

Diversidad Cultural: patrimonio y propiedad intelectual de las expresiones culturales tradicionales

MsC. Oscar Alberto PÉREZ PEÑA

Profesor de Derecho Cultural, Centro Provincial de Superación para la Cultura de Villa Clara, Facultad de Derecho. Universidad Central de las Villas.

“Vosotros sois todos los frutos de un solo árbol, hojas de una sola rama, flores de un solo jardín.” Bahá'u'lláh.

RESUMEN: En el presente artículo analizamos cómo el Derecho constituye el instrumento ejecutivo de las políticas culturales en cuanto a la diversidad de las expresiones culturales, así como los retos y perspectivas que se imponen. Abordamos aspectos inherentes a la diversidad cultural que han sido regulados por las normas jurídicas con el objetivo de viabilizar y garantizar la diversidad cultural de nuestros pueblos, tal es el caso de los derechos humanos, los derechos culturales, la protección del patrimonio cultural, la creación artística, las industrias culturales, la regulación de los bienes y servicios culturales así como la propiedad intelectual de las expresiones culturales tradicionales. Ofrecemos además los pasos prácticos que posibilitan el establecimiento de orientaciones generales desde el punto de vista jurídico para las legislaciones nacionales en el tratamiento efectivo de la diversidad de las expresiones culturales. PALABRAS CLAVE: Diversidad cultural, patrimonio cultural, propiedad intelectual, expresiones culturales tradicionales. ABSTRACT: How Law outstands as an instrument to implement policies related to the different forms of cultural expression, as well as its current challenges and prospects, are discussed in this article. Features of cultural diversity governed by the legislation in order to protect the cultural diversity of our peoples and make it more viable are covered, for instance, human rights and cultural rights, heritage protection, artistic activity, cultural industries, control of cultural goods and services, and the copyrights held on traditional cultural expressions. Practical steps to introduce general legal provisions in the national legislation are also presented. Key words: Cultural diversity, heritage, copyright, traditional cultural expression.

Sumario: 1. Introducción. 2. La preocupación por la protección y promoción de la diversidad de expresiones culturales como objeto de regulación por el Derecho. 3. Análisis de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 20 de octubre de 2005. 3.1. Diversidad cultural y derechos humanos (derechos culturales). 3.2. Diversidad cultural y patrimonio cultural. 3.3. Creación artística, bienes, servicios culturales, propiedad intelectual de las expresiones culturales tradicionales y diversidad cultural. 4. Las medidas propuestas por la Convención para ser asumidas por las legislaciones nacionales en función de la protección y promoción de la diversidad cultural. 4.1. Medidas concretas de protección. 5. Pasos a seguir por los diferentes Estados para lograr un ordenamiento jurídico nacional garante de la diversidad cultural. 6. Conclusiones.

1. Introducción La diversidad cultural ha sido reconocida como un “patrimonio común de la humanidad” y “su defensa un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad humana”. Estas palabras corresponden a la Declaración Universal sobre la diversidad cultural de la UNESCO (2001)¹ y expresan el sentir de los pueblos en su afán por proteger sus culturas de toda la contaminación² a que está expuesta hoy en día. En dicha frase se engloban a su vez,

términos que encierran un fuerte significado jurídico y que son el fruto de la toma de decisiones políticas con el interés de protegernos como especie y proteger nuestros sentimientos y valores más autóctonos. No olvidemos que el Derecho ha sido a través de la historia de la humanidad el instrumento regulador más efectivo de la conducta y la voluntad de los hombres pero que a su vez ha sido creado por estos con un fuerte condicionamiento, histórico, social, económico e ideológico. La conciencia internacional ha despertado sobre la necesidad de proteger la diversidad de los contenidos culturales y ha llegado a un consenso utilizando nuevamente el Derecho para lograr sus objetivos; son muchas las aristas de este tema y varios los retos a vencer por los ordenamientos jurídicos internos.

El 20 de octubre de 2005 la Conferencia General de la UNESCO aprobó la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, la misma constituye un reto para todas las naciones que desean ratificarla a la hora de legislar nacionalmente sobre la materia.

2. La preocupación por la protección y promoción de la diversidad de expresiones culturales como objeto de regulación por el Derecho

1 Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural adoptada por la 31ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO, París, 2 de noviembre de 2001, disponible en <http://portal.unesco/culture/es/ev.php>, consultado, mayo de 2008. 2 En un reciente informe publicado por la UNESCO sobre el comercio de bienes culturales se sitúa a Estados Unidos como el primer país del mundo que tiene establecido todo un sistema comercial de bienes y servicios culturales generando el mayor número de ventas de los mismos a partir de estrategias de gestión que amplían las desigualdades para el intercambio cultural entre el Norte y el Sur. Véase en: Informe Corrientes comerciales internacionales de un conjunto seleccionado de bienes y servicios culturales 1994-2003, disponible en <http://portal.unesco/culture/es/ev.php>, consultado, junio de 2009.

Diversos³ han sido los foros de discusión y análisis, así como las publicaciones sobre la necesidad de regular la protección y promoción de la diversidad cultural, la mayoría desarrollados durante los más de 50 años de existencia de la UNESCO. Un importante precedente sentó la aprobación de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2 de noviembre de 2002) confirmando una vez más el compromiso de la Organización con el fomento de « la fecunda diversidad de las culturas», con miras a un mundo más abierto y más creativo en el nuevo contexto del siglo XXI. Dicha Declaración materializó uno de los esfuerzos⁴ esgrimidos por la UNESCO: la elaboración de instrumentos normativos para establecer un sistema de referencias éticas y jurídicas aceptado por la comunidad internacional. Sin embargo, dicha Declaración al no tener carácter vinculante⁵, es decir, al no comprometer en derechos y obligaciones a los

3 En un orden cronológico: 1982 - Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales (MONDIACULT) y Declaración de México, México; 1988-1997 - Decenio Mundial para el Desarrollo Cultural; 1995 - Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo: "Nuestra diversidad creativa", UNESCO; 1988 - Seminario: Integración económica e industrias culturales, organizado por el SELA (Sistema Económico Latinoamericano), UNESCO, el Convenio Andrés Bello y el Fondo Nacional de las Artes, julio, Buenos Aires; 1998 - Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo, Estocolmo; 1998 - Primer Informe Mundial sobre la Cultura: "Cultura, creatividad y mercados", UNESCO; 1999 - Coloquio: "Hacia un pluralismo constructivo", 28-30 de enero, UNESCO, París; 1999 - Simposio de expertos: "Cultura, ¿una mercancía como ninguna otra?" 14-15 de junio, UNESCO, París; 1999 - Primera mesa redonda

de ministros de cultura: "Cultura y creatividad en un mundo globalizado", 2 de noviembre, con motivo de la 30ª reunión de la Conferencia General, UNESCO, París; 2000 - Segundo Informe Mundial sobre la Cultura: "Diversidad cultural, conflicto y pluralismo", UNESCO ; 2000 - Simposio de expertos: "El porvenir de las industrias culturales en Europa Central y Oriental", 30 de junio - 1 de julio, Varsovia; 2000 - Reunión regional consultiva: "El futuro de las industrias culturales en África", 5-8 de septiembre, Cotonou; 2000 - Reunión del Comité de expertos: "Reforzar el papel de la UNESCO en el fomento de la diversidad cultural en el contexto de la globalización", 21-22 de septiembre, UNESCO, París; 2000 - Segunda mesa redonda de ministros de cultura: "20002010: Diversidad cultural: los retos del mercado", 11-12 de diciembre, UNESCO, París; 2002 - Tercera mesa redonda de ministros de cultura: "El patrimonio cultural inmaterial - Un reflejo de la diversidad cultural" 16-17 de septiembre, Estambul; 2002 - Reunión de Expertos: "Servicios audiovisuales Mejorar la participación de los países en desarrollo" UNESCO y UNCTAD, 13-15 de noviembre, Ginebra, disponible en: <http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php> , consultado junio de 2009. 4 El otro es la reflexión en torno a los conceptos que tuvo su esplendor en la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales (MONDIACULT, México, 1982), el Decenio Mundial para el Desarrollo Cultural (1988-1997), los trabajos de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo (Nuestra diversidad creativa, 1995) y la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo (Estocolmo, 1998) han contribuido sustancialmente a esta reflexión. 5 Diversos autores como CASTAÑEDA plantean la naturalidad de que el instrumento tipo de la sociedad internacional sea la recomendación, como manifestación de voluntad de la mayoría que no vincula necesariamente a la minoría. Estos actos, con relación a los bienes culturales, carecen de valor vinculante para los Estados lo que

países que la firmaron, establecía la necesidad de promulgar un nuevo documento jurídico internacional con carácter vinculante. En este sentido en octubre de 2003, los Estados miembros solicitaron a la Organización continuar su acción normativa para defender la creatividad solicitando al Director General que presentara a la Conferencia General en su 33ª reunión (octubre de 2005) un Informe preliminar acompañado de un Anteproyecto sobre una Convención Internacional acerca de la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas (Resolución 32C/34. El instrumento cuyo nombre fue cambiado por el de "Convención sobre la protección de los contenidos culturales y las expresiones artísticas" en recomendación de la reunión intergubernamental de expertos fue aprobado por la Conferencia General, en su 33ª reunión, el 20 de octubre de 2005. Dicha Convención se unía e interactuaba con la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial aprobada anteriormente en la 32ª reunión del 17 de octubre de 2003, de la Conferencia General de la UNESCO con el objetivo de formar un cuerpo normativo complementario internacional para la salvaguardia de las expresiones culturales tradicionales y la diversidad de sus contenidos. Independientemente a estas dos convenciones que regulan objetivamente la diversidad de las expresiones culturales, el Derecho Internacional ha promulgado históricamente diversos instrumentos jurídicos internacionales que de una u otra forma establecen un sistema jurídico que regula diferentes aspectos asociados a la diversidad cultural tanto en el ámbito de la cultura, como es el caso del derecho de autor; la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión; el patrimonio cultural; la condición de artista etc., como de otros ámbitos, en este caso, las Declaraciones y Convenciones de Naciones Unidas relativas a derechos humanos: derechos económicos, sociales y culturales, derechos civiles y políticos; participación y la contribución de las masas populares en la vida cultural; derechos de los pueblos; derechos de

las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. Y, las Convenciones, Declaraciones y Recomendaciones de la UNESCO relativas a la Lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza; a la participación y la contribución de las masas populares en la trae como consecuencia que los mismos no estén obligados a adoptar las medidas que en ellas aparecen, siendo su valor de carácter político o moral, aunque no desprovisto completamente de efectos jurídicos. Vid: CASTAÑEDA, Jorge: "Valeur juridique des résolutions des Nations Unies", R. C.A.D.I.; 1970, t. 129, pp. 219, pp. 219-220. Tanto las Recomendaciones como las Declaraciones son instrumentos jurídicos que no poseen carácter vinculante, típicos de Organizaciones internacionales como la UNESCO.

vida cultural; sobre la preservación y promoción de la identidad cultural y sobre la Raza y los Prejuicios Raciales; entre otras. Si bien toda esta amalgama de normas internacionales⁶ brinda un abanico de posibilidades para regular las relaciones sociales en aras de proteger y fomentar, desde el punto de vista internacional, la diversidad cultural, hoy son diversos los retos que afronta el derecho internacional para lograr que dichas normas no entren en conflicto unas con otras, o simplemente sean insuficientes. 3. Análisis de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 20 de octubre de 2005⁷ Realizando un análisis del texto de dicho instrumento normativo observamos como en el mismo se establecen una serie de asociaciones a contenidos ya regulados por el Derecho y que anteriormente mencionábamos, los cuales abordaremos más detalladamente: 3.1. Diversidad Cultural y Derechos Humanos (derechos culturales) En este sentido tenemos que entre sus principios rectores se encuentra el principio de respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales cuando el texto establece en su artículo 2.1 "sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales (...)". Tal principio reconoce la interdependencia entre derechos humanos y diversidad cultural, ya sea derechos socioeconómicos y culturales como derechos políticos y civiles. Ello supone un correcto ejercicio de los derechos humanos asociados a la cultura⁸, lo que

6 Aparecen citadas en un anexo al correspondiente trabajo. 7 La Convención fue aprobada por 148 votos a favor, dos en contra (Israel y Estados Unidos) y cuatro abstenciones. Estados Unidos trató de sabotear la Convención según Lisandro OTERO, en un correo enviado a todo el sistema de la cultura en Cuba con fecha 25 de octubre del 2005 titulado "UNESCO: Triunfo de la identidad" alegaba "trató de posponer su discusión hasta la Conferencia General de 2007, intentó introducir 28 enmiendas a su articulado, instruyó a su secretaria de Educación Margaret Spelling, para que pronunciara ante el plenario un discurso oponiéndose al acuerdo. Condoleezza Rice envió misivas personales a los ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros, solicitando que se sumaran al voto negativo y dejando percibir que EE.UU. podría abandonar nuevamente la UNESCO". 8 Para RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ "el aseguramiento de los derechos económicos, sociales y culturales permite al ser humano ejercer más plenamente sus derechos civiles y políticos, o bien se sostiene que sin aquéllos es difícil la realización de estos, o, incluso, se llega a afirmar que sin el disfrute efectivo de los primeros, los segundos no son verdaderos derechos, sino meras frases propagandísticas"; Vid. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús: "La naturaleza de los derechos económicos, se traduce en obligaciones estatales que permitan el disfrute amplio de derechos tales como, el derecho a participar en la vida cultural, el derecho a la educación, el derecho a la creación artística y literaria o, más recientemente, el derecho al patrimonio común de la humanidad, entendiendo dentro de este la diversidad cultural y reconociéndolo como un derecho de tercera

generación⁹. Sabemos que hoy en día se encuentran privados de estos derechos, millones de personas a través del mundo, nos preguntamos: ¿Dónde están las garantías materiales y jurídicas que dichos Estados han de implementar, cumpliendo los compromisos internacionales, que permitan ejercer dichos derechos? Y es que con independencia de que a nivel internacional entre los derechos humanos de segunda generación, los derechos culturales hayan sido “los de más reciente definición e implementación legislativa y constitucional”¹⁰, aparecen reconocidos en una serie de instrumentos que han sido firmados por casi la totalidad de las naciones como, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y en el área americana, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".

sociales y culturales, La posibilidad de definirlos jurídicamente”, en Anuario Jurídico, XII, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, p. 242, citado por HARVEY, Edwin. R., Relaciones culturales internacionales en Iberoamérica y el Mundo. Tecnos, Madrid, España, 1990, p. 23 9 Un derecho de tercera generación es “un nuevo derecho, un derecho de la tercera generación, un derecho fundado en la solidaridad humana, que por sus caracteres tiene una ineludible vocación humanitaria. En cuanto derecho de la tercera generación – y como todos estos derechos surgidos en los últimos años por las exigencias de las nuevas necesidades humanas, por ejemplo el derecho a la libre determinación, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho al patrimonio común de la humanidad y el derecho del medio ambiente- es un derecho, a la vez individual y colectivo. Es decir que sus titulares son, simultáneamente, los individuos, los seres humanos y los pueblos. En cuanto derecho colectivo, sus titulares pueden llegar a ser no sólo pueblos sino otras entidades colectivas”. Vid. al respecto GROS ESPIELL, Héctor: “Intervención humanitaria y derecho a la asistencia humanitaria”, en El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga, vol. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo-Uruguay, 1994, p. 310, citado por CAMPS MIRABET, Nuria; La Protección Internacional del Patrimonio Cultural, Tesis presentada para aspirar al título de Doctor/a en Derecho, realizada bajo la tutela del Dr. Albert Galinsoga Jordá. (sin publicar), Universitat de Lleida, Departament de Dret Públic, pp. 225-226, citada por PÉREZ PEÑA, Oscar Alberto, “La protección jurídica internacional del patrimonio cultural: Análisis desde la perspectiva cubana”, tesis presentada para aspirar al título de Master en Derecho y Globalización, realizada bajo la tutela del Dr. Ramón Paniagua Redondo, (sin publicar), Universitat de Girona - Universidad Central de Las Villas. 10 HARVEY, Edwin. R., Relaciones culturales internacionales en Iberoamérica y el Mundo, ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 24.

3.2. Diversidad cultural y patrimonio cultural La propia Convención, reconoce al abordar en su artículo 4 Definiciones, dentro del concepto de diversidad cultural, la estrecha relación de esta con el patrimonio cultural al plantear “La “diversidad cultural” se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales (...).” Es decir, queda claro que la diversidad cultural se manifiesta en la diversidad de formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural. Desde el punto de vista del patrimonio cultural la preocupación por protegerlo jurídicamente ha hecho proteger también la diversidad cultural de nuestros pueblos, son varias ya las convenciones internacionales que protegen el

patrimonio cultural en sus diversas formas, desde el patrimonio cultural en los conflictos armados¹¹, el patrimonio cultural natural¹², el patrimonio subacuático¹³, hasta más recientemente el patrimonio cultural inmaterial que constituye objeto de regulación de la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial de 2003¹⁴, la cual es a su vez, complemento indispensable de esta nueva Convención y viceversa, pues el patrimonio intangible es la base misma de la identidad, la creatividad y la diversidad de las comunidades, con lo que apreciamos que existe un nexo conceptual entre diversidad cultural y patrimonio cultural inmaterial. Como ya había reconocido la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural en 2001, la diversidad cultural es el “patrimonio común de la humanidad” y “su defensa un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad humana”. Esta aseveración a su vez vincula diversidad cultural, patrimonio y derechos humanos. En la medida que seamos capaces de establecer normas jurídicas que protejan nuestro patrimonio cultural y las hagamos efectivas estaremos protegiendo nuestra diversidad cultural y estaremos garantizando el ejercicio pleno de los derechos humanos culturales. Este proceso desde el punto de vista jurídico está a nivel internacional en un pleno

11 Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, hecha en La Haya el 14 de mayo de 1954 en http://www.unesco.org/culture/laws/hague/html_sp/page_1.shtml. 12 Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, de 16 de noviembre de 1972, disponible en http://www.unesco.org/whc/world_es.shtml, consultado junio de 2009. 13 Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático, 2 de noviembre de 2001 en http://www.unesco.org/culture/legalprotection/water/html_sp/convention.shtml. 14 Convención internacional para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, de 17 de octubre del 2003, disponible en http://www.unesco.org/confgen_2003/intangible/es, consultado junio de 2009.

perfeccionamiento¹⁵ y desarrollo si tenemos en cuenta los grandes daños a los que está expuesto y ha sufrido nuestro patrimonio cultural¹⁶, depende de la voluntad política de los Estados en promulgar normas jurídicas que regulen todos los aspectos que atentan contra el patrimonio cultural, en su diversidad de formas, y que las ejecuten en su efectividad. Hoy son muchos los países en los que todavía se analiza cómo legislar para proteger su patrimonio subacuático y su patrimonio inmaterial, y otros tantos en los que se analiza si van a formar parte de dichas Convenciones pues al convertirse en ratificantes de las mismas estarán obligados a promulgar normas jurídicas con ese objetivo al interior de sus territorios. Como bien reconoce, la Dra. QUINTANA CRUZ¹⁷, en franca mención a la protección internacional del patrimonio cultural y su vinculación con las normas de Derecho Internacional Humanitario “en el tercer milenio debemos ser más agresivos en la difusión, preparación y en la exigencia con respecto al DIH y sus

15 En 1992 se inició un proceso de reflexión que llega hasta nuestros días por los expertos de la UNESCO, en cómo la Lista Mundial del Patrimonio Cultural que se establece en virtud de la Convención de 1972 reflejaba desequilibrios en cuanto a la distribución geográfica y a las categorías de bienes inscritos, en este sentido “La lista ponía de relieve una “sobrerepresentación” de bienes culturales europeos y norteamericanos (más de la mitad del total); el predominio de ciudades históricas y de edificios religiosos; la preponderancia de la cristiandad (72% de los sitios religiosos inscritos) y de las civilizaciones desaparecidas, en detrimento de las culturas vivas. Este análisis también evidenció el desequilibrio entre bienes culturales (78%) y naturales (22%)” Vid .CAMPS MIRABET, N., op. cit., p.93. Este proceso motivó el posterior surgimiento y puesta en marcha de dos programas por la UNESCO que ha tratado de palear la anterior situación: el

Sistema de Tesoros Humanos Vivos (1994) con el objetivo de 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 relacionados con elementos específicos del patrimonio cultural inmaterial y, la Proclamación de Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad (1997), estableciendo una distinción internacional y que, por medio de un sistema de Listas, trata de divulgar, exaltar y salvaguardar determinados elementos escogidos de este tipo de patrimonio cultural. 16 Estados Unidos es uno de los pocos países que aún no han ratificado la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y su política al respecto se expresa en casos como la todavía latente guerra en Irak. Allí están los daños causados a Museos como los de Kadisiya, Basora, Kufa, al Museo Arqueológico de Bagdad y a la Biblioteca Nacional. Como relata la Dra. QUINTANA “Los objetos y antigüedades de dichos museos, de un caudal inestimable, robados” (...) “han ido a parar al mercado clandestino de obras de arte de Europa, Estados Unidos y otros países” (...) y “suman una cantidad alrededor de más de 120 000 objetos”. Vid. QUINTANA CRUZ, Dorys “Apuntes sobre la desprotección de los bienes culturales en la guerra de Estados Unidos contra Iraq. Violaciones e impunidad”, Publicación del Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario, Ciudad de la Habana, Cuba, junio del 2003, p. 3. 17 QUINTANA CRUZ, Dorys “La protección de bienes culturales en caso de conflicto armado. Antecedentes, evolución y perspectivas en el III Milenio”, Publicación del Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario, Ciudad de la Habana, Cuba, junio del 2001, p. 14. normas, y en solicitar se ejerza el peso de la justicia ante las violaciones cometidas en este sentido”.

3.3. Creación artística, bienes, servicios culturales, propiedad intelectual de las expresiones culturales tradicionales y diversidad cultural

En relación con la creación artística, los bienes y servicios culturales la Convención también reconoce en su artículo 4 en su definición de diversidad cultural que esta “(...) se manifiesta (...) también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados”. En franca mención a la creación artística como posibilidad o derecho de todos los seres humanos pero que también tienen derecho a la producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales con lo que se deja claro que esta se manifiesta también en la posibilidad y el derecho de los pueblos a producir bienes culturales y a ofrecer servicios culturales propios. La regulación jurídica de la creación artística y la igualdad de oportunidades para producirla y disfrutarla a nivel internacional ha estado también matizada por intereses encontrados entre la institucionalización de las enseñanzas artísticas, tendentes a privatización, las poderosas industrias culturales y los intereses de creadores y autores a los que les es imposible acceder a una red académica para su formación y a un trato decoroso a sus creaciones. En este sentido se encuentran las comunidades indígenas y tradicionales de diversas naciones que no tienen acceso a la enseñanza artística pero que a su vez producen creaciones intelectuales que son arrojadas en algunos casos bajo la tergiversación de los principios de la propiedad intelectual a favor de transnacionales del ocio y el entretenimiento o de la farmacéutica. En estos momentos y durante años¹⁸ las comunidades depositarias de expresiones

18 En la Asamblea General de la OMPI (2000) se creó un Comité Intergubernamental sobre la propiedad intelectual, recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folklore¹⁸. Dicho Comité ha obtenido moderados progresos en su política de intercambios entre los sistemas de propiedad intelectual y los practicantes y custodios de expresiones culturales tradicionales, así como la

aprobación y el conocimiento internacional de principios y objetivos que podrían guiar la protección de las expresiones culturales tradicionales, sin embargo, hasta el momento, este proceso no ha ofrecido aún sus conclusiones finales. Este Comité funciona con la participación de representantes de las comunidades indígenas y tradicionales del mundo entero, las cuales presentan sus experiencias y recomendaciones sistemáticamente. La UNESCO y la OMPI han trabajado para lograr un equilibrio en la protección de los derechos de propiedad intelectual de las comunidades portadoras conjuntamente con sus valores culturales, ejemplo de esto lo constituyen las disposiciones tipo para leyes nacionales en la protección del folklore contra la explotación ilícita y otras acciones perjudiciales (UNESCOWIPO, 1982).

culturales tradicionales han estado buscando mecanismos para proteger su legado, han asimilado el sistema occidental de propiedad intelectual, lo han estudiado en aras de introducirle modificaciones para lograr una protección más fuerte, en aquellos casos en que el sistema de protección del patrimonio cultural no lo ha logrado. FARLEY, HAIGHT¹⁹ los llama “grupo realista”²⁰, en franca mención a los usos del derecho de autor en Australia y otras partes del mundo. Consideramos que la legislación de propiedad intelectual puede ser un poderoso mecanismo para proteger y gestionar²¹ los derechos intelectuales de las comunidades viabilizando la diversidad cultural si se utiliza consecuentemente a los intereses de las mismas. De lo contrario también puede ser utilizada para expoliar y dañar sus valores culturales.

19 HAIGHT FARLEY, Christine: “Protecting Folklore of Indigenous peoples is intellectual property the answer?” Connecticut Law Review, 1997; disponible en la base de datos de WestLaw.com citado como: 30.Conn. L. Rev.1, p. 3. La traducción es mía. Consultado el 7 de marzo de 2007. 20 Según la autora este grupo suele utilizar la propiedad intelectual y específicamente los derechos de autor para denegar determinados usos de sus expresiones, especialmente aquellas que constituyan violaciones espirituales. Quieren mantener el control sobre aquellos usos que se puedan realizar sobre sus expresiones, quieren ser compensados por su contribución al arte a través de las licencias y quieren excluir a los competidores no indígenas del mercado previniendo la producción de productos no auténticos que son comercializados como productos indígenas. Asumen que la circulación del arte indígena es inevitable y quieren asegurarse de participar en esta “celebración de cultura indígena” ganando control sobre la circulación de sus expresiones, quieren asegurarse de que el público tenga un acertado conocimiento de la cultura indígena y que las inversiones en esa cultura regresen a la comunidad. Otro grupo llamado por la autora “grupo tradicional” le preocupan otras situaciones. Tratan de usar las leyes de propiedad intelectual para prevenir lo que “puede ser caracterizado como un daño cultural o psicológico por el uso de su arte”. Ven la propiedad intelectual ofreciéndoles el control de la circulación y quieren restringir esta diseminación y en algunos casos prevenirla. Temen a los buenos sentimientos de la comunidad de caras a la explotación comercial y les preocupa que la expropiación de su cultura cause a sus expresiones la pérdida de su significado original lo que llevaría a una irrupción de sus prácticas religiosas y creencias y a una disolución de sus culturas. 21 En 1998, Moontide, empresa fabricante de trajes de baño de Nueva Zelanda, lanzó una nueva gama de trajes de baño para mujeres, decorados con motivos koru del pueblo maorí entrelazados. La firma creó la línea de bañadores con un socio maorí, y negociaron el uso del motivo koru con uno de los miembros influyentes de la comunidad local. Parte de los ingresos derivados de las ventas se destinan a la familia (hapu) Pirirakau del pueblo Ngati Ranginui. La utilización de un contrato para este negocio fue en virtud de las leyes de propiedad intelectual. En: SHAND, Meter, “Scenes from the Colonial Catwalk: Cultural Appropriation, Intellectual Property Rights, and Fashion”, Cultural Analysis, volumen 3, 2002.

citado en Propiedad Intelectual y Expresiones Culturales Tradicionales o del Folklore. Folleto No1. Publicación OMPI. No.913 (S). Ginebra.

Existen muchos ejemplos²² en los que las legislaciones de derechos de autor y propiedad industrial han sido utilizadas inadecuadamente por terceros en pos de inclinar la balanza a favor de “autores individuales” o de industrias, en detrimento de los grupos portadores, estableciendo prolongados plazos de vigencia y una gran cantidad de prerrogativas, con el objetivo de mantener un fuerte control, muchas veces excesivo, de los activos derivados de sus producciones. Tener como premisa que la cultura no constituye una burda mercancía a expensa de las más absurdas leyes del mercado, como sí lo establecen los tratados de libre comercio²³ cuando tratan de “igualarse” en oportunidades comerciales a las débiles producciones culturales de las empresas del tercer mundo, constituye una responsabilidad de los Estados a la hora de legislar o aplicar las legislaciones vigentes sobre propiedad intelectual y comercialización de bienes y servicios culturales. A esto llama la Convención, a la pluralidad de las oportunidades y al respeto de todas las culturas y así los establece en las medidas que propone a tomar por los Estados Parte en sus legislaciones internas en el Capítulo IV. “Derechos y

22 Véase el caso de uno, entre los tantos artistas aborígenes australianos, cuya obra de arte fue mal utilizada y que explicó: “Como artista aunque puedo poseer derechos de autor de una obra de arte particular bajo la ley occidental, bajo la ley Aborigen yo no debo usar una imagen o historia de tal manera sobre los derechos de todos los otros Yolngu (su clan) quienes tienen un interés directo o indirecto en ella. De esta forma yo tomo la imagen en la confianza de todos los otros Yolngu con un interés en la historia. Así, los autores indígenas no hacen sus creaciones de las maneras que los autores Occidentales las hacen. Todavía, las nociones occidentales de individuo y paternidad literaria continúan existiendo como las condiciones previas para la protección de derechos de autor, y como resultado, las gentes indígenas no pueden proteger adecuadamente sus expresiones culturales tradicionales usando los derechos de autor”. *Milpurrru v. Indofurn Pty. Ltd. and Others* (1994) 54 F.C.R. 240, disponible en <http://U.K.Westlaw.com/Find/Default.wl?rs=WLUK.1.0&vr=20&.DB=3125&Findtype=y&SerialNum=0101329403>, consultado marzo de 2007. Recientemente, el 12 de febrero de 2009 el gobierno de Nueva Zelanda y la comunidad tribal (iwi) de los Ngati Toa firmaron un acuerdo por el que se ponía punto final a una reclamación realizada por la iwi. La iwi estuvo preocupada por el uso inadecuado y la explotación comercial de la haka (danza tradicional), que apareció en un anuncio publicitario de Fiat en 2006 y, más recientemente, en una película de Hollywood sobre el rugby, *Forever Strong* (2008). “sólo pretendemos tener algún tipo de capacidad de decisión cuando la danza sea objeto de apropiación con fines claros de explotación comercial” explica un portavoz de la iwi. Véase *Revista de la OMPI. No1, 2009. Publicación OMPI No. 121 (S). Ginebra, 2009.* 23 Los tratados de libre comercio poseen fuertes normas reguladoras del comercio de bienes culturales como las normas dirigidas a regular el comercio de las obras protegidas por derechos de autor, véanse al respecto: El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), suscrito por Canadá, Estados Unidos y México, de 1 de enero de 1994, disponible en <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/legal/index.s.aspx?articleid=697> y el borrador del pretendido y fallido Acuerdo para el libre Comercio de las Américas (ALCA), disponible en: <http://www.item.org.uy/alca01.htm>, consultado junio 2009.

obligaciones de las partes”, artículo 5 – “Norma general relativa a los derechos y obligaciones”. 4. Las medidas propuestas por la Convención para ser asumidas por las

legislaciones nacionales en función de la protección y promoción de la diversidad cultural Las obligaciones para los Estados derivadas de este instrumento jurídico internacional en materia de diversidad cultural parten de un principio de respeto estrechamente relacionado con la protección (artículo 4.7 Definiciones)²⁴, materializado en la adopción de medidas específicas que la viabilicen. La obligación de protección supone la adopción de una serie de medidas tanto de tipo material como jurídico dirigidas a la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales en los respectivos territorios de los Estados Parte. El término “protección” incluye varias nociones desde la preservación y la salvaguardia hasta el enriquecimiento así pues, las medidas positivas a adoptar serán de carácter variado y con distintos enfoques pero con un objetivo último que es el de protección de la diversidad de las expresiones culturales en un sentido global, es decir, tanto desde una perspectiva jurídica como material.

4.1. Medidas Concretas de Protección Las medidas de protección consideramos que pueden ser clasificadas de la siguiente forma: - Medidas de carácter normativo: Normas legislativas y reglamentarias destinadas a proteger la diversidad de las expresiones culturales que incluyen a su vez, 1- Medidas que brinden oportunidades para la creación, producción, distribución, difusión y disfrute de bienes y servicios culturales nacionales, entre todas las actividades, bienes y servicios culturales que ya están disponibles o establecidos dentro del territorio nacional, comprendidas disposiciones relativas a la lengua utilizada para tales actividades, bienes y servicios (art.6.2b); 2- medidas encaminadas a proporcionar a las industrias culturales independientes nacionales y las actividades del sector no estructurado un acceso efectivo a los medios de producción, difusión y distribución de bienes y servicios culturales (art.6.2c); 3- medidas destinadas a conceder asistencia financiera pública (art.6.2d) ;

24 El texto manifiesta expresamente en su artículo 4.7 “La ‘protección’ significa la adopción de medidas encaminadas a la preservación, salvaguardia y enriquecimiento de la diversidad de las expresiones culturales. ‘Proteger’ significa adoptar tales medidas.”

MSc. Oscar Alberto PÉREZ PEÑA

48

4- medidas encaminadas a alentar a organizaciones sin fines de lucro, así como a entidades públicas y privadas, artistas y otros profesionales de la cultura, a impulsar y promover el libre intercambio y circulación de ideas, expresiones culturales y actividades, bienes y servicios culturales, y a estimular en sus actividades el espíritu creativo y el espíritu de empresa (art.6.2e) ; 5- medidas destinadas a crear y apoyar de manera adecuada las instituciones de servicio público pertinentes (art.6.2f) ; 6- medidas encaminadas a respaldar y apoyar a los artistas y demás personas que participan en la creación de expresiones culturales (art.6.2g) ; 7- medidas destinadas a promover la diversidad de los medios de comunicación social, comprendida la promoción del servicio público de radiodifusión (art.6.2h); 8- medidas destinadas a determinar “si existen situaciones especiales en que las expresiones culturales en su territorio corren riesgo de extinción, o son objeto de una grave amenaza o requieren algún tipo de medida urgente de salvaguardia” (art. 8.1) y cuantas otras medidas consideren necesarias para proteger y preservar las expresiones culturales en tales situaciones (art. 8.2), informando al Comité Intergubernamental²⁵ para la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (art. 8.3) - Medidas de carácter promocional y educativo: la creación por parte de los diferentes Estados Parte de “un entorno que incite a las personas y a los grupos a: crear, producir, difundir y distribuir sus propias expresiones culturales, y tener acceso a ellas, prestando la debida atención a las circunstancias y

necesidades especiales de las mujeres y de distintos grupos sociales, comprendidas las personas pertenecientes a minorías y los pueblos autóctonos” (artículo 7.1 a); y a, “tener acceso a las diversas expresiones culturales procedentes de su territorio y de los demás países del mundo” (art.7.1 b). Así como la procuración de que “se reconozca la importante contribución de los artistas, de todas las personas que participan en el proceso creativo, de las comunidades culturales y de las organizaciones que los apoyan en

25 Dicho Comité, como lo establece la propia Convención en su artículo 29.6, tendrá entre sus funciones 2: a) promover los objetivos de la Convención y fomentar y supervisar su aplicación; b) preparar y someter a la aprobación de la Conferencia de las Partes orientaciones prácticas, cuando ésta lo solicite, para el cumplimiento y aplicación de las disposiciones de la Convención; c) transmitir a la Conferencia de las Partes informes de las Partes, junto con sus observaciones y un resumen del contenido; d) formular las recomendaciones apropiadas en los casos que las Partes en la Convención sometan a su atención de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención, y en particular su artículo 8; e) establecer procedimientos y otros mecanismos de consulta para promover los objetivos y principios de la presente Convención en otros foros internacionales; f) realizar cualquier otra tarea que le pueda pedir la Conferencia de las Partes.

su trabajo, así como el papel fundamental que desempeñan, que es alimentar la diversidad de las expresiones culturales” (art.7.2). - Medidas de carácter financiero: las tomadas por los Estados para afrontar los gastos en que incurran para aplicar la Convención (artículo 14.d), art. 18.7). La Convención constituye un gran triunfo, llama a la pluralidad de las oportunidades y al respeto de todas las culturas y así los establece en las medidas que propone a tomar por los Estados Parte. Sin embargo, consideramos que el texto de la Convención, debió ser más radical y menos ambiguo en cuanto a aquellos factores que afectan e interfieren en la diversidad cultural y su ejecución jurídica por los diferentes Estados como es el caso de la firma de los tratados bilaterales de libre comercio entre Estados Unidos y cuantos necesite este propio país para forzar a comprar sus productos ante lo que algunos han llamado la crisis del multilateralismo, en franca mención a la OMC y el real cumplimiento de sus tratados por parte de la comunidad internacional. Así como la implementación de políticas culturales serviles a las ciegas leyes del mercado. Al respecto, su artículo 20 establece: “Artículo 20: Relaciones con otros instrumentos: potenciación mutua, complementariedad y no subordinación

1. La partes reconocen que deben cumplir de buena fe con las obligaciones que les incumben en virtud de la presente Convención y de los demás tratados en los que son parte (...) 2. Ninguna disposición de la presente Convención podrá interpretarse como una modificación de los derechos y obligaciones de las partes que emanen de otros tratados internacionales en los que sean parte. (...)”. De lo que deducimos e interpretamos que quedaron fuera: - la primacía de los derechos culturales ante los acuerdos comerciales. - el carácter prioritario de la defensa de la diversidad cultural cuando exista conflicto con otros instrumentos normativos. O como reconociera internacionalmente la Campaña para la información en la Sociedad de la Información en su sitio Web²⁶: - “deploramos que no haya mención alguna sobre la necesidad de poner fin al robo de la sabiduría ancestral de los pueblos indígenas por parte de las transnacionales de propiedad intelectual y las industrias de patentes”.

26 Citado por ÁLVAREZ NAVARRETE, Lillian, Derecho de ¿autor?. El debate de hoy, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2006, pp. 186-187.

- “(...) en lo relativo a la relación de la Convención con otros tratados, se muestra extremadamente ambigua, lo cual puede llevar a algunos ministros de comercio a ignorar

completamente el marco de la Convención (...). - “nos habría gustado que hubiera un mayor énfasis en la protección y promoción de la diversidad cultural a lo interno de los países (...)”. Este artículo ha sido motivo de ríos de tinta, pero más grave aún ha sido el hecho de que esta Convención obvia en su texto, como también lo hace la del Patrimonio Cultural Inmaterial, sanciones o mecanismos para sancionar o solucionar conflictos ante violaciones de la diversidad cultural y del patrimonio cultural inmaterial respectivamente, quedándose solamente como un texto de corte programático, a juicio de algunos.

A pesar de la fuerza de ideas como las anteriores este Tratado ha constituido un hito ante tantos desastres realizados muchas veces torciendo las normas jurídicas de comercio o simplemente estableciendo algunas que olvidan el componente social de la cultura lo que nos ha llevado a la idea de que la práctica en la aplicación de las políticas culturales expresadas en medidas jurídicas para proteger la diversidad cultural está inmersa en un proceso de análisis y cambio. 5. Pasos a seguir por los diferentes Estados para lograr un ordenamiento jurídico nacional garante de la diversidad cultural Diversas son las interrogantes formuladas por las autoridades nacionales de los países signatarios de dicha Convención así como los retos y perspectivas que tienen ante sí para el cumplimiento en sus legislaciones nacionales de las obligaciones asumidas, materializadas en medidas jurídicas y materiales que ejecuten los intereses propuestos. Luego del análisis de las medidas a que nos llama la Convención y de las zonas imprecisas encontradas en esta, consideramos que los Estados que pretendan establecer normas jurídicas que garanticen la diversidad cultural podrían seguir una serie de pasos metodológicos prácticos tales como: 1- Analizar qué objetivos políticos culturales tiene trazados o va a trazarse para proteger y promocionar la diversidad de las expresiones culturales. 2- Determinar ante qué tipo de actos se busca protección. 3- Identificar qué opciones disponibles para la protección posee en los sistemas convencionales de Derecho y en sus legislaciones culturales y qué posibilidades hay de adaptar o modificar elementos ya existentes, si procede. 4- Valorar adecuadamente la importancia que posee el comercio y su regulación eficaz y consecuente con respecto a los bienes culturales, sin perder el referente social de este tipo de bienes. 5- Analizar opciones disponibles en los sistemas ajenos a los convencionales que tienen pertinencia para los objetivos deseados. Si procede.

6- Decidir si es necesario establecer un sistema jurídico independiente o si los sistemas existentes y las modificaciones a los mismos pueden satisfacer las necesidades establecidas. 7- Determinar que medidas prácticas y operativas, instituciones y programas pueden necesitarse para facilitar el uso y aplicación efectivos de las formas de protección que ya existen o que vayan a establecerse. 8- Decidir cómo puede relacionarse el sistema nacional para proporcionar protección regional e internacional a través de marcos jurídicos bilaterales, regionales o internacionales.

6. Conclusiones La protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales como se establece en la Convención aprobada por los países miembros de la UNESCO resulta de vital interés para todos los países del mundo. Sus principios y medidas abordan, independientemente de sus zonas imprecisas, temáticas tan importantes como el ejercicio legítimo de los derechos culturales por todos los nacionales, sin ningún tipo de distinción, la protección del patrimonio cultural material e inmaterial, la libertad de creación artística y el establecimiento de mecanismos que faciliten la producción y difusión de bienes y servicios culturales donde la participación sea plural. Respecto a la propiedad intelectual de las expresiones culturales tradicionales, la misma puede ser un poderoso mecanismo para proteger y gestionar los derechos intelectuales de las comunidades portadoras y de los

autores viabilizando la diversidad cultural si se utiliza consecuentemente a los intereses de ambos y del resto de la sociedad de manera equitativa. El Derecho puede constituir un instrumento garante y eficaz para la protección y promoción de dichas expresiones permitiendo ejecutar las políticas culturales establecidas al respecto. Aun cuando la protección recogida en la Convención ha sido reconocida como un triunfo del Derecho Cultural, en las actuales circunstancias culturales en las que se desarrolla el mundo y con la promulgación de dicho instrumento normativo, el ordenamiento jurídico internacional en torno a la cultura posee aspectos que necesitan un replanteamiento. No son pocos los retos y perspectivas que tienen ante sí las legislaciones nacionales para lograr tan noble objetivo, corresponde entonces, a las autoridades de los países miembros de la Convención, tener la suficiente voluntad política que permita legislar o perfeccionar los instrumentos jurídicos correspondientes, así como las estructuras materiales necesarias para ejecutar dicha protección eficazmente.