

Noviembre 2012

LA IDENTIFICACIÓN DE LOS AGENTES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LOS BIENES CULTURALES INMATERIALES Y LA “OMPI”

M^a Lourdes LABACA ZABALA¹

Resumen: Definimos los Bienes Culturales Inmateriales y su protección, tanto a nivel internacional como nacional y regional. Así también, desarrollamos la protección que concede la OMPI-WIPO a las manifestaciones culturales tradicionales desde sus orígenes hasta la actualidad, y finalmente, nos ocupamos de la concreción de los agentes de la Propiedad Intelectual de los Bienes Culturales Inmateriales en base a la normativa desarrollada hasta la actualidad y el Proyecto de articulado de Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales y Folclore.

Palabras claves: Bienes Culturales Inmateriales- Propiedad Intelectual- OMPI-WIPO- Agentes de la Propiedad Intelectual- UNESCO – Expresiones Culturales Tradicionales

Abstract: Approach concerning the Immaterial Cultural Heritage definition and its international, national and regional protection. The contribution includes the OMPI-WIPO protection granted to the traditional cultural expressions. And finally, the contribution deals with the rules developed for the identification of the Intellectual Property Agents – Beneficiaries of the Immaterial Cultural Heritage included the OMPI –WIPO Draft Project for Protection of Traditional Cultural Expressions and Folklore.

Keywords: Immaterial Cultural Heritage- Intellectual property- WIPO- Intellectual Property Agents Beneficiaries – UNESCO- Traditional Cultural Expressions - Folklore

SUMARIO: I.- Bienes Culturales Inmateriales. 1.- Normativa Internacional, nacional y autonómica. 1.1.- Normativa Internacional La UNESCO. 1.2.- Normativa Nacional. 1.3.- Normativa Autonómica. II.- La protección de las Manifestaciones Culturales Inmateriales por parte de la OMPI-WIPO. 1.-

¹ Profesora Agregada de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco. Conferencia presentada en la 63 Edición de los Cursos de Verano de Cádiz de 2012, Curso B14: “Patrimonio Cultural y Propiedad Intelectual como motores de la Innovación y el Desarrollo”.

Desarrollo normativo. 2.- Conceptos Fundamentales. 3.- Características de las expresiones culturales tradicionales o folclore. 4.- Descripción funcional de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore. 5.- Patrimonio cultural y desarrollo económico. 6.- ¿Qué relación existe entre “conocimientos tradicionales y propiedad intelectual”? 7.- Protección de la Propiedad Intelectual. 8.- ¿Qué relación existe entre la Protección de la Propiedad Intelectual y la Preservación y Salvaguardia del Patrimonio cultural? 9.- Marco jurídico y política cultural. 10.- Opciones jurídicas: tendencias y experiencias nacionales, regionales e internacionales. 11.- Pasos prácticos para el establecimiento de orientaciones generales. 12.- ¿Y el futuro? III.- Los Agentes de la Propiedad Intelectual de los Bienes Culturales Inmateriales. IV.- Bibliografía.

I- Bienes Culturales Inmateriales

La *Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial*² aprobada en París el día 17 de octubre de 2003 y ratificada por el Estado español el año 2006 define el Patrimonio Cultural Inmaterial en su art. 2 en los siguientes términos:

“Los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que le 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 la Comunidades y Grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentido de identidad y continuidad”.

Destaca además la importancia que adquiere la “Comunidad” como portadora, creadora y poseedora de sus manifestaciones inmateriales y que:

“Las Comunidades, en especial las indígenas, los grupos y en algunos casos los individuos desempeñan un importante papel en la producción, la salvaguardia, el mantenimiento y la recreación del Patrimonio Cultural Inmaterial, contribuyendo con ello a enriquecer la diversidad cultural y la creatividad humana”.

Se afirma en la Convención de 2003 que son “finalidades” de la misma: a- “La salvaguarda del patrimonio Cultural Inmaterial, b- *El respeto del patrimonio cultural inmaterial de las Comunidades, Grupos e Individuos de que se trate*, c- *La sensibilización en el plano local, nacional e internacional a la importancia del patrimonio cultural inmaterial y de su reconocimiento recíproco*, d- *La cooperación y asistencia internacional*”³.

Señala que “se manifiesta el *Patrimonio Cultural Inmaterial*” en los siguientes ámbitos: a- *Las tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial*, b- *Las artes del espectáculo*; c- *Los usos*

² Aprobada por parte de La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, denominada en adelante “la UNESCO”, en su 32ª reunión, celebrada en París el veintinueve de septiembre al diecisiete de octubre de 2003. Ver: unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540s.pdf. (en adelante Convención de 2003).

³ Art. 1 de la Convención de 2003.

sociales, rituales y actos festivos; d- Los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e- Las técnicas artesanales tradicionales⁴.

Se 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 distintos aspectos⁵.

Por lo que concierne a la *Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en el Plano Internacional*, dispone la Lista representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad⁶, hace referencia a la Lista del Patrimonio Cultural Inmaterial que requiere medidas urgentes de salvaguardia⁷ y establece los Programas, Proyectos y Actividades de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial⁸.

También se recoge la “Cooperación y la Asistencia Internacional”, los “Objetivos de la Asistencia Internacional”⁹, las “Formas de Asistencia Internacional”¹⁰, los “Requisitos para la prestación de Asistencia Internacional”¹¹, las “Solicitudes de Asistencia Internacional”¹² y el “Papel de los Estados Partes beneficiarios”¹³.

En cuanto a la *Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en el plano Nacional*, establece las “Funciones de los Estados Partes”, los “Inventarios”¹⁴, “Otras medidas de salvaguardia”¹⁵, la “Educación, Sensibilización y fortalecimiento de las Capacidades”¹⁶ y la “Participación de las Comunidades, Grupos e Individuos”¹⁷.

Destacar el sistema de protección que presenta alejándose de la tradicional idea de “conservar” que generalmente se contiene en el Patrimonio Cultural Material y se posiciona a favor de: - Realizar inventarios de actualización regular; - Crear órganos gestores competentes, como instituciones de documentación con facilidades de acceso público; - Fomentar el estudio científico y técnico; - Crear o fortalecer instituciones de formación en gestión del Patrimonio Cultural Inmaterial: educación, sensibilización; - Adoptar medidas para garantizar el acceso a la ciudadanía.

Como características que podemos deducir de la Definición de la Convención de 2003 sobre Patrimonio Cultural Inmaterial podemos destacar que las manifestaciones del citado patrimonio: - Se transmite de generación en

⁴ Art. 2.2 de la Convención de 2003.

⁵ Art. 2.3 de la Convención de 2003.

⁶ Art. 16 de la Convención de 2003.

⁷ Art. 17 de la Convención de 2003.

⁸ Art. 18 de la Convención de 2003.

⁹ Art. 19 de la Convención de 2003.

¹⁰ Art. 21 de la Convención de 2003.

¹¹ Art. 22 de la Convención de 2003.

¹² Art. 23 de la Convención de 2003.

¹³ Art. 24 de la Convención de 2003.

¹⁴ Art. 11 de la Convención de 2003.

¹⁵ Art. 12 de la Convención de 2003.

¹⁶ Art. 14 de la Convención de 2003.

¹⁷ Art. 15 de la Convención de 2003.

generación; - Es recreado constantemente por las Comunidades y Grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia; - Infunde a las Comunidades y los grupos un sentimiento de identidad y de continuidad; - Promueve el respeto a la diversidad cultural y la creatividad humana; - Es compatible con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos existentes; - Cumple con los imperativos de respeto mutuo entre Comunidades, Grupos e Individuos y de desarrollo sostenible.

La Convención de 2003 es el quinto instrumento normativo adoptado por la UNESCO para proteger el Patrimonio Cultural Inmaterial y tiene como misión principal el respeto al Patrimonio Cultural Inmaterial tratando de sensibilizar sobre su importancia.

Obliga a los Estados Partes a adoptar medidas en el ámbito nacional encaminadas a garantizar la viabilidad de su Patrimonio Cultural Inmaterial, exigiendo la cooperación a nivel regional e internacional con el fin de lograr este objetivo.

Propone como medidas de salvaguardia: *“La definición, la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión y revitalización”* del Patrimonio Inmaterial. Destacamos también la necesidad que se desprende de la Convención de *“identificar, definir e inventariar los diversos elementos del patrimonio presentes en cada territorio de un Estado Parte con la participación de las Comunidades, los Grupos y las Organizaciones no gubernamentales pertinentes”*.

Dispone que los Estados Partes están obligados a *“adoptar medidas para garantizar la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial y confeccionar inventarios nacionales de su patrimonio Cultural Inmaterial”*. Así también es necesario que los Estados Partes *“adopten una política encaminada a realzar la función del Patrimonio Cultural Inmaterial en su sociedad y a crear programas de planificación; a designar o crear organismos competentes para salvaguardar su Patrimonio Cultural Inmaterial, y, fomentar estudios científicos, técnicos y artísticos, metodologías de investigación para salvaguardar el Patrimonio Cultural Inmaterial, sobre todo, aquel patrimonio que se encuentra en peligro”*.

Es necesario que se adopten medidas de orden jurídico, técnico, administrativo y financiero por parte de los Estados Partes con el fin de: - Favorecer la creación o el fortalecimiento de instituciones de formación en la gestión del Patrimonio Cultural Inmaterial, la transmisión de este patrimonio en los foros y escenarios destinados a su manifestación y expresión; - Garantizar el acceso al Patrimonio Cultural Inmaterial, respetando al mismo tiempo los usos consuetudinarios por los que se rige el acceso a determinados aspectos del citado patrimonio. - Crear instituciones de documentación sobre el Patrimonio Cultural Inmaterial y facilitar el acceso a las mismas.

Para garantizar la viabilidad del Patrimonio Cultural Inmaterial se han previsto determinadas Medidas de Salvaguardia nacionales e internacionales.

En relación con la *Medidas Nacionales*, señala que cuando un Estado pasa a ser miembro de la Convención debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia del patrimonio en su territorio. Deberá *“identificar y definir los distintos elementos de su patrimonio inmaterial con la participación de las Comunidades, los Grupos y las Organizaciones no*

gubernamentales. Para ello, deberá confeccionar inventarios de su patrimonio. Además, y con el fin de garantizar la salvaguardia de su patrimonio, tratará de lograr una participación activa, lo más amplia posible de las Comunidades, los Grupos y, si procede, los individuos, que crean, mantengan y transmitan dicho patrimonio, y de asociarlo activamente a la gestión del mismo. Deberá también promover la función que cumple este patrimonio en la sociedad y velará por el reconocimiento, respeto y el desarrollo del Patrimonio Cultural Inmaterial en la sociedad.

Dentro de las *Medidas de Salvaguardia Internacional*, corresponde a los Estados Partes adoptar las medidas necesarias para proceder a la salvaguardia del patrimonio, debiendo garantizar el intercambio y entendimiento entre los distintos Estados en un clima de cooperación y ayuda mutua. Se crea también la Lista representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad con la que se trata de dar a conocer mejor el citado patrimonio, haciendo que se tome conciencia de su importancia y propiciando formas de diálogo que respeten la diversidad.

1.- Normativa Internacional, nacional y autonómica

1.1.- Normativa Internacional La UNESCO

La transcendencia y reconocimiento de los Bienes Culturales Inmateriales se produjo por parte del Gobierno de Japón cuando nombró el año 1950 “*Tesoros Nacionales Vivientes*” o “*Portadores de Bienes Culturales Intangibles*” importantes a los grupos o sujetos que poseían ciertos conocimientos, destrezas y técnicas, esenciales para la continuidad de las manifestaciones de la cultura tradicional del país.

Posteriormente, a partir de los años 70 se produjeron distintas iniciativas encaminadas a la protección y el conocimiento del Patrimonio Cultural Inmaterial¹⁸, se promulgó la Declaración de México de 1982¹⁹, se celebró la Conferencia Internacional de la UNESCO en la que se aprobó la “*Recomendación sobre la Salvaguarda de la Cultura Tradicional Popular*”²⁰.

¹⁸ En los años 70 se promovieron distintas iniciativas dirigidas a la protección y el conocimiento de las distintas lenguas africanas, de las tradiciones orales y otras manifestaciones importantes.

¹⁹ La Declaración de México de 1982 redefinió el término Patrimonio Cultural incluyendo las obras tangibles e intangibles. Se entendió que a través de estas manifestaciones un pueblo expresaba “*las lenguas, las creencias, los rituales, además de los sitios y los monumentos, de la literatura, las obras de arte, los archivos y las bibliotecas*”.

²⁰ Se celebró el año 1989 una Conferencia internacional en la UNESCO en la que se aprobó una “*Recomendación sobre la salvaguarda de la Cultural Tradicional Popular*” que se definía como: “El conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de comunidad en cuanto expresiones de su identidad cultural, social.....”. En esta Recomendación de la UNESCO adoptada por la Conferencia General en su 25ª sesión en París, el día 15 de noviembre de 1989, no se hace referencia a los bienes que forman parte del Patrimonio cultural, sino a la cultura tradicional y popular, y puede destacarse que se constituyó en un claro precedente de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio cultural inmaterial de 2003. Esta Recomendación no tenía carácter vinculante pero no pocos Estados Miembros se inspiraron en ella para la adopción de medidas legislativas y administrativas para confeccionar el inventario de su Patrimonio Cultural Inmaterial.

Esta Recomendación contiene distintos Considerandos²¹, y seguidamente pasa a *definir* qué se entiende por “*cultura tradicional y popular*” en los siguientes términos: “*El conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundada en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía la arquitectura y otras artes*”²².

Por lo que concierne a “*la identificación de la cultura tradicional y popular*” señala que: “*En cuanto expresión cultural, debe ser salvaguardada, por y para el grupo (familiar, profesional, nacional, regional, religioso, étnico, etc.) cuya identidad expresa*”. Dispone así mismo que, los Estados Miembros deberían alentar las investigaciones adecuadas a nivel nacional, regional e internacional con el fin de cumplir determinados resultados²³.

En cuanto a la “*Conservación de la cultura tradicional popular*” señala que bajo ese término se hace referencia a: “*La documentación relativa a las tradiciones vinculadas a la cultura tradicional y popular, y en su objetivo, en caso de no utilización o de evolución de dichas tradiciones, consiste en que los investigadores y los portadores de la tradición puedan disponer de datos que les permitan comprender el proyecto de modificación de la tradición. A pesar de que la cultura tradicional y popular viva, dado su carácter evolutivo, no siempre permite una protección directa, la cultura que fue objeto de una fijación debería ser protegida con eficacia*”²⁴.

²¹ En uno de los Considerandos de la Recomendación de 1989 dispone: “Recomienda a los Estados Miembros que apliquen las disposiciones que a continuación se expresan, relativas a la salvaguardia de la cultura tradicional y popular, adoptando las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias, conforme a las prácticas constitucionales de cada Estado, para que entren en vigor en sus respectivos territorios los principios y medidas que se definen en la citada Recomendación”.

²² Recomendación de la UNESCO adoptada por la Conferencia General en su 25ª sesión en París, el día 15 de noviembre de 1989.

²³ Los resultados que se pretenden lograr son: a.- Elaborar un inventario nacional de instituciones interesada en la cultura tradicional y popular, con miras a incluirlas en los siguientes registros regionales y mundiales de instituciones de éste índole; b.- Crear sistemas de identificación y registro (acopio, indización, transcripción) o mejorar los ya existentes por medio de manuales, guías para la recopilación, catálogos modelo, etc, en vista de la necesidad de coordinar los sistemas de clasificación utilizados por distintas instituciones; c- Estimular la creación de una tipología normalizada de la cultura tradicional y popular mediante la elaboración de: 1- Un esquema general de clasificación de la cultura tradicional y popular, para la orientación a nivel mundial; 2- Un registro general de la cultura tradicional y popular; y, 3- Unas clasificaciones regionales de la cultura tradicional y popular especialmente mediante proyectos piloto sobre el terreno.

²⁴ Con el fin de cumplir con éste cometido convendría que los distintos Estados Miembros: a- Estableciesen servicios nacionales de archivos donde la cultura tradicional y popular recopilada pudiera almacenarse adecuadamente y quedar disponible; b- Estableciesen un archivo nacional central que pudiera prestar determinados servicios (indización central, difusión de la información sobre materiales de la cultura tradicional y popular y normas para el trabajo relativo a ella, incluida su salvaguardia); c- Creasen museos o secciones de cultura tradicional y popular en los museos existentes donde ésta pueda exponerse; d- Privilegiasen las formas de presentar las culturas tradicionales y populares que realizan los testimonios vivos o pasado de esas culturas (emplazamientos históricos, modos de vida, saberes materiales o inmateriales); e- Armonizasen los métodos de acopio y archivo; f- Impartiesen a recopiladores, archivistas, documentalistas y otros especialistas en la conservación de la cultura tradicional y popular, una formación que abarque desde la conservación física hasta el trabajo analítico; g- Suministrasen medios para confeccionar copias de seguridad y de trabajo de todos los materiales de la cultura tradicional popular, y copias para las instituciones regionales, garantizando así a la comunidad cultural el acceso a los materiales recopilados.

Por lo que a la “Conservación” se refiere dispone que: *“se trata de proteger las tradiciones vinculadas a la cultura tradicional y popular y de sus portadores, entendiendo que cada pueblo posee derechos de su propia cultura y que su adhesión a esa cultura suele perder vigor bajo la influencia de la cultura industrializada que difunden los medios de comunicación de masas. Por ello, es necesario tomar medidas para garantizar el estado y el apoyo económico de las tradiciones vinculadas a la cultura tradicional popular tanto dentro de las colectividades de las que proceden como fuera de ellas”*²⁵.

Se hace necesaria la “Difusión” de la cultura tradicional y popular, por ello, se debe *“Sensibilizar a la población sobre la importancia de la cultura tradicional y popular considerado éste como elemento de identidad cultural. Con el fin de que la sociedad tome conciencia del valor de la cultura tradicional y popular, así como, de la necesidad de conservarla, es esencial proceder a una amplia difusión de los elementos que constituyen ese patrimonio cultural”*. Señala como peligroso en el citado ámbito que: *“se debe evitar toda deformación a fin de salvaguardar la integridad de las tradiciones”*²⁶.

²⁵ Para lograr éste objetivo sería necesario que los Estados Miembros: a- Elaborasen e introdujesen en los programas de estudio, escolares y extraescolares, la enseñanza y el estudio de la cultura tradicional popular de forma apropiada, destacando el respeto y teniendo en cuenta no sólo las culturas rurales o de las aldeas, sino también las creadas en las zonas urbanas por los diversos grupos sociales, profesionales, institucionales, etc, para fomentar así un mejor entendimiento de la diversidad cultural y de las diferentes visiones del mundo, especialmente las de quienes no participan en la cultura dominante; b- Garantizar el derecho de acceso de las diversas comunidades culturales a su propia cultura tradicional y popular, apoyando también su labor en las esferas de la documentación, los archivos, la investigación, etc. Así como en la práctica de las tradiciones; c- Estableciesen un Consejo Nacional de la Cultura Tradicional y Popular sobre una base interdisciplinar u otro organismo coordinador similar donde estuviesen representados los diversos grupos interesados; 1- Prestasen apoyo moral y financiero a los individuos e instituciones que estudien, den a conocer, fomenten o posean elementos de la cultura tradicional o popular; 2- Fomentasen la investigación científica relativa a la salvaguardia de la cultura tradicional y popular.

²⁶ Con el fin de favorecer una difusión adecuada, señala que convendría a los Estados Miembros: a- Fomentar la organización de eventos nacionales, regionales e internacionales, como ferias, festivales, películas, exposiciones, seminarios, coloquios, talleres, cursos de formación, congresos, etc., y apoyasen la difusión y publicación de sus materiales, documentos y otros resultados; b- Estimulasen una mayor difusión del material de la cultura y popular en la prensa, la edición, la televisión, la radio y en otros medios de comunicación de masas nacionales y regionales, por ejemplo, por medio de subvenciones, de la creación de empleos para especialistas de la cultura tradicional y popular en esos sectores, del archivo correcto de los materiales de la cultura tradicional y popular acopiados por los medios de comunicación de masas y de la creación de Departamentos de cultura tradicional y popular en esos organismos; 1- Estimulasen a las regiones, municipios, asociaciones y demás grupos que se ocupan de la cultura tradicional y popular a crear empleos de jornada completa para especialistas de la cultura tradicional y popular que se encarguen de alentar y coordinar las actividades de ésta en la región; 2- Apoyasen los servicios existentes, y creasen otros nuevos para la producción de materiales educativos (películas de vídeo basadas en trabajos prácticos recientes), y estimulasen su uso en las escuelas, los museos y en los festivales y exposiciones, tanto nacionales e internacionales; 3- Facilitasen informaciones adecuadas sobre la cultura tradicional y popular por medio de los centros de documentación, bibliotecas, museos y archivos, así como de boletines y publicaciones periódicas especializadas en la materia; 4- Facilitasen la celebración de reuniones e intercambios entre particulares, grupos e instituciones interesadas en la cultura tradicional y popular, tanto a nivel nacional como internacional teniendo en cuenta los acuerdos culturales bilaterales; 5- Alentasen a la comunidad científica internacional a adoptar un Código de ética apropiado en lo relativo a los contactos con las culturas tradicionales y el respeto que se les debe.

Por lo que concierne a la “*Protección*” de las manifestaciones de la cultura tradicional y popular que se traduce en manifestaciones de la creatividad intelectual individual y colectiva, se considera que es merecedora de la misma protección que reciben las producciones intelectuales.

Se entiende que esta protección es indispensable para desarrollar, perpetuar y difundir en mayor medida este patrimonio tanto en el país como en el extranjero, sin atentar contra los intereses legítimos²⁷.

Finalmente, se hace necesaria la intensificación de la “*Cooperación internacional*” y los “*intercambios culturales*”, mediante la utilización conjunta de los recursos humanos y materiales, para realizar programas de desarrollo de la cultura tradicional y popular encaminados a lograr su reactivación y para los trabajos de investigación realizados por especialistas de los Estados Miembro en otro Estado Miembro²⁸.

Posteriormente, el año 1990 la UNESCO pone en marcha el programa de “*Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad*”²⁹ y se

²⁷ Además de la protección a través de la propiedad intelectual de las expresiones del folklore, existen distintas categorías que estaban ya protegidas y que deberían seguir estándolo en el futuro en los centros de documentación y los servicios de archivo dedicados a la cultura tradicional y popular. Para lograr este objetivo sería necesario que los Estados Miembros: a- Por lo que respecta a los aspectos de Propiedad Intelectual, deben destacarse además de la atención que les han prestado las autoridades competentes en la materia, los trabajos que se han desarrollado por parte de la UNESCO y la OMPI sobre la propiedad intelectual, reconociendo al mismo tiempo que esos trabajos se refieren únicamente a un aspecto de la protección de la cultura tradicional y popular y que es urgente adoptar medidas específicas para salvaguardarlas; b- En lo que se refiere a los demás derechos implicados, es necesario: 1- Proteger a los informadores en su calidad de portadores de la tradición (protección de la vida privada y de la confidencialidad); 2- Proteger los intereses de los compiladores velando por que los materiales recogidos fuesen conservados en archivos, en buen estado y en forma racional; 3- Adoptar las medidas necesarias para proteger los materiales recogidos contra su utilización abusiva, intencional u otra; 4- Reconocer a los servicios de archivo la responsabilidad de velar por la utilización de los materiales recogidos.

²⁸ Con el fin de lograr este nuevo objetivo, sería necesario o conveniente que los Estados Miembro: a- Cooperasen con las asociaciones, instituciones y organizaciones internacionales y regionales que se ocupan de la cultura tradicional y popular. b- Cooperasen en las esferas de conocimiento, la difusión y la protección de la cultura tradicional y popular, especialmente mediante: 1- El intercambio de información de todo tipo y de publicaciones científicas y técnicas; 2- La formación de especialistas, la concesión de becas y viajes y el envío de personal científico y técnico y de material; 3- La promoción de proyectos bilaterales y multilaterales en la esfera de la documentación relativa a la cultura tradicional y popular contemporánea. 4- La organización de reuniones de especialistas, cursos de estudios y grupos de trabajo acerca de determinados temas y, en especial, la clasificación y catalogación de los datos y expresiones de la cultura tradicional y popular y la actualización de los métodos y técnicas de investigación moderna; 5- La cooperación estrecha con miras a asegurar, en el plano internacional, a los diferentes derechohabientes (comunidades, personas físicas o morales) el goce de los derechos pecuniarios morales y los denominados conexos derivados de la investigación, la creación, la exposición, la interpretación, la grabación y/o la difusión de la cultura tradicional popular; 6- Se garantice el derecho de cada Estado Miembro a obtener que los otros Estados Miembros les faciliten copias de los trabajos de investigación, documentos, videos, películas u otros, realizados en su territorio; 7- Se abstuviesen de todo acto encaminado a deteriorar los materiales de la cultura tradicional y popular, disminuir su valor o impedir su difusión y utilización, ya se encuentren dichos materiales en su país de origen o en el territorio de otro Estado; 8- Adoptasen las medidas necesarias para salvaguardar la cultura tradicional popular contra todos los riesgos humanos o naturales a los que está expuesta, comprendidos los derivados de conflictos armados, ocupación de territorios o cualquier desorden público de otro tipo.

²⁹ El año 1990 la UNESCO pone en marcha el Programa de “*Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad*”²⁹ y su finalidad era: “Proteger los valores importantes como

instituyó el *Programa de Tesoros Humanos Vivos*³⁰. El año 1994 se creó en Francia el Título de Maestros Artistas” y el “Consejo de Oficios Artísticos”³¹, también en Filipinas se instituyó el título de “*Tesoro Nacional Vivo*” y se creó la “*Comisión nacional para la Cultura y las Artes*”³², el año 1997-8 se aprobó el “*Programa de Proclamación de las Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad*”³³.

Antes de concluir el año 1999 los expertos llegaron a la conclusión de que era necesario crear un instrumento legal vinculante en el ámbito de la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial y señalaron que la Recomendación de 1989 se había centrado demasiado en la “*documentación*”

la diversidad cultural, las raíces de identidad de las comunidades, los recursos de su imaginación y su creatividad o el papel de la memoria viva y oral, sobre todo en culturas ágrafas. En la primera reunión de esta convocatoria España logra que *El Misterio de Elche* se proclame como Obra Maestra del Patrimonio de la Humanidad (2001) y años más tarde *La Patum de Berga* (2005)”.

³⁰ el año 1994 se instituyó el *Programa de Tesoros Humanos Vivos* que tenía por objetivo “fomentar la creación de sistemas nacionales que otorgaran un reconocimiento oficial a los depositarios y ejecutantes de las tradiciones, dotados de gran talento, alentándoles a transmitir a las nuevas generaciones sus conocimientos y técnicas relacionadas con elementos específicos del Patrimonio Cultural Inmaterial”. Dispone que son Tesoros Humanos Vivos “Los individuos que poseen en grado sumo los conocimientos y técnicas necesarias para interpretar o recrear determinados elementos del Patrimonio Cultural Inmaterial”. Los Estados Miembros eligen a estas personas basándose en el valor de estos elementos como testimonio del genio creador humano, su arraigo en las tradiciones culturales y sociales, su carácter representativo de una Comunidad determinada, así como el hecho de que estén en peligro de desaparición. A través del Programa de Tesoros Humanos Vivos se trata de incitar a los Estados Miembros a otorgar un reconocimiento oficial a los depositarios de una tradición dotados de talento así como a garantizar la transmisión de sus conocimientos y técnicas a las jóvenes generaciones. Para crear un sistema nacional de Tesoros Humanos vivos es necesario adoptar disposiciones legales o reglamentarias; identificar por medio de inventarios y los elementos que integran el Patrimonio Cultural Inmaterial así como a sus depositarios, y crear una Comisión de expertos en la materia. Se entiende que esta Comisión será la encargada de recomendar las candidaturas y de atender al puesta en marcha del sistema, sobre todo en lo que hace referencia a la transmisión del conocimiento y de las técnicas. La UNESCO proporcionará a los Estados Nacionales de Tesoros Humanos Vivos para la creación de nuevos sistemas nacionales la asistencia financiera y/o técnica a través de su Programa de Participación y de las contribuciones extrapresupuestarias de los Estados Miembros, aparte de la financiación presupuestaria ordinaria. Con el fin de crear nuevos sistemas nacionales de Tesoros Humanos Vivos, la UNESCO propone unas directrices y da a conocer algunos sistemas existentes.

³¹ El año 1994 y teniendo en consideración los Tesoros Nacionales Vivos de Japón, se creó en Francia el título de “Maestro Artista” y el “Consejo de Oficios Artísticos”, con el fin de proteger y desarrollar los conocimientos excepcionales de los artesanos del sector privado. Los Maestros Artistas se escogen cada dos años y para ello se tendrá en consideración los expedientes de las candidaturas y se actuará de acuerdo con determinados criterios preestablecidos. Nombrados estos Maestros Artistas se les encomienda la misión de transmitir sus conocimientos a los aprendices durante un periodo de 3 años. Para ello, el Ministerio de Cultura otorga a los Maestros Artesanos una asignación anual durante este periodo. Los Tesoros Humanos Vivos están obligados a transmitir sus conocimientos y técnicas a las federaciones futuras en régimen de aprendizaje o por cualquier otro método de enseñanza. A nivel económico, reciben una asignación mensual vitalicia que les permite cumplir con sus responsabilidades y una subvención inicial.

³² Se trata a través de este título de “difundir y salvaguardar los conocimientos y técnicas tradicionales en el ámbito de la arquitectura, la literatura, las artes gráficas y plásticas, la decoración, el arte textil y la cerámica”.

³³ A través de la misma se establece una distinción internacional y a través de un sistema de Listas se trata de “divulgar, exaltar y salvaguardar determinados elementos del Patrimonio Cultural Inmaterial”. Este Programa se inspiró inicialmente en la Lista de la Convención del Patrimonio Mundial y posteriormente se ha desarrollado en la línea de la Convención de 2003.

pero no se había desarrollado debidamente la “*protección de las tradiciones y las costumbres vivas*”, ni en “*las comunidades y los grupos depositarios de esas costumbres tradicionales*”.

El año 2001 fue aprobada en la 31 Reunión de la Conferencia General de la UNESCO celebrada en París el día 2 de noviembre, la *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*³⁴. Un año más tarde (2002), la III Mesa Redonda de Ministros de Cultura sobre “El patrimonio cultural inmaterial, espejo de la diversidad cultural” apoyó la *Declaración de Estambul sobre el Patrimonio Cultural Inmaterial*³⁵. Así, los Ministros de cultura

³⁴ En el articulado de la citada Declaración de 2001 se señala que la *diversidad cultural* se constituye en Patrimonio común de la humanidad, que la diversidad cultural se constituye en un factor de desarrollo, que se constituye en un Derecho Humano, que la diversidad cultural debe ser accesible a todos, que el patrimonio cultural es fuente de creatividad y mercancía distinta de todas las demás, que deben adoptarse políticas culturales y aplicarlas utilizando para ello los medios que considere más adecuados, que debe reforzarse la creación y difusión a escala mundial de los bienes culturales reforzando la cooperación y la solidaridad entre países, que deben constituirse relaciones entre el sector público y privado, así como con la sociedad civil con el fin de garantizar la preservación y promoción de la diversidad cultural, y se señala la función de la UNESCO en el presente ámbito. Finalmente se dispone que los Estados Miembros se comprometen a tomar las medidas necesarias para difundir la presente Declaración y fomentar su aplicación efectiva creando un Plan de Acción para aplicar la presente Declaración con el fin de lograr distintos objetivos. Para ello, se incide en la cooperación con el fin de lograr distintos objetivos.

³⁵ La *Declaración de Estambul sobre el Patrimonio Cultural Inmaterial* celebrada los días 16 y 17 de septiembre de 2002. En este texto se utiliza por primera vez el término “*Patrimonio Cultural Inmaterial*”, se destaca la vulnerabilidad de las manifestaciones culturales inmateriales en el medio social y económico actual e insiste en el respeto por los contextos en los que se desarrolla. Concluida la Tercera Mesa Redonda adoptan los Ministros de Cultura participantes distintas posiciones comunes. Por todo ello, los Ministros de cultura participantes y representados en Estambul ven necesario y urgente pasar a la acción, por ello, adoptan distintas acciones: - Señalan que las múltiples manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial forman parte de los elementos determinantes de la identidad cultural de los pueblos y comunidades, además de constituir una riqueza común de toda la humanidad; - Entienden que el patrimonio cultural inmaterial forma un conjunto de prácticas, saberes y representaciones “vivas y continuamente recreadas” gracias a los cuales las personas y comunidades pueden expresar, en todos los planos, su concepción del mundo mediante sistemas de valores y referencias éticas. Entienden que este patrimonio cultural inmaterial genera un sistema de valores de pertenencia y continuidad en las comunidades, y se considera uno de los principales factores que impulsan la creatividad y la creación cultural. Por ello, debería primar un planteamiento global de tal forma que se tuviese en consideración el vínculo dinámico y la fuerte influencia recíproca existente entre el patrimonio material e inmaterial; - Consideran que la salvaguardia y transmisión del patrimonio inmaterial reside en la voluntad y la intervención efectiva de los que están a él vinculados. Con el fin de garantizar la continuidad de este proceso, los gobiernos tienen el deber de adoptar medidas que propicien la participación democrática de todos los agentes interesados; - Destacan la extrema vulnerabilidad como característica del patrimonio cultural inmaterial que está amenazado de desaparición o marginación por fenómenos como los conflictos, la intolerancia, la mercantilización excesiva, la urbanización incontrolada o el declive de las zonas rurales, entre otros, por lo que se exige una acción decidida de los distintos gobiernos que respete los contextos en que se expresa y difunde dicho patrimonio; - Afirman que el proceso de mundialización, al tiempo que hace pesar graves amenazas de uniformización sobre este patrimonio, puede facilitar su difusión, mediante tecnologías de la información y la comunicación, creando con ello el patrimonio electrónico digno de salvaguarda. Destacar que la mundialización puede favorecer la aparición de un conjunto de referencias comunes a toda la humanidad y fomentar así valores de solidaridad y tolerancia que se traduzcan en una mejor comprensión del otro y un mayor respeto a la diversidad; - Con el fin de lograr un verdadero desarrollo sostenible se hace necesaria una visión integrada del desarrollo, basado en la promoción de valores y prácticas que están presentes en el patrimonio cultural inmaterial. Este

participantes y representados en Estambul ven necesario y urgente pasar a la acción, para ello, adoptan distintas acciones³⁶.

El Comité Regional para Asia y el Pacífico celebró su 7ª Asamblea en Shanghai el año 2002 dedicándola a Museos, Patrimonio Inmaterial y la Globalización. Destacan que es necesario realizar un enfoque interdisciplinar de la diversidad cultural que conduzca a la unión entre el patrimonio mueble e inmueble, tangible e intangible, natural y cultural en un contexto holísticos, y consideran que los museos pueden servir de vehículo para la documentación, preservación y promoción de este patrimonio.

En la Asamblea se firmó la denominada “*Carta de Shanghai*” en la que se reafirma la importancia significativa de la creatividad, las particularidades de los pueblos, los grupos y comunidades entre las cuales sus valores, tradiciones, lenguas, historia oral, manifestaciones festivas... se reconocen y promueven en la disciplina museística y en la gestión del patrimonio. Se considera que la citada Carta es una aportación importante y se tuvo en consideración a la hora de elaborarse el Convenio de la UNESCO de 2003 para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural inmaterial.

Se propuso en la Carta que “*desde los museos se desarrollasen herramientas de documentación y normas para el tratamiento holístico del patrimonio, se iniciaran metodologías para generar inventarios del patrimonio cultural inmaterial con la participación de la comunidad y se realizaran esfuerzos para tratar de preservar, presentar e interpretar el Patrimonio Inmaterial en coherencia con los rasgos culturales locales*”. Todas estas cuestiones se plantearon con el fin de fomentar el entendimiento intercultural y el intercambio para la promoción de la paz y la armonía social. Se dispone en la Carta que se apoyarán los esfuerzos de la UNESCO para la salvaguarda y promoción del Patrimonio Cultural Inmaterial.

patrimonio, al igual que la diversidad cultural del que emana, es garantía del desarrollo sostenible y de la paz.

³⁶ - Se comprometen a fomentar activamente los Principios enunciados en la Declaración de la UNESCO sobre la diversidad cultural; - Acuerdan elaborar políticas encaminadas a inventariar, salvaguardar, promover y transmitir el patrimonio cultural inmaterial, mediante la información y la educación especialmente. Entienden que deben adoptarse medidas para garantizar el reconocimiento de las manifestaciones del patrimonio inmaterial dentro de los Estados, siempre y cuando éstas respeten los Derechos Humanos universalmente reconocidos; - Los Estados tratarán de estimular la investigación y documentación, de crear inventarios y registros, de promulgar medidas legislativas y establecer mecanismos adecuados de protección, garantizar, mediante la educación y la sensibilización la difusión de los valores y el significado del patrimonio cultural inmaterial y fomentar el reconocimiento y la protección de sus custodios, así como la transmisión de los conocimientos y las experiencias; - Consideran necesario y apropiado consultar y hacer participar a todos los interlocutores, gobiernos, comunidades locales y regionales, colectivos científicos, instituciones educativas, sociedad civil, sector público y privado y medios de comunicación, en estrecha colaboración con los exponentes y depositarios de todas las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial; - Apoyan la iniciativa adoptada por la UNESCO de proclamar las obras maestras del patrimonio cultural oral e inmaterial de la humanidad; - Solicitan a la UNESCO que promueva la instauración de nuevas formas de cooperación internacional, estableciendo mecanismos de reconocimiento, inventarios de prácticas idóneas y de creación de redes, obteniendo recursos y fomentando consultas entre países que comparten determinadas manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial; - Con el fin de lograr la solidaridad internacional, se tratará de prestar especial atención a países como Afganistán, que sufran las consecuencias de la pobreza, conflictos o crisis, prestando asistencia e instando a la UNESCO a que estudie la posible creación de un fondo especial para este fin.

Tras el reconocimiento de las Comunidades y Grupos que supone que son los sujetos que identifican, ejecutan, recrean y transmiten el Patrimonio Cultural Inmaterial o vivo se concluye el día 17 de octubre de 2003 con la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial.

Se establece en la citada Convención que el Patrimonio Cultural Inmaterial o patrimonio vivo es la muestra más evidente de la diversidad cultural y su conservación, una garantía de creatividad permanente.

A partir del año 2001 se ha procedido a realizar "*Proclamaciones de las Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad*"³⁷. Se ha procedido a la Proclama durante los años 2001 y 2003 de 47 obras maestras que han sido proclamadas por la UNESCO³⁸.

A través del programa de Proclamación se han premiado Obras maestras de todas las regiones del mundo, con el fin de lograr la divulgación, la promoción de las mismas y poner de relieve que la diversidad del Patrimonio Cultural Inmaterial corresponde a toda la humanidad.

1.2.- Normativa Nacional

El Preámbulo de la Constitución de 1978 declara la voluntad de la Nación española de proteger "a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los Derechos Humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e Instituciones". El desarrollo de este precepto se produce a través de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español que introduce el reconocimiento legal del patrimonio etnográfico³⁹.

Destaca MARTÍNEZ que el art. 1.2 de la Ley de Patrimonio Histórico Español instituyó el interés etnográfico y el valor antropológico como atributos definitorios del carácter patrimonial de los bienes, pero restringe su aplicación a los de orden tangible, muebles e inmuebles, en coherencia con la tradición jurídica española y los motivos expuestos en el Preámbulo. Continúa el autor señalando que "así una parte importante de los elementos de la cultura material

³⁷ La Proclama durante los años 2001 y 2003 de 47 obras maestras que han sido proclamadas por la UNESCO³⁷, siendo la última Proclama el año 2005 al entender que a partir de la Convención de 2003 entre en vigor no habrá más Proclamas.

³⁸ Destacar que la Proclamación premia: - Las expresiones populares y tradicionales, como por ejemplo, el Misterio de Elche en España; - Los espacios culturales, los que se produce una concentración de actividades culturales populares y tradicionales, como narración de historias, rituales, mercados, festivales, de forma que fija o periódica como los ritos diarios, procesiones anuales. Y que los principales objetivos de la Proclamación son: a- Sensibilizar a la opinión y movilización para reconocer la importancia del patrimonio oral e inmaterial y la necesidad de salvaguardarlo y revitalizarlo; b- Evaluar e inventariar el Patrimonio Inmaterial mundial; c- Alentar a los países a crear inventarios nacionales del Patrimonio Inmaterial y proporcionar medidas legislativas y administrativas para su protección; d- Fomentar la participación de los artistas tradicionales y creadores locales en la tarea de identificación y revitalización del Patrimonio Inmaterial. La Proclamación alienta a los gobiernos, a las organizaciones no gubernamentales y a las Comunidades locales a identificar, salvaguardar, revitalizar y promover su Patrimonio Inmaterial. También pretende alentar a los Individuos, los Grupos, las Instituciones y las Organizaciones a contribuir a su gestión, preservación, protección y promoción.

³⁹ MARTÍNEZ, L. P. "La tutela legal del Patrimonio Cultural Inmaterial en España: valoración y perspectivas", en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. I, nº 7, junio 2011, pp. 123-150.

no protegibles anteriormente por carecer de interés histórico o artístico devienen así bienes jurídicamente tutelados. Además, la Ley reconoció su entidad diferenciada, singularizándolos como “patrimonio especial” con el nombre de “*patrimonio etnológico*” respecto de las restantes masas de bienes intangibles del Patrimonio Histórico español y consagrados en los artículos 46 y 47⁴⁰.

En el Título VI de la Ley de 1985 bajo el título “*Del patrimonio etnológico*” dispone que: - Art. 46: Forman parte del Patrimonio Histórico español los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales. - Art. 47.1.- Son bienes inmuebles con carácter etnográfico, aquellas edificaciones e instalaciones cuyo modelo constitutivo sea expresión de conocimientos adquiridos, arraigados y transmitidos consuetudinariamente y cuya factura se acomode, en su conjunto o parcialmente, a una clase, tipo o forma arquitectónicos utilizados tradicionalmente por las Comunidades o Grupos humanos⁴¹. 47.2.- Son bienes muebles de carácter etnográfico,... todos aquellos objetos que constituyen la manifestación o el producto de actividades laborales, estéticas y lúdicas propias de cualquier grupo humano, arraigadas y transmitidas consuetudinariamente⁴². 47.3.- Se considera que tienen valor etnográfico y gozarán de la protección administrativa aquellos conocimientos o actividades que procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizadas por una determinada Comunidad. Cuando se trate de conocimientos o actividades que se hallen en previsible peligro de desaparecer, la Administración competente adoptará las medidas oportunas conducentes al estudio y documentación de estos bienes⁴³.

Una de las notas características del Patrimonio Etnográfico es su *carácter vivo* por expresarse mediante manifestaciones de orden inmaterial⁴⁴. Pero no estamos ante una noción folclorista del patrimonio, arcaizante, ahistórica y esencialista, como acredita la reiterada mención a la tradición y a la transmisión consuetudinaria en la regulación de los bienes inmuebles (art. 47.1), muebles (art. 47.2) e intangibles del Patrimonio Etnológico (art. 47.3) y la propia alusión a la cultura tradicional del pueblo español que se consagra en el art. 46⁴⁵.

⁴⁰ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 125.

⁴¹ Art. 47.1 de la Ley de 1985: “Son bienes inmuebles con carácter etnográfico, y se regirán por lo dispuesto en los Títulos II y IV de la presente Ley, aquellas edificaciones e instalaciones cuyo modelo constitutivo sea expresión de conocimientos adquiridos, arraigados y transmitidos consuetudinariamente y cuya factura se acomode, en su conjunto o parcialmente, a una clase, tipo o forma arquitectónicos utilizados tradicionalmente por las Comunidades o Grupos humanos”.

⁴² Art. 47.2 de la Ley de 1985: “Son bienes muebles de carácter etnográfico, y se regirán por lo dispuesto en el Título III y IV de la presente Ley, todos aquellos objetos que constituyen la manifestación o el producto de actividades laborales, estéticas y lúdicas propias de cualquier grupo humano, arraigadas y transmitidas consuetudinariamente”.

⁴³ Art. 47.3 de la Ley de 1985: “Se considera que tienen valor etnográfico y gozarán de la protección administrativa aquellos conocimientos o actividades que procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizadas por una determinada Comunidad. Cuando se trate de conocimientos o actividades que se hallen en previsible peligro de desaparecer, la Administración competente adoptará las medidas oportunas conducentes al estudio y documentación de estos bienes”.

⁴⁴ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 126. Esta característica se desprende del art. 46 de la Ley española de 1985 que prefiguró con años de antelación la categoría de Patrimonio Inmaterial.

⁴⁵ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 126.

En cuanto al “*sistema de protección*” queremos resalta que la Ley “se aleja de la tradición de idea de conservar propia del Patrimonio Cultural Material y se centra en: Realizar inventarios de actualización regular; Crear órganos gestores competentes, como instituciones de documentación con facilidades de acceso al público; Fomentar el estudio científico y técnico; Crear o fortalecer las instituciones de formación en gestión del Patrimonio Cultural Inmaterial, como pueden ser la educación y la sensibilización; y, Adoptar medidas para garantizar el acceso a la ciudadanía”⁴⁶.

Destacar que el legislador español en la Ley de 1985 recoge exclusivamente los valores antropológicos y etnológicos como interés cualificado. La figura de sitio histórico, sólo permite proteger indirectamente una fracción muy limitada de los elementos que pueden integrar el Patrimonio Cultural, las tradiciones populares, vinculadas a un lugar o paraje natural. Por lo que podemos concluir que, “respecto al régimen específico y las medidas de tutela directa la Ley se dispone a favor de los conocimientos y actividades inmateriales del Patrimonio Etnológico, resultan poco satisfactorias, además, que los bienes intangibles del Patrimonio Etnológico no disfruten de tutela jurídica sino meramente administrativa, al no formar parte de la definición legal de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico español del art. 1.2⁴⁷, y que los mecanismos de tutela administrativa previstos en el art. 47.3 de la Ley de 1985 cuya prescripción se circunscribe a los bienes intangibles amenazados de extinción, resulta muy pobres, limitándose a la práctica del estudio y la documentación de las manifestaciones culturales en cuestión”⁴⁸.

Por todo ello podemos concluir señalando que en definitiva el legislador restringió la protección del Patrimonio Etnológico a través de vías indirectas mediante la protección jurídica del sustrato material asociado⁴⁹. Destacar que la noción de Patrimonio Etnográfico que se desprende de la Ley de 1985 resulta limitada en relación al sentido amplio de Patrimonio Inmaterial que se contiene en la Convención de 2003 de la UNESCO⁵⁰.

1.3.- Normativa Autonómica

⁴⁶ Plan Nacional de Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, octubre 2011.

⁴⁷ ALONSO IBÁÑEZ, M. del R. en *El patrimonio histórico, Destino público y valor cultural*, 1992, p. 140.

⁴⁸ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 127.

⁴⁹ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 127.

⁵⁰ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 126. Para cuestiones del Patrimonio Cultural Inmaterial, ver: PÉREZ GALÁN, B. “Los usos de la cultura en el discurso legislativo sobre patrimonio cultural en España. Una lectura antropológica sobre las figuras legales de protección”, en *Revista de Antropología Experimental*, Número 11, 2011, pp. 11-30. PLATA GARCÍA, F. y RIOJA LÓPEZ, C. “El efecto dominó en el patrimonio etnológico”, en CARRERA GARCÍA, G y DIETZ, G., coordinadores., *Patrimonio inmaterial y gestión de la diversidad*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005, pp. 181-195. AGUSO TORRICO, J. “Patrimonio etnológico: recreación de identidades y cuestiones de mercado”, *ibid.*, pp. 197-213”, VELASCO MAILLO, M. “El patrimonio cultural como sistema de representación y como sistema de valor”, en C. R. FERNÁNDEZ LIESA H. M. Dirs. *La protección jurídica internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Constitución y Leyes S. A., Madrid, 2009, pp. 35-70; GARCÍA GÓMEZ, J. *Estudios sobre el Derecho del Patrimonio Histórico*, Fundación Registral, Madrid, 2008, p. 472; MINGOTE CALDERÓN, J. L. “A propósito de la terminología que define al ‘patrimonio etnológico en la legislación española”, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, Número 8, 2004, pp. 75-115; A. Moncusí Ferré, *op. cit.*; F.

La normativa autonómica española en materia de Patrimonio Cultural Inmaterial se ha desarrollado a partir de la Ley 16/1985, de 25 de junio de Patrimonio Histórico-Artístico español⁵¹. Se han promulgado distintas Leyes Autonómicas sobre patrimonio cultural en el que se han incluido los proyectos e iniciativas que se van a desarrollar en el ámbito del patrimonio cultural inmaterial. En cada Comunidad Autónoma se han presentado iniciativas que deben ser impulsadas por parte de las distintas administraciones públicas autonómicas competentes, así como por las instituciones, asociaciones, fundaciones y organismos que deben procurar la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial en su territorio.

Los legisladores autonómicos trataron de mejorar la protección que debían recibir los bienes intangibles-inmateriales en las definiciones jurídicas de patrimonio que desarrollaron en las distintas Leyes autonómicas. Así la Ley 7/1990, de 3 de julio del Patrimonio Cultural Vasco⁵², La Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía⁵³, la Ley 12/1998, de 21 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las Illes Balears⁵⁴ resolviendo la cuestión mediante el recurso a definiciones unitarias y holísticas del patrimonio, comprensivas de la totalidad de los bienes culturales, sin distinción entre tangibles e intangibles, y calificados por la posesión de valores o intereses patrimoniales⁵⁵.

Otras Leyes autonómicas incluyeron los Bienes Patrimoniales Inmateriales en la definición general de patrimonio, como la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio cultural Catalán⁵⁶, aunque en un párrafo aparte en relación con los que contenían los bienes tangibles. Estos bienes inmateriales considerados patrimonio cultural catalán se describen mediante una relación no exhaustiva de elementos y con remisión expresa a la definición de cultura popular y tradicional de la Ley 2/1993, de 5 de marzo, de Fomento y Protección de la Cultura Popular y Tradicional y de Asociacionismo Cultural, norma que define la “cultura tradicional y popular” como “el conjunto de las manifestaciones de la memoria y la vida colectiva de Cataluña, tanto pasadas

⁵¹ BOE de 29 de junio de 1985.

⁵² Art. 2.1 dispone: “Integran el patrimonio cultural todos aquellos bienes de interés culturas por su valor histórico, artístico, urbanístico, etnográfico, científico, técnico y social, y que por tanto son merecedores de protección y defensa”.

⁵³ Art. 2.1. señala: “El Patrimonio Histórico Andaluz se compone de todos los bienes de la cultura, en cualquiera de sus manifestaciones, en cuanto se encuentra en Andalucía y revelen un interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnológico, documental, bibliográfico, científico o técnico para la Comunidad Andaluza”.

⁵⁴ Art. 1.2 afirma: “El patrimonio histórico de las Illes Balears se integra de todos los bienes y valores de la cultura, en cualquiera de sus manifestaciones, que revelan un interés histórico.... Etnológico....

⁵⁵ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. pp. 128-129.

⁵⁶ Art. 1.2. dispone: “El conjunto cultural catalán está integrado por todos los bienes muebles o inmuebles relacionados con la historia y la cultura de Cataluña que por su valor histórico, artístico... etnológico.... Merecen una protección y una defensa especial, de manera que puedan ser disfrutados por los ciudadanos y puedan ser transmitidos en las mejores condiciones las futuras generaciones. También forman parte del patrimonio cultural catalán los bienes inmateriales integrantes de la cultura popular y tradicional y las particularidades..., de acuerdo con la Ley 2/1993, de 5 de marzo, de fomento y protección de la cultura popular y tradicional y del asociacionismo cultural”.

como presentes (art. 2.1)⁵⁷ aportando una relación de elementos integrantes más amplia en el art. 2.2”.

La Ley de Patrimonio Cultural de Galicia, Ley 8/1995, de 30 de octubre incluyó los bienes intangibles en una “definición unitaria de Patrimonio cultural que distingue las tres dimensiones de los bienes que lo integran –muebles, inmuebles e inmateriales- y se apoya en el análisis de intereses o valores patrimoniales para determinar su calificación patrimonial”⁵⁸. El modelo gallego “amplia el universo de bienes jurídicamente protegibles con pleno rigor sistemático, sin perder precisión analítica ni ambición holística y en perfecta consonancia con la tradición jurídica y científica del patrimonio”⁵⁹.

Otras Leyes que han seguido el sistema gallego son: la Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés, la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura, la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid. Por su parte, han seguido el modelo catalán, la Ley 4/1998, de 11 de junio del Patrimonio Cultural Valenciano, la Ley 10/1998, de 8 de julio de Patrimonio Histórico de Madrid, la Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias, la Ley 12/2002, de 11 de julio, del Patrimonio Cultural de Castilla y León, la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja, y la Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra.

Por su parte, la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria, la Ley 1/2001, de 6 de marzo, del Patrimonio Cultural del Principado de Asturias, y la Ley 4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia constituyen variantes propias, holístico-analítica (Cantabria) y analítica-descriptiva las de Asturias y Murcia⁶⁰.

En España las legislaciones autonómicas que se han ido promulgando han sido anteriores a la Convención de la UNESCO de 2003, por lo que han incluido la mayoría de ellas el Patrimonio Inmaterial bajo el Título de Patrimonio etnológico o etnográfico, destacándose los valores relacionados con la tradición y la identidad.

Como consecuencia de todo ello, las políticas culturales relacionadas con la protección del Patrimonio Cultural impera una “visión monumental,

⁵⁷ Art. 2.1. establece: “A efectos de la presente Ley, se entiende por cultura popular tradicional el conjunto de las manifestaciones de la memoria y la vida colectiva de Cataluña. 2- La cultura popular y tradicional incluye todo cuanto se refiere al conjunto de manifestaciones culturales, tanto materiales como inmateriales, como son las fiestas y las costumbres, la música y los instrumentos, los bailes y las representaciones, las tradiciones festivas, las creaciones literarias, las técnicas y los oficios y todas aquellas manifestaciones que tiene carácter popular y tradicional, como también las actividades tendentes a difundirlas por todo el territorio y a todos los ciudadanos”.

⁵⁸ Art. 1.1 señala: “El patrimonio cultural de Galicia está constituido por todos los bienes materiales e inmateriales que, por su reconocido valor propio, hayan de ser considerados de interés relevante para la permanencia e identidad de la cultura gallega a través del tiempo. Integran el patrimonio cultural de Galicia los bienes muebles, inmuebles e inmateriales de interés artísticos,..... etnológico.....

⁵⁹ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. p. 129.

⁶⁰ MARTÍNEZ, L. P. ob. cit. pp. 130-131. Para ver el patrimonio inmaterial y su relación con el patrimonio etnopatrimonio en las Leyes autonómicas, ver del autor, pp. 131 y ss.

singular, estética e historicista del patrimonio y una concepción de protección adaptada a estos valores”. La protección se sigue relacionando con la idea de “custodia, mantenimiento y conservación perenne” de estos objetos que deben transmitirse intactos a las nuevas generaciones. Por ello, no es suficiente con que se cambie el concepto de patrimonio, es necesario que cambie también las medidas y actuaciones que se ejercen sobre los elementos culturales patrimonializados y los actores que intervienen en los procesos relacionados con ellos⁶¹.

Por ello, la mayor parte de las actuaciones realizadas por parte de las Comunidades Autónomas se han desarrollado dentro de los siguientes ámbitos: identificación, conocimiento, investigación y valorización del Patrimonio Inmaterial. Sería necesario que se avanzara en otras líneas como la capacitación técnica e institucional con el fin de garantizar la salvaguarda de este Patrimonio Cultural Inmaterial en cada una de las Comunidades Autónomas.

II.- La protección de las Manifestaciones Culturales Inmateriales por parte de la OMPI-WIPO

La OMPI-WIPO⁶² se creó el año 1967, cuenta con 185 Estados miembros y tiene su secretaria en Ginebra, Suiza. Su misión es promover la “Innovación y la Creatividad” al servicio del desarrollo económico, social y cultural de todos los países, por medio de sistemas internacionales de propiedad intelectual equilibrado y eficaz.

Es el organismo del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas dedicado al uso de la propiedad intelectual, dentro de la que podemos incluir, las patentes, los derechos de autor, las marcas y diseños... como medio de estimular la innovación y la creatividad.

Desarrolla funciones en distintos ámbitos: ámbito de servicios⁶³, ámbito legislativo⁶⁴, infraestructuras⁶⁵ y desarrollo⁶⁶.

La OMPI lleva dedicándose al estudio de las relaciones entre “la propiedad intelectual y la protección, promoción y preservación de las expresiones culturales tradicionales (también denominadas “expresiones de

⁶¹ CARRERA, G. ob. Cit. 2009, pp. 18-40.

⁶² OMPI-WIPO: (Organización Mundial de Propiedad Intelectual-World Intellectual Property Organization). En adelante, OMPI.

⁶³ Administra sistemas que facilitan la obtención de protección a nivel internacional para las patentes, las marcas, los diseños y las denominaciones de origen, y la solución de controversias de propiedad intelectual.

⁶⁴ Contribuye a desarrollar el marco jurídico internacional de la propiedad intelectual en concordancia con las necesidades de la sociedad a medida que éstas evolucionan.

⁶⁵ Crean redes de colaboración y plataformas técnicas, entre las que figuran bases de datos y herramientas gratuitas para el intercambio de información, a fin de compartir conocimientos y simplificar las transacciones de propiedad intelectual.

⁶⁶ Fortalece las capacidades de uso de la propiedad intelectual a favor del desarrollo económico y colabora con los Estados miembros y sectores interesados para dar a conocer más adecuadamente la propiedad intelectual y cultivar su respeto a escala mundial. Así también, proporciona estadísticas y análisis económicos, y contribuye a hallar soluciones basadas en la propiedad intelectual para afrontar los desafíos mundiales.

folclore”)” varios decenios, y desarrolla un intenso Programa en esta área en materia de formación de políticas, asistencia jurídica y dotación de medios⁶⁷.

Esta relación entre expresiones culturales y propiedad intelectual “entraña problemas complejos y estimulantes⁶⁸. Las expresiones de las culturas tradicionales o expresiones del folclore distinguen y reflejan “los valores y convicciones de las -comunidades indígenas y otros tipos de comunidades”-.

Los problemas que se plantean como consecuencia del multiculturalismo y la diversidad cultural, especialmente en las sociedades en las que concurren comunidades indígenas y de inmigrantes requieren políticas “dirigidas a mantener la armonía entre la protección de las expresiones culturales, ya sean tradicionales o de otro tipo, y el intercambio libre de experiencias culturales”. También se detecta el problema de llegar al equilibrio entre “la aspiración de preservar las culturas tradicionales y el deseo de estimular la creatividad basada en la tradición como contribución al desarrollo económico sostenible”.

Con el fin de hacer frente a estos retos puede plantear cuestiones profundas como: ¿A quién pertenece, si es que pertenece al alguien, el patrimonio cultural de una Nación? ¿Qué relación existe entre la protección de la propiedad intelectual y el fomento de la diversidad cultural? ¿Qué políticas en materia de propiedad intelectual satisfacen mejor las necesidades de un “dominio público” creativo y multicultural? ¿De qué modo, en caso de que proceda, deben los sistemas actuales de propiedad intelectual reconocer las normas y protocolos consuetudinarios? ¿Cuándo un “préstamo” de una cultura tradicional se considera inspiración legítima y cuándo se trata de una adaptación o copia improcedente?, ¿Existe relación entre la “preservación” del patrimonio cultural y la “protección” de la propiedad intelectual de expresiones culturales tradicionales y, de ser así, en qué consiste?

En el Folleto n° 1 “se definen los conceptos fundamentales, se planean consideraciones políticas en materia jurídica y cultura, y se exponen los principales opciones jurídicas basándose en las corrientes nacionales,

⁶⁷ Propiedad intelectual y Expresiones Culturales Tradicionales o Folclore”, ver: Folleto 1, publicación n° 913 (S), en: <http://es.scribd.com/doc/6445427/Propiedad-intelectual-y-expresiones-culturales-tradicionales-o-del-folclore-Folleto-N-1>. Este Folleto está basado en muchos “Documentos, Estudios y Otros materiales” preparados y consultados en el contexto de la labor de la OMPI, los cuales está disponibles en la Secretaria y en <http://www.wipo.int/tk/cultural/index.html>. Los principales documentos que se han utilizando son, entre otros: - Secretaria de la OMPI: “*Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual. Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales*” (1998-1999). – Secretaria de la OMPI: “*Análisis consolidado de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales*”, Documento de información n° 1. – Secretaria de la OMPI, “*Informe final sobre las expresiones nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore*”, (Documento WIPO/GRTKF/IC/3/10). – Secretaria de la OMPI, “*Análisis consolidado de la protección de las expresiones culturales tradicionales*”, (Documento WIPO7GRTKF/IC/5/3. – Secretaria de la OMPI, “*Las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: opciones políticas y jurídicas*”, (Documento WIPO/GRTKF/IC/6/3. – JANKE, TERRI, “*Cuidar la cultura: estudios de casos sobre propiedad intelectual y expresiones culturales tradicionales*”, preparado para la OMPI. – Centro de Comercio Internacional (UNCTAD/OMC) y Secretaria de la OMPI, “*Marketing Crafts and Visual Arts: The Role Of Intellectual Property- A practical Guide*”.

⁶⁸ Folleto n° 1, ob. cit. p. 2.

regionales e internacionales, en relación a la protección de las expresiones culturales tradicionales”⁶⁹.

1.- Desarrollo normativo

Se procede a la “modificación” del Convenio de Berna⁷⁰ para la protección de las obras literarias y artísticas, en el que se estableció un mecanismo para la protección internacional de obras no publicadas y anónimas. Según los artífices de esta modificación que se concreta en el art. 15.4.a) del Convenio, su fin es “proporcionar protección internacional a las expresiones del folclore o expresiones culturales tradicionales”⁷¹.

Se han desarrollado distintas actuaciones por parte de la OMPI, se adoptó el año 1876 la “*Ley Tipo de Túnez sobre Derecho de Autor para Países desarrollados*” que incluye una protección *sui generis* para las expresiones del Folclore⁷² y se elaboró un Modelo *sui generis* para la protección de la propiedad intelectual de las “expresiones culturales tradicionales”⁷³. Los años 1984⁷⁴, 1996⁷⁵, 1997⁷⁶ y 1999⁷⁷ se desarrollaron distintas actuaciones en el

⁶⁹ Folleto nº 1, ob. cit. p. 2.

⁷⁰ Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 9 de abril de 1886, que fue modificado en distintas ocasiones, la última en París el día 24 de julio de 1971 y Enmendada el día 23 de septiembre de 1978. Art. 15: “Derecho de hacer valer los derechos protegidos”, apartado 4, “Para algunas obras no publicadas de autor desconocido”. Afirma el citado apartado: “(a) Para 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 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. (b) Los países de la Unión que, en virtud de lo establecido anteriormente, procedan a esa designación, lo notificarán al Director General mediante una declaración escrita en la que se indicará toda la información relativa a la autoridad designada. El Director General comunicará inmediatamente esta declaración a todos los demás países de la Unión.

⁷¹ Art. 15.4.a) del Convenio de Berna, ver, http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P201_41647. (28-08-2012).

⁷² La Ley Tipo se refiere a la protección de obras de folclore, en los siguientes términos: “Las obras de folclore nacional serán protegidas por todos los medios con arreglo a lo que dispone el párrafo 1), sin limitación de tiempo”⁷². Por su parte, el art. 6 afirma: “Esta disposición tiene por objeto impedir toda explotación abusiva y permitir una protección adecuada del patrimonio denominado folclore, que constituye no solo una riqueza económica potencial sino también un patrimonio cultural íntimamente ligado a la personalidad propia de cada pueblo”. En las Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO para Leyes Nacionales de 1982 se establecen dos categorías principales de acciones contra las que están protegidas las expresiones culturales tradicionales, a saber, la “explotación ilícita” y “otras acciones lesivas”. Las Disposiciones Tipo han influido en la legislación nacional de muchos países. Barios Estados y otras partes interesadas han señalado que las Disposiciones Tipo necesitan ser mejoradas y actualizadas.

⁷³ El año 1982 un grupo de expertos convocados por la OMPI y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) elaboró un modelo *sui generis* para la protección basada en la propiedad intelectual de las “expresiones culturales tradicionales”, las Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO de 1982.

⁷⁴ La OMPI y la UNESCO el año 1984 convocaron conjuntamente a un “grupo de expertos” sobre la protección internacional de las expresiones del folclore a través de la propiedad intelectual. Este grupo contó con un Proyecto de Tratado basado en las Disposiciones Tipo de 1982. Con todo, una mayoría de los participantes consideraba prematuro establecer un Tratado internacional en aquel momento.

⁷⁵ En diciembre de 1996, los Estados Miembros de la OMPI aprobaron el “*Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)*”, que otorgó protección también a los intérpretes o ejecutantes de las expresiones del folclore.

⁷⁶ En abril de 1997 se celebró en Puhket, Tailandia, el “Foro Mundial UNESCO-OMPI sobre la protección del folclore”. Durante los años 1998-1999 la OMPI llevó a cabo “misiones

ámbito de su protección y a finales del año 2000 se creó el “Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore”⁷⁸.

La OMPI organiza también talleres y seminarios, así como misiones exploratorias y de expertos; además encarga estudios de casos y lleva a cabo actividades de asesoramiento jurídico y redacción de textos legislativos, así como de sensibilización y formación⁷⁹.

2.- Conceptos Fundamentales

La primera pregunta a la que se trata de dar respuesta es: ¿“En qué consisten las –expresiones culturales tradicionales-? Las expresiones culturales tradicionales son “*El resultado de procesos creativos intergeneracionales, sociales y comunitarios de carácter fluido, y reflejan y distinguen la historia, la identidad cultural y social y los valores de una comunidad*”.

Las expresiones culturales tradicionales son el alma de la identidad de una comunidad, el patrimonio cultural está “vivo”; es “*creado constantemente a medida que los profesionales y artistas tradicionales abordan su trabajo con nuevos ojos*”. La tradición “*no es mera imitación y reproducción*”, sino “*también innovación y creación*” en el contexto del marco tradicional.

Así la “*creatividad*” en la tradición se caracteriza por la “interacción dinámica entre la creatividad colectiva y la creatividad individual”.

exploratorias” en 28 países con el fin de determinar las “necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales con relación a la protección de la propiedad intelectual”. El resultado de esta Misión se contiene en el “Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias 1998-1999”.

⁷⁷ E l año 1999, la OMPI organizó una serie de “Consultas regionales sobre la protección de las expresiones del folclore” en países africanos, árabes, en América Latina y el Caribe. En todas las consultas se aprobaron resoluciones o recomendaciones de que la OMPI y la UNESCO aumentaran e intensificaran su labor en el campo de la protección del folclore. En las Recomendaciones, de forma unánime, se estableció que la futura labor en esta esfera debería contemplar la creación de un régimen internacional efectivo para la protección de las expresiones del folclore.

⁷⁸ Este Comité ha realizado importantes progresos en relación a las concesiones políticas y prácticas entre el sistema de propiedad intelectual y p las preocupaciones de los profesionales y los custodios de las culturas tradicionales. Bajo la tutela de la Secretaria de la OMPI ha publicado un cuestionario pormenorizado sobre la experiencia de los países, y ha emprendido una serie de estudios analíticos exhaustivos basados en las respuestas al cuestionario y otras consultas e investigaciones. Estos estudios han servido de base para el debate político internacional y han contribuido al desarrollo de herramientas aplicadas. El Comité a partir de esta experiencia se ha orientado hacia el logro de un entendimiento internacional con relación a los “principios y objetivos compartidos” que deben guiar la protección de las expresiones culturales tradicionales. Todo este material está disponible en la Secretaria de la OMPI. Ver: <http://wipo.int/tk/en/cultural/index.html>.

⁷⁹ En resumen, para abordar el tema de la protección jurídica de las expresiones tradicionales–folclore y su evolución reciente al día de hoy, debe acudirse a: “Ley Tipo de Túnez sobre Derecho de Autor” (1976). A las “Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore OMPI-UNESCO” (1982). A la “Memoria del Forum Mundial UNESCO-OMPI sobre la Protección del Folclore”, Phuket, Tailandia (1997). A los “Documentos de trabajo del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore” (2002-2003) y a los “Tratados internacionales”.

Desde la perspectiva de la propiedad intelectual, en este contexto dinámico y creativo a menudo resulta difícil saber qué constituye una creación independiente. No obstante, en el marco de la legislación vigente en materia de derecho de autor, una adaptación o arreglo contemporáneo de material tradicional antiguo o preexistente a menudo puede ser suficientemente original como para considerarlo obra susceptible de protección por el derecho de autor.

Este aspecto es fundamental y constituye el centro de un amplio debate político: ¿Es adecuada la protección que existe hoy en día para la creatividad contemporánea basada en la tradición, o se necesita alguna forma de protección de la propiedad intelectual complementaria para el material preexistente o que sirve de base?.

3.- Características de las expresiones culturales tradicionales o folclore

Las expresiones culturales tradicionales o folclore tienen las siguientes características: *a- Se transmiten de una generación a otra, ya sea oralmente o por imitación. b- Reflejan la identidad cultural y social de una comunidad. c- Están formadas por elementos característicos del patrimonio de una comunidad. d- Son creadas por “autores desconocidos”, comunidades, o individuos a quienes la comunidad permite o les reconoce el derecho o la responsabilidad de hacerlo. e- No suelen crearse con fines comerciales, sino como vehículo de expresión religiosa y cultural. f- Están en constante evolución y desarrollo, siendo creadas dentro de la comunidad.*

4.- Descripción funcional de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore

Las expresiones culturales tradicionales o expresiones de folclore pueden definirse “funcionalmente” como: *“Se entiende las producciones elaboradas con elementos característicos del patrimonio artístico tradicional creado y mantenido por una comunidad o por personas que reflejan las expectativas artísticas tradicionales de dicha comunidad, en particular: a- Las expresiones verbales, como cuentos, poesías y acertijos populares, las palabras, signos, símbolos e indicaciones; b- Las expresiones musicales, como las canciones populares y la música instrumental; c- Las expresiones corporales, como danzas populares, representaciones escénicas y formas artísticas o rituales, con independencia de que estén o no fijadas en un soporte; y, d- Las expresiones tangibles, tales como: - Los productos de arte popular, particularmente dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, artesanía, labores de punto, textiles tapices, indumentaria. - La artesanía; - Los instrumentos musicales; - Las formas arquitectónicas.*

Las expresiones de la cultura tradicional pueden ser “tangibles, intangibles o, lo más frecuente una combinación de ambas”⁸⁰.

5.- Patrimonio cultural y desarrollo económico

El patrimonio artístico de una comunidad, además de cumplir una importante función social, espiritual y cultural, es fuente de “creatividad e

⁸⁰ Un ejemplo de este tipo de “expresiones mixtas del folclore” podría ser una alfombra (expresión tangible) donde se expresan elementos de un relato tradicional (expresión intangible).

innovación” y puede desempeñar una función importante en el desarrollo de la comunidad que lo ejecuta.

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

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

En este sentido, la propiedad intelectual puede ser de ayuda, por ejemplo, al certificar el origen de artes y oficios⁸¹ o luchar contra imitaciones que se hacen pasar por auténticas⁸². Las Comunidades han empleado sus derechos de propiedad intelectual para ejercer el control sobre la manera en que se utilizan sus expresiones culturales y para defenderse contra el “uso irrespetuoso o denigrante” de las obras tradicionales.

Además, las manifestaciones culturales tradicionales son fuente de inspiración y de creatividad para las industrias culturales, como el mundo del espectáculo, el sector de la moda o el editorial, o la industria de la artesanía y el diseño. Muchas pequeñas y medianas empresas de países desarrollados y en desarrollo crean riqueza utilizando las formas y el material de las culturas tradicionales.

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

6.- ¿Qué relación existe entre “conocimientos tradicionales y propiedad intelectual”?

Las relaciones entre las expresiones culturales tradicionales y la propiedad intelectual se analizan aisladamente de los conocimientos tradicionales. Además, surgen instrumentos jurídicos bien diferenciados, así pues, el sistema de protección de la propiedad intelectual complementa las estructuras tradicionales de los conocimientos y las expresiones culturales, y va más allá del marco de la comunidad original, no pretenden suplantar o imitar las costumbres y usos propios de la comunidad.

La experiencia acumulada señala que la protección de la propiedad intelectual de las expresiones culturales tradicionales plantea determinadas cuestiones sobre política cultural muy concreta y que, a diferencia de los

⁸¹ Mediante marcas de certificación.

⁸² A través de la legislación sobre competencia desleal.

conocimientos técnicos tradicionales, supone una doctrina jurídica muy próxima a la sustentada por el derecho de autor y sistemas de derechos afines.

Es importante que las formas de protección aplicables al folclore estén inspiradas y conformadas por principios y políticas culturales y jurídicas adecuadas. Además, el hecho de atender separadamente a las expresiones culturales tradicionales o de folclore facilita un debate más preciso, técnico y concreto, y permite captar de manera más plena las experiencias y puntos de vista de las oportunas partes interesadas, como oficinas y departamentos públicos dedicados al derecho de autor, la cultura y la educación, “los depositarios e intérpretes o ejecutantes indígenas o tradicionales” de tradiciones culturales y expresiones artísticas, y folcloristas, etnomusicólogos, archiveros y otros especialistas de la cultura.

A diferencia de lo que ocurre con los conocimientos, se tiene bastante experiencia en la creación y aplicación de medidas de protección de la propiedad intelectual específicas para las expresiones culturales tradicionales o de folclore en los ámbitos internacionales, regionales y nacionales.

7.- Protección de la Propiedad Intelectual

La propiedad intelectual se ocupa de las “*creaciones del ingenio*”, como las invenciones, los motivos gráficos, las obras literarias y artísticas y los símbolos, denominaciones, imágenes y representaciones.

La propiedad intelectual está protegida por Leyes que establecen derechos de propiedad privada sobre “*creaciones e innovaciones*” con el fin de conceder el control sobre la explotación de éstas, especialmente sobre su explotación comercial, y de incentivar la creación. El derecho de autor, por ejemplo, protege las producciones de la creatividad, como las obras literarias y artísticas originales, ante determinadas prácticas, como la “reproducción, adaptación, ejecución, o interpretación pública, radiodifusión y otras formas de comunicación pública.

Asimismo puede proporcionar protección frente a la utilización “denigrante o degradante” de una obra, motivo de preocupación frecuente con relación al material cultural tradicional.

Sin embargo, no todos los aspectos de la protección de la propiedad intelectual se dirigen directamente a la innovación y la creatividad, como por ejemplo la Ley sobre marcas, indicaciones y signos distintivos⁸³ o el campo afín de la lucha contra la competencia desleal, cuyo objetivo es proteger una reputación establecida, un carácter inconfundible y un fondo de comercio, como puede disfrutar una comunidad tradicional en la producción de artesanía, trabajos artísticos y otros productos tradicionales.

Los elementos y los principios del sistema de derecho de autor tienen un interés especial para la protección de las expresiones culturales tradicionales, ya que muchas de ellas son producciones literarias o artísticas y, por tanto, objeto real o posible de protección mediante el derecho de autor. Esta es la

⁸³ Legislación que regula las marcas de fábrica o comercio, las indicaciones geográficas y los símbolos nacionales.

razón por la que muchos países ya protegen el folclore en el marco de la legislación sobre el derecho de autor.

Los derechos relacionados con el derecho de autor, en particular los derechos de los “intérpretes y ejecutantes”, también resultan útiles de manera directa. La otra rama principal del derecho de la propiedad intelectual, la propiedad industrial, también se ha utilizado para proteger las expresiones culturales tradicionales, especialmente las marcas de fábrica o comercio⁸⁴ y las indicaciones geográficas, los diseños industriales (incluidos los diseños textiles) y la lucha contra la competencia desleal.

Es importante también determinar cuándo estamos ante el “Derecho de autor”, la “Adaptación” y las “Obras derivadas”. Para concretar todos estos extremos es determinante diferenciar ¿Cuándo el uso de material cultural tradicional se considera inspiración legítima y cuándo se trata de una adaptación o copia improcedente?

El autor de una obra normalmente tiene el derecho exclusivo a controlar la realización de adaptaciones de su obra. Ejemplo de ellos serían las traducciones, revisiones y otras formas en que una obra puede ser reestructurada, transformada o adaptada. Estos tipos de adaptaciones se denominan a veces “obras derivadas”.

Las obras derivadas pueden por sí mismas ser susceptibles de protección a través del derecho de autor en el caso de que sean suficientemente originales. Incluso las obras realizadas a partir de material de “dominio público” pueden gozar de protección del derecho de autor, ya que una interpretación, arreglo, adaptación o recopilación nueva de materiales de dominio público pueden dar origen a una expresión nueva diferenciada que sea suficientemente “original”. Esto permite explicar la razón de que una producción literaria o artística contemporánea derivada o inspirada en una cultura tradicional que incorpora elementos nuevos pueda considerarse obra diferenciada y original, y por tanto esté protegida.

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

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

⁸⁴ Como las marcas colectivas.

8.- ¿Qué relación existe entre la Protección de la Propiedad Intelectual y la Preservación y Salvaguardia del Patrimonio cultural?

En el ámbito del patrimonio cultural las nociones de “*preservación*” y “*salvaguardia*” se refieren por lo general a la identificación, catalogación, transformación, revitalización y promoción del patrimonio cultural con el fin de asegurar su mantenimiento y viabilidad.

La preservación y salvaguardia del patrimonio cultural y el fomento de la diversidad constituyen objetivos fundamentales de varios Convenios y Programas internacionales, así como de políticas, prácticas y procesos regionales e internacionales.

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

Existe una relación importante entre la “protección” de la propiedad intelectual y la “preservación y salvaguardia” en el contexto del patrimonio cultural. Por ejemplo, en el proceso de preservación (como el registro, catalogación y publicación de materiales culturales tradicionales) pueden plantearse cuestiones sobre la falta de protección de la propiedad intelectual, o se puede correr el riesgo de poner involuntariamente expresiones culturales tradicionales en el “dominio público”, lo que daría a otros libertad para utilizarlos en contra de los deseos de la comunidad de origen.

También podría darse el caso, si no hay una canalización adecuada, que la persona que registre la expresión cultural tradicional obtenga el derecho de autor sobre la forma en que ésta queda registrada⁸⁵.

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

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

9.- Marco jurídico y política cultural

⁸⁵ Por ejemplo, la fotografía, filmación o grabación sonora de una expresión cultural tradicional.

La protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales debe abordarse en un contexto político amplio, y no como un fin en sí mismo. Esto supone reflexionar acerca de cuestiones más generales como: - La preservación y salvaguardia del patrimonio cultural; - El fomento de la diversidad cultural; - El respeto a los derechos culturales; - El fomento del desarrollo artístico y el intercambio cultural; - Las necesidades e intereses de las comunidades indígenas y tradicionales; y, - El fomento de la creatividad y la innovación basadas en la tradición como integrante del desarrollo económico sostenible.

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

Las comunidades indígenas y locales han apelado a diversas formas de protección, queremos destacar entre ellas las siguientes: - La protección de las producciones literarias y artísticas tradicionales frente a la reproducción, adaptación, distribución, ejecución o interpretación y otros actos similares no autorizados, así como para evitar los usos insultantes, despectivos u ofensivos cultural o espiritualmente; - La protección de la artesanía, especialmente de “estilo”; - Evitar reivindicaciones falsas y engañosas de autenticidad u origen, o el no reconocimiento de la fuentes; y, - La protección preventiva de signos y símbolos tradicionales.

Con relación a estos tipos de ejemplos, durante las “*Misiones exploratorias y Consultas*” llevadas a cabo por la OMPI desde 1998 se determinó que existen tres enfoques entre las comunidades indígenas y locales de las que destacaremos dos. 1.- Protección de la propiedad intelectual para favorecer el desarrollo económico: algunas comunidades desean obtener y ejercer derechos de propiedad intelectual sobre sus creaciones e innovaciones basadas en la tradición de forma que puedan explotar comercialmente sus creaciones e innovaciones como contribución a su desarrollo económico. 2.- Protección de la propiedad intelectual para evitar usos no deseados por parte de otros: las comunidades pueden desear obtener protección de la propiedad intelectual con el fin de ejercer activamente derechos de propiedad intelectual y evitar el uso y la comercialización de su patrimonio cultural y de sus expresiones culturales tradicionales por parte de otros, sin olvidar los usos culturales ofensivos o despectivos.

Estos dos enfoques suponen una “protección positiva”, es decir, obtener y afirmar los derechos sobre el material protegido. Por tanto, la protección positiva puede: a) Servir de fundamento jurídico para cualquier arreglo comercial o de otro tipo que decidan establecer los titulares de las expresiones culturales tradicionales con otros partícipes, e, b) Impedir que terceros utilicen las expresiones culturales tradicionales de un modo no autorizado o inadecuado.

Por el contrario, las “estrategias preventivas” tienen como fin principal evitar que otros obtengan o mantengan derechos de propiedad intelectual enfrentados.

También, pueden utilizarse conjuntamente diversas estrategias “positivas y preventivas”, dependiendo de lo que quieran conseguir los titulares o custodios de las expresiones culturales tradicionales. Un secreto de la comunidad o expresiones culturales tradicionales sagradas pueden protegerse preventivamente, en tanto que la artesanía puede protegerse positivamente como parte de la actividad comercial de una comunidad frente a imitaciones o falsificaciones.

Pero ¿Qué papel juega el “dominio público” en estos ámbitos?

Una gran parte integrante de la formulación de un marco normativo adecuado para considerar la protección de la propiedad intelectual y las expresiones culturales tradicionales es la clara comprensión del papel, los límites y las fronteras del denominado “dominio público”.

El término “dominio público” se utiliza aquí para referirse a los elementos de la propiedad intelectual que no son susceptibles de registrarse como propiedad privada y cuyos contenidos tienen derecho a utilizarse legítimamente cualquier persona.

El “dominio público” en este contexto no significa lo mismo que “accesible públicamente”: por ejemplo, hay contenidos de Internet que están disponibles al público pero que no forman parte del “dominio público” desde el punto de vista del derecho de autor.

A menudo, las comunidades indígenas y otras partes interesadas caracterizan el “dominio público” como algo que ha sido creado por el sistema de propiedad intelectual y que, por tanto, no respeta la protección de las expresiones culturales tradicionales que exigen el derecho consuetudinario y las leyes indígenas.

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

La respuesta a estas complejas preguntas son variadas. Algunos sostienen que el carácter de dominio público del folclore no impide su desarrollo. Por el contrario, alienta a los miembros de una comunidad a mantener vivo el “patrimonio cultural previo” al proteger el derecho de autor de los individuos de una comunidad cuando utilizan diversas expresiones de su “patrimonio cultural preexistente” en sus creaciones u obras actuales. Por otro lado, se pone en tela de juicio si debería negarse la protección a todo material histórico por el simple hecho de que no es lo suficientemente reciente.

Desde esta perspectiva, las nuevas creaciones se basan con frecuencia en antecedentes históricos y culturales prestados, y las comunidades culturales merecen ser reconocidas y beneficiarse de este tipo de uso de sus tradiciones.

10.- Opciones jurídicas: tendencias y experiencias nacionales, regionales e internacionales

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

Entre las diferentes opciones figuran los sistemas de propiedad intelectual que ya existen⁸⁶, la adaptación de derechos de propiedad intelectual⁸⁷, así como medidas no relacionadas con la propiedad intelectual, como la normativa sobre prácticas comerciales y etiquetado, el uso de contratos, normas y protocolos consuetudinarios e indígenas, la legislación y los programas sobre preservación del patrimonio cultural, las medidas de reparación previstas en el derecho consuetudinario con relación al enriquecimiento deshonesto, los derechos de publicidad, la blasfemia y el Derecho penal. Existen actualmente algunos ejemplos de resultados nacionales, regionales e internacionales obtenidos con estas variadas opciones.

No obstante, en primer lugar cabe mencionar brevemente el primer paso fundamental, a saber, el *establecimiento de objetivos nacionales en materia política*:

La forma en que se configura y define un sistema de protección depende en gran medida de los “objetivos que pretende lograr”. Los países han expresado diversos objetivos en materia de política que se encuentran en la base de la protección de las expresiones culturales tradicionales, entre los que figuran las siguientes. a) - La creación de riqueza y de oportunidades comerciales, y el desarrollo económico sostenible. b) - La preservación, promoción y desarrollo de las culturas tradicionales y el folclore. c) - La pervivencia de la explotación no autorizada, del uso ilegítimo y del abuso de las expresiones culturales tradicionales o del folclore. d) - El fomento del respeto a las culturas tradicionales y a las comunidades que las preservan. e) - La salvaguardia de la identidad cultural y de los valores de las Comunidades, y, f) - La estimulación de la diversidad cultural.

Se ha constatado que la legislación que se ha promulgado no es suficiente, que es necesario dotar de medios y desarrollo institucional. La labor que lleva a cabo la OMPI se ha considerado que no es suficiente con disponer de normativas para la protección de las expresiones del folclore. La legislación debe conocerse, y las comunidades y personas que supuestamente deben beneficiarse de ésta deben poder conseguir, canalizar y ejercer con relativa facilidad los derechos que ésta contempla.

Además, los servicios públicos deben ser capaces de prestar asistencia práctica a las comunidades y los asesores jurídicos precisan de la información adecuada para aconsejar a sus clientes. Por consiguiente, para proteger de forma efectiva las expresiones culturales tradicionales se necesita una mayor “concienciación y formación”, así como “asistencia jurídica e instituciones

⁸⁶ Incluida la competencia desleal.

⁸⁷ Aspectos sui géneris de los sistemas de propiedad intelectual.

adecuadas” que permitan a las comunidades gestionar sus derechos y hacer que se cumplan⁸⁸.

Por otro lado, la protección de la que puede gozarse actualmente en el ámbito internacional, al amparo del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)⁸⁹, puede resultar de gran valor. Con frecuencia, los terceros que acceden al folclore y se apropian de éste lo hacen a través de la interpretación o ejecución de tradicionales más recientes⁹⁰.

Con frecuencia se apela a la necesidad de proteger los “derechos comunales: ¿Qué posibilidades existen al respecto? De acuerdo con el sistema de derecho de autor, más de una persona puede erigirse en titular del derecho de autor. Un grupo de personas, como una comunidad tradicional, pueden formar una asociación, fundación u otro tipo de entidad jurídica para hacerse titular de derechos de autor. Además, los Tribunales están preparados para reconocer los intereses comunales en una obra sujeta al derecho de autor con el fin de conceder daños y perjuicios; por otro lado, los derechos de autor de una comunidad podrían ser objeto de disposiciones sui generis contenida en la normativa sobre derecho de autor⁹¹. Los Estados también podrían proteger los intereses colectivos al conferir los derechos sobre el folclore a un organismo u oficina pública responsable de fomentar los intereses de las comunidades indígenas o tradicionales.

Por lo que concierne a la protección “*contra reivindicaciones falsas o engañosas de la autenticidad del origen*” se constituye en uno de los tipos de apropiaciones de las que a menudo se quejan las comunidades indígenas o tradicionales. Es la práctica, a través de la que reivindican de forma falsa o de manera que induzca a error en la autenticidad o el origen de una obra⁹². La legislación sobre competencia desleal, así como la normativa sobre prácticas comerciales y etiquetado, son de utilidad a este respecto, como se ha demostrado en la práctica en varias ocasiones. Además, los pueblos indígenas

⁸⁸ En cuanto a la protección de las producciones literarias y artísticas y de diseños, se hace necesaria la utilización de los derechos de propiedad intelectual existentes y de sus adaptaciones sui generis. Una interpretación, adaptación, compilación o arreglo contemporáneos de material antiguo tradicional con frecuencia puede ser lo suficientemente original como para poderse considerar obra protegida por el derecho de autor. Además, en virtud del art. 15.4 del Convenio de Berna, las obras anónimas y las obras no publicadas (como sucede con gran parte del folclore) pueden protegerse. Del mismo modo, los diseñadores tradicionales que trabajan en el marco de su patrimonio cultural pueden registrar sus diseños nuevos. Algunas denominaciones y símbolos tradicionales pueden protegerse como marcas.

⁸⁹ Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WOOT) adoptado en Ginebra el día 20 de diciembre de 1996.

http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/ip/wppt/pdf/trtdocs_wo034.pdf. (30-06-2012)

⁹⁰ Por ejemplo cuando se graba la interpretación de un canto tradicional, es la propia grabación lo que permite a otros acceder a dicho canto, por lo que resulta fundamental determinar cómo se utiliza y distribuye ésta. Los países ratificadores del WPPT deben dar a los intérpretes o ejecutantes del folclore el derecho a autorizar el registro sonoro de su interpretación o ejecución, así como el derecho a autorizar determinadas operaciones comerciales con esas grabaciones.

⁹¹ Por ejemplo, hay un país que está estudiando la posibilidad de otorgar a las comunidades el derecho a ejercer sus derechos morales par protegerlas ante el uso inadecuado, despectivo o irrespetuoso del material basado en la tradición sujeta a derecho de autor.

⁹² Por ejemplo, un recuerdo turístico barato puede llevar una etiqueta en la que se indica falsamente que es “auténtico”, “fabricado por indígenas” u originario de una comunidad particular.

han registrado marcas de certificación para salvaguardar la autenticidad y la calidad de sus artes y oficios, como ha ocurrido en Australia.

A menudo, las expresiones culturales tradicionales guardan un vínculo estrecho con una localidad determinada. Esto significa que las indicaciones geográficas también pueden servir para proteger las expresiones culturales tradicionales, en particular cuando se dan en forma de productos tangibles, como los objetos de artesanía que tienen cualidades por razón de su origen geográfico. Si bien la indicación geográfica protegida suele ser el nombre de la propia localidad, determinadas expresiones culturales tradicionales pueden protegerse directamente con indicaciones geográficas, como es el caso de nombres, signos y símbolos indígenas o tradicionales.

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

Por lo que concierne a la protección ante “*usos vejatorios, despectivos u ofensivos*”, las expresiones culturales tradicionales a menudo encarnan cualidades espirituales y la misma identidad de una comunidad. Por consiguiente, el uso vejatorio, despectivo u ofensivo de expresiones culturales tradicionales puede convertirse en un motivo de preocupación fundamental.

Evitar estos malos usos y fomentar el respeto por los valores culturales y espirituales puede ser el objetivo principal de protección de algunos países y algunas comunidades. De hecho, esta “protección preventiva” puede llegar a ser la forma más importante de protección que desean algunos Estados y comunidades.

Además de la legislación sobre blasfemia y de otros instrumentos que no guardan relación con la propiedad intelectual, algunos Estados están estudiando determinadas opciones basadas en la propiedad intelectual⁹³. Otra de las posibilidades es la “creación de un Registro” donde las comunidades puedan registrar aquellas expresiones culturales tradicionales cuyo uso no debe permitirse debido a razones culturales y espirituales.

Existen “*otras medidas sui generis*” de protección a través de las que muchos países y varias organizaciones regionales han decidido proteger las expresiones culturales tradicionales. La mayoría lo ha hecho en el marco de su legislación en materia de “derecho de autor”, siguiendo en gran medida las

⁹³ Como por ejemplo, “un derecho moral de la comunidad, como se ha señalado anteriormente, podría permitir a las comunidades actuar frente a determinados usos de material cultural indígena, de forma muy similar al modo que los derechos morales permiten a un autor oponerse a la distorsión, mutilación o cualquier otro uso despectivo de sus obras”.

Disposiciones Tipo de 1982. Otros países han preferido establecer “*normas y sistemas independientes asimilables a los de la propiedad intelectual*”⁹⁴.

En cuanto al “*Establecimiento de sistemas de protección sui generis*” para proteger las expresiones culturales tradicionales, pueden tenerse en cuenta las cuestiones fundamentales siguientes: - ¿Qué objetivos se persiguen con la protección? - ¿Qué material debe protegerse? - ¿Debe cumplir determinados requisitos (como por ejemplo, no haber sido publicado para protegerse)? - ¿Quién posee y gestiona los derechos? - ¿Qué derechos se adquieren; y existen excepciones a estos derechos? - ¿Existen procedimientos o formalidades para obtener estos derechos? - ¿Quién se ocupa de que se cumplan los derechos, y qué sanciones se aplican? - ¿Qué vigencia tienen los derechos? - ¿Es retrospectiva la protección? ¿Qué sucede si ya hay terceros que utilizan las expresiones culturales tradicionales? - ¿Cómo pueden reconocerse los derechos en el extranjero?

Podemos destacar determinadas “*Tendencias y experiencias de sistemas sui generis de protección*”, como por ejemplo: a) Dentro del “*Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura de 2000*”, los “propietarios tradicionales” tienen el derecho a autorizar o impedir, entre otras cosas, la adaptación, transformación o modificación de las expresiones culturales tradicionales protegidas. Un usuario externo debe estar autorizado si quiere hacer una obra derivada (obra basada en una expresión cultural tradicional). Cualquier derecho de propiedad intelectual sobre las obras derivadas recae sobre el autor de la obra; sin embargo, si la obra se utiliza con fines comerciales, el titular de los derechos debe repartir los beneficios con los propietarios tradicionales, reconocer la fuente de la expresión cultural tradicional y respetar los derechos morales sobre dicha expresión. b) Por su parte, el “*Régimen de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, para la Protección y Defensa de su Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales*” de 2000 de Panamá, establece un sistema de “registro” para las expresiones culturales tradicionales. Se ha creado un despacho especial dentro de la Oficina de la propiedad intelectual del país encargada de aprobar las solicitudes y mantener el registro. Las formalidades que hay que seguir ante la Oficina de la propiedad intelectual no requieren los servicios de un abogado y no existen tasas que graven las solicitudes.

Se reclama por parte de las partes interesadas el “*Registro y Catalogación de las expresiones culturales tradicionales*”, así como la “*elaboración de inventarios, bases de datos y listas*”.

El “*Registro y Catalogación*” del material cultural desempeña una importante función dentro de las estrategias de salvaguarda del patrimonio cultural y las culturas tradicionales.

Sin embargo, el “*Registro y Catalogación de las expresiones culturales tradicionales*” tienen consecuencias de cara a la protección de la propiedad intelectual que deben sopesarse cuidadosamente. Las expresiones culturales tradicionales son con frecuencia “intangibles” y se mantienen de forma oral. La

⁹⁴ Como por ejemplo los siguientes; a- La Ley sobre los Derechos de los Pueblos indígenas de 1997, de Filipinas; b- El Acuerdo de Bangui por el que se crea la Organización Africana de Propiedad Intelectual (OAPI), revisada el año 1999; c- El Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, para la Protección y Defensa de la Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales de 2000, de Panamá, y su correspondiente Decreto Ejecutivo de 2001; y. d- El Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura de 2000.

exigencia de algún tipo de catalogación o registro previo con el fin de establecer los derechos de propiedad intelectual pueden “contradecir el carácter oral, inmaterial y vivo” de muchas expresiones culturales tradicionales. Además, se debe destacar el “coste” que tiene la catalogación y registro de las expresiones culturales tradicionales, los derechos de autor que recaen en la catalogación y registro puede que no recaigan sobre las propias comunidades en virtud de la Leyes sobre el derecho de autor, y, en cualquier caso, alcanzan solamente a las formas en que éstas han sido expresadas y no a los valores, significados y otras ideas connotadas por las expresiones culturales tradicionales.

Por el contrario, la catalogación y los registros, especialmente si están disponibles en formato digital, hacen que las expresiones culturales tradicionales sean más accesibles, lo que puede socavar el empeño de las comunidades para protegerlas.

11.- Pasos prácticos para el establecimiento de orientaciones generales

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

12.- ¿Y el futuro?

La Secretaria de la OMPI sigue llevando a cabo, bajo petición, “*actividades de cooperación jurídico-técnicas para el establecimiento, consolidación e implantación efectiva de sistemas y medidas de protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales*”.

Como parte de este programa, está elaborando una “Guía práctica” completa destinada a legisladores, responsables políticos y comunidades y otras partes interesadas, y está preparando también guías adaptadas a otras partes interesadas como usuarios comerciales u organizaciones artesanales.

Además, se está estudiando la elaboración de “controles tipo”, “códigos de conducta” y “directrices” para que puedan ser utilizados por los archivos de folclore, los museos y otras instituciones, de modo que les ayude a tratar los aspectos de propiedad intelectual de sus colecciones de patrimonio cultural.

En el “plano político”, la enorme cantidad de análisis jurídicos, ponencias nacionales y regionales, informes y otros materiales estudiados por el Comité de la OMPI ha permitido asentar unos sólidos cimientos para el desarrollo de legislaciones internacionales.

El Comité ha asumido la tarea de extraer esta interpretación práctica en forma de opciones políticas y legislativas precisas para mejorar la protección de las expresiones culturales tradicionales mediante la adaptación o ampliación de los sistemas convencionales de propiedad intelectual o mediante sistemas sui generis independientes. Así comenzó a materializarse una base común de principios fundamentales y objetivos compartidos. Estas opciones políticas y legislativas podrían, en el caso de que así lo decidieran los Estados Miembros de la OMPI, constituir la base de recomendaciones, directrices, disposiciones tipo u otros instrumentos destinados a proteger nacional, regional e internacionalmente las expresiones culturales.

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

III.- Los Agentes de la Propiedad Intelectual de los Bienes Culturales Inmateriales

La Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003 destaca la importancia de “*las Comunidades, los Grupos y en algunos casos los Individuos*” como portadores, creadores y poseedores de los Bienes Culturales Inmateriales, así como la labor fundamental que realizan todos ellos en la producción, salvaguardia, mantenimiento y recreación del citado Patrimonio.

Dispone esta Convención de 2003 como finalidad esencial “el respeto del Patrimonio Cultural Inmaterial de las Comunidades, Grupos e Individuos”, lo que supone que estamos claramente antes agentes o sujetos de la Propiedad Intelectual de los Bienes Culturales Inmateriales.

En las Sesiones del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Industrial y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore,

órgano perteneciente a la OMPI⁹⁵ se está estudiando el Proyecto de artículos sobre la “Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales y Folclore”.

Dentro de los *Objetivos* del Proyecto de articulado se establece la necesidad de “reconocer el valor” de los *Pueblos y Comunidades indígenas y las Comunidades tradicionales y demás comunidades culturales*, así como, el “potenciar que estas Comunidades” puedan realmente ejercer con eficacia los derechos y la autoridad sobre sus propias expresiones culturales tradicionales. Se menciona a los “*beneficiarios*” de las expresiones culturales tradicionales y su protección en donde existen por el momento tres opciones todavía en estudio⁹⁶. En la opción 1 se dispone: “*Los beneficiarios de la protección de las expresiones culturales tradicionales, según la definición contenida en el art. 1 son: Los pueblos y comunidades indígenas y las Comunidades locales que desarrollan, utilizan, poseen y mantienen las expresiones culturales*”. En la opción 2 se señala que: “*los poseedores de las expresiones culturales tradicionales pueden ser: a- las Comunidades indígenas; b- las Comunidades locales; c- las Comunidades tradicionales; d- las Familias; e- las Naciones; f- los Individuos pertenecientes a alguna de las categorías mencionadas; y, g- si las expresiones tradicionales no se pueden atribuir de forma específica o no se limitan a una sola Comunidad indígena o local, o si no es posible identificar la Comunidad en la que se han desarrollado, toda Entidad Nacional que determine la legislación local*”. Finalmente, la opción 3 afirma que: “*Los beneficiarios de la protección de las expresiones culturales tradicionales,... son los grupos indígenas, las Comunidades locales y tradicionales, incluidos los pequeños Estados singulares*”. Además, se concreta el contenido del término “Comunidades locales” señalando que “*se incluirán en dicho caso a cualquier clasificación de identidad social y cultural de un Estado miembro tal como se define en la legislación nacional*”⁹⁷.

Se dispone un “*Sistema de protección de los intereses morales y patrimoniales*” de los *beneficiarios* de las expresiones culturales tradicionales con el fin de velar por la salvaguarda razonable y equilibrada, adoptándose medidas jurídicas, administrativas que sean eficaces⁹⁸.

También se prevé la “*Gestión colectiva de los derechos*” en la que se dispone que dicha gestión corresponderá a los *beneficiarios*, quienes “pondrán autorizar a las autoridades nacionales competentes.... a percibir ganancias monetarias... que serán remitidas directamente a los beneficiarios o serán destinadas a preservar las expresiones culturales tradicionales”⁹⁹.

Finalmente, se regulan determinadas “*Excepciones y limitaciones*” en las que se dispone que: “*Las limitaciones deben aplicarse exclusivamente a la utilización de expresiones culturales tradicionales que tenga lugar al margen de los miembros de la Comunidad beneficiaria o del contexto tradicional o cultural*”¹⁰⁰. Así también dispone que: “Los Estados miembros podrán adoptar limitaciones y

⁹⁵ Sesiones celebradas los días 12 al 16 de febrero y del 9 al 13 de julio de 2012. Ver: <http://www.wipo.int/portal/index.html.es>.

⁹⁶ Artículo 2 del Proyecto de articulado sobre “Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales y Folclore”,

⁹⁷ Contenido establecido en la Sesión Decimonovena del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recurso Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore celebrado en Ginebra del 18 al 22 de julio de 2011.

⁹⁸ Art. 3 del Proyecto de articulado. Existen dos textos no consensuados todavía.

⁹⁹ Art. 4 del Proyecto de articulado.

¹⁰⁰ Art. 5 del Proyecto de articulado. Existen dos textos no consensuados todavía.

excepciones... siempre y cuando la utilizaciones de las expresiones culturales tradicionales, reconozcan a los beneficiarios en la medida de lo posible, no resulten ofensivas o despectivas para los beneficiarios y sean compatibles con el uso legal”¹⁰¹.

IV.- Bibliografía

- AGUDO TORRICO, J. “Patrimonio etnológico: recreación de identidades y cuestiones de mercado”, en *PH Cuadernos, Patrimonio inmaterial y gestión de la diversidad*, Sevilla, Junta de Andalucía, Consejería de Cultura 2005.
- ALONSO IBÁÑEZ, M. del R. en “*El patrimonio histórico, Destino público y valor cultural*, 1992,
- CARRERA GARCÍA, G y DIETZ, G., coordinadores., *Patrimonio inmaterial y gestión de la diversidad*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005.
- GARCÍA GÓMEZ, J. *Estudios sobre el Derecho del Patrimonio Histórico*, Fundación Registral, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ, L. P. “La tutela legal del Patrimonio Cultural Inmaterial en España: valoración y perspectivas”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. I, nº 7, junio 2011.
- MINGOTE CALDERÓN, J. L. “A propósito de la terminología que define al ‘patrimonio etnológico en la legislación española”, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, Número 8, 2004.
- PÉREZ GALÁN, B. “Los usos de la cultura en el discurso legislativo sobre patrimonio cultural en España. Una lectura antropológica sobre las figuras legales de protección”, en *Revista de Antropología Experimental*, Número 11, 2011.
- PLATA GARCÍA, F. y RIOJA LÓPEZ, C. “El efecto dominó en el patrimonio etnológico”, en *PH Cuadernos*, 17, 2005.
- VELASCO MAILLO, M. “El patrimonio cultural como sistema de representación y como sistema de valor”, en C. R. FERNÁNDEZ LIESA H. M. Directores. *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Constitución y Leyes S. A., Madrid, 2009.

¹⁰¹ Art. 5 del Proyecto de articulado. El texto señalado se encuentra recogido en las dos opciones.