

OMPI



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

S

WIPO/GRTKF/IC/7/INF/4

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 20 de septiembre de 2004

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

**Séptima sesión
Ginebra, 1 a 5 de noviembre de 2004**

**PROYECTO DE CUESTIONARIO SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE SISTEMAS
EFICACES DE PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES
TRADICIONALES/EXPRESIONES DEL FOLCLORE**

preparado por la Secretaría

1. El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (“el Comité”) ha respaldado la elaboración de una detallada “Guía Práctica” para la protección eficaz de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore (ECT/EF), cuya preparación está en curso.
2. Mientras tanto, y en respuesta a varios Estados miembros y otras partes interesadas que solicitaron asistencia jurídica y técnica (véase el documento WIPO/GRTKF/IC/7/11), se ha preparado el proyecto de Cuestionario que figura en el Anexo del presente documento, con el fin de facilitar y estructurar las consultas y los debates mantenidos en el ámbito nacional, regional y de las comunidades sobre la protección eficaz de las ECT/EF. La estructura principal del presente Cuestionario se origina en las “medidas prácticas” descritas en el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3 y tiende a facilitar la utilización del cuestionario, la comprensión de las distintas cuestiones y de las opciones útiles para establecer políticas y enfoques de protección de las ECT/EF examinadas en sesiones anteriores del Comité. En el Cuestionario, las preguntas figuran en las páginas impares (del lado derecho) y las notas y los comentarios en las páginas pares (del lado izquierdo).
3. No es necesario completar el Cuestionario, y no se prevé que las eventuales respuestas se comuniquen a terceros, sino que su objetivo es transformarse en un instrumento práctico para uso local e interno en el ámbito nacional, regional y de las comunidades. Es probable que, una vez finalizada, la Guía Práctica remita al Cuestionario y lo incluya como anexo.
4. Si el Comité considera que un cuestionario como el que figura en el Anexo del presente documento constituye un instrumento útil y práctico, podrán introducirse continuamente mejoras y actualizaciones que tengan en cuenta el contenido de los documentos más recientes sobre las ECT/EF, a saber, WIPO/GRTKF/IC/7/3 y WIPO/GRTKF/IC/7/4, y los comentarios correspondientes.

5. Se invita al Comité a tomar nota del presente documento y del proyecto de Cuestionario que figura en el Anexo y a formular comentarios al respecto.

[Sigue el Anexo]

ANEXO

PROYECTO DE CUESTIONARIO SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE SISTEMAS EFICACES DE PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES/EXPRESIONES DEL FOLCLORE

Introducción

1. El propósito del presente proyecto de Cuestionario es facilitar las consultas que se lleven a cabo en el ámbito nacional, regional y de las comunidades sobre las opciones existentes para dar protección eficaz en el marco de la propiedad intelectual (P.I.) a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore (ECT/EF). Podrán utilizarlo los encargados de la adopción de políticas, los legisladores, los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y culturales que son titulares y custodios de las ECT/EF. No es necesario completar el cuestionario -podrá utilizarse simplemente para estructurar los debates y las consultas en el plano local. Además, las eventuales respuestas no serán necesariamente transmitidas a terceros.

2. El presente Cuestionario no pretende limitar los parámetros del debate sobre la protección de las ECT/EF, ni imponer resultados o soluciones particulares. Serán las autoridades gubernamentales pertinentes, en consulta con las partes interesadas, quienes decidan finalmente cuáles serán las opciones más adecuadas para la protección de las ECT/EF.

3. Para facilitar su utilización, el documento es breve y se limita a señalar y presentar cuestiones y preguntas clave, sin examinarlas en gran detalle. Se remite al lector a los documentos WIPO/GRTKF/IC/3/10, WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3, WIPO/GRTKF/IC/7/3, WIPO/GRTKF/IC/7/4 y WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3, en los que figuran informaciones más detalladas. En el sitio Web de la OMPI también podrán encontrarse varios enlaces de interés y material pertinente (véase <http://www.wipo.int/tk/cultural/index.html>). Además, en la sección de lecturas recomendadas, al final del presente documento, figuran varios estudios y material que puede consultarse; la mayor parte de ese material está disponible en español, francés e inglés en el sitio Web mencionado.

La terminología utilizada: “expresiones culturales tradicionales”/“expresiones del folclore”

4. En el presente cuestionario se hace referencia indistintamente a “expresiones del folclore” (EF) y “expresiones culturales tradicionales” (ECT). Para referirse a ambas expresiones se utilizan las siglas “EF” y “ECT”. En ciertas culturas, regiones y países, el término “folclore” tiene un matiz peyorativo. Por otra parte, ya se ha hecho referencia a las “expresiones del folclore” en otros procesos internacionales y la expresión se utiliza en la legislación de muchos países.

5. Dichas expresiones pueden abarcar una gran variedad de costumbres, tradiciones, formas de expresión artística, conocimientos, creencias, productos, procesos de producción y espacios originarios de muchas comunidades del mundo. No existe una definición que tenga aceptación generalizada, puesto que lo que se entiende por “expresiones del folclore” o “expresiones culturales tradicionales” dependerá del contexto y del fin para el que se haya

elaborado la definición. En definitiva, corresponderá a las esferas local y nacional de decisión la elección de un término adecuado y la determinación de la materia que habrá de abarcar.

Conocimientos tradicionales “técnicos” y recursos genéticos conexos

6. Una cuestión importante relacionada con la protección es determinar si abarca únicamente las ECT/EF o también los sistemas de conocimientos técnicos y específicos, como los de la medicina o la ecología (denominados “conocimientos tradicionales *stricto sensu*” o “CC.TT.” en las actividades de la OMPI) y los recursos genéticos conexos.

7. Muchos pueblos indígenas y otras comunidades culturales consideran que sus sistemas de ECT y conocimientos técnicos forman un todo inseparable y que no deberían ser tratados en forma independiente. Por otra parte, las ECT y los CC.TT. plantean cuestiones políticas particulares, tocan a aspectos diferentes del sistema de P.I. y suponen la intervención de distintos grupos de interés y partes interesadas. Asimismo, la experiencia adquirida es más rica en lo que atañe a la protección de las ECT/EF en el plano nacional y regional; en consecuencia, las ECT han ido adquiriendo un peso particular. Sin embargo, no hay que perder de vista los vínculos entre las expresiones culturales, los conocimientos técnicos y los recursos genéticos; además, los sistemas de protección correspondientes deberían estar coordinados y ser complementarios. Si bien el presente Cuestionario gira principalmente en torno a las ECT, en algunos casos también se plantean cuestiones relacionadas con los CC.TT.

Sistemas *sui generis*

8. En el ámbito nacional o regional ya se han establecido varios sistemas *sui generis* para la protección de las EF/ECT que se utilizarán como ejemplos en el presente cuestionario. Son los siguientes:

- i) la Ley Tipo de Túnez sobre Derecho de Autor para Países en Desarrollo, de 1976 (“la Ley Tipo de Túnez”);
- ii) las Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y Otras Acciones Lesivas, de 1982 (“las Disposiciones Tipo”);
- iii) el Acuerdo de Bangui por el que se crea la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI), revisado en 1999 (“el Acuerdo de Bangui”);
- iv) el Régimen Especial 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, y su correspondiente Decreto Ejecutivo de 2001 (“la Ley de Panamá”);
- v) el Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura, de 2002 (“el Marco Regional para el Pacífico”);
- vi) la Ley sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 1997, de Filipinas (“la Ley de Filipinas”);
- vii) y la Ley de Artes y Oficios de los Indígenas de 1990, de los Estados Unidos de América (“la Ley Norteamericana de Artes y Oficios”).

Establecer una orientación general

9. En lo relativo a la protección de las ECT, existe un sinnúmero de posibles cuestiones, objetivos, principios y opciones que los encargados de la adopción de políticas, los

legisladores, las comunidades y otros pueden examinar. La protección de las ECT plantea varias cuestiones complejas que atañen a las políticas jurídicas y culturales y hay distintos instrumentos jurídicos y no jurídicos que pueden utilizarse, según los objetivos y los principios que se tengan en vista.

10. Figura a continuación una lista de medidas prácticas que los encargados de la adopción de políticas, los legisladores, las comunidades y otras partes interesadas podrían seguir para abrirse camino entre esas cuestiones y opciones y establecer una orientación general:

a) Primer paso: señalar las expresiones culturales que se desea proteger y reunir información sobre los valores espirituales, sociales, económicos y de otra índole que esas expresiones culturales tienen para las comunidades y los grupos que se consideran sus titulares y custodios. ¿Qué materia ha de protegerse? ¿Contra qué actos ha de protegerse?

b) Segundo paso: determinar las metas nacionales de desarrollo y las necesidades de las comunidades y los grupos en cuestión. ¿Se relacionan esas metas y necesidades con la P.I. (o guardan relación más estrecha con otras metas políticas como la preservación del patrimonio cultural)? La protección que se quiere lograr ¿es positiva, preventiva o una combinación de ambas?

c) Tercer paso: señalar las consideraciones políticas que puedan servir para encuadrar la orientación general (ejemplos: promoción de la diversidad cultural, fomento de las industrias culturales para el desarrollo económico, preservación del patrimonio cultural, salvaguardia de un dominio público vibrante y pluricultural, protección de los derechos culturales, protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, etcétera).

d) Cuarto paso: si la P.I. es útil para conseguir los objetivos deseados, señalar las opciones disponibles en el marco de los sistemas convencionales de P.I., incluyendo las normas sobre competencia desleal y otras opciones como la adaptación o modificación de elementos de los derechos de P.I. en vigor.

e) Quinto paso: analizar las opciones disponibles para conseguir las metas deseadas en los sistemas ajenos a la P.I., por ejemplo, las normas sobre protección del patrimonio cultural, protección del consumidor y comercialización, así como las normas indígenas y consuetudinarias.

f) Sexto paso: determinar si para satisfacer las necesidades señaladas y establecer el equilibrio correcto es necesario un sistema *sui generis* independiente o si pueden aplicarse los derechos en vigor y sus modificaciones. De ser así, ¿cómo se relacionaría un sistema *sui generis* con los sistemas convencionales de P.I., en particular en lo relativo a la superposición de la materia que ha de protegerse?

g) Séptimo paso: determinar cómo interactuarían los sistemas nacionales para crear un régimen de protección regional e internacional mediante marcos jurídicos bilaterales, regionales o internacionales.

h) Octavo paso: determinar qué medidas y programas prácticos y operativos podrían ser necesarios para respaldar a las comunidades en la plena utilización del sistema establecido para proteger las expresiones de las culturas tradicionales (programas de concienciación, fortalecimiento de capacidades, capacitación, etcétera).

La estructura del presente Cuestionario

11. Siguiendo a grandes rasgos la secuencia de los pasos expuestos en el párrafo anterior, el presente Cuestionario comienza con una serie de preguntas destinadas a determinar las necesidades y objetivos globales y reunir información sobre las normas en vigor, del ámbito de la P.I. y ajenas a ella, y las medidas que pueden ser pertinentes (es decir, siguiendo los pasos primero a quinto). La primera serie de preguntas, que figura en una sección titulada “Determinar las necesidades generales y evaluar el marco jurídico existente”, es la siguiente:

- i) ¿Qué expresiones culturales deberían protegerse?
- ii) ¿Cuáles son los objetivos de la protección deseada?
- iii) ¿Cuál es la función de las expresiones culturales en la sociedad? ¿Qué atributos y valores económicos y no económicos tienen para la sociedad? ¿Ha sido estimado el valor económico de las expresiones culturales?
- iv) ¿Qué leyes de P.I. están en vigor en el país y en qué medida brindan la protección deseada? ¿Existen medidas y leyes de P.I. en vigor que puedan conferir la protección deseada?

12. La serie de preguntas siguiente (que se basa, a grandes rasgos, en los pasos sexto y séptimo) se refiere a las cuestiones políticas y jurídicas relacionadas con la adaptación de derechos de P.I. y el establecimiento, llegado el caso, de sistemas y medidas *sui generis* independientes para la protección de las expresiones culturales tradicionales:

- v) ¿Qué criterios debe satisfacer la materia como condición de la protección?
- vi) ¿Quién es el titular y quién ejerce los derechos?
- vii) ¿Qué derechos deberían concederse a las expresiones culturales protegidas?
- viii) ¿Qué excepciones y limitaciones correspondería aplicar?
- ix) ¿Cómo se adquieren los derechos?
- x) ¿Cómo se pierden o cómo caducan los derechos?
- xi) ¿Qué disposiciones transitorias son necesarias?
- xii) ¿Cómo puede lograrse la protección en el ámbito regional e internacional?

13. Por último, el Cuestionario concluye con una pregunta relativa a una cuestión dominante, mencionada en el paso octavo, a saber, las medidas prácticas y operativas para facilitar la adquisición, el ejercicio y la observancia de los derechos (trátase de derechos en vigor o eventuales derechos futuros) sobre las expresiones culturales tradicionales:

- xiii) ¿Cómo se administran y ejercen los derechos y cómo se vela por su cumplimiento?

[Sigue el Cuestionario]

CUESTIONARIO

Con el propósito de facilitar la utilización del presente Cuestionario, para algunas de las preguntas se indican las posibles respuestas; ellas se basan en la información suministrada por los Estados y otras partes interesadas en respuestas a cuestionarios o en actividades anteriores, y su propósito es meramente indicativo. No representan necesariamente la única respuesta posible a una pregunta; de hecho, en cada caso hay espacio para otras respuestas. Si ninguna de las respuestas posibles corresponde, sírvase indicarlo y explicar por qué en el espacio disponible.

En los recuadros de texto figura información explicativa adicional y antecedentes útiles para aclarar ciertas cuestiones o dar ejemplos que ilustran tendencias y experiencias actuales en el ámbito nacional, regional e internacional.

Nota: las respuestas al presente Cuestionario no serán necesariamente presentadas a terceros. Se prevé que el Cuestionario se utilice principalmente en el ámbito local. En ningún caso se entenderá que las preguntas exigen la inscripción, catalogación, divulgación o difusión al público de las expresiones culturales o los conocimientos específicos o de otra índole relacionados con ellas.

I. DETERMINAR LAS NECESIDADES GENERALES Y EVALUAR EL MARCO JURÍDICO EXISTENTE

Primera serie de preguntas: *Descripción de la materia*

14. En las legislaciones o regímenes debería indicarse, de la manera más clara posible, qué ECT/EF se protegen; podrán señalarse expresamente determinadas ECT (por ejemplo, indicando el nombre del diseño textil de una determinada comunidad) o darse ejemplos ilustrativos y no excluyentes de los tipos de ECT/EF que se protegen. Podrá incluirse, pero no es necesario que así sea, una definición precisa de la materia protegida.

15. Sin embargo, podrá ser útil centrar la atención en determinadas expresiones del folclore que, de hecho, hayan sido objeto de un tipo de apropiación que quiera impedirse en el futuro. Si se produce una pérdida patrimonial debido a la falta de protección adecuada, resultará útil, por ejemplo, centrar la atención en las ECT que tengan o puedan tener valor económico. En otros casos, podrá privilegiarse la protección de ECT que tengan un valor cultural/espiritual particular.

Descripción de las “expresiones culturales tradicionales”

Las “expresiones de” la cultura tradicional/ “expresiones del” folclore podrán ser intangibles, tangibles o, en la mayoría de los casos, una combinación de ambas. La cultura es un proceso continuo de producción; es acumulativa e innovadora. Es decir que el término “tradicional” no significa “antiguo” sino, antes bien, significa que las expresiones culturales derivan de la tradición o se basan en ella, distinguen a un pueblo indígena o tradicional o están relacionadas con él, y pueden crearse o practicarse de maneras tradicionales. A menudo, las ECT/EF no tienen un creador que pueda identificarse, puesto que han sido transmitidas de generación en generación, por imitación u oralmente y a menudo connotan valores y creencias culturales y espirituales. Aun cuando una persona haya creado una obra basada en la tradición respecto de la que pueda reivindicar un derecho de autor u otros derechos de P.I., suelen existir en la comunidad intereses paralelos sobre la obra, habitualmente intereses reconocidos por las normas indígenas y consuetudinarias.

A título de ejemplo, entre las expresiones culturales figuran la música, los relatos, el arte, la artesanía, los instrumentos musicales, las palabras, los nombres y las insignias, las interpretaciones o ejecuciones, los diseños textiles, de alfombras y de joyas y las formas arquitectónicas.

Sin embargo, cada país y sus comunidades deberá decidir qué formas de expresiones culturales deberían protegerse y qué términos serían los más adecuados para describirlos. Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3.

Segunda serie de preguntas: *Objetivos de la protección***Medidas de protección preventiva**

En las legislaciones nacionales o regionales sobre P.I. pueden incorporarse mecanismos específicos de protección preventiva: por ejemplo, en los Estados Unidos de América, Nueva Zelanda y la Comunidad Andina se han adoptado medidas concretas para impedir que se adquieran los derechos que confiere una marca respecto de símbolos indígenas o tradicionales. Véase también el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3, párr. 161.

16. El modo en que se da forma y se define un sistema de protección dependerá en gran medida de los objetivos que se propone alcanzar. Por lo tanto, un paso inicial clave de cualquier régimen o enfoque jurídico de protección de las ECT/EF es determinar a los objetivos políticos pertinentes.
17. Al comienzo, será necesario determinar y tener en cuenta las necesidades y expectativas de los pueblos indígenas locales y las comunidades tradicionales. Los objetivos posibles que figuran a continuación se basan en gran medida en consultas con pueblos indígenas, comunidades tradicionales y otras partes interesadas.
18. Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales han señalado varios objetivos relacionados con la protección por P.I., entre otros, los siguientes:
- i) protección por P.I. para respaldar el desarrollo económico: algunas comunidades desean reivindicar y ejercer derechos de P.I. sobre sus creaciones e innovaciones basadas en la tradición para poder explotarlas comercialmente y contribuir a su desarrollo económico;
 - ii) protección por P.I. para impedir la utilización por terceros no autorizados: algunas comunidades desean reivindicar derechos de P.I. y ejercer activamente sus derechos para impedir la utilización y comercialización por terceros de su patrimonio cultural y sus ECT, y ello incluye la utilización ofensiva o degradante desde el punto de vista cultural. Entre los usos que se quiere impedir podrían figurar los que sugieren una conexión con la comunidad que no existe en la realidad; el uso despectivo, injurioso, difamatorio o engañoso; y el uso de ECT sagradas y secretas;
 - iii) impedir que terceros adquieran derechos de P.I. sobre las ECT: interesa también a las comunidades impedir a terceros que adquieran o mantengan derechos de P.I. sobre derivados y adaptaciones de las ECT y sus representaciones. Ello supone la aplicación de mecanismos preventivos para impedir el ejercicio de derechos de P.I. correspondientes a terceros y que se consideren perjudiciales para los intereses de la comunidad y la integridad de su patrimonio cultural y sus expresiones culturales.
19. Para comenzar, es importante que quede claro si lo que se busca es protección del ámbito de la P.I. (véase el recuadro de texto “el significado de la protección por propiedad intelectual”).

Segunda serie de preguntas: *Objetivos de la protección*

¿Cuales son los objetivos generales de la protección?

- La creación de riqueza y oportunidades comerciales y desarrollo económico sostenible
- La promoción de la seguridad en las relaciones económicas entre las comunidades y el sector privado
- La preservación y la promoción de las culturas tradicionales y el folclore
- La promoción del respeto a las culturas tradicionales y las comunidades que las preservan
- La puesta a disposición del público de las EF/ECT
- El fomento de la creatividad y las inversiones
- La protección de la autenticidad de las EF/ECT
- La promoción de la diversidad cultural
- Otros (sírvase precisar)

¿Cuáles son los objetivos de la protección en el marco de la P.I.?

- Crear derechos positivos de P.I. sobre las EF/ECT para respaldar el desarrollo económico
- Crear derechos positivos de P.I. sobre las EF/ECT para impedir el uso por terceros sin autorización
- Impedir que terceros adquieran derechos de P.I. sobre las EF/ECT (protección preventiva)
- Otros (sírvase precisar)

Tercera serie de preguntas: *La naturaleza de las expresiones culturales y su función en la sociedad*

El significado de la “protección por propiedad intelectual”

La mayor parte de las formas de P.I., como el derecho de autor, los derechos conexos, las patentes y los diseños industriales, crean derechos de propiedad privada sobre las creaciones e innovaciones para que pueda controlarse su explotación comercial y para incentivar la creación y la difusión del producto de la creatividad humana. La protección por P.I. debe distinguirse de los conceptos de “preservación” y “salvaguardia” en el contexto del patrimonio cultural, que se refieren a la identificación, catalogación, transmisión, revitalización y promoción del patrimonio cultural tangible o intangible para garantizar su mantenimiento y viabilidad. En algunos casos, la manera más apropiada de atender las necesidades y expectativas de las comunidades culturales y los creadores será mediante medidas de preservación y salvaguardia de las tradiciones y formas de vida, antes que valiéndose de la protección por P.I. Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3, párrafos 15 a 19.

20. Conocer la función de las expresiones culturales en una sociedad o comunidad puede ayudar a determinar cuáles son las formas más adecuadas de protección. Por ejemplo, en el caso de expresiones culturales cuyo valor o función son principalmente religiosos o espirituales, lo más importante será aplicar una protección “preventiva” contra los usos despectivos u ofensivos desde el punto de vista espiritual. Por otra parte, para las expresiones que tienen principalmente valor comercial serán necesarias distintas formas de protección ideadas para facilitar su comercialización e impedir su apropiación por competidores que quieran sacar ventaja de la situación.

Cuarta serie de preguntas: *Evaluar el marco jurídico existente*

21. Los sistemas de P.I. en vigor ya protegen algunas ECT. Por lo general, las adaptaciones e interpretaciones contemporáneas de producciones literarias y artísticas indígenas y tradicionales están protegidas por la legislación sobre derecho de autor, y en muchos países los diseños basados en la tradición han sido protegidos como diseños industriales. En el ámbito internacional, las interpretaciones o ejecuciones de expresiones del folclore quedan protegidas por el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996. También se ha aplicado la legislación sobre marcas y sobre competencia desleal para combatir la comercialización engañosa de obras de arte y artesanía que no son auténticas.

22. Es poco probable que pueda encontrarse un único modelo internacional “universal” para proteger exhaustivamente las ECT. En cambio, podrán ser protegidas eficazmente valiéndose de distintos niveles y formas de protección que podrán, aunque no forzosamente, basarse en derechos de propiedad sobre la materia protegida. Si se aplican derechos de propiedad, podrá recurrirse a la legislación de P.I. en vigor, a legislaciones de P.I. adaptadas o perfeccionadas a sistemas *sui generis* independientes. También pueden ser de gran ayuda la legislación sobre competencia desleal, o las medidas ajenas a la P.I., por ejemplo, la legislación sobre prácticas comerciales, la legislación y los programas de preservación del patrimonio cultural, las normas indígenas y consuetudinarias, el Derecho contractual, la utilización de registros, inventarios y bases de datos, el derecho a la imagen, la protección de la información confidencial y la legislación sobre enriquecimiento sin causa.

23. Así pues, entre los instrumentos destinados a cumplir los objetivos deseados y poner en práctica los principios pertinentes pueden figurar:

- i) el derecho de propiedad: la aplicación de legislación sobre P.I. en vigor, las normas de P.I. adaptadas o perfeccionadas o los sistemas nuevos e independientes asimilables a los de P.I.;
- ii) la legislación sobre competencia desleal;
- iii) la legislación sobre prácticas comerciales y comercialización;
- iv) los contratos (por ejemplo, acuerdos sobre “participación en los beneficios”);
- v) el uso de registros, inventarios y bases de datos;
- vi) las normas consuetudinarias e indígenas;
- vii) la legislación y los programas sobre preservación y salvaguardia del patrimonio cultural;
- viii) otros derechos, como la protección de la información confidencial, el derecho a la imagen, las normas contra la blasfemia, el Derecho penal y las normas sobre el enriquecimiento sin causa.

II. CUESTIONES POLÍTICAS Y JURÍDICAS RELACIONADAS CON DERECHOS DE P.I. ADAPTADOS Y SISTEMAS *SUI GENERIS*

24. En debates anteriores se ha señalado una serie de cuestiones, además de las indicadas anteriormente, que los encargados de la adopción de políticas deberán abordar si desean conferir a las ECT una protección más amplia que la que ya contemplan los sistemas actuales de P.I., ya sea mediante adaptaciones *sui generis* de derechos de P.I. o mediante nuevos sistemas *sui generis* independientes:

- i) los criterios que la materia deberá satisfacer como condición de su protección;
- ii) los titulares de los derechos y la gestión de los derechos;
- iii) los derechos conferidos y las excepciones y limitaciones;
- iv) los procedimientos y formalidades, de haberlos, para la adquisición y mantenimiento de los derechos conferidos;
- v) cómo se pierden y caducan los derechos;
- vi) disposiciones transitorias,
- vii) observancia de los derechos en el plano internacional.

25. Estas cuestiones constituyen la base de las preguntas de esta sección.

Quinta pregunta: Criterios de protección

26. Podrá ser necesario aclarar que algunas ECT, aunque correspondan a la descripción general que figura más arriba, sólo recibirán protección si satisfacen ciertos criterios.
27. **Requisito de originalidad.** En el marco del derecho de autor, las producciones literarias y artísticas contemporáneas basadas en la tradición suelen ser lo suficientemente “originales” como para gozar de protección. Entre esas producciones figuran las interpretaciones o ejecuciones, los arreglos, las adaptaciones o colecciones de expresiones culturales preexistentes, o aun su nueva presentación tras pasarlas al formato digital, añadirles color o realizar mejoras similares.
28. Una cuestión política fundamental es determinar si cabe proteger las expresiones del folclore preexistentes *stricto sensu*, y las meras reproducciones e imitaciones de las mismas, que se consideran actualmente como de “dominio público”. En lo relativo a los criterios de protección, ello parece plantear la disyuntiva de si es necesario o no algún grado de “originalidad” y cómo se interpretaría.
29. Por lo general, los sistemas *sui generis* en vigor no han sido concebidos como parte del derecho de autor y no exigen originalidad. Por ejemplo, en las Disposiciones Tipo de 1982 no se hace referencia a un requisito de originalidad; en consecuencia, tampoco existe esa referencia en las legislaciones nacionales de derecho de autor que las han incorporado. De manera similar, la Ley de Panamá no hace referencia a un requisito de originalidad; tampoco el Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura, elaborado por los países insulares del Pacífico.
30. **Fijación.** A menudo se ha sugerido que las producciones literarias y artísticas de la tradición oral no están protegidas y no pueden estarlo porque no están fijadas. La fijación no es un elemento necesario del derecho de autor y los Estados pueden disponer libremente que la fijación en un soporte material de las obras en general o de las EF/ECT en particular no es un requisito de protección.
31. Es el caso, por ejemplo, de la Ley Tipo de Túnez de 1976, en la que se excluye la posibilidad de exigir la fijación de las obras del folclore. Los legisladores consideraron que, por su naturaleza, las obras del folclore suelen ser obras orales de las que no hay constancia escrita por lo que pedir que estén fijadas como condición para gozar de protección compromete la posibilidad de obtener esa protección y, conforme a los comentarios sobre la Ley Tipo, entraña el riesgo de otorgar el derecho de autor a quienes fijen esas obras. La fijación no figura como requisito en las Disposiciones Tipo de 1982, ni en la Ley de Panamá, ni en el Marco Regional para el Pacífico.
32. **Posibilidad de uso con fines comerciales.** En un sistema *sui generis* en vigor se dispone que respecto de las ECT protegidas debe existir la “posibilidad de uso con fines comerciales”.
33. **Carácter de “tradicional”.** En varios sistemas *sui generis* se dispone que la materia protegida debe ser “tradicional” o basarse en la “tradición” (en un caso, ello significa que la ECT debe haber sido creada con fines tradicionales, ser intergeneracional, pertenecer a un grupo determinado, y que su titularidad debe ser compartida).

34. Una cuestión conexas importante se refiere a si el registro la inscripción y catalogación de las ECT debería ser una condición de su protección. Véase la séptima serie de preguntas, más adelante.

Quinta pregunta: Criterios de protección

¿Qué criterios debe satisfacer la materia como condición de la protección?

“Originalidad”

Fijación

Posibilidad de uso con fines comerciales

Carácter de “tradicional”

Otros (sírvase indicar)

Sexta serie de preguntas: Titularidad de los derechos

35. Varios Estados han destacado que por lo general se considera que las ECT/EF se originan en la colectividad y ésta es su titular, por lo cual los derechos sobre las ECT/EF deberían corresponder a las comunidades y no a las personas individualmente.

36. Por ejemplo, el derecho de autor colectivo o de la comunidad podría ser objeto de una disposición específica *sui generis* en el marco de la legislación sobre derecho de autor. En este contexto, Australia está estudiando la posibilidad de conferir a las comunidades el derecho a ejercer los derechos morales para protegerse del uso inadecuado, despectivo o irrespetuoso desde el punto de vista cultural que se haga del material protegido por derecho de autor. También se prevén derechos colectivos en la legislación *sui generis* independiente. Por ejemplo:

i) la Ley sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 1997, de Filipinas, prevé derechos para las “comunidades culturales indígenas/los pueblos indígenas”;

ii) la Ley de Panamá de 2000 dispone la protección de los “derechos colectivos de las comunidades indígenas”, y dispone que las solicitudes de registro de esos derechos serán efectuadas por los “respectivos congresos generales o las autoridades tradicionales indígenas”;

iii) el Marco Regional para el Pacífico de 2002 confiere “derechos culturales tradicionales” a los “titulares tradicionales”, entendidos como grupo, clan o comunidad, o un individuo reconocido por un grupo, clan o comunidad, como la persona a la que se confía la custodia o la protección de las expresiones culturales de conformidad con las normas y prácticas consuetudinarias de ese grupo, clan o comunidad. Esos derechos se añaden y no afectan a ningún derecho de propiedad intelectual existentes sobre las expresiones culturales.

37. Sin embargo, en la mayoría de las legislaciones nacionales que prevén protección *sui generis* para la ECT basándose en las Disposiciones Tipo de 1982 y en la Ley Tipo de Túnez de 1976, se confieren derechos al Estado o a un órgano creado por ley. En la mayoría de esos casos, los ingresos procedentes de la concesión de los derechos se dedican al patrimonio cultural, al bienestar social y a programas relacionados con la cultura.

38. Los Estados también han señalado que las personas desarrollan y crean las EF/ECT y que los derechos que les han sido conferidos en el marco del derecho de autor y otros derechos de P.I. deberían quedar reconocidos. Algunos sostienen que reconocer esos derechos es fundamental para alentar y promover la creatividad basada en la tradición.

a) Sin embargo, se plantea la cuestión de si debería someterse a algún tipo de regulación la actividad de las personas que crean obras derivadas inspirándose en la tradición o el material cultural o adaptándolos, en particular cuando dichas personas no están relacionadas con las tradiciones o el material en cuestión.

b) Por lo general, en las Disposiciones Tipo de 1982, en la Ley Tipo de Túnez de 1976, el Acuerdo de Bangui, revisado en 1999 y en otros sistemas *sui generis* y legislaciones nacionales, no figuran esas restricciones. Por ejemplo, en las Disposiciones Tipo de 1982, no figuran derechos de adaptación, sino que se prevé una amplia excepción por la “toma de expresiones del folclore” para fines de creación. Un enfoque posible, incorporado en el Marco Regional para el Pacífico, consiste en imponer a los creadores externos ciertas obligaciones para con la comunidad correspondiente (por ejemplo, reconocer la comunidad o participar en los beneficios de la explotación del derecho de autor o alguna forma de derecho moral sobre las tradiciones preexistentes utilizadas). Este enfoque colma la brecha de las Disposiciones Tipo de 1982 con respecto a la adaptación del folclore y la creación de obras derivadas.

Sexta serie de preguntas: Titularidad de los derechos

¿Quién es el titular y quién ejerce los derechos?

El país/Estado en su conjunto

Las comunidades indígenas u otras comunidades locales

Cada uno de los creadores (artistas, compositores, artistas intérpretes o ejecutantes, artesanos, etcétera)

Otros (sírvase precisar)

En los casos en que se reconoce a cada uno de los creadores como titular de los derechos sobre la creación basada en la tradición:

No se imponen obligaciones hacia la comunidad de origen

Se imponen obligaciones hacia la comunidad de origen

Otros casos (sírvase indicar)

Sexta serie de preguntas: Titularidad de los derechos [continuación]

39. En algunos casos, dos o más comunidades de un mismo país pueden ser titulares de derechos que se superponen respecto de las mismas ECT o ECT muy similares. ¿Cómo se resolverían las reivindicaciones respecto de las mismas ECT o ECT similares? A este respecto los legisladores podrían establecer la titularidad conjunta de los derechos o podrán prever que las comunidades, en forma independiente, soliciten (suponiendo que sea necesaria alguna forma de solicitud, véase más adelante) derechos respecto de las mismas ECT o ECT similares, de las que serán titulares. Una solución posible a este problema es conferir los derechos al Estado o a un órgano creado por ley.

Sexta serie de preguntas: Titular de los derechos [continuación]

En los casos en que más de una comunidad en un mismo país pueda reivindicar las mismas ECT, la solución será:

- La titularidad conjunta de los derechos
- La titularidad independiente de los derechos sobre las mismas ECT
- Conferir los derechos a un órgano gubernamental
- Otra (sírvese indicar)

Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO para leyes nacionales de 1982

En 1982, con los auspicios de la OMPI y de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) se adoptaron las Disposiciones Tipo para las leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas (las Disposiciones Tipo de 1982) que establecen dos categorías principales de actos contra los que se protege a las ECT, a saber “la explotación ilícita” y “otras acciones lesivas”. Las Disposiciones Tipo han influido en la legislación nacional de muchos países. Varios Estados y otras partes interesadas han sugerido que sería necesario perfeccionarlas y actualizarlas.

En 2001, la OMPI publicó un cuestionario sobre las experiencias nacionales en la aplicación de las Disposiciones Tipo; se recibieron 66 respuestas al cuestionario (que está disponible en <http://www.wipo.int/tk/es/questionnaires/ic-2-7/index.html>). Asimismo, en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10 figura un informe completo en el que se resumen y analizan las respuestas.

Séptima pregunta: Derechos

40. En actividades anteriores de la OMPI se informó sobre varios ejemplos de tipos de apropiaciones de expresiones culturales contra las cuales las comunidades indígenas y locales y otros custodios y titulares de las mismas desean protección, como por ejemplo:

- i) la adaptación, reproducción y posterior comercialización no autorizada de ECT, sin la consiguiente participación en los beneficios económicos;
- ii) la utilización de ECT de manera insultante, degradante o culturalmente ofensiva;
- iii) la apropiación de la reputación o el carácter distintivo de las ECT de tal manera que evoque un producto tradicional auténtico, recurriendo a indicaciones falsas o que induzcan a confusión respecto de la autenticidad o el origen, o la adopción de sus métodos de fabricación y “estilo”; y,
- iv) la no mención de la fuente de una creación o innovación basada en la tradición.

41. Estas cuestiones demuestran que la protección de las ECT puede referirse a la protección de: i) las expresiones propiamente dichas; o ii) la reputación o el carácter distintivo asociado a las mismas; o iii) su método de fabricación (por ejemplo, en el caso de la artesanía). Por consiguiente, la protección de las ECT guarda relación con todas las ramas y formas de propiedad intelectual, ya sea el derecho de autor, los derechos conexos, las marcas registradas, los diseños industriales, las patentes o la competencia desleal.

42. La protección de las ECT ha planteado varios desafíos jurídicos, culturales y políticos que giran en torno al derecho de adaptación dentro del sistema del derecho de autor, ya que las ECT rara vez se reproducen, y más bien sirven de fuente de adaptación o inspiración. ¿Se puede conceder un derecho exclusivo de adaptación sobre las ECT? En las Disposiciones Tipo de 1982 no se contempla ese derecho, pero sí una amplia excepción de “préstamo”. Por otra parte, en el Marco Regional del Pacífico elaborado para los países insulares del Pacífico Sur se aborda esta cuestión de manera diferente (véase el recuadro “Tendencias y experiencias I”).

Séptima pregunta: Derechos

¿Qué derechos deben concederse a las ECT protegidas?

Naturaleza de los derechos

- Derechos exclusivos
- Derecho a la remuneración (licencias obligatorias)
- Otros (sírvase precisar)

Obras literarias y artísticas tradicionales

- Reproducción
- Interpretación o ejecución pública
- Distribución
- Adaptación
- Recitación pública
- Comunicación al público
- Importación
- Derechos morales (a reivindicar la autoría y la integridad de una obra)
- Derecho a asignar y conceder licencias

Séptima pregunta: Derechos [continuación]

Tendencias y experiencias I

La Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas (IACA) de 1990 de los EE.UU. protege a los artesanos norteamericanos autóctonos, asegurándoles la autenticidad de sus productos artesanales en virtud de la autoridad de una Junta de Artes y Oficios Indígenas. La IACA, una ley que propicia la transparencia en las transacciones comerciales, impide la comercialización con la mención “*Indian made*” cuando los productos no hayan sido realizados por norteamericanos autóctonos, según los define la Ley.

Séptima pregunta: Derechos [continuación]

Otros (sírvese precisar)

Artesanía

Uso no autorizado (fabricación, utilización, oferta para la venta, venta e importación)

Uso no autorizado de procesos tradicionales para fabricar artesanía

Otros (sírvese precisar)

Obras, nombres, símbolos y signos distintivos tradicionales

Impedir su registro como marcas registradas

Otros (sírvese precisar)

Séptima pregunta: Derechos [continuación]

General

Reconocimiento de la fuente

Impedir los usos insultantes, despectivos, y cultural y espiritualmente ofensivos

Impedir las reivindicaciones falsas o que induzcan a error respecto de la autenticidad y el origen

Impedir la imitación del “estilo”

Otros (sírvese precisar)

Octava pregunta: Excepciones y limitaciones

43. Las excepciones y limitaciones también son importantes. Las excepciones y limitaciones que derivan del derecho de autor pueden ser apropiadas en función del alcance que tengan las obras literarias y artísticas tradicionales. El reconocimiento de la libertad artística y los préstamos culturales que existen desde tiempos inmemoriales y que enriquecen la diversidad cultural, implican que el derecho de autor apoya la idea de que los nuevos artistas se inspiren en las obras de otros autores, y se recompense la improvisación y la adaptación.

44. Por otra parte, hay quienes argumentan que determinadas excepciones derivadas del derecho de autor no son adecuadas para las producciones indígenas y tradicionales, como por ejemplo, la excepción relativa a las obras permanentemente expuestas en público que pueden reproducirse sin consentimiento.

45. Los sistemas *sui generis* vigentes también han creado otras excepciones. Por ejemplo, los usos consuetudinarios y tradicionales generalmente no se ven afectados por la nueva protección. En determinados casos, algunos eximen específicamente de sus disposiciones a los grupos de danza folclórica y a los pequeños artesanos no indígenas.

Octava pregunta: Excepciones y limitaciones

¿Qué excepciones y limitaciones correspondería aplicar?

- Usos consuetudinarios y tradicionales
- Usos educativos
- Críticas y reseñas, información periodística o acontecimientos de actualidad, usos en procedimientos judiciales
- Usos accidentales
- Usos mediante la ilustración
- “Préstamos” para la creación de una obra original
- Usos no comerciales
- Usos por grupos de danza folclórica
- Usos por artesanos no indígenas o no tradicionales
- Usos por entidades públicas
- Usos por nacionales (en contraposición a no nacionales)

Novena serie de preguntas:

Adquisición de derechos (procedimientos y formalidades, de haberlos, para la adquisición y el mantenimiento de los derechos conferidos)

Tendencias y experiencias II

Conforme al Marco Regional del Pacífico para la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales de 2002, “los titulares de conocimientos tradicionales” tienen el derecho a autorizar o impedir, entre otras cosas, la adaptación, la transformación y la modificación de las ECT protegidas. Para realizar nuevas obras derivadas (las obras basadas en una ECT) los usuarios externos deben contar con el consentimiento correspondiente. Todo derecho de propiedad intelectual concedido sobre obras derivadas se confiere al autor de la obra. No obstante, si la obra se utiliza con fines comerciales, el titular de los derechos deberá compartir los beneficios con los titulares de los conocimientos tradicionales, reconocer la fuente de la ECT y respetar los derechos morales sobre la misma.

En el documento WIPO/GRTKF/IC/4/INF/2 (disponible en inglés y francés), figura una copia del Marco Regional del Pacífico e información adicional sobre el mismo.

46. Una opción podría ser la ausencia total de formalidades. En ese caso, la protección estaría disponible desde el momento en que se creara la ECT en cuestión, de forma similar a como ocurre con el derecho de autor.

47. Una segunda opción consistiría en exigir alguna forma de registro. En ese caso, la solicitud podría estar sujeta a un examen formal o sustantivo. Un sistema de registro podría tener una función meramente declaratoria, en cuyo caso, la prueba del registro se utilizaría para confirmar una reivindicación de titularidad, o generaría derechos. La elección depende del tipo de expresión de folclore de que se trate. La ausencia de formalidades podría ser más apropiada para las producciones literarias y artísticas, siguiendo los principios del derecho de autor, que para la artesanía o los signos distintivos, siguiendo los principios de la propiedad industrial.

Novena serie de preguntas:

Adquisición de derechos (procedimientos y formalidades, de haberlos, para la adquisición y el mantenimiento de los derechos conferidos)

¿Cómo se adquieren los derechos?

Sin formalidades, la protección es automática

Registro

Novena serie de preguntas: [continuación]

Registro y catalogación de las expresiones culturales

48. Varios Estados han exigido la catalogación de las expresiones del folclore y el establecimiento de inventarios, bases de datos y listas. En algunos casos, parece que estos llamamientos se hacen básicamente en el contexto de programas para la preservación del folclore y el patrimonio cultural. La catalogación se refiere en parte al requisito de fijación en el derecho de autor (véase el debate anterior) y a la cuestión respecto a si el registro debería protegerse (véase el debate anterior).

49. Los programas de patrimonio cultural a nivel internacional, regional y nacional suelen establecer registros, listas e inventarios de patrimonio cultural tangible e intangible, en tanto que instrumentos útiles de identificación, fomento y salvaguardia. Por ejemplo, el Brasil ha creado un Registro de Patrimonio Inmaterial, y la UNESCO ha adoptado recientemente la Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, que prevé la creación de inventarios y listas en el ámbito nacional e internacional.

50. No obstante, no queda claro en qué medida la catalogación de las ECT y el establecimiento de registros, listas e inventarios podría desempeñar una función en relación con la protección por propiedad intelectual de las ECT.

51. Como ya se ha señalado, las expresiones del folclore suelen ser intangibles y se mantienen oralmente. Este es uno de los motivos por los cuales se critica el requisito de fijación para la protección por derecho de autor, y por el cual la mayoría de los sistemas *sui generis* no requieren la fijación. Las ECT también están “vivas”, y se adaptan y recrean constantemente. El requisito de alguna forma de catalogación o registro previo parece contradecirse con la naturaleza oral, intangible y “viva” de muchas ECT.

52. El sistema de derecho de autor, cuyos principios y formas de protección guardan mayor relación con las ECT/EF, no permite la imposición de ninguna formalidad y otorga protección automática en el momento de la creación de una obra. No existe examen previo, como en el caso de la propiedad industrial. Por consiguiente, los motivos que pueden sustentar la catalogación de los conocimientos tradicionales técnicos para rechazar reivindicaciones de novedad y actividad inventiva a los fines del examen de patentes, no son aplicables al material cultural y de derecho de autor.

53. Como ya se ha señalado en el presente documento, en proyectos anteriores de las Disposiciones Tipo de 1982 se contemplaba un sistema de registro para el folclore, aunque más tarde se suprimió por considerar que el registro y la catalogación guardan mayor relación con la preservación, que con la protección por propiedad intelectual. En la Ley Tipo de Túnez de 1976 se descarta toda posibilidad de exigir la fijación para una obra del folclore. Quienes la redactaron consideraron que la naturaleza misma de las obras del folclore suele ser oral y nunca registrada, y que exigir su fijación para gozar de protección pone en peligro esa protección, e incluso, en la Ley Tipo se observa que se corre el peligro de que el derecho de autor vaya a parar a quienes fijan las obras. Las Disposiciones Tipo de 1982, la Ley de Panamá (aunque cuenta con un requisito de registro, se trata de una cuestión diferente), el Acuerdo Bangui y el Marco Regional del Pacífico no contemplan la fijación como requisito.

54. Aparte de los inmensos costos que conllevan la catalogación y el registro de las ECT, el derecho de autor que se puede conferir a la catalogación y al registro: i) no se puede conceder a las comunidades propiamente dichas (a menos que se trate de los autores o que sean cesionarias de los derechos) y ii) en cualquier caso, abarca sólo las formas de manifestación de las ECT y no los valores, significados y otras “ideas” que connotan las ECT. Por otra parte, la catalogación y el registro de las ECT, particularmente si se ponen a disposición en formato digital, facilita su acceso y su disponibilidad, lo cual podría menoscabar los esfuerzos de las comunidades por protegerlas.

55. Evidentemente, la catalogación desempeña una función importante en las estrategias de salvaguardia del patrimonio cultural y de las culturas tradicionales, y podría examinarse más a fondo la posibilidad de utilizar los inventarios y las listas de patrimonio cultural a los fines de la propiedad intelectual, por ejemplo, para identificar a los titulares de los conocimientos tradicionales y las normas consuetudinarias aplicables.

56. Asimismo, existen otros ámbitos que merece la pena analizar con objeto de potenciar el valor de la catalogación y el registro de las ECT, en tanto que estrategia de protección positiva, a saber, la utilización de instrumentos de gestión de programas informáticos y derechos digitales, y la evolución de la protección disponible para colecciones y bases de datos.

Novena serie de preguntas: [continuación]

Registro y catalogación de las expresiones culturales

¿Qué necesidades, objetivos o estrategias cumple o presenta la catalogación?

- Preservación del patrimonio cultural
- Fomento del acceso público al patrimonio cultural
- Fines educativos
- Obtención de información sobre expresiones culturales (lista, inventario)
- Protección preventiva por propiedad intelectual (por ejemplo, un registro de expresiones sagradas)
- Otros (sírvese precisar)

Décima pregunta: Duración de la protección

Tendencias y experiencias III

En Panamá, el Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas para la Protección y Defensa de su Identidad Cultural y sus Conocimientos Tradicionales, de 2000, establece un sistema de registro para la ECT. En el seno de la oficina nacional de propiedad intelectual, se ha creado una oficina especial para aprobar las solicitudes y mantener el registro. La tramitación de la oficina de propiedad intelectual no exige los servicios de un abogado ni el pago de tasas de solicitud.

En el documento WIPO/GRTKF/IC/4/INF 4 (español) figura una copia de la ley e información adicional sobre la misma.

57. Una de las inquietudes que suelen expresar los pueblos indígenas y otras comunidades culturales es que los plazos que establecen el derecho de autor y otras formas de propiedad intelectual son inadecuados para las ECT. Por consiguiente, una posibilidad consistiría en otorgar una protección indefinida.

58. Por otra parte, la protección podría limitarse a la vida de la comunidad de origen pertinente, en lugar de vincularla a la vida de un “autor”. Otra posibilidad podría consistir en poner un énfasis similar al de las marcas registradas en el uso continuo, o establecer un requisito en virtud del cual la comunidad de origen continúe obteniendo beneficios de las ECT; la protección caducaría una vez que la ECT quedara obsoleta o no cumpliera los criterios establecidos por ley, como el hecho de que identifique a una comunidad. Otra cuestión es si debe estipularse la renovación de la protección transcurrido un determinado plazo (como ocurre con las marcas registradas).

Tendencias y experiencias IV

No todas las ECT requieren necesariamente el mismo grado y tipo de protección. De hecho, algunas no deberían estar protegidas en absoluto, puesto que deberían perdurar como fuente de intercambio e inspiración cultural para el público en general. En algunos casos, la comunidad puede desear proteger únicamente la “autenticidad” de sus productos culturales genuinos. En este caso, las marcas registradas, especialmente las marcas de certificación, pueden desempeñar una función importante, al igual que la legislación sobre competencia desleal. Las marcas de certificación han sido registradas por pueblos indígenas en Australia y Nueva Zelandia para salvaguardar la autenticidad y la calidad de los productos genuinos realizados por indígenas. Véase asimismo el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3, párrafos 164 a 170.

Décima pregunta: Duración de la protección

¿Cómo se pierden o caducan los derechos?

Protección de duración limitada

Protección indefinida

Protección vinculada a la vida de la comunidad o cultura que identifica las expresiones del folclore

Otros (sírvase precisar)

Undécima pregunta: Disposiciones transitorias

59. Todo país que adopte una ley o un régimen para la protección de las ECT debería promulgar una normas que regulen el uso de las ECT que hayan comenzado legalmente antes de la entrada en vigor de dicha ley o régimen.

60. Existen tres opciones básicas: i) retroactividad de la ley, lo cual se traduce en que esa utilización de las ECT también estaría sujeta a una autorización en virtud de esa nueva ley o régimen; ii) no retroactividad, lo que se traduce en que sólo las utilizaciones que hayan comenzado antes de la entrada en vigor de la ley o el régimen estarían ahí contempladas; y iii) una solución intermedia, en virtud de la cual las utilizaciones que estén sujetas a una autorización conforme a la ley o el régimen, pero que hubieran comenzado sin autorización antes de la entrada en vigor de esa legislación, deberían finalizar antes del vencimiento de un plazo determinado, si entretanto no se obtiene la autorización correspondiente del usuario.

Undécima pregunta: Disposiciones transitorias

¿Qué disposiciones transitorias son necesarias?

Retroactividad

No retroactividad

Plazo de gracia (solución intermedia)

Otros (sírvase precisar)

Duodécima pregunta: *Protección internacional*

61. Muchos Estados, comunidades y otros sectores han destacado la importancia de establecer un sistema internacional de protección de las ECT.
62. En la actualidad, el Artículo 15.4) del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1971 prevé un mecanismo de protección internacional de obras no publicadas y anónimas. Como ya se ha mencionado, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996 contempla la protección de las interpretaciones o ejecuciones de las “expresiones del folclore”.
63. Una ley nacional permitiría proteger las ECT que provengan de otro país, ya sea previendo reciprocidad, o basándose en tratados internacionales, especialmente en el trato nacional. En este sentido, viene al caso la protección de expresiones culturales iguales o similares de países vecinos (el denominado “folclore regional”).
64. El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore continúa debatiendo en torno a la conveniencia de establecer un sistema internacional a ese respecto, y de hacerlo, decidir la forma que éste adoptaría. Véase asimismo el documento WIPO/GRTKF/IC/6/6.

Duodécima pregunta: *Protección internacional*

III. ADMINISTRACIÓN Y USO EFICAZ DE LOS DERECHOS

Decimotercera pregunta

65. Para administrar y velar por el cumplimiento de toda ley es necesario contar con sistemas eficaces y rentables. Una de las dificultades con las que tropiezan los países al establecer sistemas de protección de las ECT es la eficacia de su puesta en práctica. En las Disposiciones Tipo de 1982 se propone la creación de una “autoridad competente” o una “autoridad supervisora” que se ocupe de realizar determinadas tareas. También podría asignarse una función a las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor, ya se trate de sociedades nuevas o de las ya existentes. También podría ser conveniente asignar una función específica a un organismo gubernamental que controle y persiga las infracciones.

66. En 2001, la Secretaría de la OMPI publicó un amplio cuestionario para comparar la experiencia práctica de diferentes países con la aplicación de los sistemas vigentes de protección de las ECT. Respondieron 66 Estados, y tanto los resultados del cuestionario, como todas las respuestas recibidas han sido publicados¹.

67. De las respuestas al cuestionario se desprende, entre otras cosas, que cuando se trata de la puesta en práctica, incluso tratándose de países que contemplan una protección jurídica específica de las ECT, son pocos los países en los que esas disposiciones se utilizan cotidianamente o son eficaces en la práctica. Parece contarse con poca experiencia práctica en la aplicación de los sistemas y medidas existentes que los países han establecido en sus legislaciones. Los distintos Estados citaron varias dificultades jurídicas, conceptuales, de infraestructura y operativas a las que se enfrentan al poner en práctica disposiciones legislativas viables y eficaces a nivel nacional. Los Estados han solicitado una mayor cooperación jurídica y técnica a ese respecto.

68. Se han realizado varias propuestas para mejorar la puesta en práctica eficaz de la protección de las ECT. Entre ellas figuran las siguientes:

- a) aumentar la toma de conciencia y promover programas de capacitación dirigidos a funcionarios gubernamentales y al público, especialmente las comunidades;
- b) reducir las tasas de registro y renovación (derecho de propiedad industrial);
- c) celebrar consultas nacionales y locales;
- d) establecer coordinadores nacionales;
- e) crear vínculos operativos entre las oficinas de propiedad intelectual y las instituciones, los museos y los archivos de patrimonio cultural;
- f) utilizar el mecanismo de solución alternativa de controversias (ADR).

¹ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10.

Decimotercera pregunta

¿Cómo se administran los derechos y se vela por su cumplimiento?

Establecimiento de una autoridad gubernamental

Utilización de las autoridades y sociedades de gestión colectiva existentes

Otros (sírvase precisar)

[Siguen las lecturas recomendadas]

Lecturas recomendadas

Ficsor, M., “*Attempts to Provide International Protection for Folklore by Intellectual Property Rights*”, ponencia presentada en el Foro Mundial OMPI-UNESCO sobre la Protección del Folclore, celebrado del 8 al 10 de abril de 1997 en Phuket (Tailandia).

Janke, T., “Cuidar la cultura: estudios de casos sobre propiedad intelectual y expresiones culturales tradicionales”, preparado para la OMPI.

Kutty, P. V., “*National Experiences with the Protection of Expressions of Folklore/Traditional Cultural Expressions: India, Indonesia and the Philippines*”, preparado para la OMPI.

Foro Internacional OMPI-UNESCO sobre la Protección del Folclore, celebrado en Phuket (Tailandia), publicación de la OMPI 758 (E/F/S).

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)”, publicación de la OMPI 768 (E/F/S).

Resoluciones/Recomendaciones de la OMPI-UNESCO relativas a consultas sobre folclore regional, 1999 – documentos WIPO UNESCO/FOLK/AFR/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1; WIPOUNESCO/FOLK/ARAB /99/1; WIPO UNESCO/FOLK/LAC/99/1.

“Los conocimientos tradicionales y la necesidad de otorgarles una protección de propiedad intelectual adecuada”, documento presentado por el Grupo de Países de América Latina y el Caribe (documento OMPI/GRTKF/IC/1/5).

Comunidad Europea y sus Estados miembros “Expresiones del folclore” (documento WIPO/GRTKF/IC/3/11).

“Situación actual de la protección y la legislación del folclore nacional en China”, presentado por la Delegación de China (documento WIPO/GRTKF/IC/3/14).

“Cuestionario sobre experiencias nacionales en la protección jurídica de las expresiones del folclore”, preparado por la Secretaría de la OMPI (documento OMPI/GRTKF/IC/2/7).

“Informe final sobre las experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore”, preparado por la Secretaría de la OMPI (documento WIPO/GRTKF/IC/3/10).

“Presentación de experiencias nacionales con sistemas normativos de protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales (las expresiones del folclore)”, preparado por la Secretaría de la OMPI (documento WIPO/GRTKF/IC/4/INF 2 a 5 Add.).

“Análisis consolidado de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales”, preparado por la Secretaría de la OMPI (documento WIPO/GRTKF/IC/5/3).

“Resumen comparativo de la legislación *sui generis* para la protección de las expresiones culturales tradicionales”, preparado por la Secretaría de la OMPI (documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF 3).

“Actualización del informe sobre la cooperación técnica en materia de protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales”, preparado por la Secretaría de la OMPI (documento WIPO/GRTKF/IC/5/4).

“Las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: opciones políticas y jurídicas”, preparado por la Secretaría de la OMPI (documento WIPO/GRTKF/IC/6/3).

[Fin del Anexo y del documento]