu, Director del Centro Cultural de Vanuatu en la novena sesión del CIG de la OMPI, www.vanuatuculture.org/documents/Regenvanu/GC2006.DOC.

340 En este artículo se recoge el derecho del Consejo Cultural Nacional de Vanuatu a “adquirir el derecho de autor”, véase la Base de Datos sobre Patrimonio de la OMPI para la Ley del Consejo Cultural Nacional de Vanuatu, de 1988.

Organizaciones de derechos de reproducción

Conservar el derecho de autor de una obra es una lucha en la que andan enfrascados todos los creadores, sobre todo a medida que las nuevas tecnologías permiten la reproducción de un número infinito de copias. Las organizaciones de derechos de reproducción canalizan en todo el mundo el pago de regalías a autores y artistas. En sentido general, esas organizaciones también alientan la creación de nuevas organizaciones de derechos de reproducción, facilitan acuerdos entre sus miembros y en nombre de estos y contribuyen a que aumente la sensibilización de la población acerca del derecho de autor y del papel de esas organizaciones en la gestión de los derechos y las tasas.³⁴¹

No obstante, muchos de los usos aceptables para la mayoría de obras protegidas por el derecho de autor a veces entran en conflicto con los usos apropiados de las ECT tal y como los ha establecido la comunidad de origen. Existen en el mundo un puñado de organizaciones de derechos de reproducción especializadas que se han propuesto atender las necesidades concretas de las comunidades indígenas y tradicionales.

Estas organizaciones tienen la capacidad de desempeñar un papel importante en el fomento y la defensa de los intereses de los depositarios de la tradición en ámbitos específicos del mercado como, por ejemplo, el mercado del arte aborígen. La atención especializada permite que, cuando se detectan situaciones en las que se necesitan circunstancias distintas de reproducción y circulación de las obras, es posible efectuar un seguimiento de esas circunstancias y abordarlas.

En lo relativo a la estrategia de protección y control, las organizaciones de derechos de reproducción parecen estar mucho más en consonancia con la situación actual de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales en las sociedades plurales -nacionales o transnacionales- que el enfoque de protección “tradicional” basado en el concepto de “cultura/comunidad”.

Tenemos un ejemplo de ello en la Aboriginal Artists Agency (Agencia de artistas aborígenes) de Australia:

*Aboriginal Artists Agency Limited es una organización sin ánimo de lucro. Fundada en 1976 por el Gobierno de Australia, a través del Consejo de las Artes de Australia, fue hasta 1986 una entidad subvencionada. Desde entonces, ha funcionado ajena a toda fuente de financiación exógena; unas comisiones de entre el 15% y el 25% generan ingresos suficientes para que la empresa se mantenga por sus propios medios.*³⁴²

Otro ejemplo lo encontramos en Sámikopijja, la organización de derechos de reproducción de los sami. Uno de los rasgos más interesantes de Sámikopijja es su naturaleza transjurisdiccional, ya que representa a sami de Finlandia, Suecia, Noruega y Rusia. Sámikopijja mantiene, desde 1994, un acuerdo de reciprocidad con Kopinor, la organización de derechos de reproducción noruega, en virtud del cual los titulares sami de derechos reciben el 1% de la remuneración neta que recauda anualmente Kopinor.³⁴³ Sámikopijja es una organización excepcional dado que su labor de representación de los intereses indígenas trasciende las fronteras políticas nacionales.

341 Véase, por ejemplo, Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción, declaración sobre la misión, en www.ifro.org/show.aspx?pageid=about/mission&culture=en.

342 Véase www.aboriginalartists.com.au.

343 H. Gaski, Sámikopijja and indigenous rights in the Nordic Countries, en www.ifro.org/upload/documents/6Samikopijja%20and%20Indigenous%20Rights%20-%20Harald%20Gaski.doc. Véase también el Acuerdo entre Kopinor y Sámikopijja en www.samikopijja.org/web/index.php?sladja=14&giella1=eng.

5. Acuerdos modelo, formularios de consentimiento, licencias y compromisos

Algunas comunidades han creado acuerdos normativos y formularios que debe firmar todo usuario potencial.

Formulario de licencia, autorización de acceso y utilización de materiales históricos de DISA y Aluka

Digital Innovation South Africa (DISA)³⁴⁴, una iniciativa de la Universidad de KwaZulu-Natal, y Aluka,³⁴⁵ un programa de Ithaka Harbors, Inc. (Aluka), han puesto en marcha proyectos para conservar “materiales históricos” en formato digital o electrónico y ponerlos en línea “con fines académicos, educativos o cualquier otro fin cultural sin ánimo de lucro”.³⁴⁶ Para ello, DISA y Aluka han elaborado un formulario de licencia por el cual los custodios y/o los titulares de los derechos suscriben un acuerdo de licencia no exclusivo y sin derecho a regalías con DISA y Aluka.

El acuerdo con los custodios interesados otorga específicamente a DISA y Aluka “acceso a los materiales históricos para crear imágenes digitales”³⁴⁷, mientras que todo acuerdo concluido con los titulares de los derechos autoriza a DISA y Aluka a 1) crear reproducciones digitales de los materiales históricos, 2) conservar las imágenes digitales en los archivos de DISA, 3) modificar o adaptar las imágenes digitales con fines de conservación, traducción, control de calidad, distribución u otros fines, 4) distribuir y poner a disposición del público copias para los usuarios autorizados por DISA y Aluka, con fines educativos, académicos y otros fines culturales sin ánimo de lucro, 5) distribuir un número limitado de esas imágenes digitales en forma impresa, 6) hacer copias para evitar la pérdida de datos, y 7) utilizar cualquier tecnología o medio con fines de reproducción, archivo, modificación y distribución.³⁴⁸

En cualquier acuerdo de esa índole, el consentimiento que se otorga a DISA y Aluka se considera como no exclusivo y existe la posibilidad de identificar y reconocer a los custodios y los titulares de los derechos en relación con sus materiales en los sitios Web de DISA y Aluka a petición de estos.

Festival Laura de danza y cultura aborígenes

Otro ejemplo de la utilidad de estos acuerdos en el contexto de las ECT es el Festival Laura de danza y cultura aborígenes, un encuentro semestral en el que se interpretan cantos, danzas y música indígena de Australia.³⁴⁹

El Festival Laura es el festival de cultura aborígen más antiguo de Australia. En 1998 se descubrió que se estaban reproduciendo, con fines comerciales y sin permiso, algunas imágenes de bailarines de la comunidad wik. Las fotografías aparecían en CD, postales y otros productos. Su reproducción se consideró una ofensa cultural, ya que estas imágenes solamente podían reproducirse con el permiso de miembros de la comunidad con un rango cultural adecuado.

De acuerdo con el Derecho consuetudinario wik, el derecho a controlar los elementos de una ceremonia basada en interpretaciones o ejecuciones descansa en personas concretas: los custodios principales o los ancianos. De acuerdo con la legislación de derecho de autor de Australia, al igual que en la mayoría de las leyes de derecho de autor, el derecho de autor sobre las imágenes de los bailarines pertenecía al fotógrafo (que, a los efectos del derecho de autor, es su autor). De haberlo sabido los bailarines, no habrían permitido que se tomaran fotografías durante la interpretación o se habrían replanteado su participación en el festival.³⁵⁰ Este hecho subraya la necesidad de informar a los depositarios de la tradición de los

344 Véase www.disa.ukzn.ac.za/. Véase también www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/disa_license.pdf.

345 Aluka es una biblioteca digital en línea centrada en materiales sobre África. Véase www.aluka.org/.

346 Véase www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/disa_license.pdf, pág.1.

347 Véase www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/disa_license.pdf, pág.1.

348 Véase www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/disa_license.pdf, págs.1 y 2.

349 Para un tratamiento exhaustivo de este ejemplo, véase *Minding Culture*, op. cit., nota 29, págs. 86 a 99. Laura Aboriginal Dance Festival Queensland, en www.arts.qld.gov.au/arts/ladcf.html.

350 Véase *Minding Culture*, op. cit., nota 29, pág. 89.

distintos derechos que pueden existir con respecto a una ejecución o interpretación y de que, cuando esta se registra documentalmente, es necesario que los propios intérpretes o ejecutantes puedan acceder a la información de P.I. para tomar decisiones fundamentadas.

Desde 1998, los organizadores del Festival Laura han adoptado un acuerdo por escrito sobre la toma de fotografías y las filmaciones durante el festival que obliga a obtener el consentimiento de los intérpretes o ejecutantes y que fija determinadas condiciones para controlar la toma de fotografías con fines comerciales. Los fotógrafos autorizados firman un acuerdo en el que declaran que solamente tomarán fotografías con fines comerciales si han obtenido el consentimiento de los intérpretes o los ejecutantes.

GLOSARIO

(sigue el orden alfabético de la versión original, en inglés)

Archivo. 1. Conjunto ordenado de documentos que una persona, una sociedad, una institución, etc., producen en el ejercicio de sus funciones o actividades. 2. Lugar donde se custodian uno o varios archivos. (Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición)

Autenticidad. Cualidad de ser auténtico – Auténtico: Acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren. (Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición)

Autor. De acuerdo con la legislación de derecho de autor, autor es el creador de una obra original, es decir, de una creación intelectual original. Un autor puede ser, por ejemplo, un escritor, un director de cine, un escultor, un coreógrafo o un compositor musical; el autor puede ser una persona física o jurídica. En la mayoría de las jurisdicciones, la protección del derecho de autor nace automáticamente en cuanto el autor crea una obra original. No se le exige que registre su derecho de autor.

En algunas jurisdicciones se contempla la titularidad conjunta del derecho de autor. En el contexto de las ECT, esto significa que, potencialmente, podría considerarse como autor a una colectividad o comunidad. Véase “Derechos colectivos”.

Biblioteca. Institución cuya finalidad consiste en la adquisición, conservación, estudio y exposición de libros y documentos. Local donde se tiene considerable número de libros ordenados para la lectura. (Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición)

Buenas prácticas. Las buenas prácticas son los métodos y técnicas que, reiteradamente, han demostrado dar unos resultados mejores a los alcanzados de otro modo y que se pueden emplear como referencia. No obstante, no existe una práctica que sea la mejor para todo el mundo y en todas las situaciones, y las buenas prácticas tienden a cambiar con el paso del tiempo, en función de las circunstancias y de los avances sociales, culturales y tecnológicos.

En el contexto de la presente publicación, el concepto de buenas prácticas es importante, ya que las distingue de las normas y de otras reglas. La presente publicación no pretende imponer normas u otras obligaciones, sino que quiere ser un instrumento útil para describir las experiencias y las opiniones de instituciones y organizaciones de todo el mundo, en un esfuerzo por informar a los museos, las bibliotecas y los archivos sobre cuestiones relacionadas con la P.I. y las opciones para la gestión de ECT.

Cesión. Un autor puede conceder mediante licencia su derecho de autor a terceros o cederlo.

Una cesión es una transferencia de un derecho de propiedad. En virtud de una cesión del derecho de autor, el titular del derecho transfiere uno, varios o todos sus derechos. Si la cesión es total, el destinatario de la cesión se convierte en el nuevo titular del derecho de autor. Sin embargo, algunas jurisdicciones no prevén la cesión total de los derechos. En Francia, por ejemplo, un autor jamás puede ceder o vender a un tercero sus derechos morales; estos permanecen con el autor original. En algunos de estos países, como sucede en Alemania, no se pueden ceder los derechos patrimoniales; solamente se pueden licenciar.

Véase también “Licencia” y “Titular”.

Contrato. Por lo general, un contrato es un acuerdo entre dos o más partes que crea obligaciones exigibles o reconocibles por ley.

Creador. Véase “Autor”.

Derecho consuetudinario. Una definición genérica de “Derecho consuetudinario” es “costumbres aceptadas como requisitos jurídicos o normas de conducta obligatorias, prácticas y creencias que son una parte tan fundamental e intrínseca de un sistema social y económico que reciben el trato de leyes”. (Black’s Law Dictionary)

Las comunidades indígenas y tradicionales han elaborado y creado, a lo largo de generaciones y por medio de la costumbre, reglas, protocolos, valores y principios que son entendidos y reconocidos común o colectivamente como Derecho consuetudinario y que pueden aplicarse a las ECT y al trato, el cuidado, el uso y la práctica de estas. Conviene señalar que el Derecho consuetudinario adopta formas distintas. Por ejemplo, las leyes pueden ser codificadas, escritas u orales, estar articuladas de manera explícita o aplicarse mediante prácticas tradicionales.

También tiene importancia si el ordenamiento jurídico nacional del país en el que reside un pueblo o comunidad reconoce “formalmente” esas leyes y/o si están vinculadas con ese ordenamiento jurídico.

En el contexto de la labor del CIG de la OMPI, en el proyecto de disposiciones sobre CC.TT. y ECT se señala que toda protección relacionada con la P.I. que se conceda a los CC.TT. y las ECT deberá estar en consonancia con el Derecho consuetudinario y los protocolos de las comunidades pertinentes.

Derecho de autor. La expresión “derecho de autor” hace referencia a unos derechos relacionados con obras artísticas y literarias originales, como novelas, escritos, música, cuadros y esculturas, películas y obras basadas en la tecnología, como programas informáticos y bases de datos. El derecho de autor protege la expresión particular de una idea, y esta protección nace automáticamente tras la creación por un autor de una obra original; no se exige que el autor registre su derecho de autor.

El autor de una obra el titular inicial del derecho de autor posee una serie de “derechos exclusivos” para llevar a cabo determinados actos restringidos en relación con su obra, entre ellos copiarla, publicarla, producir o vender copias al público, interpretarla o ejecutarla en público, exhibirla en público, emitirla o incluirla en un servicio de radiodifusión por cable o en un medio de difusión digital, adaptarla o llevar a cabo cualquiera de las actividades anteriormente mencionadas en relación con una adaptación y autorizar a otra persona para realizar cualquiera de las actividades restringidas anteriormente mencionadas.

A los efectos de la presente publicación, se utilizan indistintamente las palabras “creador” y “autor”, salvo que se especifique lo contrario.

Derecho de autor de la Corona. El derecho de autor de la Corona es una forma de derecho de autor creada en virtud de una política, un contrato o una ley y que emplean los gobiernos nacionales de varias jurisdicciones del Commonwealth. Ofrece un marco de derecho de autor especial para la “Corona” (entidades estatales). El derecho de autor de la Corona abarca, por lo general, obras elaboradas por empleados de la Corona en el desempeño de sus deberes. Por este motivo, la mayoría del material del que son autores los ministros y los funcionarios públicos de los países del Commonwealth está protegido por el derecho de autor de la Corona. En algunas jurisdicciones, el derecho de autor de la Corona también puede abarcar obras encargadas por la Corona con fines gubernamentales o políticos, como las publicaciones privadas de investigación universitaria encargadas y financiadas por la Corona.

Derecho de participación. El derecho de participación faculta a los artistas (o a sus herederos) a percibir regalías en función del precio de reventa de una obra de arte gráfico o plástico original después de la primera venta o transmisión por parte del artista, cuando interviene en esta nueva venta un profesional del mercado del arte (p. ej., un subastador, una galería o cualquier otro marchante de arte).

En aquellas jurisdicciones en que se contempla, el derecho de participación forma parte del derecho de autor y tiene como fin velar por que los autores de una obra de arte gráfico o plástico participen del éxito económico de sus obras de arte originales. Permite paliar la situación económica de los artistas, que se benefician así de las explotaciones sucesivas de sus obras.

El concepto subyacente en el derecho de participación puede servir para reducir las desigualdades que se generan en la venta de ECT.

Derechos colectivos. Derechos cuya titularidad recae de manera colectiva en un grupo de personas o una comunidad, por ejemplo, la titularidad colectiva de marcas o la titularidad conjunta del derecho de autor.

En el contexto de las ECT, cuando se busca protección, suele suceder que la entidad más idónea sobre la que debería recaer la protección es un grupo de personas: una tribu o cualquier otro colectivo. Así se contempla en algunas jurisdicciones. Por ejemplo, en su Constitución, el Ecuador reconoce “derechos colectivos de P.I.” sobre los conocimientos ancestrales de las comunidades (art. 84); asimismo, en su Ley de Propiedad Intelectual (No. 83, de 1989) se establece un sistema sui generis de derechos intelectuales colectivos de las comunidades indígenas y tradicionales.

En una obra, puede darse una combinación de derechos y deberes consuetudinarios individuales y colectivos. Algunos pueblos indígenas y comunidades tradicionales han mostrado su preocupación por que la legislación de derecho de autor vigente no reconoce, prevé o hace efectiva esta “combinación” de derechos y deberes consuetudinarios individuales y colectivos.

Derechos morales. En el artículo 6bis del Convenio de Berna se consagran los derechos morales.³⁵¹ No están incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC. En las leyes nacionales de derecho de autor se abordan los derechos morales de maneras muy distintas.

Los derechos morales suelen incluir, entre otros, el derecho a ser identificado como autor o a reivindicar la autoría de una obra (el derecho a la atribución o paternidad) y el derecho a oponerse al trato ofensivo, la distorsión, la mutilación o la modificación de la obra (el derecho a la integridad).

En muchas jurisdicciones no se permite ceder o licenciar los derechos morales a otra persona, aunque sí se puede renunciar a ellos.

Pese a que, en ocasiones, los especialistas ven los derechos morales como un instrumento potencialmente adecuado para abordar algunas de las preocupaciones expresadas por los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales en lo tocante a la protección de las ECT, la legislación sobre derechos morales vigente solamente se aplica a aquellas ECT que pueden optar a la protección por derecho de autor. En muchos ordenamientos jurídicos, muchas ECT no cumplen los criterios para la protección por derecho de autor y, por lo tanto, no pueden hacer valer derechos morales.

Digitalización. La digitalización es el proceso de representación de un objeto, una imagen, un texto o una señal grabada (por lo general, una señal analógica) en formato electrónico, especialmente a través de dígitos binarios. El término digitalización suele emplearse cuando se codifican, mediante un código binario 0-1 único, varias formas de información, entre ellas, texto, sonido, imágenes e imágenes en movimiento. La digitalización es la vía principal para el almacenamiento de texto, imágenes y sonidos en una manera que sea apta para su transmisión y tratamiento informático.

Dominio público. El dominio público es el caudal de material que todo el mundo puede utilizar y explotar sin necesidad de autorización, y sin la obligación de abonar una remuneración, bien porque ha expirado el período de protección, bien porque no existe un tratado internacional que garantice la protección de dichas obras en un país determinado, o bien porque no se cumplen las condiciones para beneficiarse de protección.

El papel, los contornos y los límites del dominio público son objeto de un debate activo en varios foros, incluida la OMPI. El papel del dominio público es pertinente para las ECT, puesto que la cultura tradicional preexistente como tal y las expresiones concretas de esta no suelen gozar de protección con arreglo a las legislaciones de derecho de autor vigentes, y en el sistema de P.I. se las trata como si pertenecieran al dominio público.

En la medida en que las ECT y los sistemas de conocimientos forman parte del dominio público, están a la libre disposición de artistas, escritores, investigadores, empresas y cualquier otro usuario. Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales no comparten que las expresiones culturales y los sistemas de conocimientos puedan formar parte del dominio público. Otros, sin embargo, sostienen que proteger esos materiales con derechos similares a los de P.I. restringiría de manera inadecuada el dominio público y, por lo tanto, la capacidad de los usuarios para sacar partido de este. Se trata de un debate político complejo y en el que se encuentran opiniones diversas.

Excepciones y limitaciones. Determinados actos normalmente restringidos por el derecho de autor pueden realizarse, si se dan unas circunstancias establecidas por ley, sin la autorización del titular del derecho de autor, en beneficio de la sociedad. Estos actos autorizados se engloban en lo que se conoce como “excepciones” y “limitaciones”.

En el artículo 9.2) del Convenio de Berna se prevé una prueba del criterio triple para decidir las excepciones: “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”

En el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC se estipula que “los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”.

³⁵¹ En el artículo 6bis se establece: “1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. 2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor. 3) Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección”.

El artículo 10 del WCT establece que “1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. 2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

En estas tres disposiciones se recoge lo que se conoce como “la prueba del criterio triple”.³⁵²

Existen dos tipos fundamentales de excepciones y limitaciones al derecho de autor: 1) los “usos libres”, actos de explotación de obras que pueden llevarse a cabo sin autorización y sin la obligación de compensar al titular del derecho por su uso, y 2) las “licencias no voluntarias”, que permiten llevar a cabo actos de explotación sin autorización pero que comportan la obligación de compensar al titular del derecho.

Las jurisdicciones abordan de distintas maneras las excepciones y limitaciones. Las jurisdicciones que se rigen por el ordenamiento jurídico de inspiración romanista suelen contemplar en sus legislaciones de derecho de autor un conjunto finito de excepciones, mientras que los países que se rigen por el common law suelen describir los tipos de situaciones en las que la utilización de obras protegidas por derecho de autor puede suponer un “uso leal” o una “práctica leal”, o un concepto similar, en relación con tales obras.

Expresiones culturales tradicionales / Expresiones del folclore. La OMPI utiliza los términos “expresiones culturales tradicionales” (ECT) y “expresiones del folclore” para hablar de formas materiales e inmateriales de expresión, comunicación, manifestación y transmisión de CC.TT. y patrimonio cultural en el seno de comunidades indígenas y tradicionales. Estas expresiones han sustituido al término “folclore”, que tenía connotaciones negativas. Entre los ejemplos de estas expresiones se encuentran la música tradicional, las interpretaciones o ejecuciones, las narraciones, los nombres y los símbolos, los diseños y las formas arquitectónicas.

Ambas expresiones se utilizan como sinónimos intercambiables y puede hablarse de ellas empleando simplemente las siglas “ECT”. No debe entenderse el uso de estas expresiones como una indicación de que exista un consenso entre los Estados miembros de la OMPI sobre la validez o la idoneidad de estas u otras expresiones, y no afecta ni limita la utilización de otras expresiones en las legislaciones nacionales o regionales. En los debates en curso en el seno del Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) las “expresiones tradicionales culturales” (o “expresiones del folclore”) se definen así:

Las “expresiones culturales tradicionales” o “expresiones del folclore” son todas las formas materiales o inmateriales en que se expresan, aparecen o se manifiestan los conocimientos y la cultura tradicionales, y comprenden las siguientes formas de expresión o combinaciones de las mismas:

las expresiones verbales, tales como los relatos, las gestas épicas, las leyendas, la poesía, los enigmas y otras narraciones; las palabras, los signos, los nombres y los símbolos;

- las expresiones musicales, tales como las canciones y la música instrumental;
- las expresiones corporales, tales como la danza, la representación escénica, las ceremonias, los rituales y otras interpretaciones o ejecuciones;
- independientemente de que estén o no fijadas en un soporte; y
- las expresiones materiales, tales como las obras de arte y, en particular, los dibujos, las pinturas (incluidas las pinturas corporales), las tallas, las esculturas, la alfarería, las obras de terracota, los mosaicos, la ebanistería, la forja, la joyería, la cestería, las labores de punto, los textiles, la cristalería, los tapices, la indumentaria; la artesanía; los instrumentos musicales; y las obras arquitectónicas;

que son:

- a) producto de la actividad intelectual creativa, en particular la creatividad del individuo y la de la comunidad;
- b) características de la identidad cultural y social de una comunidad, así como de su patrimonio cultural; y
- c) mantenidas, utilizadas o desarrolladas por esa comunidad o por individuos que tienen el derecho o la responsabilidad de hacerlo de conformidad con las leyes y las prácticas consuetudinarias de esa comunidad.

La elección concreta de los términos para calificar la materia protegida se suele determinar a escala regional y nacional.

³⁵² Para un análisis de la “prueba del criterio triple”, véase Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law* (Kluwer Law International, 2004).

Fijación. La fijación es el proceso o el resultado de capturar en un medio material una obra o una materia protegida.

Por lo general, en los países que se rigen por el sistema de derecho de autor anglosajón, la fijación es una condición necesaria para la protección del derecho de autor. La fijación se produce, por ejemplo, cuando una emisión televisiva en directo se transmite y se graba simultáneamente en video. La fijación también se da al finalizarse un cuadro o al grabarse una canción. La fijación es un concepto problemático para las ECT por cuanto a menudo no existe una única manifestación de una ECT que contenga la expresión final “fijada”.

Gestión digital de derechos. El término genérico “gestión digital de derechos” se refiere a cualquier tecnología empleada para controlar el acceso y la utilización de obras digitales. Tiene por objeto controlar, supervisar y cuantificar la mayoría de los usos de una obra digital. Desde un punto de vista descriptivo, la gestión digital de derechos se compone de dos elementos: 1) una base de datos con información sobre el contenido y los titulares de los derechos de una obra y 2) un acuerdo de licencia con las condiciones de utilización de la obra en cuestión. La gestión digital de derechos se encuadra en dos categorías genéricas: los sistemas que utilizan medidas tecnológicas de protección y los sistemas que no. La gestión digital de derechos suele depender de una o más medidas tecnológicas de protección.

Las medidas tecnológicas de protección son métodos o herramientas tecnológicas, o cualquier tipo de tecnología (dispositivo, producto o proceso), diseñados para promover el uso autorizado de obras digitales. Pueden controlar (es decir, en la mayoría de los casos, impedir o restringir) el acceso a esas obras protegidas por derecho de autor o los usos de las mismas (principalmente, la copia).

Licencia. Un autor puede licenciar o ceder a otra entidad su derecho de autor.

Una licencia es una autorización que otorga el titular de los derechos (licenciante) a otro (licenciario) para que este lleve a cabo un acto determinado en relación con la obra de que se trate. A menudo, se autoriza al licenciario a utilizar la obra a cambio de unos derechos de licencia o regalías acordados. Esta autorización suele adoptar la forma de un acuerdo de licencia formal que, por lo general, se circunscribe a un territorio determinado, durante un período limitado y para una serie de usos concretos y limitados.

Marca. Una marca es un símbolo distintivo que se utiliza para diferenciar productos y servicios idénticos o similares ofrecidos por diferentes productores o proveedores de servicios. Las marcas pueden incluir logotipos, colores, sonidos, olores o cualquier combinación de estos.

Las marcas son un tipo de propiedad industrial, protegida por las legislaciones nacionales de P.I. y los tratados internacionales. La protección de las marcas es territorial, pero cabe la posibilidad de solicitar protección internacional con arreglo, por ejemplo, al sistema de Madrid.

En algunos casos, puede solicitarse protección en calidad de marca para las ECT, lo que tiene la ventaja de ofrecer una posible protección indefinida mientras la marca se “utilice”. Las marcas deben emplearse en un contexto comercial (en transacciones comerciales) y, por consiguiente, podrían no ser adecuadas para aquellas ECT que carezcan de un valor comercial que vaya a ser explotado.

Materia. Este concepto se refiere a qué puede estar protegido con arreglo a la normativa de P.I. La materia determina qué tipo de protección conforme a la normativa de P.I. se aplica. El derecho de autor, por ejemplo, abarca obras originales, es decir, materias como, el arte, la literatura, los programas informáticos o la música. La legislación en materia de patentes comprende los inventos que, entre otros criterios, satisfacen el criterio de novedad.

Una materia propia de una ECT, comparable a menudo con la materia comprendida en la legislación de derecho de autor y/o derechos conexos, no siempre está categorizada como tal, hecho que tiene que ver con la naturaleza de las ECT y la inadecuación de la estructura de la legislación de derecho de autor para su protección. Conviene señalar, asimismo, que algunos rituales de sanación, derechos religiosos de paso e interpretaciones y ejecuciones en festivales tradicionales, por ejemplo, a menudo incluyen CC.TT. potencialmente patentables y ECT que podrían estar protegidas por derecho de autor.

Véanse “Derecho de autor”, “Patente” y “Marca”.

Museo. 1. Lugar en que se conservan y exponen colecciones de objetos artísticos, científicos, etc. 2. Institución, sin fines de lucro, cuya finalidad consiste en la adquisición, conservación, estudio y exposición al público de objetos de interés cultural. 3. Lugar donde se exhiben objetos o curiosidades que pueden atraer el interés del público, con fines turísticos. 4. Edificio o lugar destinado al estudio de las ciencias, letras humanas y artes liberales. (Diccionario de la Lengua Española, avance de la 23ª edición)

Nombre de dominio. Los nombres de dominio son las formas comprensibles para las personas de las direcciones de Internet y se emplean habitualmente para encontrar sitios Web. Por ejemplo, el nombre de dominio wipo.int ubica el sitio Web de la OMPI en <http://www.wipo.int>. Mediante la utilización de direcciones alfabéticas únicas en lugar de numéricas, los nombres de dominio permiten que los usuarios de Internet encuentren y accedan más fácilmente a los sitios Web. La Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet (ICANN) se encarga de gestionar a escala mundial el sistema de nombres de dominio.

Obra. Los tipos de obras protegidas por derecho de autor incluyen: las obras literarias como novelas, poemas, representaciones escénicas, obras de referencia, periódicos y programas informáticos; las bases de datos; las películas, las composiciones musicales y las coreografías; las obras artísticas como cuadros, dibujos, fotografías y esculturas; la arquitectura; y los anuncios, los mapas y los dibujos técnicos.

Obra derivada (o adaptación). Una obra derivada, o adaptación, es una obra basada en una o más obras preexistentes, como una traducción, un arreglo musical, una dramatización, una ficcionalización, una versión cinematográfica, una abreviación, una condensación o cualquier otra forma de refundición, transformación o adaptación de una obra. Una obra consistente en revisiones editoriales, anotaciones, reflexiones o cualquier otra modificación que, en su conjunto, represente una obra de autoría original también constituye una obra derivada. La utilización de ECT para crear obras derivadas suscita una serie de cuestiones relacionadas con las políticas que se examinan en el presente documento.

Originalidad. De acuerdo con la legislación de derecho de autor, la originalidad caracteriza una obra que es la propia creación intelectual del autor y que no es una copia de otra obra. En la mayoría de las leyes de derecho de autor se estipula que la obra susceptible de protección deberá presentar un nivel mínimo de originalidad para poder acogerse a la protección por derecho de autor; este nivel tiende a ser muy bajo. En el caso de las ECT, que a menudo se basan en obras anteriores y cuya validez suele depender de la fidelidad o la cuasi fidelidad de las reproducciones a obras anteriores, el requisito de originalidad determina si las nuevas manifestaciones de una ECT pueden optar o no a la protección por derecho de autor.

Patente. Una patente es un derecho exclusivo que se concede sobre una invención, que es un producto o un proceso que, por lo general, ofrece una nueva manera de hacer algo o una nueva solución técnica a un problema. Para poder ser patentable, una invención debe reunir tres condiciones principales.

Debe poder ser de aplicación industrial.

Debe contener un elemento de novedad, es decir, alguna característica nueva que no figure en el corpus de conocimientos existentes en ese campo técnico (conocido como “estado de la técnica”).

La invención debe entrañar una actividad inventiva que no sea evidente para una persona con un conocimiento medio en ese campo técnico.

La materia debe ser aceptable como “patentable” conforme a derecho. En muchos países, las teorías científicas, los métodos matemáticos, las variedades vegetales o animales, los descubrimientos de sustancias naturales, los métodos comerciales o los métodos para el tratamiento médico (a diferencia de los productos médicos) no suelen ser patentables.

Patrimonio cultural. La expresión “patrimonio cultural” engloba varias categorías principales de patrimonio:

1. Patrimonio cultural:
 - Patrimonio cultural material:
 - Patrimonio cultural formado por bienes muebles (cuadros, esculturas, monedas, manuscritos, etc.)
 - Patrimonio cultural formado por bienes inmuebles (monumentos, yacimientos arqueológicos, etc.)
 - Patrimonio cultural submarino (pecios, ruinas y ciudades submarinas, etc.)
 - Patrimonio cultural inmaterial (tradiciones orales, artes escénicas, rituales, etc.)
2. Patrimonio natural (enclaves naturales con aspectos culturales como paisajes culturales, formaciones físicas, biológicas o geológicas, etc.).
3. Patrimonio en el supuesto de conflicto armado.

Patrimonio cultural inmaterial. En la Convención de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, de 2003, se define el “patrimonio cultural inmaterial” como “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción

con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana”.

En la Convención también se establece que el “patrimonio cultural inmaterial” se manifiesta, entre otros, en los dominios siguientes: a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; y e) técnicas artesanales tradicionales.

Perpetuidad. El término “perpetuidad” suele emplearse en el contexto de la P.I. para calificar un período de protección de una duración indefinida.

La protección por derecho de autor subsiste en una obra creativa por un período finito. En el Convenio de Berna se exige que este período no sea inferior a la vida del autor más 50 años a contar desde el momento de su muerte. Las legislaciones nacionales gozan de libertad para establecer un período más largo; sin embargo, en la actualidad, ninguna ley nacional de derecho de autor prevé la protección a perpetuidad.

Muchos pueblos indígenas y comunidades tradicionales opinan que, en el caso de las ECT, la protección debería ser a perpetuidad, ya que esta solución se adecua mejor a sus necesidades y a las leyes y los valores consuetudinarios relacionados con la mayoría de las ECT.

Política. Una política es un programa de acciones o decisiones adoptado por una persona, grupo o gobierno, o el conjunto de principios sobre los que se basan, que se orientan hacia un fin a largo plazo o un problema concreto. En ocasiones, aunque no siempre, las políticas están recogidas en la legislación y suelen aplicarse a una entidad política (como un país o cualquiera de sus subdivisiones administrativas) en su conjunto.

Preservación. Acción y efecto de preservar. - Preservar: Proteger, resguardar anticipadamente a una persona, animal o cosa, de algún daño o peligro. (Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición)

Propiedad intelectual. Por propiedad intelectual (P.I.) se entienden las creaciones de la mente: inventos, obras literarias y artísticas y símbolos, nombres, imágenes y diseños utilizados en el comercio.

La P.I. se compone de dos categorías: la propiedad industrial, que incluye patentes, marcas, diseños industriales e indicaciones geográficas; y el derecho de autor y los derechos conexos. Los derechos conexos al derecho de autor comprenden los de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y televisión.

Protocolo. A efectos de la presente publicación, protocolo es un código de conducta o una norma de comportamiento, a menudo dimanante de una comunidad o institución, que se considera correcta o deseable.

Publicación. “Publicación” es el término técnico que figura en la legislación de derecho de autor. Uno de los derechos exclusivos que, con frecuencia, se otorgan a un autor es el derecho a publicar su obra. “Publicación” es, generalmente, poner a disposición del público, con el consentimiento del autor, copias en un número y de una manera que satisfagan las necesidades razonables del público. En el Convenio de Berna se define el concepto de “obras publicadas” en el artículo 3.3).³⁵³

La definición exacta de obra “publicada” depende de la jurisdicción. En algunos países como, por ejemplo, Alemania, se considera publicada una obra de arte visual (como una escultura) si se ha garantizado el acceso permanente del gran público a la misma (levantar una escultura en terreno público, por ejemplo, constituiría, en el caso de Alemania, una publicación). Australia, el Reino Unido y los Estados Unidos de América suelen exigir la distribución de copias como condición necesaria para considerar como “publicada” una obra protegida por derecho de autor.

Registro documental. Acción y efecto de registrar. - Registrar: 3. Manifestar o declarar mercancías, géneros o bienes para que sean examinados o anotados. 9. Contabilizar, enumerar los casos reiterados de alguna cosa o suceso. 11. tr. grabar (imágenes o sonidos. (Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición)

353 En el artículo 3.3) se definen las “obras publicadas” como: “[...] las que han sido editadas con el consentimiento de sus autores, cualquiera sea el modo de fabricación de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades, estimadas de acuerdo con la índole de la obra. No constituyen publicación la representación de una obra dramática, dramático-musical o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la recitación pública de una obra literaria, la transmisión o radiodifusión de las obras literarias o artísticas, la exposición de una obra de arte ni la construcción de una obra arquitectónica”.

Restauración. Acción y efecto de restaurar. – Restaurar: 2. Reparar, renovar o volver a poner algo en el estado o estimación que antes tenía. 3. Reparar una pintura, escultura, edificio, etc., del deterioro que ha sufrido. (Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición)

Sui generis. (Loc. lat.; literalmente, ‘de su género’, ‘de su especie’).

Dicho de una cosa: De un género o especie muy singular y excepcional. (Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición)

Titular. El titular de los derechos es la persona o entidad a la que pertenecen los derechos de P.I.

De acuerdo con la legislación de derecho de autor, el autor suele ser el titular original (inicial). Si este así lo decide, puede ceder o conceder en licencia a un tercero su derecho de autor. En los países de la Europa continental que se rigen por el ordenamiento jurídico de inspiración romanista, los derechos morales suelen ser inalienables (p ej., en Francia los derechos morales son inherentes al autor y no pueden transmitirse; en algunos de estos países, como en Alemania, ni siquiera los derechos patrimoniales son transmisibles y solamente pueden licenciarse). Es importante señalar que poseer la manifestación física de una obra no es lo mismo que ser el titular del derecho de autor sobre esta obra. Por ejemplo, al comprar una pintura al óleo original, el comprador puede llevarse a casa el cuadro, pero no está autorizado a licenciar una imagen de ese cuadro para una institución cultural.

PREGUNTAS MÁS FRECUENTES

Las situaciones, la información y las respuestas genéricas que siguen no deben entenderse como asesoramiento jurídico; su propósito no es otro que ilustrar algunos problemas comunes y ofrecer posibles enfoques para solucionarlos.

1. ¿Qué diferencia hay entre derecho de autor, marcas y patentes?

Una patente de invención es la concesión, durante un período limitado, de un derecho de propiedad a un inventor. A escala internacional, los requisitos para la tramitación de una patente y los beneficios de esta varían, pero, por lo general, una invención patentable debe ser nueva (original), no evidente (debe entrañar una actividad inventiva que no sería obvia para alguien de la profesión o de ese ámbito) y útil. En cada jurisdicción se describen de manera diferente las características de esos requisitos, si bien esas características tienden a ser bastante parecidas. Otro elemento que puede variar de una jurisdicción a otra es qué se entiende por materia patentable; por ejemplo, en algunos países, patentar una forma de vida escapa a lo permitido por el régimen de patentes.

Una marca es una palabra, un nombre, un símbolo o un dispositivo que se emplea en los negocios, en combinación con productos y servicios, para indicar su origen y distinguirlos del resto. Las marcas se emplean para impedir que otras entidades utilicen una marca similar que pueda inducir a error.

El derecho de autor, la forma de propiedad intelectual de la que se ha hablado con más detalle en la presente publicación, es una forma de protección que se ofrece a los autores de obras originales, entre ellas las obras literarias, dramáticas, musicales, artísticas y otros tipos de obras intelectuales, tanto publicadas como no publicadas. El derecho de autor protege la forma de expresión en lugar de la materia. Entre los derechos que acompañan al derecho de autor figura el derecho a autorizar copias u obras derivadas. En función de la jurisdicción, el derecho de autor incluye derechos morales, que permiten al titular del derecho de autor ejercer un tipo de “control de calidad” sobre su obra con independencia de la posesión física de la misma.

2. Si un museo posee la manifestación física de una obra de arte, ¿puede utilizar o licenciar libremente la imagen?

No. Poseer la forma física de una obra de arte no tiene nada que ver con ser el titular del derecho de autor sobre esa obra. En muchas jurisdicciones, se considera que el derecho de autor permanece con el autor o artista a menos que este lo ceda o lo transmita específicamente a otra entidad. En el contexto de las ECT, muchas instituciones han adoptado políticas que fomentan el consentimiento libre informado en la reproducción, el uso y la exhibición de ECT, atendiendo a los deseos de la comunidad pertinente.

3. ¿Cómo funciona la legislación de derecho de autor a nivel internacional? Nuestro museo posee una colección contemporánea y, a menudo, exponemos obras de arte contemporáneo de otros museos del mundo. ¿Qué tenemos que saber acerca de las legislaciones de derecho de autor de otros países?

Aunque no hay una ley internacional de derecho de autor per se, sí que existe un convenio internacional sobre el derecho de autor, el Convenio de Berna, en el que muchos países son parte. Uno de los aspectos fundamentales de ese convenio es el concepto de “trato nacional”, en virtud del cual los países que son parte en el Convenio deben tratar la obra de los nacionales de otros países miembros del mismo modo que tratan la obra de sus propios nacionales.

Dicho esto, las exposiciones entre museos con frecuencia se rigen por contratos individuales, lo que permite que cada museo tenga un cierto margen de maniobra para especificar cómo deben abordarse las cuestiones relacionadas con el derecho de autor. Por ejemplo, si su museo, situado en los Países Bajos, expone cuadros de un artista francés que sigue siendo titular del derecho de autor de sus obras, y si su

museo quiere elaborar carteles de la exposición para anunciarla por todo Ámsterdam, se aplicará, si no hubiera un acuerdo bilateral sobre exposiciones itinerantes y/o de un contrato entre las dos instituciones que disponga algo distinto, la legislación de derecho de autor de los Países Bajos mientras las obras estén en los Países Bajos. Aun así, en las condiciones con arreglo a las que una institución cultural presta su colección a otra a menudo se insiste en que toda reproducción de cualquier parte de la colección se organice por conducto de la institución de origen. La Biblioteca Británica, por ejemplo, así lo establece claramente antes de ceder a cualquier otra institución obras en préstamo:

Fotografía, filmaciones y reproducciones

- *Pueden obtenerse imágenes para su reproducción en el Servicio de Imágenes de la Biblioteca Británica. El prestatario deberá ponerse en contacto con el Servicio de Imágenes de la Biblioteca Británica para tratar todo lo relacionado con los gastos, las licencias y el derecho de autor. Las solicitudes de reproducciones/permisos han de efectuarse por Internet.*
- *No se permite la filmación con fines comerciales.*
- *El permiso para filmar con fines promocionales o educativos deberá solicitarse de antemano al Jefe del Registro de Préstamos.*

Derecho de publicación

- *Si un objeto no ha sido publicado y el prestatario lo publica o lo muestra al público, todos los derechos de publicación recaerán en la Biblioteca Británica.³⁵⁴*

En un contrato tipo en los Estados Unidos de América sobre esta cuestión podría leerse:

Por la presente, el exhibidor se compromete a que el préstamo de las obras objeto de este acuerdo solamente tendrá como finalidad su exhibición y que no hará ningún uso distinto de la obra; tales usos incluyen, entre otros, la explotación comercial, la radiodifusión u otro tipo de reproducción. El exhibidor se compromete, además, a mantener las obras en la siguiente ubicación: _____, y a no trasladarlas o exhibirlas en otro lugar sin el consentimiento expreso y por escrito.³⁵⁵

4. Somos un museo que cuenta con obras de arte protegidas por derecho de autor y otras del dominio público. ¿Qué debemos saber sobre derechos morales?

Los derechos morales son un aspecto de la normativa de derecho de autor que puede variar considerablemente de una jurisdicción a otra. El conjunto más restrictivo de derechos morales se encuentra en Francia, mientras que los Estados Unidos de América son uno de los países con unas disposiciones sobre derechos morales menos rigurosas. En función de la legislación vigente, los derechos morales se aplican a obras de arte protegidas por la legislación en materia de derechos morales en un período determinado. Esto supondría tener que ponerse en contacto con el artista, sus herederos o la sociedad de derechos de autor pertinente cada vez que se deseara utilizar la obra de arte de un modo que pudiera tener consecuencias desde el punto de vista de las disposiciones sobre derechos morales. Los derechos morales pueden incluir el derecho de atribución al artista, el derecho a la integridad de la obra de arte, el derecho a emplear un pseudónimo y el derecho a permanecer en el anonimato, entre otros. Entre las vulneraciones de los derechos morales se cuentan pintar una escultura de un color distinto, exponer una obra de arte en un lugar diferente al inicialmente especificado (obras de arte “específicas de un lugar”), desmembrar una obra de arte formada por múltiples elementos y añadir a una escultura lazos y guirnaldas por Navidad. Si su organización trabaja directamente con un artista contemporáneo, un buen punto de partida es entender y cumplir los deseos de este con respecto a la exhibición y la atribución de sus obras de arte.

³⁵⁴ British Library, About Us, Borrowing items for public exhibition, en www.bl.uk/aboutus/stratpolprog/borrow/index.html#sixten.

³⁵⁵ Véase, por ejemplo, T. Crawford, *Business and Legal Forms for Fine Artists*, pág. 63. Allworth Communications, Inc. (2005).

5. Nuestro museo está organizando una exposición sobre tatuajes tribales. Estamos elaborando un elegante folleto didáctico que acompañará a la exposición, y nos gustaría utilizar una fotografía que parece estar protegida todavía por derecho de autor, aunque no hemos podido identificar al fotógrafo. Aun así, ¿podemos utilizar la fotografía?

Las obras huérfanas son un tipo de obras protegidas por derecho de autor cuyo titular no puede ser identificado o cuyos datos de contacto no han podido ser verificados. En la práctica, cada jurisdicción establece el procedimiento adecuado para trabajar con este tipo de obras. Algunas jurisdicciones acaban de iniciar el procedimiento legislativo para permitir que las obras huérfanas estén a disposición de las partes que, después de una búsqueda diligente, no hayan podido localizar al autor o artista.

6. Somos un museo pequeño con una importante colección de arte pese a que nuestras instalaciones son pequeñas y se encuentran en un barrio periférico. Creemos que digitalizar nuestra colección es una decisión acertada y acorde con nuestro cometido, pero no podemos permitirnos sufragar otros costos además de los de digitalización de las obras de arte como, por ejemplo, el asesoramiento jurídico. ¿Cuál es la mejor manera de proceder?

Pese a que esta lista de preguntas más frecuentes no tiene por objeto ofrecer asesoramiento jurídico o empresarial, a continuación enumeramos algunos de los factores que cabe tener en cuenta a la hora de tomar esta decisión:

- La posesión física de una obra de arte no da derecho al museo a publicarla o copiarla, pues estos son derechos de P.I. independientes. Antes de digitalizar una obra de arte que sigue estando protegida por derecho de autor, el museo debe asegurarse de que también cuenta con la autorización del titular del derecho, ya sea el artista, los herederos de este o una sociedad de recaudación.
- Digitalizar toda una colección es una empresa costosa. Además de los conocimientos técnicos en tecnologías de la información, será fundamental mantener un buen registro del proceso de digitalización y es muy probable que no sea un proceso que pueda llevarse a cabo de una sola vez, habida cuenta de que las adquisiciones y las restricciones de acceso son elementos consustanciales a la práctica de la mayoría de museos.
- Mientras que la vertiente empresarial de la digitalización está fuera del alcance del presente texto, algunos de los aspectos básicos de propiedad intelectual que no habría que obviar en la digitalización de una colección son:

Obras de arte protegidas por derecho de autor: Antes de fotografiar y/o digitalizar una obra, un museo debería asegurarse de que dispone de la licencia para fotografiarla o digitalizarla. Las autorizaciones deben solicitarse al artista de la obra que va a ser fotografiada digitalmente, a sus herederos o al titular autorizado del derecho de autor.

Fotografías protegidas por derecho de autor: Digitalizar una fotografía ya existente también equivale a una reproducción a los efectos de la legislación de derecho de autor y, por consiguiente los museos deberían asegurarse de que cuentan con la autorización para hacerlo. Un museo puede ser titular del derecho de autor sobre una fotografía o bien obtener una licencia del fotógrafo (o de sus herederos o del representante del derecho de autor.)

Derechos morales: Los derechos morales pueden plantear un problema al digitalizar una obra de arte. Estos derechos pueden intervenir si los colores distan mucho de los originales o si, por ejemplo, la imagen queda borrosa o cortada. Como sería lento y laborioso comprobar con un artista o un fotógrafo todas las imágenes digitales, un museo puede obtener una renuncia total o parcial a los derechos morales con respecto a las pequeñas desviaciones que puedan observarse en el caso de digitalizaciones o llegar a otros acuerdos con el artista o el fotógrafo.

7. A la hora de digitalizar una colección y/o tener presencia en Internet, ¿qué debe saber mi institución sobre la manera de comunicar su política de derecho de autor a quienes visitan el sitio Web?

La legislación de derecho de autor se aplica tanto si se ha informado al público como si no. Imaginemos, por ejemplo, una situación en la que intervengan un libro protegido por derecho de autor, una persona y una fotocopidora. Es de prever que la persona sabrá que es ilegal fotocopiar todo un libro para un amigo. La mayoría de los libros contienen advertencias relacionadas con el derecho de autor en la portada, en las que se informa a los posibles lectores de qué se puede hacer y qué no con el libro. Los sitios Web funcionan aproximadamente de la misma manera, pese a que, por su naturaleza digital, realizar copias es mucho más fácil y barato que con una fotocopidora. Los sitios Web tratan los avisos sobre los derechos de autor de distintas maneras. Un ejemplo de advertencia típica lo encontramos en el sitio Web de la Biblioteca de Imágenes de las Galerías Nacionales de Escocia:

La Biblioteca de Imágenes gestiona un archivo de más de 100.000 imágenes de obras pertenecientes a los fondos de las Galerías Nacionales de Escocia y en régimen de préstamo a largo plazo. Toda copia de nuestras obras debe contar con la autorización pertinente. Podemos ayudarle y tramitar los permisos y las licencias necesarias para la utilización comercial, editorial y académica de estas imágenes.

Formatos: Las obras están disponibles como transparencias en color en un formato de 5x4 pulgadas, impresiones en blanco y negro o impresiones en color; asimismo, varias obras están disponibles en archivos digitales.

*The Picture Library
National Galleries of Scotland
Dean Gallery
73 Belford Road
Edinburgh
EH4 3DS*

Teléfono: + 44 (0)131 624 6258 o 6260 Fax: + 44 (0)131 623 7135

Correo electrónico: picture.library@nationalgalleries.org

También puede encontrar una selección de imágenes de la Colección de las Galerías Nacionales de Escocia en la sección Online Collections del sitio Web.

Pertenece a la British Association of Picture Libraries and Agencies (Asociación Británica de Agencias y Bibliotecas de Imágenes) y somos socios de Images of Art and Culture, un grupo cooperativo de mercadotecnia que trabaja con colecciones culturales nacionales. Algunas de nuestras imágenes también pueden verse a través de SCRAN (Scottish Cultural Resources Access Network). Además, prestamos apoyo a la Picture Research Association.³⁵⁶

La información es clara. Alude a la normativa de derecho de autor al decir que toda copia debe estar autorizada y, a continuación, ofrece los datos de contacto para que quien desee una copia pueda solicitar ayuda. Otro ejemplo de política de derecho de autor en la que la colección digitalizada posiblemente contenga información delicada es la del National Museum of the American Indian (Museo Nacional del Indio Americano) (NMAI). Aunque la propia página Web de la Smithsonian (común a todas las instituciones de la Smithsonian, incluido el NMAI) es demasiado extensa para reproducir aquí íntegramente su contenido, sí cabe señalar que incluye varias explicaciones detalladas de qué contenido está protegido por las leyes de P.I., qué se entiende por uso leal, cuáles son las limitaciones al uso comercial, cómo se emplean las marcas en el sitio Web y cómo se utilizan los enlaces a sitios Web de terceros. Acto seguido, se abdica de toda garantía de comerciabilidad, idoneidad o no infracción con respecto del texto y las imágenes del sitio Web y destaca que toda la responsabilidad por la descarga, la impresión o cualquier otro uso que se haga de los contenidos del sitio Web recae únicamente en el usuario del sitio Web, y que este se compromete a hacer únicamente un uso leal de los contenidos. Además, la página Web sobre política de derecho de

³⁵⁶ Véase www.natgalscot.ac.uk/index.asp?centre=html/8-pubs/8_pubsFS.asp?status=picture.

autor incluye una sección de preguntas más frecuentes en la que se habla del uso de imágenes en distintas situaciones, desde la obtención de permisos hasta la utilización de imágenes en un informe escolar.³⁵⁷

No existe una única manera de presentar la política de derecho de autor. Para instruir mejor a los visitantes de su sitio Web, es preferible incluir una política detallada antes que una mera mención de “todos los derechos reservados” o utilizar un lenguaje jurídico que el público podría no entender.

8. ¿Qué son los derechos de la personalidad, de publicidad y a la intimidad? ¿Guardan relación con la propiedad intelectual? ¿Qué debe saber mi institución sobre estos derechos?

La legislación sobre derecho a la intimidad no está comprendida en el Derecho de P.I., si bien, a veces, ambos derechos concurren en una misma situación. Como sucede con cualquier otro ámbito del Derecho, cada jurisdicción aborda los conceptos jurídicos de maneras distintas. En sentido amplio, sin embargo, los derechos de la personalidad son una expresión que engloba los derechos de publicidad y el derecho a la intimidad. Se entiende que los derechos de publicidad funcionan de manera similar a una marca: todo el mundo tiene derecho a evitar la explotación comercial de la propia imagen o apariencia salvo autorización o compensación fruto de un acuerdo. En ocasiones, se entiende que el derecho a la intimidad, un campo del Derecho vasto y controvertido, es el derecho a no ser molestado, pero también puede adoptar otras características, aunque suele referirse a situaciones en las que no existe un interés comercial.

Los museos se han tropezado con estos conceptos jurídicos, por ejemplo, al vender objetos de regalo basados en obras derivadas que incluyen la imagen de una persona. El Museo de Arte Contemporáneo de Los Ángeles vendía cuadernos de notas y camisetas, entre otros productos, que reproducían un fotocollage de la artista Barbara Kruger. La obra de Kruger incluye una fotografía de un tercero que muestra una imagen parcial y ampliada del ojo derecho de una mujer, cubierto por las palabras “It’s a small world but not if you have to clean it”. La mujer, cuyo ojo se utilizó en la fotografía y posteriormente en el fotocollage, afirmaba que la obra no sólo vulneraba su derecho a la intimidad, sino también el derecho de autor de la fotógrafa. Sus demandas no prosperaron en los Estados Unidos de América, pero este hecho ejemplifica unas cuestiones que no se han abordado de manera exhaustiva en los foros jurídicos internacionales. De haber sucedido en otra jurisdicción, si la mujer hubiera sido una persona famosa o si su cara hubiera tenido más presencia en el fotocollage, el resultado tal vez habría sido distinto. En los Estados Unidos de América también se permitió que el principio de libertad de expresión prevaleciera sobre los derechos de publicidad en el caso de un cuadro en que aparecía el golfista Tiger Woods, pero el resultado podría haber sido distinto en otras jurisdicciones.

En el caso de las ECT, es necesario un mayor grado de vigilancia. Para algunas tribus y culturas, la reproducción del aspecto de los ancianos de la tribu, por ejemplo, constituye toda una ofensa. Si bien no existe un régimen jurídico distinto en este sentido para las ECT, los museos deberían procurar potenciar las relaciones con cualquier tribu o grupo cultural cuyas creaciones expongan y gestionen. Por lo general, compete a los museos entender las disposiciones relativas al derecho a la intimidad y a los derechos de publicidad de su jurisdicción para evitar, así, exponer o reproducir imágenes de personas que no han dado su autorización al artista o al fotógrafo para ninguna de esas dos actividades.

9. ¿Qué relación existe entre el derecho de autor y las marcas? ¿Puede una marca estar también protegida por derecho de autor? ¿En cuál de esos dos conceptos se inscriben las ECT?

La legislación de derecho de autor y la legislación sobre marcas suelen actuar de manera independiente la una de la otra, aunque una no prohíbe la aplicación de la otra. Por ejemplo, el Rijksmuseum de Ámsterdam utiliza como logotipo un gráfico. Ese logotipo aparece en un lugar destacado en sus publicaciones y en los materiales promocionales relacionados con sus exposiciones, de manera que hace las veces de marca. No obstante, el logotipo también puede estar protegido por derecho de autor en tanto que expresión original. Puede verse en el sitio Web del Museo, junto con muchos otros materiales protegidos por derecho de autor, desde obras de arte hasta información sobre las exposiciones.³⁶⁰ Una ECT que consista en un

³⁵⁷ Véase www.si.edu/copyright/.

símbolo o un signo también podría gozar de protección, tanto de conformidad con la legislación de derecho de autor como de la legislación sobre marcas pese a que, como ya se ha señalado en estas páginas, no existe un criterio común en el plano internacional sobre esta cuestión ni tampoco en la mayoría de las jurisdicciones nacionales. Desde un punto de vista jurídico, existen motivos por los que una ECT puede estar protegida o no por derecho de autor, como también puede haber motivos para que los miembros de una tribu o un grupo se opongan a la protección por derecho de autor que afecta a esa ECT. Si una ECT se emplea como marca (para identificar productos y servicios en el mercado), el grupo o tribu indígena de la que procede esa ECT puede o no aceptar dicho uso, de modo que, aunque cabe la posibilidad, tanto desde un punto de vista jurídico como técnico, de utilizar una ECT como marca, probablemente no sea aconsejable hacerlo salvo que se obtenga el consentimiento previo informado del grupo cultural pertinente.

10. ¿Qué debe saber mi institución sobre la posibilidad de proteger por derecho de autor nuestra ubicación física?

Recientemente hemos gastado una gran suma para que un famoso arquitecto remodelara el edificio y una tienda de recuerdos turísticos de la zona vende postales en las que se ve una fotografía del edificio.

En algunas jurisdicciones se permite fotografiar un edificio que sea visible desde un espacio público (como una calle, un parque, etc.) y utilizar esa fotografía para obtener un beneficio comercial sin que ello vulnere el derecho de autor del arquitecto o del propietario del edificio. Así se establece explícitamente en las legislaciones de los Estados Unidos de América, el Reino Unido y el Japón, por ejemplo. No obstante, hay excepciones. En París, han instalado un espectáculo de luces en la Torre Eiffel y está prohibido fotografiarlo, con lo que también lo está fotografiar la propia Torre Eiffel por la noche.³⁵⁸ En Nueva York, el edificio Flatiron también se ha convertido en la marca de Newmark & Co. Real Estate, motivo por el cual la compañía inmobiliaria ha resuelto varios casos relacionados con reproducciones del edificio mediante acuerdos extrajudiciales. No obstante, la norma internacional genérica reza que puede fotografiarse todo edificio que sea visible desde un lugar público y que puede utilizarse esa fotografía con fines comerciales en actividades tan diversas como la elaboración de postales o la filmación.

11. ¿Qué es una imagen “de tamaño reducido”? ¿Se pueden utilizar sin necesidad de contar con el permiso del titular del derecho de autor?

Con respecto a la configuración de un sitio Web, se entiende por “imagen de tamaño reducido” toda imagen gráfica de pequeño tamaño. Se emplea para facilitar el reconocimiento, del mismo modo que los índices de texto se emplean para localizar palabras. Los motores de búsqueda de imágenes, como Google Images®, utilizan imágenes de tamaño reducido. Su uso en un sitio Web cultural depende de varios factores. En los Estados Unidos de América, en una sentencia de 2003 del Noveno Circuito se dictaminó que las imágenes de tamaño reducido constituían un uso leal de las imágenes protegidas por derecho de autor. La causa afectaba a un fotógrafo cuyas fotografías habían sido incluidas, en tamaño reducido, en un motor de búsqueda. Si bien la doctrina del uso leal es, por lo tanto, aplicable en los Estados Unidos de América a este tipo de situaciones, el dictamen no entraba a valorar los derechos morales del fotógrafo. Un artista puede no desear que se reduzca el tamaño de sus cuadros o fotografías para publicarlos en un sitio Web de un museo con objeto de ilustrar su obra. Además, en otras jurisdicciones, cabe la posibilidad de que la utilización de imágenes de tamaño reducido no se considere un “uso leal”. En Australia, por ejemplo, las exenciones del tipo de la del “uso leal” son mucho más estrictas. Dado que la finalidad de toda institución cultural es presentar el arte que alberga de la manera más favorable posible, la utilización de imágenes de tamaño reducido debería considerarse desde muchos puntos de vista, entre ellos los derechos morales y las sensibilidades de las ECT, la misión del museo y la relación con los artistas, así como la finalidad de la imagen de tamaño reducido (p. ej., si simplemente se empleará con fines de indización o se mostrará al público).

³⁵⁸ Torre Eiffel, preguntas más frecuentes, en www.tour-eiffel.fr/teiffel/uk/pratique/faq/index.html. “No existen restricciones a la publicación de fotografías de la Torre tomadas de día. Las fotografías tomadas de noche, cuando la iluminación está en funcionamiento, están sujetas a la legislación de derecho de autor, y deben abonarse las tasas por el derecho de publicación al SNTE”.

12. ¿Qué podríamos añadir a nuestro sitio Web para promover el consentimiento previo informado para la utilización de las ECT, aunque no haya obligación legal de hacerlo?

Pueden adoptar distintas medidas activas para gestionar adecuadamente su colección. En primer lugar, aborden estas cuestiones en la sección dedicada al “derecho de autor” o a las “reproducciones” de su sitio Web. Expliquen algunas de las diferencias entre la legislación de derecho de autor de su jurisdicción y los deseos/requisitos de la cultura cuyas obras de arte exponen (si han dado los pasos adecuados para asegurarse de que la cultura pertinente está de acuerdo en que sus obras de arte se expongan). Aumenten el conocimiento que tienen sobre las culturas cuyas obras exponen o representan. Por ejemplo, el Museo Nacional de Australia, en Canberra, incluye una “advertencia” en la parte superior de sus páginas Web que reza: “Se informa a los indígenas australianos de que este sitio Web incluye imágenes o nombres de personas que han fallecido”.³⁵⁹

La gestión digital de derechos puede ser otra opción digna de consideración. Existe la posibilidad de “proteger” tecnológicamente las imágenes de un sitio Web para evitar las descargas o la modificación, así como de emplear tecnología “flash” para que las imágenes no sean estáticas y, por lo tanto, no sea posible descargarlas.³⁶⁰

13. Mi institución, que posee una abundante colección de arqueología y arte tribales, a menudo llega a acuerdos con otras instituciones culturales de todo el mundo para organizar exposiciones itinerantes. Dado que no existe un instrumento jurídico internacionalmente aplicable a la protección o el manejo adecuado de estas obras, ¿qué podemos hacer para asegurarnos de que el museo de acogida cumple nuestras políticas?

Los contratos bilaterales son un vehículo inmejorable para que su museo plantee sus expectativas y mencione, incluso, los requisitos concretos para el manejo y la posible reproducción de determinadas piezas delicadas. Por ejemplo, el Museo de Ciencias Naturales de Barcelona, dependiente del Instituto de Cultura, emplea una cláusula en sus “Condiciones para el préstamo de material”:

*La publicación en fotografía, película, vídeo, DVD, moldes o cualquier otro tipo de reproducción de los ejemplares prestados debe ser autorizada previamente por el Museo. Las autorizaciones de reproducción con finalidad de publicación científica serán confirmadas por el técnico responsable del Museo. Cuando las finalidades del préstamo sean programas públicos o comerciales, la autorización y fijación de las condiciones de reproducción serán competencia de la Dirección del Museo.*³⁶¹

Aunque podrían plantearse distintos tipos de condiciones para el manejo y la reproducción de piezas culturales que incluyan ECT, conviene señalar que su museo puede exigir el cumplimiento de cualesquiera condiciones que considere necesarias para el manejo eficaz y adecuado de su colección.

14. ¿Son los sistemas actuales de P.I. una vía factible para que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales comercialicen y se beneficien económicamente de sus culturas? En la tienda de objetos de regalo de mi institución hay varios recuerdos y joyas de inspiración tradicional y están entre los productos más vendidos.

Algunas tribus y grupos culturales están de acuerdo en convertir en productos comerciales algunos elementos de su patrimonio cultural. En este sentido, los maoríes de Nueva Zelandia y algunos grupos nativos de Alaska han creado marcas de certificación para que los posibles consumidores sepan que, en efecto, determinados objetos de arte o productos de artesanía han sido fabricados por esos grupos. Dicho esto, obtener un rendimiento económico de su patrimonio cultural no siempre es algo en lo que estén interesados los pueblos indígenas; para ellos, es mucho más importante mantener la integridad y el respeto de determinadas ECT.

359 Véase, por ejemplo, Collaborating for Indigenous Rights, National Museum of Australia, Canberra, en <http://indigenoustrights.net.au/www.nma.gov.au/Indigenoustrights/default.html?alD=14>. Véase también *Permisos para filmación, fotografía y representación artística comercial*, Parque Nacional Uluru-Kata Tjuta, “Todos los equipos de filmación comercial, fotógrafos, artistas y personal encargado de la grabación de sonido tendrán que solicitar un permiso para realizar actividades con fines comerciales en el parque”, en www.environment.gov.au/parks/uluru/visitor-information/permits-commercial.html.

360 Véase, por ejemplo, Christie's, en www.christies.com/.

361 Instituto de Cultura: Museo de Ciencias Naturales, Ayuntamiento de Barcelona, *Condiciones para el préstamo cultural del comodato*, en www.bcn.es/museociencias_fitxers/imatges/FitxerContingut7453.pdf.

Así sucede, a menudo, con las baratijas presuntamente tradicionales que personas ajenas a un pueblo o una comunidad determinados fabrican y venden como si fueran productos auténticos. Si su institución vende productos “inspirados” en un pueblo o comunidad específicos pero que no han sido “manufacturados” por ellos, asegúrese de que esta información llega claramente al público.

15. Soy un diseñador de joyas que se inspira en las obras del Museo del Quai Branly de París. ¿Qué debería mencionar, u omitir, al comercializar mis joyas?

La respuesta depende, en gran medida, de los detalles concretos de su situación. Si quiere demostrar su respeto por el pueblo o la cultura de la que toma sus ideas, podría ser aconsejable que lo mencionara en la etiqueta que acompaña a las joyas. No obstante, si interpreta incorrectamente —involuntariamente o no— algún símbolo cultural importante o si distorsiona imágenes de una manera que pudiera ofender a esa cultura, vincular su trabajo con el patrimonio cultural de esta puede resultar ofensivo. Si le es posible, póngase en contacto con el conservador pertinente del museo, ya que tal vez este mantenga algún tipo de relación profesional con el pueblo o la comunidad en cuyo arte se inspira, y pregunte específicamente si desean que se les mencione y, de ser así, cómo desean que se haga esa atribución.

Además, en la presente publicación se habla de algunas de las características de las “obras derivadas”, la infracción del derecho de autor y la apropiación indebida. Nunca debería anunciar o comercializar sus joyas como si las hubiera fabricado un pueblo o una comunidad, o como si estos hubieran dado su beneplácito, si no es así. Para determinar si hay que atribuir las obras a la cultura de la que proceden sus ideas, y cómo hacerlo, no hay mejor camino que la comunicación directa, amén de una estrategia de comercialización transparente en la que se admita que la obra no es fruto del trabajo de artesanos indígenas.

BIBLIOGRAFÍA

- Adewopo A., Protection and Administration of Folklore in Nigeria, *SCRIPT-ed*, Vol. 3, Issue 1, March 2006.
- Anderson J. and G. Koch, 'The Politics of Context: Issues for Law, Researchers and the Compilation of Databases' In *Researchers, Communities, Institutions, Sound Recordings* edited by L Barwick, A Marett and J Simpson. Sydney: University of Sydney, 2004.
- Anderson, J., "The Making of Indigenous Knowledge in Intellectual Property Law in Australia" *International Journal of Cultural Property*, 12(2)
- Anderson, J., Access and Control of Indigenous Knowledge in Libraries and Archives: Ownership and Future Use, *Correcting Course: Rebalancing Copyright for Libraries in the National and International Arena*, American Library Association and The MacArthur Foundation Columbia University, New York, May 5-7 2005.
- Anderson, J., *LAW, KNOWLEDGE, CULTURE: THE PRODUCTION OF INDIGENOUS KNOWLEDGE IN INTELLECTUAL PROPERTY LAW* Edward Elgar Press (2008).
- Anderson, M. L., Who Will Own Art Museum's IP Content? *The Art Newspaper*, Nov. 1, 2005.
- Auther, J., Use of Sacred Symbol Causes New Mexico Controversy, *CNN.com*, quoting Zia Pueblo tribe elder Ysidro Pino.
- Bailey, M. Don't Return Artefacts to Nigeria, *The Art Newspaper*, Jan. 10, 2000
- Bailey, M. The Met and Louvre are Behaving Unethically, *The Art Newspaper*, Jan. 9, 2001
- Blake, J., 2006, Commentary on the UNESCO Convention for the Safeguarding of the
- Bowrey K. and J. Anderson, 'The Politics of Global Information Sharing: Whose Cultural Agendas are Being Advanced?', *Social & Legal Studies*, Vol. 18, No. 4, 479-504 (2009)
- Boylan, P., *International Journal of Intangible Heritage*, vol. 1, 2, 3, 2006 ff Seoul: The National Folk Museum of Korea
- Brown, M., *WHO OWNS NATIVE CULTURE?* Harvard University Press: Harvard, 2004
- Clavir, M., 2002, *Preserving what is valued*, UBC Press, Vancouver - Toronto.
- Crawford, T., *Business and Legal Forms for Fine Artists*, p. 63. Allworth Communications, Inc. (2005).
- Diamond B., "Reconnecting: University Archives and the Communities of Newfoundland" in Anna Hoefnagels and Gordon E. Smith, eds. *Folk Music, Traditional Music, Ethnomusicology. Canadian Perspectives, Past and Present*, Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 3-12, 2007.
- Dubuc, E. and L. Turgeon (eds.), 2004, *Musées et premières nations*, *Anthropologie et Sociétés*, 2004, vol. 28, no 2, Québec.
- Farley, C., Protecting Folklore: Is Intellectual Property the Answer? *Connecticut Law Review*, Vol. 30, 1997.
- Feliciano, H., *The Lost Museum: The Nazi Conspiracy to Steal the World's Greatest Works of Art* (Basic Books, 1998)
- Fitz Gibbon, K., *Who Owns the Past?: Cultural Policy, Cultural Property, and the Law* (Rutgers University Press, 2005).
- Flessas T. (2008), 'The Repatriation Debate and the Discourse of the Commons' *Social and Legal Studies* 17(3): 387-405.
- Gumbula, N., "Nurturing the Sacred through Yolngu Popular Song" (2002) 2(69) *Cultural Survival*.
- Hollowell J. and G. Nicholas (editors). "Decoding Implications of the Genographic Project for Cultural Heritage Studies," Special Section, *International Journal of Cultural Property*, Vol. 16, No. 2, 2009.

- Hudson E. and A. T. Kenyon, Copyright and Cultural Institutions: Guidelines for Digitisation, The University of Melbourne, Melbourne Law School, February 2006
- Hudson, E., "Cultural Institutions, Law and Indigenous Knowledge: A Legal Primer on the Management of Australian Indigenous Collections," Intellectual property Research Institute of Australia, University of Melbourne, 2006
- Huffmann, K. (1999) "Communities and Fieldworkers: The Vanuatu Experience", OCEANIA, Vol. 70, No. 1
- Intangible Cultural Heritage, Leicester: Institute of Art and Law.
- Janke, T., "Our Culture: Our Future, Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights" (1999)
- Janke, T., Beyond guarding ground— The case for a National Indigenous Cultural Authority
- Karp, C., Internationalized Domain Names in the Management of Cultural Heritage, 27th Internationalization and Unicode Conference, Berlin, Germany, April 2005
- Kruth L. and H. Kruth, The Question of Copyrighting Art Restorations, WAAC Newsletter, Vol. 3, No. 3, Sept. 1981.
- MacDonald, J. Aboriginal Art Dealers Fight Back, The Art Newspaper, Issue 184, September 10, 2007.
- Mahina, K. (2004) "Museum of New Zealand Te Papa Tongarewa: The Case of the Intangible Heritage", ICME papers
- Merryman J. H. and A.E. Elsen, LAW, ETHICS AND THE VISUAL ARTS. Chapter 3, Who Owns the Past? Kluwer Law International (4th ed., 2004).
- Mills, S., "Indigenous Music and the Law: An Analysis of National and International Legislation" 1996 Yearbook for Traditional Music, 28 (1996), 57 to 85.
- Myers, F., PAINTING CULTURE: THE MAKING OF AN ABORIGINAL HIGH ART, Duke University Press: Durham, 2002.
- Oguamanam, C., "International Law and Indigenous Knowledge: Intellectual Property Rights, Plant Biodiversity, and Traditional Medicine," University of Toronto Press, (2006)
- Patton, P., Trademark Battle Over Pueblo Sign, The New York Times, Jan. 13, 2000.
- Pessach, G., Museums, Digitization and Copyright Law – Taking Stock and Looking Ahead, Journal of International Media and Entertainment Law, 2007.
- Reid, M., Copyrighting Art Restorations, Bulletin, Copyright Society of the U.S.A. Vol. 28, No. 3, Feb. 1981.
- Riding, A., Paris Opens a Museum for Non-Western Art. The International Herald Tribune, June 21, 2006.
- Rimmer, M., 'Albert Namatjira: copyright estates and traditional knowledge' Australian Library and Information Association June 2003.
- Rimmer, M., A Right of Resale? Indigenous Art under the Hammer, ABC Australia, July 27, 2007
- Rose, M., "Authors and Owners: The Invention of Copyright", Harvard University Press (1995)
- Sandler, F., "Music of the Village in the Global Marketplace – Self-Expression, Inspiration, Appropriation, or Exploitation?" Ph.D. Dissertation, University of Michigan, 2001
- Senftleben, M., Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law (Kluwer Law International, 2004).
- Tanner, S. and M. Deegan, Exploring Charging Models for Digital Cultural Heritage, A HEDS Report on behalf of the Andrew W. Mellon Foundation, June 2002
- Theurich, S., Art and Cultural Heritage Dispute Resolution, WIPO Magazine, Issue no. 4, 2009
- UNESCO, Museum International 221-222, 2004, Intangible Heritage, Paris.

- Vaidhyathan, S., COPYRIGHTS AND COPYWRONGS, 152. New York University Press, 2001.
- Vaver, D., Copyright Law, (Irwin Law, Toronto, 2000)
- Wichard, C. and W. Wendland, Mediation as an Option for Resolving Disputes between Indigenous/ Traditional Communities and Industry concerning Traditional Knowledge, in Art and Cultural Heritage: Law, Policy, and Practice, Barbara T. Hoffman (ed.), Cambridge University Press, 2006.
- WIPO Guide on Managing Intellectual Property for Museums, 2008, prepared by Pantalony, R.
- WIPO, "Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore," WIPO Publication No. 785.
- WIPO, "Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions", WIPO Publication No. 781, prepared by Janke, T.
- Woodmansee M. and P. Jaszi, "The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature", Duke University Press (1994).
- Ying, K. C., Protection of Expressions of Folklore/Traditional Cultural Expressions: To What Extent is Copyright Law the Solution? Journal of Malaysian and Comparative Law, 2005, Vol. 32, No. 1.

ÍNDICE DE TÉRMINOS

A

Acuerdo sobre los ADPIC	24, 29, 33, 40, 41, 66
Adaptación	26, 34, 35, 41, 44
AFC	51, 52, 60, 61
Apropiación indebida	20, 26, 27, 31, 106
Arbitraje	69, 70, 71
Artículo 15.4) del Convenio de Berna	38
Autor	5, 16, 20, 23, 24, 31, 34, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 51, 53, 56, 84, 89, 99
Autor desconocido	16
Autores	15, 24, 25, 37, 38, 47, 54, 56, 62, 63, 78, 82, 88, 99

B

Bases de datos	16, 29
Biblioteca del Congreso	61

C

Caso de los tapices	32
Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI	67, 72, 73
Cesión	37, 54, 72, 75, 83
Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG)	15
Competencia desleal	63
Consentimiento	11, 12, 18, 41, 52, 54, 72, 76, 82, 84, 86, 89, 90, 99, 100, 104, 105
Controversia	6, 69, 70, 71, 72, 73
Controversias	11, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 82
Convención de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial	19, 36
Convención de la UNESCO sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales	19
Convenio de Berna	16, 23, 24, 29, 33, 35, 38, 40, 41, 44, 99
Creative Commons	54, 55, 56

D

Decisión de experto	70, 71, 73
Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas	14
Derecho consuetudinario	36, 48, 70, 71, 78, 82, 89
Derecho de autor de la Corona	53, 54, 56
Derecho de participación	16, 44, 45, 46
Derechos conexos	5, 9, 16, 22, 23, 24, 36, 38, 50, 56, 57, 58
Derechos humanos	14
Derechos morales	25, 40, 41, 42, 43, 44, 51, 57, 61, 62, 99, 100, 101, 104
Derechos patrimoniales	24, 25, 40, 41, 42, 44, 54, 56, 57
Dicotomía entre (la) idea y (la) expresión	31, 32, 33
Digitalización	6, 13, 30, 36, 58, 60, 61, 69, 76, 78, 79, 81, 82, 84, 101
Disposiciones Tipo	17
Dominio público	5, 11, 17, 27, 28, 29, 34, 35, 36, 37, 40, 41, 51, 53, 56, 60, 100, 113

E

Excepción	49, 50, 51
Excepción o (una) limitación	9, 43, 52

F

Fijación	33, 34, 53, 57, 105
Flickr	60
Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas	14

G

Gestión colectiva	62, 63
Gestión de riesgos	6, 39, 49, 69
Gestión digital de derechos	29, 105
Global Sound Project	19, 59, 83
Guía de la OMPI sobre la gestión de la P.I. en los museos	21

I

Internet	19, 35, 37, 43, 48, 50, 58, 59, 60, 61, 66, 67, 68, 69, 79, 81, 82, 100, 102
----------	---

L

Ley Tipo del Pacífico Sur	86
Licencia	4, 19, 29, 42, 47, 49, 51, 54, 55, 56, 72, 89, 101
Licencias	19, 38, 47, 52, 54, 55, 56, 61, 62, 89, 100, 102
Litigio	27, 46

M

Marca	25, 29, 63, 64, 65, 67, 99, 103, 104
Marca de agua	59
Marcas	6, 16, 22, 23, 63, 64, 65, 66, 68, 84, 99, 102, 103, 104, 105
Mediación	69, 70, 71, 72, 73, 113
Medidas tecnológicas de protección	59

N

Mombres de dominio	23, 63, 64, 66, 67
--------------------	--------------------

O

Obra derivada	34, 35
Organizaciones de Derechos de Reproducción (IFRRO)	62, 68
Originalidad	25, 26, 27, 28, 29, 31, 33, 50, 52

P

Proyecto de disposiciones	18
Proyecto del Patrimonio Creativo	6, 22

R

Recopilación	29, 30, 48, 58, 77, 85, 86
Restauración	28, 50, 52

S

Sagrada	48, 52
Sagradas	31, 32
Sagrado	9, 11, 31, 42, 60, 64, 69
Sagrados	31, 54, 84
Secreta	48, 52, 77
Secreto	11, 60, 69, 72
Secretos	31
Solución extrajudicial de controversias	70, 71, 72, 73
Sudor de la frente	29
<i>Sui géneris</i>	17, 18, 29, 31, 35, 36, 65

T

Titulares de derechos	12, 23, 38, 62, 63, 67, 82
Titulares del derecho	10, 17, 24, 27, 28, 38, 44, 46, 48, 61
Titularidad conjunta	53, 56

U

uso indebido	18, 27, 60, 68, 86
uso indebidos	17, 18
USPTO	64

W

WPPT	16, 56, 57, 58
------	----------------

SOBRE LAS AUTORAS



Molly Torsen

Cuando participó en la redacción de la presente publicación, Molly era vicepresidenta del Instituto Internacional de la Propiedad Intelectual (IIPI) en Washington, DC. En la actualidad, es especialista en comercio internacional de la Oficina de Derechos de Propiedad Intelectual, adscrita al Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América. Molly se licenció en francés y se doctoró en Derecho en la Universidad de Washington (Seattle). Llevó a cabo estudios en el ámbito del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Edimburgo gracias a una beca de investigación del Arts and Humanities Research Council; durante esa estancia, su labor se centró en la legislación internacional en materia de derecho de autor y su relación con el arte contemporáneo; ha trabajado en cuestiones relacionadas con el derecho de autor en la esfera digital en el Centro Berkman de Internet y Sociedad. En la actualidad está acabando un libro sobre la relación entre el arte y normativa de propiedad intelectual que publicará en 2011 el Institute of Art and Law. Antes de estudiar Derecho, Molly trabajó en el ámbito de los museos y las casas de subastas de arte.



Jane Anderson

La doctora Jane Anderson es profesora adjunta del Centro de Patrimonio y Sociedad del Departamento de Antropología de la Universidad de Massachusetts y profesora adjunta de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York. Se doctoró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva Gales del Sur (Australia) y su labor se ha centrado en los problemas filosóficos y prácticos de la legislación de propiedad intelectual y la protección de los conocimientos tradicionales/indígenas y su patrimonio cultural. Entre sus publicaciones más recientes destacan *Law, Knowledge, Culture: The Production of Indigenous Knowledge in Intellectual Property Law*, Edward Elgar Press, 2009 y la ponencia “Indigenous/Traditional Knowledge and Intellectual Property Issues”, que presentó en 2010 en el Centro para el Estudio del Dominio Público de la Universidad de Duke. La profesora Anderson también ha recibido varias becas de investigación de la Universidad de Duke, la Universidad de Nueva York, la Universidad de Edimburgo, la Smithsonian Institution y el Instituto Australiano de Estudios de los Aborígenes y los Isleños del Estrecho de Torres. Entre sus proyectos más recientes se incluyen el desarrollo de opciones de mediación/solución de controversias en la esfera de la propiedad intelectual y los problemas relacionados con los conocimientos indígenas (véase también *Resolving Intellectual Property Disputes Related to Traditional Knowledge, Genetic Resources and Traditional Cultural Expressions – The Role of Mediation and Arbitration*, OMPI, de próxima publicación) y distintos talleres comunitarios para el desarrollo de protocolos culturales.

AGRADECIMIENTOS

Molly Torsen

La presente publicación no habría sido posible sin la visión, la colaboración y la ayuda infatigable de Wend Wendland, de la OMPI, a quien estoy sumamente agradecida. También me gustaría dar las gracias a Jane Anderson por su valiosísima colaboración, así como a Brigitte Vézina y a Jessyca Van Weelde, de la OMPI. Este proyecto ha sido interesante y gratificante en extremo, dada la gran cantidad de experiencia internacional y de puntos de vista que el equipo ha aportado. Por último, vaya mi más sincero agradecimiento para Brennan Cain, Daniel Laster, Sean O'Connor y Patricia Failing por presentarme algunas de estas cuestiones. Mi agradecimiento personal a B.

Jane Anderson

Me gustaría dar las gracias especialmente a Wend Wendland, de la OMPI, por su visión y su apoyo a este proyecto. También me gustaría agradecer sinceramente a Molly Torsen su dedicación y sus aportaciones a la forma y el contenido de la presente publicación. Muchos de los aspectos que aquí se abordan figuraron inicialmente en el proyecto de investigación "Indigenous Knowledge and Intellectual Property: Access, Ownership and Control of Cultural Materials" [Conocimiento indígena y propiedad intelectual: acceso, titularidad y control de los materiales culturales], que llevé a cabo entre 2002 y 2006 en el Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islanders Studies [Instituto Australiano de Estudios de los Aborígenes y los Isleños del Estrecho de Torres]. Sigo estando sumamente agradecida a todos mis colegas del Instituto por haberme brindado la oportunidad de entender las complejidades del día a día de una institución nacional que trabaja en el ámbito de la cultura indígena. Durante la redacción de la presente publicación tuve la fortuna de contar con el apoyo institucional de la Universidad de Nueva York y de la Universidad de Nueva Gales del Sur. En especial, me gustaría dar las gracias a Sally Engel Merry y al Instituto de Derecho y Sociedad, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, y a Kathy Bowrey, Michael Handler, David Dixon y al Programa de Investigadores Visitantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva Gales del Sur. Asimismo, estoy en deuda con Fred Myers, Faye Ginsburg, Andy Russell, Haidy Geismar, Craig Green, Steve Kinnane, Kirstie Parker, Carol Ryan, Sophie Anderson y Andrea Geyer por su continuo apoyo intelectual.

OMPI

La División de Conocimientos Tradicionales de la OMPI desea dar las gracias a los consultores en materia de patrimonio creativo, de cuyos estudios proceden los ejemplos y los datos empíricos: Antonio Arantes, Vladia Borissova, Shubha Chaudhuri, Laurella Rincon, Martin Skrydstrup y Malia Talakai.³⁶² La División también desea expresar su agradecimiento a Molly Torsen y a Jane Anderson.

Asimismo, la División está sumamente agradecida a los revisores a los que acudió para que comentaran el borrador de la presente publicación y que aportaron unos comentarios muy acertados: Antonio Arantes, *Andrade & Arantes consultoria e projetos culturais*; Lars-Anders Baer, Saaml Council; Peggy Bulger, *American Folklife Center*; Shubha Chaudhuri, *Archives and Research Centre for Ethnomusicology*; Boureima Tiékoroni Diamitani, *West African Museums Program*; Jonathan Franklin, *Facultad de Derecho, Universidad de Washington*; Bernard Jankee, *African Caribbean Institute of Jamaica*; Toshiyuki Kono, *Universidad de Kyushu, Departamento de Estudios Jurídicos Internacionales, Facultad de Derecho*; Andrea Laforet, *Canadian Museum of Civilization Corporation*; Kiprop Lagat, *Museos Nacionales de Kenya*; Merav Mack, *The Van Leer Jerusalem Institute*; Martin Nakata, *Australian Indigenous Education and Jumbunna Indigenous House of Learning, University of Technology, Sydney*; Sipiriano Nemani, *Institute of Fijian Language & Culture, Ministry of Indigenous Affairs & Multi-Ethnic Affairs*; Jean Pipite, *ADCK-Centre Culturel Tjibaou*; Ralph Regenvanu,

³⁶² Los detalles biográficos y los estudios pueden consultarse en www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/surveys.htm.

Vanuatu Cultural Center; Lynette Russell, Centre for Australian Indigenous Studies; Mila Santova, Instituto de Folklore, Academia de Ciencias de Bulgaria; Anthony Seeger, Ethnomusicology Archive, Universidad de California, Los Ángeles; Rieks Smeets, antiguo miembro, de la División de Objetos Culturales y Patrimonio Inmaterial, Sección de Patrimonio Cultural Inmaterial; Paryse Suddith, Intellectual Property Policy, Ministry of Economic Development; Silke von Lewinski, Instituto Max Planck de Propiedad Intelectual; Maureen Whalen, The J. Paul Getty Trust; y Ben White, Biblioteca Británica.

Para más información, visite el sitio Web de la OMPI en www.wipo.int

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

34, chemin des Colombettes

P.O. Box 18

CH-1211 Ginebra 20

Suiza

Teléfono

+4122 338 91 11

Fax

+4122 733 54 28