

HACIA LA PROTECCIÓN SUI GÉNERIS DEL FOLCLORE

MARTÍN MOSCOSO

RESUMEN

Recientemente, la OMPI ha estado trabajando en el diseño de un sistema de Protección de los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales Tradicionales o Expresiones del folclore. En este contexto, este artículo presenta elementos y principios a considerar para el diseño de un mecanismo eficiente de protección. Se resalta que este tipo de protección debería complementarse con las formas de protección de la propiedad intelectual existentes que le sean aplicables (derechos de autor, marcas colectivas, entre otros) pero cuidando que éstos no impliquen la apropiación indebida de conocimientos colectivos, sino que conlleven a un uso legítimo y legal de las obras del folclore tanto para la generación de obras derivadas como para la protección de tales expresiones por sus comunidades. Asimismo, se hace un llamado a los sectores interesados para desarrollar, en conjunto, una Propuesta Nacional de Protección Sui Géneris.

El Perú es sin lugar a dudas un país con una vasta riqueza cultural, producto de los aportes que a lo largo de su historia han ido generando las diversas culturas originarias andina, aymara y amazónicas, así como las provenientes de la inmigración española, africana, china, entre otras. La fusión de culturas nos ha dotado de particulares manifestaciones en las que lo pagano y lo cristiano, lo occidental y lo nativo, se entremezclan bella y complejamente.

Este importante activo nacional, comúnmente asociado bajo el término de folclore, compuesto por tradiciones orales, cosmovisiones particulares, trajes típicos, artesanías tradicionales, iconografía diversa, música tradicional, danzas y coreografías, resulta siendo parte importante de nuestra identidad nacional y su preservación es una obligación ineludible.

Se ha discutido internacionalmente la necesidad de generar un mecanismo eficiente de preservación y protección de las expresiones del folclore o expresiones tradicionales. La UNESCO, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, ha liderado esfuerzos conducentes a asegurar la preservación del denominado Patrimonio Cultural Inmaterial, esfuerzos que han permitido la reciente adopción de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, vigente desde junio del 2006. Asimismo, en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, se ha conformado un Comité Intergubernamental para la discusión de la Protección de los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales Tradicionales o Expresiones del folclore, intentando el diseño de un sistema sui géneris de protección basado en normas de propiedad intelectual hacia dichas expresiones tradicionales.

La discusión se ha centrado en dilucidar si resulta necesario elaborar un sistema sui géneris de protección a estas manifestaciones, o por el contrario, si las normas actuales de propiedad intelectual pueden permitir un menú de opciones adecuado para cubrir tal expectativa de tutela, siendo en todo caso, posible su adecuación o perfeccionamiento. Sin embargo, previamente a la participación en esta discusión, se requiere precisar si es posible generar mecanismos de protección a las expresiones tradicionales en el entendido que las mismas pueden tener la naturaleza de bienes públicos.

Este trabajo preliminar pretende aportar elementos que pueden ser tomados en cuenta para el diseño de un mecanismo eficiente de protección, que no descarte las herramientas que el sistema de derechos de propiedad intelectual pone a disposición, pero que tampoco genere externalidades negativas en la promoción del uso adecuado de dichas expresiones tradicionales por la sociedad.

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. Cuestión de términos

La UNESCO en su Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y el Folclore, adoptada por la Conferencia General en su vigésimo quinta sesión del 15 de noviembre de 1989, definió al Folclore como aquella “cultura tradicional y popular que es la totalidad de creaciones basadas en tradiciones de una comunidad cultural, expresadas por individuos o un grupo y reconocidas como reflejos de las expectativas de una comunidad en cuanto reflejan su identidad social y cultural, y sus estándares y valores son transmitidos oralmente, por imitación u otros medios. Sus formas, entre

otras incluyen al idioma, literatura, música, danza, juegos, mitología, rituales, costumbres, artesanía, arquitectura y otras artes” (UNESCO, 1989)¹.

La Convención de la UNESCO sobre Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial ha preferido el uso de dicho término, definiéndolo 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” (UNESCO, 2003). Asimismo, la Convención añade el reconocimiento de la transmisión de generación a generación de dicho patrimonio cultural inmaterial, y su importancia para forjar identidad. A continuación enumera a las expresiones y tradiciones orales, las artes del espectáculo, los usos sociales, rituales y actos festivos, los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, así como las técnicas artesanales tradicionales, como manifestaciones de dicho patrimonio.

El término folclore ha sido definido en el Decreto Legislativo 822 de la siguiente manera: “Producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio nacional por autores no conocidos o que no se identifiquen, que se presuman nacionales del país o de sus comunidades étnicas y se transmitan de generación en generación, de manera que reflejan las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad”².

Sin embargo, las definiciones que pretenden separar las expresiones del folclore del resto de conocimientos tradicionales han sido criticadas. Es el caso de la opinión de la especialista Erica-Irene Daes quien señala: “Resulta pues inapropiado tratar de subdividir el patrimonio de los pueblos indígenas en categorías jurídicas separadas tales como “cultural”, “artístico” o “intelectual”, o en elementos separados tales como canciones, cuentos populares, etcétera... todos los elementos del patrimonio deberían administrarse y protegerse como un conjunto único interrelacionado e integrado”³.

1.2. ¿Proteger o promover?

Una primera digresión antes de discutir el posible diseño de un sistema de protección, es diferenciar dicho término de la promoción y la conservación.

1 Traducción del autor.

2 Decreto Legislativo 822. Artículo 2 numeral 12.

3 Daes (1993), citado en OMPI (2002), p. 35.

Así, por ejemplo, la Convención de Protección del Patrimonio Cultural Inmaterial señala que entiende por salvaguardia “las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión –básicamente a través de la enseñanza formal y no formal– y revitalización de este patrimonio en sus diversos aspectos” (UNESCO, 2003).

La Recomendación de Salvaguardia de 1989 diferencia las funciones de identificación, conservación, preservación, difusión y protección.

- La labor de identificación está relacionada con la elaboración de inventarios nacionales, regionales e internacionales de folclore, la creación de sistemas de identificación y registro, e incluso la creación de una tipología estándar de folclore.
- La labor de conservación está vinculada al establecimiento de archivos, museos y otras formas de acceso con fines de investigación.
- La preservación es una función complementaria a la anterior, pues incluye la adopción de medidas que garanticen el status y el apoyo económico para las tradiciones populares tanto en las comunidades que las produzcan como fuera de ellas. Dichas medidas incluyen diseño de currículos y contribuciones económicas a los estudios del folclore, y a labores que lo cultiven o que promuevan su investigación científica.
- La difusión incluye la organización de eventos diversos, el uso de medios masivos, la producción de material educativo, medios que aseguren la disponibilidad de información, entre otros.
- Finalmente, la protección es la función que se desprende de la naturaleza de creación intelectual que estas expresiones tradicionales tienen, y por tanto, incluye el estudio de mecanismos de propiedad intelectual. Aunque las recomendaciones agregan otros mecanismos de protección complementarios como la protección de la privacidad y la confidencialidad.

El fin de un sistema de protección debe delimitarse necesariamente. ¿Se trata de salvaguardar la integridad de dichas manifestaciones? ¿De restringir su uso irrestricto levantando barreras como el consentimiento previo? ¿O de asegurar una equitativa distribución de beneficios de la explotación y uso de estas manifestaciones? Una vez determinado dicho propósito, deberá establecerse si un sistema de protección es la herramienta adecuada para lograr dicho objetivo.

Y si dicho sistema debe basarse en el reconocimiento de derechos de exclusiva, es decir, con facultades de autorizar o prohibir el uso de dichas expresiones culturales tradicionales; o por el contrario, en derechos de remuneración que sin evitar el uso, obliguen al pago de compensaciones equitativas pro dichos usos. Finalmente, si el sistema debe excluir a los derechos patrimoniales y limitarse a derechos morales que aseguren la integridad de las expresiones del folclore, así como su paternidad.

2. OPCIONES DE PROTECCIÓN DEL FOLCLORE EN EL SISTEMA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

2.1. La crítica a la opción de protección vía el derecho de autor

El profesor costarricense Carlos Corrales, en su ponencia titulada “La protección al folclore”, presentada en el X Curso Académico Regional OMPI SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina⁴, analiza varios aspectos que surgen al pretender usar la protección tradicional del derecho de autor para las expresiones culturales tradicionales.

Señala el hecho que “no todas las expresiones folclóricas son obras en el sentido del Derecho de Autor”⁵. Efectivamente, las obras pueden ser consideradas como tales si satisfacen el requisito de originalidad.

Otro de los elementos resaltados por el Profesor Corrales es que la individualidad propia de las obras de autor está “desvanecida”⁶ en el caso de estas expresiones del folclore. Ciertamente, parte de las definiciones mencionadas líneas arriba, señalan como uno de los elementos característicos del folclore el carácter colectivo de su creación o su ejercicio. Así, por ejemplo, las Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore OMPI-UNESCO (1982), hace referencia al “patrimonio artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad o por individuos que reflejen las expectativas de esa comunidad”⁷.

El tercer elemento resaltado por el Prof. Corrales es el plazo, aludiendo a que la protección del folclore debiera ser indefinida, mientras que el derecho de autor

4 Ver Corrales (2003).

5 *Ibid.*, p. 7.

6 *Ibid.*

7 Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore.

considera un plazo máximo que en muchas legislaciones latinoamericanas asciende a 70 años posteriores a la muerte del autor.

Respecto a la necesidad de reconocer una protección indefinida al folclore no hay acuerdo total. Sin embargo, ya el derecho de autor reconoce el carácter imprescriptible de los derechos morales. Una posición intermedia sería la de incorporar plazos de protección sólo a los aspectos patrimoniales de las expresiones tradicionales.

Finalmente, el estudio mencionado señala como cuarto factor de análisis la titularidad del ejercicio de los derechos conferidos, haciendo mención a lo complejo que resultaría ejercer los derechos sobre las obras folclóricas puesto que no hay autor individualizado.

2.2. Una propuesta de protección vía el derecho de autor

Una voz discordante con la anterior es la del finado profesor suizo Ulrich Uchtenhagen, quien postulaba la pertinencia de la protección a través del derecho de autor⁸, con quizás algunas precisiones adicionales.

El profesor Uchtenhagen señalaba que “la designación de origen y la integridad de las obras del folclore encuentran una protección excelente en aplicación del derecho moral. Esta protección podría ser perfeccionada por la renuncia a toda limitación temporal del derecho moral”⁹.

Desarrollando el argumento, el Profesor Uchtenhagen analiza la utilidad del derecho moral para exigir la mención del nombre del autor o seudónimo, aplicables a la declaración de origen o fuente de las expresiones de folclore.

Una analogía similar es realizada para el caso del derecho de integridad, con el añadido de que la protección del derecho moral no está limitada en el tiempo como los derechos patrimoniales.

Respecto a estos últimos, haciendo un análisis de la protección que se brinda a las obras anónimas, en las cuales el plazo de protección no puede basarse en la vida del autor al ser éste desconocido, el Profesor Uchtenhagen señala que “toda primera publicación de una obra del folclore atrae los derechos patrimoniales durante un plazo legal que se extiende, según la legislación vigente, entre

8 Ver Uchtenhagen (2002).

9 *Ibíd.*, p. 15.

50 y 80 años en América Latina”¹⁰. Asimismo, cita una opinión similar de un ex director de la *Copyright Office* de Estados Unidos de Norteamérica, Ralph Oman, expresada en el artículo “*Folkloric Treasures: The Next Copyright Frontier*”. Este experto norteamericano señala que las obras del folclore no han sido publicadas anteriormente en el sentido legal del término sino recién en la actualidad, por lo que serán objeto de protección desde que son fijadas y legalmente publicadas¹¹.

El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas contiene una disposición para las obras no publicadas, señalando “Para las obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor pero por las que se pueda suponer que él es un nacional de un país de la Unión, queda reservada a la legislación de ese país la facultad de designar la autoridad competente para representar a ese autor y defender y hacer valer los derechos del mismo en los países de la Unión”¹².

Finalmente, el Profesor suizo encuentra en la figura del dominio público oneroso, la salida adecuada que evite los costos de solicitar autorizaciones a la explotación de dichas obras, la diferenciación entre las obras del folclore y otras que no califiquen como tal, así como la distinción entre folclore nacional y extranjero¹³.

2.3. Opciones de protección vía la propiedad industrial

Adicionalmente a las posiciones esbozadas, es necesario indagar sobre la aplicación de derechos de propiedad industrial sobre expresiones tradicionales culturales.

Las denominaciones de origen son definidas por Horacio Rangel citando a Carlos Mascareñas como “la denominación geográfica de un país, de una región o de una localidad que sirve para designar un producto que es originario del lugar y cuya calidad o caracteres son debidos exclusivamente o sustancialmente al medio geográfico, comprendiendo los factores naturales y los factores humanos”¹⁴.

10 *Ibíd.*, p. 10.

11 *Ibíd.*

12 Artículo 15 4) de las Actas de Estocolmo. 1967.

13 Aunque dicha distinción no será necesaria en aquellos países suscriptores del Convenio de Berna, en los que se aplica la cláusula de Trato Nacional según refiere Uchtenhagen (2002), p. 12.

14 Rangel (1996), p. 213.

La pertinencia del uso de esta herramienta legal de protección se basa en el hecho que toda expresión cultural tradicional interpreta la especial relación de la comunidad creadora de la misma con su entorno, su medio geográfico, y sus factores natural y humano. Esa es la razón por la que es posible atribuir a determinada expresión del folclore una vinculación con determinada área geográfica, la cual comprenderá la zona de influencia de una específica cultura o que comparta determinada identidad.

De esa opinión, es Adargelio Garrido de la Grana, quien señala “ La lucha por la protección de las denominaciones de origen, constituye un objetivo de primer orden para la defensa de las economías de los países subdesarrollados, porque impulsan el comercio exterior de éstos, mediante la promoción y exportación de productos bases que son fruto de su suelo, clima y arte popular”¹⁵.

En el caso de las denominaciones de origen, la experiencia peruana incluye el reciente intento de uso de este mecanismo de protección por los artífices de la Cerámica Chulucanas, manifestación artística de alta calidad en productos cerámicos de la zona del mismo nombre en el departamento norteño de Piura. Con toda claridad, esta peculiar forma de representar personajes típicos de la zona puede calificar para obtener la denominación de origen al estar relacionada estrechamente con las características históricas y sociales de esa parte del país.

La experta María del Carmen Arana ha desarrollado un interesante trabajo proponiendo una Metodología para el reconocimiento de las denominaciones de origen, el cual ha sido recientemente publicado¹⁶. En el mismo, la Dra. Arana señala que los Retablos de Ayacucho y la Piedra de Huamanga son denominaciones de origen “evidentes”¹⁷ y la Cerámica de Nazca así como la de Chulucanas, también califican como tales al contar con investigaciones que demuestran que las características y cualidades del producto están asociadas al medio geográfico. Entre otros productos que bien pueden considerarse expresiones culturales tradicionales, la Dra. Arana enumera otras denominaciones de origen por investigar, por ejemplo, la Filigrana de Catacaos, la Cerámica de Pucará, el Burilado de Huancayo, la Alfarería de Simbilá, los Tapices de San Pedro de Cajas¹⁸.

15 Garrido de la Grana (1996), p. 240.

16 Ver Arana (2005).

17 *Ibíd.*, p. 199.

18 *Ibíd.*, p. 200.

La autora concluye en su interesante propuesta que “el Perú cuenta con una gran diversidad de productos ancestrales pertenecientes indisolublemente a zonas geográficas que exigen ser protegidos como denominaciones de origen. De esta manera, nuestro país tendría reconocido un patrimonio de valor supranacional incalculable con efectos y consecuencias económicas comerciales aún por valorar en su impacto en el mercado interno, en nuestras exportaciones y en nuestra balanza de pagos”¹⁹.

Otro ejemplo es el caso de las marcas colectivas, las cuales pueden aplicarse a cierta comunidad que pueda normar la explotación de sus expresiones tradicionales a través de un reglamento de uso.

Las Marcas Colectivas son definidas por Rangel Medina como “el signo distintivo a ser colocado sobre mercancías para indicar especialmente que han sido producidas o fabricadas por un grupo de personas o en una localidad, región o país determinado. Encuentra su utilidad particular allí donde los productos son reputados, pero donde las empresas particulares no son bastante importantes para soportar la carga de la marca individual y sobretodo el depósito y las persecuciones en el extranjero”²⁰.

Es de esperar que una comunidad organizada pueda tener la titularidad de la Marca Colectiva y normar su uso, controlando la explotación de la misma. El artículo 197 del Decreto Legislativo 823 señala “Las asociaciones de productores, fabricantes prestadores de servicios, organizaciones, o grupos de personas, legalmente establecidos, podrán solicitar el registro de marca colectiva para distinguir en el mercado, los productos o servicios de sus integrantes, respecto de quienes no forman parte de dichas asociaciones, organizaciones o grupos de personas”²¹.

Así, una organización de artesanos de determinada localidad, o una comunidad tradicional legalmente establecida, podrán establecer las condiciones de uso de determinado producto o servicio de su titularidad que refleje su conocimiento tradicional. Dicho control permitirá que sólo aquéllos autorizados por el titular de la marca colectiva, esto es, por la asociación de artesanos o la comunidad, podrán explotarla, asegurando la autenticidad del producto o servicio, y por tanto, del conocimiento tradicional.

19 *Ibíd.*, p. 190.

20 Rangel M., David (s/f) citado en Holguin (1997).

21 Decreto Legislativo 823. Art. 197.

Lo mencionado para la Marca Colectiva es aplicable para el caso de las Marcas de Certificación con la diferencia que los titulares de la Marca de Certificación no podrán utilizarla restringiéndose su rol a la certificación de las reglas de uso.

Sin embargo, ambas opciones enfrentan el problema de la territorialidad, en especial el caso de las Marcas Colectivas, pues las denominaciones de origen pueden ser reconocidas por los miembros del Acuerdo de Lisboa.

Experiencias interesantes de uso de la propiedad industrial por comunidades nativas para proteger conocimientos tradicionales se encuentran en Nueva Zelanda y Canadá²².

2.4. Protección sui géneris: Las Disposiciones Tipo de 1982

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) designaron un grupo de trabajo que elaboró las llamadas Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas.

Estas Disposiciones Tipo parten de la premisa de que las expresiones del folclore, en la medida que constituyen creaciones intelectuales, requieren una protección basada en la protección de las producciones intelectuales. Asimismo, los considerandos fundamentan que la protección del folclore resulta necesaria para el desarrollo y divulgación del mismo sin perjudicar los legítimos intereses de sus titulares. Concluye que una desnaturalización de las expresiones del folclore incluido el abuso comercial del mismo perjudica los intereses económicos y culturales de las naciones titulares del patrimonio cultural del que forman parte dichas expresiones (OMPI-UNESCO, 1982).

Las Disposiciones Tipo entienden por expresiones del folclore a “las producciones integradas por elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad o por individuos que reflejen las expectativas artísticas tradicionales de esa comunidad”²³. El artículo segundo de dicha propuesta normativa incluye a las expresiones verbales, musicales, corporales y tangibles como ejemplos de dichas expresiones²⁴.

22 Revisar OMPI (2002a), pp. 47-48.

23 *Ibíd.*, Art. 1.

24 *Ibíd.*, Art. 2.

Asimismo, las Disposiciones Tipo establecen que determinadas formas de utilización de dichas expresiones estarán sujetas a autorización si es que el uso es con fines lucrativos y fuera de su contexto tradicional. Dichas formas de utilización son la publicación, reproducción y distribución de ejemplares de expresiones del folclore, así como toda recitación, ejecución o interpretación pública, transmisión por hilo o por cable y otras formas de comunicación pública²⁵.

Sin embargo, existirán excepciones para el caso de usos ligados a actividades pedagógicas, fines de ilustración, fines de creación de una obra original y para los usos fortuitos. En estos últimos se comprende a las expresiones vistas u oídas en el curso de un acontecimiento para fines de información, así como a los objetos que incorporen expresiones del folclore y que estén situados en forma permanente en un lugar en el que puedan ser vistos por el público²⁶.

Adicionalmente, dicha propuesta incluye la obligación de indicar la fuente de la expresión, de manera apropiada²⁷.

Las Disposiciones Tipo establecen que serán infracciones el incumplimiento de lo establecido en sus artículos tercero y quinto, esto es la necesidad de autorización previa en los casos mencionados, así como la obligación de indicar la fuente. Aunque añada como infracción el engaño intencional y la indicación inexacta de fuente²⁸.

Están previstas también sanciones incluida la confiscación de bienes infractores, así como las acciones civiles de reparación, la designación de una autoridad competente y una supervisora, la posibilidad de que se destinen las regalías a la promoción o salvaguardia del folclore. Respecto a dichas regalías, éstas corresponderían a tarifas fijadas por la entidad supervisora, mientras que la autoridad competente se encargaría de brindar las autorizaciones, siendo que esta labor podría recaer en la misma comunidad concernida²⁹.

Importante destacar que las disposiciones aludidas incluyen una cláusula de no menoscabo, en el entendido que las normas propuestas no limitarán o perjudicarán otras formas de protección, entre las cuales están el derecho de autor, los derechos conexos, los derechos de propiedad industrial, así como otras formas de salvaguardia y preservación³⁰.

25 *Ibíd.*, Art. 3.

26 *Ibíd.*, Art. 4.

27 *Ibíd.*, Art. 5.

28 *Ibíd.*, Art. 6.

29 *Ibíd.*, Arts. 7, 8, 9 y 10.

30 *Ibíd.*, Art. 12.

Especial mención merece el artículo decimotercero que señala que la protección no podrá interpretarse de manera tal que obstaculice el uso y desarrollo normales de las expresiones del folclore, disposición que puede impedir externalidades negativas de la aplicación de las propuestas contenidas en dicho documento.

Finalmente, se propone la protección de las expresiones del folclore extranjero mediante la suscripción de tratados y acuerdos, así como en base a la reserva de reciprocidad.

Sin embargo, OMPI (2002a) revela que el grado de uso de dichas disposiciones tipo ha sido limitado e indaga las razones de dicha situación:

“No obstante, al parecer las Disposiciones Tipo no han tenido una gran influencia en los marcos legislativos de los Estados miembros de la OMPI. Se han alegado varias razones para explicar este hecho, entre las que se cuenta el ámbito de protección de las expresiones del folclore en las Disposiciones Tipo. A este respecto, por ejemplo, se propuso que las Disposiciones Tipo abarcasen también formas de “conocimientos tradicionales” relacionadas con la medicina tradicional y las prácticas médicas, los conocimientos agrícolas tradicionales y los conocimientos relacionados con la diversidad biológica. Otra razón citada es la naturaleza y el alcance de los derechos concedidos en relación con las expresiones del folclore en las Disposiciones Tipo. Se insinuó, por ejemplo, que las Disposiciones Tipo tienen una utilidad limitada porque no prevén derechos de titularidad exclusiva en relación con el folclore. Además, también se ha citado como razón que explicaría por qué relativamente pocos países han aplicado o seguido las disposiciones tipo, el hecho ya señalado que las Disposiciones Tipo estén desfasadas, habida cuenta de los cambios tecnológicos, jurídicos, sociales, culturales y comerciales que se han producido desde 1982”³¹.

2.5. La perspectiva del bien público

Alfredo Bullard menciona en su artículo penosamente titulado “Reivindicando a los piratas: ¿Es la propiedad intelectual un robo?” que “la propiedad civil clásica, o propiedad privada, aparece cuando se cumplen dos requisitos desde el punto de vista económico. El primero es el llamado consumo rival, es decir la imposibilidad de que el mismo pueda ser consumido por dos personas al mismo tiempo. (...) Rivalidad quiere decir que un acto de consumo excluye otro acto de consumo.(...) La segunda se refiere a la existencia de costos de

31 OMPI (2002a), p. 11.

exclusión. Establecer derechos de exclusión esenciales para el funcionamiento de la propiedad puede ser algo muy costoso y lo es más para determinados bienes.(...) Usualmente concedemos derechos de titularidad privada exclusiva para aquellos bienes que, teniendo consumo rival, tienen bajos costos de exclusión”.

Efectivamente, es cierto que para los bienes tangibles será menos costoso establecer mecanismos de información precisa que delimitan su exclusión, que para los bienes intangibles.

Más aún, el articulista señala que si se tratase de bienes que no tienen consumo rival y tienen altos costos de exclusión, éstos debieran ser bienes públicos sobre los que no operan derechos de exclusión.

Si analizamos la existencia de consumo rival en el caso de las obras y producciones del folclore, concluimos que dependiendo del tipo de obra o producción del folclore, podemos o no tener consumo rival. Así, por ejemplo, una melodía del folclore puede efectivamente ser utilizada por distintos intérpretes o productores fonográficos simultáneamente, así como diversos autores pueden generar obras derivadas de la misma. Sin embargo, si estamos ante un producto tangible del folclore, como una artesanía de Mendívil, ese trabajo es único y sí tendrá consumo rival, a menos que su producción sea resultado de un molde sin mayores modificaciones en su resultado que el de otros productos elaborados a partir del mismo molde.

En cuanto a los costos de exclusión, serán directamente proporcionales a la naturaleza tangible del producto u obra del folclore. La posesión de un trabajo único de artesanía permitirá excluir a otros de su acceso y disfrute.

Otro elemento a considerar es si a pesar de que no exista consumo rival y de los altos costos de exclusión, conviene generar derechos exclusivos sobre las obras y producciones del folclore.

Un primer dato a considerar es que existen producciones que pueden ser calificadas como obras, aún cuando hayan partido de elementos del folclore. Dichas obras podrán acogerse a la protección del derecho de autor y, por tanto, obtener derechos exclusivos.

Para el resto de producciones del folclore, la Ley de Derecho de Autor nacional estableció que se considerasen como del dominio público, es decir, que no podían ser objeto de exclusión.

Para dar respuesta a la inquietud de generar protección a estas manifestaciones conviene analizar algunas de las opciones que se proponen para el caso de los bienes públicos. Bullard (2004) señala, entre otros, la generación de impuestos. Con los ingresos provenientes de los mismos, el Estado podría cumplir un rol promotor y de salvaguarda de estas expresiones culturales.

Asimismo, el autor comentado señala la concesión de privilegios a los creadores de bienes públicos. En el caso de las expresiones del folclore, es claro que políticas estatales de apoyo a las comunidades tradicionales creadoras de estas expresiones se sustentan en el aporte que las mismas brindan a la identidad cultural nacional.

Por otro lado, se propone un análisis costo beneficio de la instauración de un sistema de protección. Un primer costo a considerar es el levantamiento de información. La cantidad de expresiones culturales tradicionales que un país pluricultural como el Perú posee es inmensa. Si compiláramos dichas expresiones en sus diversos tipos: tangibles y no tangibles, orales, musicales o corporales, la labor requerirá de una gran cantidad de recursos. Pero es altamente deseable que un país con tamaño riqueza cultural posea información sobre la misma. Este supuesto costo en realidad es una obligación que aporta identidad al país e inclusión a quienes comparten la nacionalidad.

Otro costo es el relacionado con las controversias sobre titularidad que puedan surgir. Al identificar una expresión como proveniente de una determinada comunidad tradicional, la posibilidad de conflicto con otra comunidad que pretenda para sí dicha titularidad se incrementa. Ejemplos de estas disputas se presentan entre comunidades, distritos, regiones e incluso naciones. Huánuco y Cusco protagonizaron una disputa cuando el Congreso de la República decidió declarar el Inti Raymi como festividad cusqueña. La posibilidad de conflicto se incrementa si en este consolidado cultural que somos, son reconocibles aportes a la cultura originaria de la cultura española, árabe, africana, italiana, china, japonesa. Gran parte de Sudamérica formó parte del Imperio Incaico, el cual a su vez supo absorber culturas regionales. Muchas comunidades tradicionales comparten territorios fronterizos de países distintos, como es el caso de la Comunidad Ashuar del norte del Perú y el sur de Ecuador. Imaginemos una disputa entre las llamadas Escuela Cusqueña y la Escuela Quiteña, expresiones que obedecen claramente a la misma influencia y que derivó en un resultado similar.

El costo de la observancia puede resultar importante si se considera la gran cantidad y variedad de expresiones tradicionales a proteger. En ese entorno la predictibilidad de las decisiones podría ser reducida, salvo en los casos donde la titularidad puede ser determinada con facilidad.

Un costo a analizar es el referente al posible desincentivo del uso y promoción de las expresiones tradicionales culturales. Una forma de afirmar identidad cultural es alentar la difusión de las expresiones tradicionales a nivel nacional y en el extranjero. Si se incluyesen gravámenes sobre dichos usos, definitivamente éstos se reducirían o sustituirían.

Veamos algunos ejemplos.

- Una compañía de espectáculos como Perú Negro ha realizado un aporte fundamental a la difusión de nuestro folclore, similares compañías están intentando emular esta actividad. Si requiriesen autorizaciones o incluso obligación de pago de remuneraciones, esta labor podría verse afectada generando su reducción progresiva o eliminación.
- Las peñas folclóricas explotan nuestro folclore, aunque simultáneamente brindan trabajo a los intérpretes y ejecutantes del folclore nacional y aportan a las sociedades de gestión de autores, intérpretes y ejecutantes.
- Los restaurantes de comida internacional utilizan platos generados por culturas diversas, hecho que podría sustentar obligaciones para con ellas. Asimismo, el uso de los aportes culinarios de nuestras diversas culturas, uso que es objeto de aplauso y admiración, por promover asimismo el consumo de productos nacionales, podría generar obligaciones adicionales en un régimen de protección.
- Las Líneas de Nazca son parte de la simbología nacional, así como la iconografía Moche, frecuentemente utilizadas en diseños, logotipos y publicaciones de distinto género.
- Artistas plásticos renombrados han explicado sus estilos como inspirados en iconografía que forma parte del folclore.

Asimismo, la consideración a la existencia de herramientas de protección actualmente a disposición de los titulares, como el caso de las denominaciones de origen y las marcas colectivas, puede evitar la generación de mecanismos alternativos de alto costo.

Frente a los costos, hay que contrastar el beneficio de un sistema de protección de los conocimientos tradicionales.

La riqueza cultural de un país requiere ser preservada. La falta de mecanismos adecuados de preservación de las expresiones culturales tradicionales puede devenir en la pérdida irreparable de los mismos, con un impacto negativo en la identidad particular del pueblo afectado, y también de la humanidad interesada en asegurar la diversidad cultural.

Sin embargo, del menú de opciones existente para asegurar dicha preservación, el reconocimiento de derechos exclusivos no necesariamente resulta el mecanismo más eficiente. Deberá realizarse una comparación con el uso de otros instrumentos disponibles o por generarse, que logren similar propósito con relativos menores costos.

Por ejemplo, una política cultural promotora del folclore, de la producción y difusión del mismo, puede generar los incentivos necesarios para que las comunidades creadoras y quienes mantienen dichas expresiones puedan beneficiarse de la aplicación de dicha política, sin que se generen derechos exclusivos sobre el uso de dichas manifestaciones.

A la luz de estas reflexiones, analizaremos las propuestas actualmente en elaboración para definir un sistema de protección de los conocimientos tradicionales desde el ámbito de la propiedad intelectual. En consecuencia, revisaremos los avances del Comité Intergubernamental que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ha realizado en materia de Folclore.

3. LA PROPUESTA DEL COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL DE LA OMPI³²

3.1. Los objetivos políticos

Los objetivos políticos de un sistema de protección a ser tomados en cuenta según lo dispuesto por el Comité Intergubernamental de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual son los siguientes:

El Comité plantea el **reconocimiento del valor** intrínseco de las culturas tradicionales y el folclore. Asimismo, considera los diversos aspectos que componen dicho valor intrínseco, entre ellos los aspectos social, cultural, económico, entre otros.

Otro objetivo resaltante es la **promoción del respeto** de dichas culturas tradicionales, así como de las comunidades que preservan sus expresiones.

El tercer objetivo es la **adecuación a las aspiraciones y expectativas** de dichas comunidades tradicionales, incluyendo aquéllas relacionadas con su desarrollo y bienestar.

32 *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Expressions of Folklore. Eighth Session. Geneva 2005.*

Se hace referencia a la protección vía derechos de propiedad intelectual, incluyendo los correspondientes derechos morales y patrimoniales. La versión revisada del Borrador de Provisiones para la Protección de estas expresiones sustituye la mención a derechos morales y patrimoniales por la mención a derechos.

Otro objetivo hace referencia al **respeto de la transmisión y otras formas de intercambio** entre las comunidades de sus respectivas expresiones tradicionales.

El sexto objetivo es la **contribución a la preservación y salvaguardia de las expresiones tradicionales** considerando las prácticas consuetudinarias.

Un objetivo genérico y hasta reiterativo es el que señala la necesidad de **fomentar, recompensar y proteger la creatividad y la innovación** auténticas y basadas en las tradiciones. Sobre este punto, es necesario señalar que la autenticidad es condición básica para la innovación y la creatividad, al ser consustancial a ellas.

En forma similar, otro objetivo planteado expresa la importancia de la promoción del acceso a las expresiones tradicionales así como su difusión **en condiciones justas y equitativas**.

En consonancia con los desarrollos en los instrumentos auspiciados por la UNESCO, se incluye un objetivo que expresamente señala la importancia de contribuir a la **promoción y protección de la diversidad** cultural.

Otra redacción propuesta incide en los mismos temas, al plantear **fomentar el uso de las expresiones tradicionales para el desarrollo de las comunidades**, reconociéndolas como activos colectivos, planteando incluso explorar oportunidades comerciales.

Un objetivo más operativo es el referido a la **restricción del registro y uso de derechos de propiedad intelectual** en forma indebida sobre las expresiones culturales tradicionales. Este tema es de particular relevancia en el contexto en que existen prácticas de adquisición de derechos de propiedad intelectual sobre materias que constituyen expresiones tradicionales, sin que exista la necesaria novedad, originalidad o distintividad como requisitos que justifiquen dicha protección.

Un objetivo que a mi entender, excede el propósito de los objetivos de protección, es el que apunta a relaciones de **respeto** entre las comunidades

tradicionales con usuarios externos para diversos fines de dichas expresiones. Efectivamente, un sistema de protección no puede incluir el fomento de la comprensión de dichas expresiones, base de una actitud de respeto, tema que se relaciona con una política educativa que considere este aspecto.

El siguiente objetivo fue formulado en la versión revisada del documento borrador comentado, y es el destinado a evitar **la apropiación ilícita de dichas expresiones para lo cual habrá de diseñarse** medidas de observancia efectivas.

Una versión anterior de la propuesta incluía los siguientes objetivos adicionales:

- La complementariedad con otras internacionales.
- Reconocimiento del valor intrínseco de las culturas tradicionales.
- Finalmente, un sano objetivo es la coherencia con la protección de los conocimientos tradicionales.

3.2. Los principios fundamentales para una protección sui géneris

Adicionalmente a los objetivos políticos planteados por el Comité Intergubernamental, se agrega una propuesta de principios rectores generales y de principios sustantivos específicos que pasaremos a revisar, comentando su aplicabilidad a la realidad nacional en el caso de estos últimos.

- a. Entre los principios rectores generales, se incluye el de **receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades**

Este principio se basa en el reconocimiento tanto de las expectativas de las comunidades y pueblos indígenas, como a sus prácticas consuetudinarias establecidas. En consecuencia, se entiende que la protección propuesta puede ser subsidiaria e incluso rechazada por los pueblos indígenas haciendo primar sus formas tradicionales de protección, de ser ellas de su preferencia. En la explicación que se hace de este principio, se establece también que debe fomentarse la participación activa de las comunidades, participación que resulta sustancial si se ha de definir cuáles son sus expectativas.

También se hace mención a la necesidad de tomar medidas contra los actos que ofendan las expresiones tradicionales. La razón de incluir este tipo de acciones se desprende de la conclusión que no es razonable pensar que el sistema de protección pueda permitir prácticas que aunque no exploten en

forma no autorizada las expresiones tradicionales, tengan efecto denigratorio para con las mismas, eliminando o reduciendo la posibilidad de una legítima explotación adecuada de dichas expresiones por sus reales titulares.

Se señala también la necesidad de abordar los aspectos culturales y económicos del desarrollo. Sucede que un tratamiento exclusivo del aspecto cultural, considerando además la marginalidad social y postración económica en la que se encuentran muchas comunidades, resulta insuficiente.

b. El segundo principio establecido es el de **balance**

Anteriormente definido como principio de equilibrio y proporcionalidad³³. Como todo sistema de reconocimiento de derechos, ha de tomarse en consideración los intereses legítimos de los titulares de los mismos, así como de los potenciales y reales usuarios de las expresiones tradicionales, y el interés colectivo. La consecuencia es la búsqueda de un balance adecuado que permita tanto el debido retorno a los titulares de los derechos por la explotación por terceros de sus producciones, por un lado, como el necesario goce por la sociedad de la diversidad cultural que el género humano ha producido. Este delicado balance exigirá ponderación y un criterio de proporcionalidad en el otorgamiento de derechos.

c. Principio de **respeto de los instrumentos y procesos regionales e internacionales**

Es pertinente incluir un lineamiento que evite la contradicción con preceptos establecidos en otros instrumentos vinculantes o no que hayan desarrollado o propuesto mecanismos de promoción e incluso protección, especialmente en materia de derechos humanos. Asimismo, la versión previa del documento señalaba que un nuevo sistema de protección no se debe adoptar en detrimento de la protección establecida en otros instrumentos internacionales o nacionales y que reconozcan derechos a otros titulares.

d. Principio de **flexibilidad y exhaustividad**

Dada la compleja y profusa variedad de expresiones tradicionales, los diferentes sistemas culturales con los que interactúan, los marcos legislativos que los regulan, promueven y protegen, es imprescindible que el sistema de protección a plantearse tenga la capacidad de adaptarse eficientemente a dicha diversidad.

33 Ver Anexo 1 de OMPI (2004).

- e. Principio de **reconocimiento de la naturaleza específica**, las características y las formas tradicionales de las expresiones culturales

Considerando la particular naturaleza de las expresiones tradicionales, su carácter dinámico, la cosmovisión a la que pertenecen, entre otros elementos que les son propios, el sistema de protección no deberá entrar en conflicto con dichas características sustanciales. Una consecuencia de ello es evitar el etnocentrismo implícito en mecanismos de protección elaborados por culturas ajenas a la originaria objeto de protección.

- f. Principio de **respeto del uso y la transmisión consuetudinarios** de las expresiones culturales tradicionales

Este principio está relacionado con el anterior y se refiere a la primacía de las normas consuetudinarias que puedan existir respecto a la forma de ejercer los derechos correspondientes a dichas expresiones tradicionales.

- g. Principio de **efectividad y accesibilidad** de la protección

El sistema a ser diseñado deberá considerar los factores culturales y económicos que faciliten su adopción por los beneficiarios del mismo. Adicionalmente, se desprende de este principio que los indicadores de efectividad deberán ser considerados al evaluar el sistema diseñado.

La versión revisada del Documento OMPI objeto de comentario³⁴, incluye dos principios adicionales, los cuales son:

- h. Principio de **complementariedad** con la protección del conocimiento tradicional

Considerado un objetivo político en la versión anterior del documento, el principio aquí esbozado parte de la premisa de que las expresiones tradicionales o de folclore y los conocimientos tradicionales, son partes integrantes de una sola identidad cultural, y que las disposiciones de protección referidas a ambos conceptos deben ser compatibles.

- i. Principio de **respeto por los derechos y obligaciones hacia la población indígena** y otras comunidades tradicionales

34 Ver OMPI(2005).

Este principio es considerado una salvaguarda de los derechos y obligaciones reconocidos en beneficio de la población indígena así como las obligaciones relacionadas con los derechos humanos deberán ser respetados por el marco legal que tutela las expresiones tradicionales y las expresiones del folclore. Cabe destacar que este principio fue sugerido por los representantes de las *Tribus Tulalip*.

4. LOS PRINCIPIOS SUSTANTIVOS ESPECÍFICOS DE LA PROTECCIÓN SUI GÉNERIS Y SU APLICACIÓN AL CASO PERUANO

4.1. Materia protegida

Evidentemente, la materia protegida será el conjunto de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore. La versión previa del documento hacía referencia a “las producciones consistentes en elementos característicos del patrimonio cultural tradicional que desarrolla o perpetúa una comunidad o individuos que reflejan las expectativas artísticas tradicionales de dicha comunidad”³⁵. La versión revisada en cambio, precisa “cualquiera de las formas, sean tangibles o intangibles, en las que la cultura y el conocimiento tradicional son expresados, aparecen o se manifiestan”³⁶.

El documento de la OMPI enumera expresiones verbales, musicales y corporales, así como las tangibles. En la primera categoría incluye a los cuentos populares, los enigmas populares, la poesía. Más aún, enumera las palabras, los signos, nombres y símbolos.

Vale la pena mencionar que muchas obras de dominio privado se han derivado de obras de dominio público, algunas de ellas previamente en el dominio privado y otras provenientes del folclore. El sistema a diseñar deberá plantear una respuesta al conjunto de obras sobre las cuales, en una etapa anterior a la formulación de un nuevo sistema de protección, se han adquirido derechos sin considerar el reconocimiento posterior. El tema del lenguaje es aún más complejo, pues muchas lenguas nativas han ido perdiendo progresivamente relevancia generando esfuerzos válidos de promoción de su uso. El sistema de protección a diseñar no debiera desincentivar dichos esfuerzos que están destinados a evitar la extinción de signos lingüísticos.

35 OMPI (2004), p. 5.

36 OMPI (2005), p. 11.

Respecto a las expresiones corporales, ha de tenerse prudencia para delimitar el alcance de la protección. Muchas de las actividades de uso e incluso explotación de las danzas tradicionales, no hacen sino generar mayor atención o incluso descubrir ciertas manifestaciones anteriormente restringidas en su difusión, sin que dicha restricción haya sido voluntad de las comunidades de donde son originarias dichas manifestaciones. Compañías de danza tradicional del Perú en sus versiones amazónica, afro-peruana o andina, pueden generar un mercado interesante de estudio, consumo y explotación de dichas danzas. Imponer tempranamente gravámenes a quienes están interesados en promover la difusión de nuestras expresiones del folclore, incluso si dicha promoción se realiza en el marco de una actividad lucrativa, es un tema que deberá ser estudiado con minuciosidad.

Las expresiones tangibles, entre las cuales están mencionadas las obras de arte popular, los instrumentos musicales y las obras arquitectónicas, cuentan con mejores condiciones de asegurar una adecuada protección contra su explotación no autorizada. Efectivamente, un objeto de arte popular, una artesanía o un producto de cerámica, orfebrería o textil, generalmente cuentan con mercados definidos, oferentes y consumidores, situación que facilita la inclusión de mecanismos de control, seguimiento, o de asignación de regalías. Las obras arquitectónicas han sido incluidas partiendo de la existencia de sitios sagrados que requieren protección³⁷. Asimismo, la versión revisada del documento ha incluido la pintura corporal expresamente como una expresión de arte popular objeto de protección.

En el caso de los dibujos tradicionales, se trata de un tema en el que el Perú antiguo ha desarrollado una riqueza y variedad inigualables. Es el caso de la iconografía Moche o Muchik, la iconografía Nazca entre otras, en muchos casos utilizadas para la elaboración de logotipos comerciales, publicidad, e incluso como marcas figurativas. Será necesario delimitar la frontera en la cual un uso determinado, comercial o no, requerirá de autorización previa o generará un derecho de remuneración compensatoria. Se sugiere privilegiar el segundo tipo de derechos antes que los primeros, fomentando su uso adecuado sin eliminar la justa compensación, cuando se trate de usos lucrativos.

Corresponderá a cada país la definición final de la materia protegida. En el caso nacional, ha de privilegiarse la inclusión de la variada oferta que compone nuestro Patrimonio Cultural inmaterial, en un trabajo que incluya recolección de información región por región.

37 Ver Anexo 1 de OMPI (2005).

4.2. Criterios de protección

Así como las obras son protegidas por el derecho de autor una vez superado el test de originalidad. Es necesario delimitar cuál será el requisito que define la barrera entre la presencia y ausencia de protección.

El documento de la OMPI señala que deberá demostrarse que se trata de una actividad intelectual creativa, sólo que en la modalidad de creatividad acumulativa y colectiva. Añade asimismo, que deberá corresponder a la identidad cultural distintiva de una comunidad, así como del patrimonio tradicional desarrollado y mantenido por ésta.

El primer elemento es claro, pues la misma calificación de expresión de folclore ya existente puede ser usada para definir la pertenencia a ese grupo de creaciones colectivas y acumulativa. Menos transparente será la definición del segundo elemento, pues la distintividad, test que proviene del derecho marcario, y que ha sido objeto de un desarrollo complejo y pocas veces pacífico, será difícil de aplicar a un contexto donde las comunidades tradicionales no estén claramente establecidas y delimitadas por límites territoriales nacionales, regionales o departamentales. Los matices que diferencian una danza tradicional de un país vecino con otra proveniente de una región fronteriza de otro país, son complicados de establecer. La situación se agrava si además los países en mención sufrieron un periodo de dominación o intervención política o cultural extranjera, como es el caso de las colonias españolas e inglesas.

La versión revisada del documento objeto de comentario, propone tres condiciones a las expresiones tangibles objeto de protección. En primer lugar, que sean producto de la actividad creativa intelectual, sea ésta individual o colectiva. Luego, que sean características de una identidad socio-cultural comunitaria o parte de una herencia cultural; y finalmente, que sean mantenidas, usadas o desarrolladas por dicha comunidad o por individuos que tengan el derecho o la obligación de hacerlo en aplicación de las normas consuetudinarias.

En consecuencia, se precisa el primer criterio de protección, para incluir la creatividad individual al igual que la colectiva. Asimismo, se sustituye el término “distintivo” por el de “característico”.

La versión revisada de la propuesta es superior a la anterior, siendo estos criterios aplicables a las diversas expresiones culturales tradicionales de nuestro país.

4.3. Beneficiarios

Claramente se trata de los pueblos indígenas y comunidades tradicionales. El Anexo II señala que el beneficio debe alcanzar tanto a las comunidades en las que se confía la custodia y la protección de dichas expresiones de conformidad con sus normas consuetudinarias, como a aquellas que mantienen y utilizan las mencionadas expresiones como parte de su patrimonio cultural tradicional. Dicha diferencia entre esas dos supuestas categorías aparece difusa, pues normalmente las comunidades que usan y mantienen sus expresiones son las que custodian las mismas. Sin embargo, cuando se trata de definir comunidades culturales el término puede resultar de alcance ilimitado, pues toda colectividad va a manifestarse culturalmente. Asimismo, ha de precisarse si el beneficiario será representado por alguna entidad estatal encargada de dicha tarea.

En el caso nacional, el fortalecimiento de la representación legítima de las comunidades nativas y campesinas beneficiarias, es un reto a alcanzar. El sistema debe asegurar el justo retorno a los beneficiarios reales y evitar la participación de intermediarios ilegítimos que puedan desacreditar el sistema. Ante ello, la labor del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afro-Peruano (INDEPA)³⁸ resulta fundamental, en adecuada coordinación con el Instituto Nacional de Cultura.

4.4. Gestión de los derechos

El Anexo II del borrador del documento OMPI hace mención a la necesidad de que una autoridad sea responsable de las funciones que garanticen la eficaz protección de las expresiones tradicionales. Entre dichas funciones se incluye la solución de controversias y la supervisión del sistema, además de las labores de orientación. Dada la complejidad del tema, la labor de solución de controversias deberá recaer en un órgano especializado.

La versión revisada de dicho documento señala que dicha agencia actuará a solicitud y en representación de las comunidades titulares, y sólo podrá supervisar los usos de las expresiones protegidas cuando sea así requerido por las comunidades titulares.

Asimismo, la autorización para la explotación de las expresiones del folclore deberá ser otorgada por dicha entidad, o por las mismas comunidades directamente.

³⁸ Para mayor información visitar la página electrónica de INDEPA. Véase: <http://www.indepa.gob.pe>.

Se enumeran criterios para otorgar autorizaciones por la mencionada autoridad, los cuales incluyen consultas con los pueblos indígenas, el respeto a la participación equitativa de beneficios, la consideración de prácticas consuetudinarias en relación con la definición de qué comunidades se involucren, y el compromiso de entrega de los beneficios monetarios a los pueblos indígenas. La versión revisada del documento OMPI privilegia la primera y la última de dichas obligaciones. Finalmente, precisa que dicha autoridad, podrá establecer la remuneración equitativa en consulta con las comunidades.

En este tema, se sugiere una labor nacional que integre a los potenciales beneficiarios del sistema de protección, esto es, en primer término a los representantes legítimos de las comunidades nativas y campesinas, a los investigadores del folclore nacional, antropólogos, centros de investigación y archivo, universidades, los diversos promotores del folclore, la Escuela Nacional del Folclore, y finalmente, el Instituto Nacional de Cultura. Ha de debatirse si la opción elegida deba ser una central de recaudación y administración de derechos, entidad pública o público-privada, o una administración descentralizada de derechos. Las opciones centralizadas aportan predictibilidad en las decisiones, facilitan la coordinación, la adopción de criterios comunes y la coherencia de la gestión con una política nacional. Sin embargo, también puede generar el riesgo de distanciamiento de los conductores con los reales beneficiarios, la posibilidad de control por representantes sin legitimidad o incluso, la manipulación gubernamental de la gestión con intereses político-partidarios. La opción descentralizada de gestión, aunque justa, puede generar desorden y falta de predictibilidad en los criterios de gestión, asimismo, aumenta el riesgo de controversias y no brinda seguridad jurídica a los usuarios del sistema con motivo de reclamaciones de titulares distintos que cuestionen la titularidad asumida por alguna comunidad al momento de emitir una autorización o recaudar por determinado tipo de explotación de su expresión cultural tradicional.

4.5. Alcance de la protección

La versión revisada del documento borrador señala que deberá establecerse un conjunto de medidas legales y prácticas, adecuadas y efectivas, para que las comunidades puedan evitar que ciertos actos de explotación de sus conocimientos tradicionales o de folclore se realicen sin su previo consentimiento informado. Se limita requisito de autorización a las expresiones “de valor o significado cultural o espiritual particular” (OMPI, 2004). Ha de precisarse lo que se entiende por valor o significado cultural o espiritual particular.

La versión revisada del documento OMPI distingue el tratamiento de las palabras, signos, nombres y símbolos del resto de expresiones culturales tradicionales.

Respecto al primer grupo, el borrador de principios señala que deberá impedirse la reproducción, adaptación y comunicación al público de las expresiones culturales tradicionales, pero la versión revisada incluye además la publicación, la radiodifusión, la interpretación o ejecución pública, la distribución, el alquiler, la puesta a disposición y la fijación.

Adicionalmente, ambas versiones señalan que deberá evitarse la apropiación por terceros de las mismas mediante la adquisición de derechos de propiedad intelectual sobre ellas. En forma análoga al derecho moral de integridad de los autores, se señala la facultad de evitar las alteraciones de las mismas.

Con respecto al derecho moral de divulgación, el borrador señalaba un derecho similar aplicable a las expresiones tradicionales, mención que ha sido resaltada en la versión revisada aplicable a las expresiones culturales tradicionales secretas, confidenciales o no reveladas.

Se eliminó asimismo, la mención a los derechos de los intérpretes o ejecutantes de folclore, según lo establecido en el WPPT.

La versión revisada incluyó también la restricción de cualquier uso de las expresiones protegidas que no reconozca apropiadamente a la comunidad como fuente de las mismas, en clara aplicación similar al derecho moral de paternidad.

La misma versión agrega que, respecto a las palabras, signos, nombres y símbolos que sean expresiones culturales tradicionales o de folclore, se restringirá cualquier uso o la adquisición de derechos de propiedad intelectual sobre los mismos si es ofensivo o atenta contra la reputación de la comunidad fuente, o incluso si sugiere falsamente una conexión con dicha comunidad.

Otras medidas propuestas para el caso de las expresiones culturales tradicionales no registradas o notificadas, no establecen el consentimiento previo, pero incluyen el reconocimiento de las comunidades tradicionales como fuente de las obras inspiradas o derivadas en sus expresiones tradicionales. Esta declaración surge como una derivación del derecho moral de paternidad atribuido a los autores de obras.

Se precisa que sea posible el uso de recursos jurídicos civiles o penales para impedir o sancionar las alteraciones que sean ofensivas o generen un perjuicio

a la reputación e identidad e las comunidades. Asimismo, dichos recursos deberán estar disponibles para impedir o sancionar las indicaciones falsas, engañosas o que generen confusión respecto a diversas características de las expresiones tradicionales, incluyendo el origen de las mismas.

Finalmente, se establece la necesidad de remunerar equitativamente o asegurar participación en los beneficios, cuando se exploten las expresiones tradicionales con ánimo de lucro. En la versión previa del documento no quedaba claro si esta disposición era aplicable a los casos en los que se requiere consentimiento. En la versión revisada, la disposición es clara y por tanto, se está ante una licencia obligatoria impuesta a los titulares sujeta al pago de una remuneración, y no a la remuneración que debe formar parte de la negociación conducente a otorgar la autorización, sin la cual la explotación no sería posible.

Es este tema, el que requiere mayor nivel de reflexión, con la finalidad de no perjudicar el acceso a las expresiones de la diversidad cultural.

Es sin duda, el reconocimiento de derechos exclusivos el punto que genera mayor sensibilidad. No usar determinado conocimiento tradicional sin un consentimiento previo puede generar una barrera al objetivo de mayor difusión de la diversidad cultural. Conviene, sin embargo, asegurar su aplicación a casos excepcionales en los que se pruebe una clara relación entre la necesidad de una autorización y la preservación del conocimiento tradicional. Una comunidad “no contactada” o un tipo de conocimiento cuya difusión aún no se ha realizado y que está bajo custodia de la comunidad nativa generadora del mismo, puede explicar la necesidad de una autorización. Existirán menos fundamentos para requerir autorización a alguna entidad estatal o comunal respecto al uso de la zampoña, por ejemplo, como instrumento musical de origen andino.

Sin embargo, es inobjetable la aplicación de legítimos derechos de paternidad e integridad o similares, a los conocimientos tradicionales. Deberá saberse cuál es la fuente u origen de determinada expresión tradicional, y ésta deberá difundirse sin alterarla de manera tal que se genere un perjuicio u ofensa a las comunidades generadoras del conocimiento tradicional. Cabe aclarar que no todo tipo de alteración debe ser restringida, pues es posible que el conocimiento tradicional sea la base para la generación de obras derivadas, que implicando una transformación, permiten un uso que puede considerarse legítimo, pues ha sido tradicional el recoger ciertas influencias culturales de diversas fuentes y enriquecerlas mediante una fusión, es decir, una alteración de las mismas. Este proceso es más identificable en la música, por ejemplo,

siendo que en muchas bellas obras de autor se reconoce el origen tradicional de las melodías³⁹.

Finalmente, respecto a los derechos de remuneración, existen razones suficientes para considerar legítima la contraprestación al uso más aún si dicho uso se realiza con fines comerciales o lucrativos. Aunque hay que considerar que dicho término no debe incluir a las acciones generadoras de recursos que promueven diversas instituciones promotoras del folclore y otras asociaciones culturales, las cuales no reciben financiamiento estatal alguno y se ven restringidas en su acceso a donaciones por una política que no es promotora de las mismas.

La posible obligación de remuneración así como los excepcionales casos de establecimiento de derechos exclusivos deben compensarse con las correspondientes excepciones, de manera tal que no se obstaculice la adecuada difusión nacional del folclore a través de entidades educativas, centros culturales, centros de investigación y archivo, medios de comunicación escritos y televisivos, obras derivadas, entre otras.

4.6. Excepciones y limitaciones

El Anexo II del borrador inicial del documento aclara que las limitaciones y excepciones que se pueden establecer, serán las que se permiten respecto a las obras literarias y artísticas, diseños, marcas, entre otros, según el caso, sin que se permita un uso ofensivo que afecte ni a las expresiones ni a las comunidades.

Se precisa adicionalmente que las medidas de protección deben aplicarse al uso de las expresiones tradicionales fuera del contexto tradicional, y sin que se restrinja de algún modo el uso diverso que las propias comunidades realicen en su contexto tradicional.

La versión revisada recoge estos dos últimos preceptos pero no recoge el señalado en el primer párrafo. Por el contrario, opta por añadir expresamente casos de inaplicación de las medidas de protección. Entre ellos señala la ilustración para enseñanza o aprendizaje, el estudio privado y la investigación no comerciales, la crítica o comentario, las noticias o eventos de actualidad, el uso en el curso de procesos legales, los usos incidentales, las grabaciones y reproducciones relacionadas con elaboración de archivos o inventarios para

³⁹ Es el caso de la bella obra “El Cóndor Pasa” de Daniel Alomía Robles. Ver: <http://www2.noticiasdot.com/publicaciones/2004/0404/1304/noticias130404/noticias130404-4.htm>.

la salvaguardia de la herencia cultural, siempre y cuando se trate de un uso honrado, se reconozca a la comunidad como fuente de ser posible y se trate de un uso no ofensivo a dicha comunidad.

Es necesario comentar que debe mantenerse la posibilidad soberana de establecer las limitaciones y excepciones que correspondan a las realidades nacionales, siempre y cuando cumplan con determinadas condiciones. Por lo que la versión anterior del documento objeto de análisis brinda aún mayor flexibilidad para establecer excepciones, siendo una lista abierta una mejor opción aunque limitada por criterios que aseguren que no se contravengan los fines del sistema general de protección.

En forma relevante, la versión revisada del documento señala que las medidas de protección pueden incluir un uso irrestricto de las expresiones tradicionales culturales por todos los miembros de una comunidad, incluso de todos los nacionales, aunque hace referencia a que esta facultad será posible de acuerdo a las costumbres y prácticas tradicionales.

A las excepciones mencionadas habrá que considerar agregar las vinculadas con la difusión necesaria del folclore nacional a través de medios de comunicación masivos como la prensa escrita y la televisión, siempre y cuando no se lucre con dicha reproducción o comunicación pública.

4.7. Duración de la protección

La protección deberá durar mientras la expresión tradicional objeto de la misma sea “característica de la identidad cultural y el patrimonio tradicional del correspondiente pueblo indígena o comunidad tradicional o cultural”⁴⁰. Si bien es razonable pensar que no merece tutela aquella expresión que ha dejado de ser considerada patrimonio tradicional de una comunidad, también es evidente la dificultad para determinar cuándo esa modificación ha sucedido. La versión revisada señala que la protección durará tanto como se verifiquen los criterios de protección establecidos en el artículo primero referido a la materia de protección.

La versión revisada del documento hace referencia al caso de las expresiones secretas, para las cuales la protección que tienen como tales durará tanto como se mantengan secretas, y también incluye a las registradas o notificadas, mientras permanezcan registradas o notificadas.

40 Al respecto revisar Anexo I, p. 8., del Resumen del Proyecto de Objetivos Políticos y Principios fundamentales de la protección de las expresiones culturales tradicionales (ECT)/expresiones del folclore (EF).

4.8. Formalidades

En la versión inicial del documento se señala que al igual que el caso de las obras protegidas por el derecho de autor, la protección de las expresiones del folclore no estará sujeta a ninguna formalidad. Sin embargo, se establecen casos excepcionales donde una notificación a la autoridad competente sea necesaria, aplicable a los casos en los que existen expresiones de valor cultural o espiritual especial, adjetivo cuyo uso ha sido criticado anteriormente por la subjetividad de dicha catalogación. Se aclara, sin embargo, que la notificación no es constitutiva de derechos ni requiere registro o catalogación alguna.

La versión revisada en cambio, si bien reconoce el principio de no formalidad, sí modifica sus preceptos frente a la necesidad de un registro. Efectivamente, establece que en los casos especiales señalados en el borrador, así como para obtener protección señalada en el artículo 3 a), será necesario registrar o notificar de dicha expresión ante una Autoridad u organización competente. Se indica además que deberá hacerse público dicho registro para facilitar el uso legal de los mismos y el ejercicio de los derechos, así como que dicho registro no es constitutivo de derechos sino declarativo. Los derechos de propiedad intelectual que puedan establecerse sobre las reproducciones o fijaciones necesarias para los registros, serán de las comunidades titulares.

4.9. Sanciones, recursos y observancia

Nuevamente se encarga a una autoridad la asesoría y asistencia en materia de observancia de estos derechos, e incluso con legitimidad para obrar en nombre de las comunidades cuando éstas lo soliciten o cuando resulte apropiado.

4.10. Aplicación en el tiempo

El Anexo considera la propuesta de brindar un tiempo de adecuación de los usos que se estén realizando de dichas expresiones, garantizando un “trato equitativo” a los derechos adquiridos de terceros de buena fe. Dicho trato equitativo se concreta en permitir la continuación del uso pero asegurando la mención de la fuente y la distribución de beneficios con las comunidades.

4.11. Relación con la protección por la propiedad intelectual

Se establece la complementariedad con las normas de propiedad intelectual aplicables a las expresiones tradicionales y sus derivados.

Cabe anotar que este reconocimiento reviste singular importancia pues servirá para plantear soluciones cuando entren en conflicto ambos sistemas de protección.

4.12. Protección regional e internacional

No sólo las expresiones tradicionales nacionales serán objeto de protección. En el documento comentado se señala expresamente la obligación de establecer los mecanismos de protección que beneficien a los titulares extranjeros de derechos sobre sus expresiones tradicionales.

En caso de controversia sobre la titularidad de una expresión tradicional por comunidades situadas en países diferentes, se establece que las organizaciones regionales existentes deberán solucionar la misma considerando leyes consuetudinarias, y recurriendo a mecanismos alternativos de resolución de controversias.

5. CONCLUSIONES

La generación de un sistema sui géneris de protección del folclore es una labor que requiere de vasta discusión, tomando en consideración los costos y beneficios que dicho sistema de protección puede generar. Una primera conclusión es que el sistema de protección de las expresiones tradicionales es necesario en la medida que asegure una contraprestación legítima para los creadores como una manera de compensar el aporte que han brindado a la generación de una particular identidad cultural.

Otro fundamento de la protección es que ella es necesaria como un mecanismo que forme parte de un sistema integral que asegure la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial y material que conforman y enriquecen los conocimientos objeto de protección, en razón de lo cual deberá integrarse coherentemente con otras formas de salvaguardia a ser planteadas dentro de una Política de Promoción, Desarrollo y Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales.

La Política de Protección a diseñarse debe complementarse con las formas de protección de la propiedad intelectual existentes que sean aplicables, tales como la protección del derecho de autor, las marcas colectivas, las denominaciones de origen, entre otras, siempre y cuando dichos usos no impliquen la apropiación indebida de conocimientos colectivos, sino por el contrario, un uso legítimo y legal de las obras del folclore para fines de generación de obras derivadas o para fines de protección de dichas expresiones por sus comunidades.

Cierto consenso con el reconocimiento de derechos similares al derecho moral del autor se ha obtenido, considerando su naturaleza imprescriptible e inalienable, en especial con los relacionados con la fuente (paternidad),

evitar la distorsión o alteración con efectos perjudiciales (integridad), y con el mantenimiento de la condición secreta de ciertas expresiones (divulgación).

Mayor cuidado deberá tenerse en el caso del reconocimiento de derechos exclusivos, dadas las particularidades de las expresiones del folclore, especialmente con el consentimiento informado previo.

La forma adecuada de asegurar un retorno justo y equitativo a las comunidades responsables de la creación y mantenimiento se concreta con el reconocimiento de derechos de remuneración por usos lucrativos de dichos conocimientos. Sin embargo, ha de anotarse a la definición de usos lucrativos en atención a no eliminar las posibilidades de autosostenimiento necesarias para instituciones de difusión cultural.

Sin embargo, el establecimiento de excepciones y límites para fines educativos, culturales, académicos, de investigación, de archivo, de difusión a través de medios de comunicación resulta medular con la finalidad de asegurar un balance en el establecimiento de derechos.

Una labor imprescindible es el inicio del registro de las expresiones culturales tradicionales, mediante una labor de recolección e intercambio de información entre el Instituto Nacional de Cultura y los gobiernos locales y regionales, que pueda incrementar el alcance que actualmente tiene la declaración como Patrimonio de la Nación.

Atención mayor deberá realizarse a la evaluación del impacto de las disposiciones que implementen el sistema de protección, con la finalidad de evitar un perjuicio a la importante labor de difusión de dichas expresiones en el país y en el extranjero, así como las distorsiones que pueda provocar como la apropiación indebida de los recursos que genere por intermediarios sin legitimidad o por entes burocráticos que impida el que la justa contraprestación no llegue a sus correctos beneficiarios.

En ese empeño, la adecuada participación de legítimos representantes de las comunidades beneficiarias resulta medular para asegurar el cumplimiento efectivo de los fines del sistema diseñado. Ello implica una labor de fortalecimiento de las asociaciones representativas de las comunidades y colectivos culturales, con énfasis en las comunidades nativas.

Finalmente, la construcción de una Propuesta Nacional de Protección Sui Géneris, que integre las herramientas actuales a disposición de los titulares de expresiones culturales con los elementos aquí esbozados propios de una protección sui géneris, es una tarea pendiente que ha de integrar a todos los

sectores interesados, desde los representantes de las comunidades beneficiarias hasta la Academia, representantes del sector cultural, sector público asociado a labores de promoción de la exportación, de promoción de la actividad de micro y pequeña empresa, de promoción de la imagen del país, de la agencia que diseñe y ejecute política cultural, así como de los consumidores y sociedad civil. Es alentador que se haya realizado una reciente convocatoria del INDECOPI a los sectores mencionados con la finalidad de analizar el tema y formar un Grupo de Trabajo que produzca en consenso una propuesta de política de protección⁴¹.

BIBLIOGRAFÍA

ARANA, M. (2005). "Las denominaciones de origen: Una metodología para su reconocimiento". *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Número 1. Año 1. INDECOPI. Lima.

BULLARD, A. (2004). "Reivindicando a los piratas: ¿Es la propiedad intelectual un robo?", *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. Año I. Nro. 1. Palestra Editores SAC. Lima.

CORRALES, C. (2003). *La Protección del Folclore*. Ponencia presentada en el X Curso Académico Regional OMPI SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Lima.

DAES, E. (1993). *Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas*, Naciones Unidas. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/28.

GARRIDO DE LA GRANA, A. (1996). *Los retos de la Propiedad Industrial en el Siglo XXI. Primer Congreso latinoamericano sobre la Protección de la Propiedad Industrial*. Lima.

HOLGUÍN, O. (1997). *Tratado de Derecho de Propiedad Industrial*. Vol. II. Lima.

OMPI-UNESCO (1982). *Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas*.

OMPI (2002a). *Informe Final sobre las experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore*, Organización Mundial de la Propiedad

41 Taller realizado en Indecopi. La Protección Jurídica del Folclore. 2005. Ver: <http://200.121.68.202/portalCtpiWebApp/index.jsp>.

Intelectual (OMPI), Documento WIPO/GRTKF/IC/3/10, Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folclore, Marzo, Ginebra.

OMPI (2002b). *Preliminary systematic analysis of national experiences with the legal protection of expressions of folklore*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Documento WIPO/GRTKF/IC/4/3, Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folclore, Octubre, Ginebra.

OMPI (2004). *Resumen del proyecto de objetivos políticos y principios fundamentales de la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folclore, Noviembre, Ginebra.

OMPI (2005). *The protection of traditional cultural expressions/expressions of folklore. Revised objectives and principles*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Documento WIPO/GRTKF/IC/8/4, Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folclore, Abril, Ginebra.

RANGEL ORTIZ, H. (1996). *Las denominaciones de origen*, Los retos de la Propiedad Industrial en el Siglo XXI, Primer Congreso latinoamericano sobre la Protección de la Propiedad Industrial, Lima.

UCHTENHAGEN, U. (2002). *La protección del folclore*. Noveno Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina, Octubre.

UNESCO (1989). *Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore* (adopted by the General Conference at its twenty fifth session Paris 15 November 1989), UNESCO, Noviembre, París.

UNESCO (2003). *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, 32 Reunión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, Octubre, París.

VENERO, B. (2003). *Elementos básicos a considerar con miras a establecer un marco legal para la protección del arte y cultura indígena*. Diciembre. Mimeo.