

## ANEXO II

## INFORMACIÓN SOBRE LOS ANTECEDENTES Y EXAMEN DEL PROYECTO DE OBJETIVOS POLÍTICOS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

1. En el presente Anexo figuran los antecedentes del proyecto sugerido de objetivos políticos y principios fundamentales y se señalan los orígenes de ese material en el marco de la labor del Comité y los debates conexos. Su propósito es ilustrar que los objetivos políticos y principios fundamentales que constituyen el proyecto están firmemente establecidos tanto en las legislaciones nacionales como en los debates del ámbito internacional. Se basan en un conjunto variado de enfoques políticos y jurídicos de protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore (ECT/EF) que ya han sido utilizados en varios países.
2. Si el Comité así lo decide, ese proyecto de material podrá utilizarse como punto de partida para abordar la dimensión internacional de las normas, disciplinas, directrices o prácticas óptimas que rijan la protección de las ECT/EF. Pueden formar una base para elaborar un producto concreto de protección de las ECT/EF, que podrá ser un instrumento internacional, o más de uno reconocido como vinculante o que ejerzan influencia pero sin ser considerado como derecho internacional vinculante. En consecuencia, estos principios se refieren únicamente al fondo y no a la forma de la protección de las ECT/EF en el plano internacional. La condición jurídica que podrá adoptar en el futuro ese contenido de fondo surgirá de debates posteriores y será promovida por el consenso acerca del contenido de fondo.

## I. OBJETIVOS POLÍTICOS

3. La protección de las ECT/EF no debería constituir un fin en sí misma, sino un instrumento para lograr las metas y aspiraciones de los pueblos y las comunidades pertinentes y para promover los objetivos políticos nacionales e internacionales. La forma de plasmar y definir un sistema de protección dependerá en gran medida de los objetivos que se prevé alcanzar. Por lo tanto, un primer paso del desarrollo de cualquier régimen o enfoque de protección de las ECT/EF consiste en determinar los objetivos políticos pertinentes.
4. El Comité decidió que esos objetivos se formularan de manera específica; los siguientes objetivos sugeridos se basan en ponencias y declaraciones que han sido presentadas al Comité y en los textos jurídicos pertinentes<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Egipto (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 34), Rumania (WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 176), Brasil (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 69), India (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 48), EE.UU. (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 76), Ley Tipo de Túnez de 1976; Disposiciones Tipo de 1982; Marco Regional del Pacífico de 2002; Ley de Panamá de 2000; Ley del Perú de 2002; GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 3), República Islámica del Irán (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 30 y WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 168), Madagascar (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 54), Panamá (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 170), Rumania (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 176), Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/6/12), Japón (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 70), Noruega (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 33), Egipto (WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 167), Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/3/11), Nueva Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 41), Egipto (WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 167), Ecuador (WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 166), México (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 74),

La protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore debe tender a:

*[Reconocer el valor]*

i) reconocer el valor intrínseco de las culturas tradicionales y el folclore, en particular, su valor social, cultural, espiritual, económico, intelectual, comercial y educativo, y admitir que las culturas tradicionales constituyen marcos diversos de innovación y creatividad permanentes que benefician a toda la humanidad;

*[Promover el respeto]*

ii) promover el respeto de las culturas tradicionales y el folclore, así como de la dignidad, la integridad cultural y los valores intelectuales y espirituales de los pueblos y comunidades que preservan y mantienen las expresiones de esas culturas y del folclore;

*[Responder a las verdaderas necesidades de las comunidades]*

iii) adecuarse a las aspiraciones y expectativas expresadas directamente por los pueblos indígenas y por las comunidades tradicionales y culturales, y contribuir al bienestar y al desarrollo económico, cultural y social duraderos de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales;

*[Potenciar a las comunidades]*

iv) inspirarse en la protección concedida a las creaciones e innovaciones del intelecto de una manera equilibrada y equitativa para que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, y demás comunidades culturales, puedan realmente ejercer la autoridad que les corresponde sobre sus propias ECT/EF, en particular mediante los debidos derechos morales y patrimoniales apropiados si así lo desearan;

*[Apoyar las prácticas consuetudinarias]*

v) respetar y facilitar la transmisión, el intercambio, el desarrollo y el uso ininterrumpido y consuetudinario de las ECT/EF por estas comunidades, tanto en su interior como entre ellas;

---

[Continuación de la nota de la página anterior]

UNESCO Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003, Acuerdo de Bangui, de la OAPI, revisado en 1999, Ley de Derecho de Autor de Indonesia, de 2002, Preámbulo; Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas, de 1990 (EE.UU.).

*[Contribuir a la salvaguardia de las culturas tradicionales]*

vi) contribuir a la preservación y la salvaguardia de las ECT/EF y los medios consuetudinarios de desarrollo, preservación y transmisión de las mismas, y promover la conservación, la aplicación y un uso más difundido de las ECT/EF que redunde directamente en beneficio de los pueblos indígenas y de las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, así como de la humanidad en general;

*[Respetar los acuerdos y procesos internacionales pertinentes y cooperar en este ámbito]*

vii) reconocer otros instrumentos y procesos internacionales y regionales y actuar en consonancia con ellos;

*[Promover la innovación y la creatividad en las comunidades]*

viii) fomentar, recompensar y proteger la creatividad y la innovación auténticas y basadas en las tradiciones, particularmente cuando así lo deseen los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y culturales, así como sus miembros;

*[Promover el intercambio intelectual y cultural]*

ix) promover, cuando proceda, el acceso a las ECT/EF y una mayor difusión de las mismas en condiciones justas y equitativas para los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y culturales, en interés del público en general y como medio de alcanzar el desarrollo sostenible;

*[Contribuir a la diversidad cultural]*

x) contribuir a la promoción y la protección de la diversidad de contenidos culturales y de expresiones artísticas;

*[Promover el desarrollo de las comunidades y las actividades comerciales legítimas]*

xi) fomentar el uso de las ECT/EF para el desarrollo de las comunidades, reconociéndolas como un activo colectivo de las comunidades que se identifican con ellas; y promover la creación y la ampliación de oportunidades comerciales para las ECT/EF auténticas, particularmente las artes y los oficios tradicionales;

*[Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual sin validez legal]*

xii) restringir la concesión, el registro, el ejercicio y la observancia de derechos de propiedad intelectual sin validez legal adquiridos sobre las ECT/EF y las obras derivadas de las mismas por partes no autorizadas;

*[Aumentar la seguridad, la transparencia y la confianza mutua]*

xiii) aumentar la seguridad, la transparencia y la comprensión y el respeto en las relaciones entre los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y culturales, por un lado, y los miembros de los círculos académicos, comerciales, educativos y demás usuarios de las ECT/EF, por otro; y

*[Complementar la protección de los conocimientos tradicionales]*

xiv) aplicarse en consonancia con la protección de los conocimientos tradicionales, respetando el hecho de que para muchas comunidades, los conocimientos y las expresiones culturales son una parte indisoluble de su identidad cultural global.

## II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

### II.1 Principios rectores generales

5. Los principios rectores generales servirán para que el efecto de los principios específicos de protección sea equitativo, equilibrado, eficaz y coherente y promueva de manera apropiada los objetivos políticos expuestos anteriormente. Los principios rectores sugeridos se exponen a continuación en tres niveles de detalle: una simple referencia al principio general, una descripción del principio rector con ejemplos ilustrativos y un breve resumen del mismo.

#### Receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades

En los debates mantenidos en la OMPI y en otros ámbitos se ha destacado que las comunidades indígenas, tradicionales y otras comunidades culturales deberían intervenir directamente en la toma de decisiones acerca de la protección, utilización y explotación comercial de sus ECT/EF, valiéndose en la medida de lo posible, de procesos de toma de decisiones y normas que responden a la costumbre<sup>2</sup>. Nueva Zelanda ha señalado que

<sup>2</sup> Véanse las declaraciones de la ARIPO (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 114), la Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/3/16, pág. 5), Brasil (WIPO/GRTKF/IC/2/14, Anexo, párr. 15), Colombia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 145), México (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 97), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 147), el Consejo Saami (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 76), GRAIN (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 78), la Universidad de las Naciones Unidas (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 103), el GRULAC (párr. 12, WIPO/GRTKF/IC/4/15), Red de Biodiversidad de los Pueblos Indígenas (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 160), *Mejlis* del Pueblo de los Tártaros de Crimea (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 162). Véase también WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 87; WIPO/GRTKF/IC/2/16, párrafos 75, 91, 117; Ponencia del Grupo Asiático y de China (WIPO/GRTKF/IC/2/10), Consulta Regional africana OMPI-UNESCO sobre protección de las expresiones del folclore, Pretoria, 23 a 25 de marzo de 1999 (WIPO-UNESCO/Folk/AFR/99/1) párr. 3; véase *OMPI, Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de los conocimientos tradicionales: Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales* (1998-1999) pp. 80, 128 y 142; WIPO/GRTKF/IC/2/26, párr. 152; WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 186; Nueva Zelanda (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 41).

conseguir las metas y las aspiraciones de las comunidades y pueblos pertinentes debería constituir un “fin principal” de la protección de las ECT/EF<sup>3</sup>.

6. Este principio puede referirse, entre otras cosas, a:

a) en la medida de lo posible, reconocer y aplicar normas indígenas y consuetudinarias a los sistemas de protección de las ECT/EF<sup>4</sup>;

b) tener plenamente en cuenta las necesidades y expectativas relacionadas con la P.I. de esas comunidades. Entre ellas:

i) utilizar en forma complementaria las medidas de protección “positiva” o “preventiva”, descritas en documentos anteriores<sup>5</sup>;

ii) abordar los aspectos culturales y económicos del desarrollo, teniendo en cuenta que muchas ECT/EF no son creadas, desarrolladas ni interpretadas con fines comerciales, sino por su importancia como vehículos de expresión religiosa y cultural;

iii) habida cuenta de la naturaleza cultural y espiritual de las ECT/EF, esforzarse por impedir los usos insultantes, despectivos y ofensivos, desde el punto de vista cultural y espiritual, en particular de las ECT sagradas;

c) promover la plena y efectiva participación de las comunidades en las consultas internacionales, regionales y nacionales y en el desarrollo del derecho y las políticas; y

d) reconocer que las comunidades indígenas, tradicionales y culturales suelen considerar que las expresiones de las culturas tradicionales son inseparables de los sistemas de conocimientos tradicionales (CC.TT.) y que los sistemas de protección jurídica de las ECT/EF y los CC.TT. deberían ser complementarios y darse mutuo respaldo<sup>6</sup>.

*Principio de receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades*

En la protección deben reflejarse las aspiraciones y expectativas de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales; en particular, deben reconocerse y respetarse en lo posible las leyes y protocolos indígenas y consuetudinarios, promoverse el uso complementario de la protección positiva y preventiva, abordarse los aspectos culturales y económicos del desarrollo, tomarse medidas contra los actos insultantes, injuriosos y ofensivos, permitirse la participación plena y efectiva de estas comunidades, y reconocerse el carácter inseparable que tienen los conocimientos tradicionales y las ECT/EF para muchas comunidades. Debe considerarse que las medidas de protección jurídica de las

<sup>3</sup> WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 41.

<sup>4</sup> Véanse, entre otras cosas, las ponencias del Grupo Asiático (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 22), y del Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/3/15).

<sup>5</sup> Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párrafos 73 y 188), República Islámica del Irán (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 86), India (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párrafos 48 y 197), GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 189), Egipto (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 196). Véase WIPO/GRTKF/IC/6/3, párr. 115.

<sup>6</sup> Por ejemplo, véase la opinión de la India (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 197) y otras.

ECT/EF son facultativas para los pueblos indígenas y demás comunidades que siempre tendrán derecho a basarse de manera parcial o exclusiva en sus propias formas consuetudinarias y tradicionales de protección contra el acceso no autorizado a sus ECT/EF o su uso indebido.

### Equilibrio y proporcionalidad

7. Forman parte de este debate distintas partes interesadas, intereses públicos y de las comunidades, mecanismos jurídicos y procesos políticos; por ello, la necesidad de equilibrio y proporcionalidad ha sido destacada a menudo en las actividades de la OMPI en esta esfera. Por ejemplo, las partes interesadas se han referido a la necesidad de equilibrio entre:

- a) los intereses de las comunidades titulares del folclore, los usuarios de expresiones del folclore y la sociedad en general<sup>7</sup>
- b) la preservación, fomento y protección de las ECT/EF<sup>8</sup>;
- c) el equilibrio entre la protección y los desafíos de la multiplicidad y la diversidad cultural, en particular en las sociedades en las que hay comunidades indígenas y de inmigrantes<sup>9</sup>;
- d) mantener las tradiciones y el respeto hacia sus valores culturales y espirituales y alentar el desarrollo, la creación y la innovación<sup>10</sup>;
- e) la protección de las ECT/EF y el fomento de la creatividad individual inspirada por ellas<sup>11</sup>;
- f) la protección y el acceso a las ECT/EF<sup>12</sup>;
- g) protección, por una parte, y libertad artística, distribución de los conocimientos y de la cultura y libertad de expresión, por la otra<sup>13</sup>;
- h) protección y mantenimiento de un dominio público vibrante y pluricultural<sup>14</sup>;

<sup>7</sup> Véase el Plan de Acción adoptado en el “Foro mundial sobre la protección de las expresiones del folclore”, en Phuket (Tailandia), en 1997; Canadá (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 39); Japón (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 70).

<sup>8</sup> Noruega (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 53).

<sup>9</sup> Por ejemplo, véanse las declaraciones del Canadá.

<sup>10</sup> Por ejemplo, China (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 32), Nigeria (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 43).

<sup>11</sup> Las Disposiciones Tipo de 1982 prevén una excepción respecto de la “toma de expresiones del folclore para fines de creación de una obra original de uno o varios autores”. Esta excepción se creó específicamente para permitir el desarrollo libre de la creatividad individual e inspirada por las expresiones culturales. Las Disposiciones Tipo de 1982 no entorpecerían en modo alguno la creación de obras originales basadas en expresiones culturales. Véanse también las respuestas al cuestionario de la OMPI sobre folclore, de 2001, recibidas de Canadá, China, Ecuador, Estados Unidos de América, Kirguistán, Malasia, México, República de Corea, Rumania y Suiza.

<sup>12</sup> Myanmar (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 200).

<sup>13</sup> Respuesta de los EE.UU. al cuestionario de la OMPI sobre folclore de 2001.

- i) protección/preservación y utilización/explotación de las ECT/EF<sup>15</sup>;
- j) protección de las expresiones culturales y protección y respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

*Principio de equilibrio y proporcionalidad*

En la protección debe reflejarse la necesidad de lograr un justo equilibrio entre los derechos y los intereses de quienes desarrollan, preservan y perpetúan las ECT/EF, por un lado, y de quienes las utilizan y disfrutan, por otro; la necesidad de reconciliar preocupaciones políticas diversas; y la necesidad de que las medidas concretas de protección sean proporcionales a los objetivos de la protección, las experiencias y necesidades reales, y al mantenimiento de un justo equilibrio de intereses.

Respeto de los instrumentos y procesos regionales e internacionales

8. Muchos participantes en el Comité han destacado que la labor de la OMPI debería coordinarse con la de otras organizaciones y procesos intergubernamentales<sup>16</sup>. Asimismo, se ha dicho que la labor de la OMPI debería guardar coherencia con los instrumentos jurídicos internacionales en vigor y debería respetar los mandatos de otros procesos internacionales. En lo relativo a las ECT/EF, ello incluye los convenios y convenciones pertinentes, los programas y procesos de la UNESCO relativos al patrimonio cultural, al derecho de autor, a la diversidad cultural y a la diversidad del contenido cultural y las expresiones artísticas, los de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos relativos a los derechos humanos en general y en particular al patrimonio de los pueblos indígenas, los de la Organización Internacional del Trabajo relativos, por ejemplo, a las industrias del ámbito cultural y al Convenio N.º 169 que trata de los pueblos y la artesanía indígenas y tribales, el Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas, la labor del Centro de Comercio Internacional (UNCTAD/OMC) sobre artes y oficios, la de la UNCTAD sobre industrias del ámbito creativo, la labor de la *Organisation arabe pour l'éducation, la culture et la science (ALESCO)*, y la de la Organización de Estados Americanos (OEA), relativa a la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas, así como un amplio espectro de actividades regionales del ámbito jurídico y político. Durante la tercera sesión del Foro Permanente (mayo de 2004), la OMPI convocó un grupo especial interinstitucional sobre la preservación,

[Continuación de la nota de la página anterior]

<sup>14</sup> Por ejemplo, las Comunidades Europeas y sus Estados miembros (WIPO/GRTKF/IC/3/11).

<sup>15</sup> Nigeria (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 43).

<sup>16</sup> Véanse las recomendaciones del Seminario Subregional sobre expresiones culturales tradicionales, realizado en Rabat (Marruecos) el 20 y 21 de mayo de 2003; Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/4/13, Anexo, pág. 8 y WIPO/GRTKF/IC/1/10, Anexo, pág. 6, propuesta 3.3.g)), Grupo Asiático (WIPO/GRTKF/IC/4/14, Anexo, pág. 4), Comunidades Europeas y sus Estados Miembros (WIPO/GRTKF/IC/3/16, pág. 5), GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 12), Brasil (WIPO/GRTKF/IC/2/14, Anexo, párr. 5), India (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 100), Níger (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 237), Suiza (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 224), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 122), Zambia (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 19), FAO (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 101), Consejo Saami (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 76), Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 104), INADEV (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 116), Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/6/14).

la promoción y la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales, presidido por un miembro del Foro Permanente.

*Principio de respeto de los instrumentos y procesos regionales e internacionales y de cooperación con los mismos*

Las ECT/EF deben ser protegidas de una forma tal que se guarde coherencia con los objetivos de otros instrumentos y procesos regionales e internacionales pertinentes, y sin menoscabar los derechos y obligaciones específicos ya establecidos en instrumentos jurídicos vinculantes. Estos principios no tienen por fin impedir que se elaboren otros instrumentos ni apropiarse la labor realizada en el marco de otros procesos que abordan el papel de las ECT/EF en otras esferas políticas.

Principio de flexibilidad y exhaustividad

9. Este principio se refiere a la necesidad de respetar el hecho de que una protección eficaz y apropiada puede lograrse mediante un amplio espectro de mecanismos jurídicos y que un enfoque de criterios demasiado limitados o rígidos podría cercenar la eficacia de la protección, entrar en conflicto con la legislación en vigor sobre protección de las ECT/EF, y dificultar las consultas necesarias con las partes interesadas y en particular con los titulares de las ECT. También, se refiere a la necesidad de basarse en un amplio espectro de mecanismos jurídicos para lograr el objetivo deseado, que es la protección. En particular, la experiencia ha demostrado que es más probable que se logre el objetivo de protección mediante una combinación de enfoques, de derechos exclusivos y no exclusivos, de nuevas medidas, y mediante la adaptación de los derechos de P.I. existentes. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/4 se describen en mayor detalle la flexibilidad y exhaustividad necesarias.

10. Los derechos exclusivos de propiedad sobre las ECT/EF y los mecanismos del ámbito de la P.I. en general deberían constituir un complemento de las medidas que no guardan relación con los derechos exclusivos ni con la propiedad intelectual, y estar cuidadosamente equilibrados y coordinados con ellos, para reflejar las características de las formas y los procesos tradicionales de creatividad, los intereses de las partes que intervienen, los usos y las prácticas consuetudinarios relacionados con dichas formas y procesos y las estructuras sociales de las comunidades, sus prácticas y esquemas de funcionamiento<sup>17</sup>. Los derechos exclusivos de propiedad privada sobre las ECT, aunque sus titulares sean las comunidades, podrían entrar en conflicto con las características de las formas y procesos tradicionales de creatividad y producir efectos secundarios imprevistos, como generar competencia entre las comunidades y dentro de ellas.

11. Las experiencias legislativas nacionales son ilustrativas: de los muchos países que ya han sancionado legislación específica para proteger las ECT/EF, sólo unos pocos prevén verdaderos derechos exclusivos de propiedad sobre las ECT/EF, antes bien, la mayoría tiende sólo a regular su explotación<sup>18</sup>. Además, si bien la Ley Tipo de Túnez de 1976 y las

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, Nueva Zelanda (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 41) y Consejo Saami (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 57).

<sup>18</sup> Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10 y véase también *Folklore*, de Lucas-Schloetter, en *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, compilado en 2004 por S. von Lewinski (Kluwer), pág. 291.



Disposiciones Tipo de 1982 parecen prever para las ECT/EF derechos exclusivos análogos al derecho de autor, en los resultados del cuestionario de la OMPI sobre ECT/EF ha quedado claramente demostrado que, mientras algunos países prevén protección jurídica específica para las expresiones del folclore (23, es decir, el 36% de los 64 países que respondieron al cuestionario), en la mayoría de los casos basándose en la Ley Tipo de Túnez y/o las Disposiciones Tipo de 1982, puede decirse que sólo en unos pocos países esas disposiciones se aplican activa y eficazmente. En su momento se señaló que “[d]esafortunadamente, no es posible identificar alguna razón para esto. Los Estados han citado toda una variedad de dificultades jurídicas, conceptuales, de infraestructura y otras dificultades de funcionamiento que éstos han experimentado al tratar de establecer y aplicar disposiciones legislativas viables y eficaces a nivel nacional. Las necesidades al respecto son muy diversas y no existen soluciones o enfoques únicos”<sup>19</sup>. Es posible que en parte este problema se deba al hecho de que en la práctica el enfoque de la Ley Tipo de Túnez y de las Disposiciones Tipo, basado en derechos exclusivos, haya resultado impracticable o indeseable. También se informó en ese momento que muchos Estados han sugerido modificaciones para las Disposiciones Tipo, y han señalado la necesidad de actualizarlas teniendo en cuenta los avances tecnológicos y las nuevas formas de explotación comercial que se produjeron desde comienzos del decenio de 1980<sup>20</sup>.

12. Así pues, los derechos de propiedad intelectual no son la única manera de proteger las ECT. Para lograr una protección exhaustiva podrá ser necesario aplicar una serie de elementos del ámbito de la propiedad privada y ajenos a ella; ello incluye algunos que no guarden relación con la propiedad intelectual. Entre los enfoques ajenos a la propiedad privada figuran las normas sobre competencia desleal, los regímenes de remuneración equitativa, las prácticas comerciales y las normas sobre comercialización, los contratos y las licencias, los registros, inventarios y bases de datos, las normas consuetudinarias e indígenas, las leyes y programas sobre preservación del patrimonio cultural, y los programas de promoción y desarrollo de la artesanía (como los sellos de calidad). Esas opciones no se excluyen entre sí y cada una, en funcionamiento conjunto, desempeña su papel en un enfoque amplio de protección. Las modalidades y enfoques adoptados dependerán también de la naturaleza de las ECT que deban protegerse y de los objetivos de política que se procure respaldar mediante la protección.

---

<sup>19</sup> Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10.

<sup>20</sup> Véanse las declaraciones de los Estados en el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (WIPO/GRTKF/IC/1/13, WIPO/GRTKF/IC/2/16), y las respuestas al cuestionario (por ejemplo, Burundi, Chad, Côte d'Ivoire, Colombia, Ecuador, Filipinas, Irán (República Islámica del), Jamaica, Kirguistán, Malasia, México, Namibia, Nueva Zelandia, Pakistán, Panamá, Polonia, Rumania, Sri Lanka, Togo, Túnez, Venezuela, Viet Nam y el Grupo Africano). Véase también la Consulta Regional OMPI-UNESCO sobre la protección de las expresiones del folclore para los países de Asia y el Pacífico, Hanoi, 21 a 23 de abril, de 1999 (WIPO-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1); Consulta Regional africana OMPI-UNESCO sobre protección de las expresiones del folclore, Pretoria, 23 a 25 de marzo de 1999 (WIPO-UNESCO/FOLK/AFR/99/1); véase, por ejemplo, la misión exploratoria a África Occidental en *OMPI, Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de los conocimientos tradicionales: Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001), pág. 157.

13. De manera análoga, está demostrado que algunas de las necesidades y preocupaciones de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y otras comunidades culturales y sus miembros, si no todas, pueden ser atendidas mediante soluciones que ya existen en los sistemas vigentes de P.I., en algunos casos, mediante la extensión o adaptación de esos sistemas<sup>21</sup>. Por ejemplo:

- a) mediante la legislación sobre derecho de autor y diseños industriales pueden protegerse las adaptaciones y las interpretaciones o ejecuciones contemporáneas de material preexistente, aunque estén realizadas en un contexto tradicional;
- b) mediante el derecho de autor pueden protegerse las obras no publicadas de autor desconocido;
- c) el *droit de suite* (derecho de reventa) del derecho de autor permite a los autores de las obras de arte beneficiarse económicamente de las ventas sucesivas de sus obras;
- d) las interpretaciones o ejecuciones de ECT/EF pueden protegerse en virtud del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) de 1996;
- e) los signos, símbolos y otras marcas tradicionales pueden registrarse como marcas;
- f) los nombres geográficos y las denominaciones de origen tradicionales pueden ser registrados como indicaciones geográficas;
- g) el carácter distintivo y la buena reputación asociada a algunos productos o servicios tradicionales pueden protegerse de la atribución engañosa mediante la legislación sobre competencia desleal y/o la utilización de marcas de certificación y marcas colectivas;
- h) las ECT/EF secretas pueden protegerse como “información confidencial” o mediante doctrinas como la del “abuso de confianza”.

14. En muchos de esos casos se dispone de protección internacional en virtud de los instrumentos pertinentes, como el Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los ADPIC, y el WPPT de 1996. Las marcas colectivas y de certificación, las indicaciones geográficas y la legislación sobre competencia desleal son opciones particularmente interesantes, no sólo porque ya gozan de amplio reconocimiento internacional, sino porque, puesto que no han sido concebidas para el beneficio individual, pueden ser utilizadas por colectividades como las comunidades indígenas. (Otros debates sobre estas doctrinas y mecanismos figuran a continuación y en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/4.) También sirve de orientación la experiencia adquirida en la aplicación de mecanismos y normas existentes.

15. En esta línea, el Grupo de Países de América Latina y del Caribe (GRULAC) declararon que “los recursos que la propiedad intelectual ofrece no han sido suficientemente explotados por los titulares de conocimientos culturales tradicionales, ni por las pequeñas y medianas

---

<sup>21</sup> Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párrafos 20 y 165), Canadá (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párrafos 46 y 166), Noruega (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 33), EE.UU. (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 49), Polonia (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 156), Grupo Asiático (WIPO/GRTKF/IC/2/10 y WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 170).

empresas creadas por ellos”<sup>22</sup>. También debería fomentarse la creatividad basada en la tradición y, en la medida de lo posible, las comunidades y sus miembros deberían hacer uso de la actual protección por propiedad intelectual de las ECT/EF y las obras derivadas. Por ejemplo, el Grupo Africano ha señalado que el objetivo de la protección de las ECT/EF debería ser entre otras cosas, “proteger y otorgar reconocimiento a las obras creativas e innovadoras derivadas de conocimientos tradicionales y expresiones del folclore”<sup>23</sup>.

16. Asimismo, muchos participantes en el Comité han argumentado que los actuales sistemas de propiedad intelectual no son totalmente adecuados o apropiados, y que bien deberían modificarse, o instaurarse sistemas *sui generis*<sup>24</sup>. Incluso si se reconoce la protección ya disponible en virtud de las legislaciones actuales, se ha argumentado que la labor del Comité debería centrarse en los elementos y formas de creatividad que actualmente no están protegidos por legislaciones de propiedad intelectual<sup>25</sup>.

17. El debate en torno a la protección de las ECT suele centrarse en cuestionar si una protección adecuada y apropiada se proporciona mejor mediante el sistema convencional de propiedad intelectual o mediante un sistema *sui generis* alternativo. Sin embargo, la experiencia práctica y documentada de muchos Estados miembros revela que los derechos de propiedad intelectual y las medidas *sui generis* vigentes no son mutuamente excluyentes, sino que constituyen opciones complementarias<sup>26</sup>. Es probable que un enfoque global permita abarcar ambas opciones y aplicarlas con criterio a fin de lograr los objetivos de protección, si se acepta el hecho de que los límites entre ambas opciones son flexibles. Por consiguiente, se

---

<sup>22</sup> Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 2.

<sup>23</sup> Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/6/12. Véase también la Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/3/11).

<sup>24</sup> Etiopía (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 50), Grupo Asiático (WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 170), Tailandia (WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 172), Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 62), Brasil (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 63), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 65), Colombia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 67), Federación de Rusia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 68), Irán (República Islámica del) (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 69), Indonesia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 74), Marruecos (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 76), Egipto (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 80), y Comunidad Andina (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 82).

<sup>25</sup> Tal como acertadamente expuso la Delegación de Nigeria en la sexta sesión del Comité, “... en lo que a folclore se refiere, muchos países en desarrollo tienen interés en proteger los elementos de creatividad respecto de los que no es posible establecer una paternidad vinculada a una única persona, ya sea por el paso del tiempo o por la manera comunal en que han evolucionado los elementos” (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 43).

<sup>26</sup> GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5), Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párrafos 20 y 165), Canadá (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párrafos 46 y 166), Noruega (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 33), EE.UU. (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 49), Polonia (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 156), Grupo Asiático (WIPO/GRTKF/IC/2/10 y WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 170), Etiopía (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 50), Grupo Asiático (WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 170), Tailandia (WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 172), Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 62), Brasil (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 63), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 65), Colombia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 67), Federación de Rusia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 68), Irán (República Islámica del) (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 69), Indonesia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 74), Marruecos (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 76), Egipto (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 80), y Comunidad Andina (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 82), Perú (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 77), India (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 81), Nueva Zelanda (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 88).

puede hallar una protección eficaz en un enfoque combinado y global que comprenda múltiples y diferenciados niveles y formas de protección. Las opciones que han elegido varios países han dependido en gran medida de sus objetivos políticos y nacionales.

*Principio de flexibilidad y exhaustividad*

En la protección que se conceda debe respetarse la diversidad de las ECT/EF y la amplia gama de necesidades de los beneficiarios de la protección, reconocerse la diversidad de circunstancias y sistemas jurídicos de los distintos países, y otorgarse la flexibilidad necesaria para que las autoridades nacionales puedan determinar el medio apropiado de lograr los objetivos de la protección. Por consiguiente, a los fines de la protección podrán contemplarse derechos de propiedad y medidas de otro tipo o medidas no relacionadas con la propiedad intelectual, y podrá recurrirse a los derechos de propiedad intelectual vigentes, las ampliaciones o adaptaciones *sui generis* de derechos de propiedad intelectual, y las medidas y sistemas *sui generis* creados con fines específicos, incluidas las medidas preventivas y positivas. Los derechos de propiedad privada deben ser complementarios a las medidas que no guardan relación con los derechos exclusivos ni con la propiedad intelectual, y deben estar cuidadosamente equilibrados con ellas.

Reconocimiento de la naturaleza específica, las características y las formas tradicionales de las expresiones culturales

18. Lo ideal sería que la protección eficaz y equitativa de las ECT/EF se basara en el conocimiento de los orígenes, las formas, la naturaleza y las características de las formas tradicionales de expresión cultural. Eso ayudaría a aclarar las características precisas de las ECT/EF para las que se reivindica la protección, las formas que puede adoptar esa protección, la identidad de los beneficiarios de la protección y los objetivos de la misma<sup>27</sup>. Los niveles y las formas de protección deberían tomar en consideración y respetar la naturaleza propiamente dicha de la creatividad tradicional y las expresiones culturales.

19. Las legislaciones vigentes basadas en P.I. que contemplan la protección de las ECT/EF generalmente las atribuyen las cualidades siguientes:

- a) se transmiten de una generación a otra, ya sea oralmente o por imitación, o pueden ser expresiones e interpretaciones contemporáneas ya existentes;
- b) reflejan la identidad e integridad social y cultural de una comunidad, sus creencias, su espiritualidad y sus valores;
- c) constan de elementos característicos del patrimonio de una comunidad (esto generalmente significa que la expresión del folclore se debe reconocer como representativa del patrimonio cultural e inconfundible de una comunidad);
- d) son realizadas por “autores desconocidos”, o colectivamente por comunidades, o por individuos que en comunidad se reconoce que tienen el derecho, la responsabilidad o la autorización para hacerlas (por lo tanto, es con este fin que han sido elaboradas por la

<sup>27</sup> Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3, párrafos 28 a 50. Stavenhagen, “*Cultural Rights: a social science perspective*” en la UNESCO, *Cultural Rights and Wrongs*, 1998, pp. 2 a 7.

creatividad colectiva de una comunidad o por un individuo que refleja las expectativas artísticas tradicionales de la comunidad, no guardando una relación directa con el hecho de que consten de elementos característicos del patrimonio artístico tradicional);

e) son tangibles, intangibles o en su mayoría, una combinación de ambas (“ECT combinadas”); y

f) evolucionan, se elaboran y recrean constantemente dentro de la comunidad.

19. Asimismo, los expertos<sup>28</sup> señalan que las ECT/EF no se crean, elaboran o realizan necesariamente con fines comerciales, sino por su importancia en tanto que vehículos de una expresión religiosa y cultural; no “residen” en países específicos u otras regiones geográficas, sino que son transmitidas, realizadas y modificadas por las personas que migran entre grupos étnicos; y sus “orígenes” son imprecisos y a menudo complican los esfuerzos que se realizan para determinar o verificar su “autenticidad”. En la práctica, las culturas tradicionales no siempre se crean en el seno de “comunidades” delimitadas e identificables que puedan tratarse como personas jurídicas o interlocutores unificados. Por lo tanto, las ECT/EF no necesariamente son siempre el producto de comunidades limitadas y la expresión de identidades locales. Tampoco suelen ser enteramente originales, sino más bien producto de un intercambio cultural y de la influencia de las migraciones, el peregrinaje y el resultado de haberlas compartido. En este contexto, la aplicación práctica de nociones como “autenticidad”, “comunidad”, “origen”, “fuente”, “carácter distintivo” y “representativa” pueden exigir una atención especial. Véase el epígrafe “Criterios de protección” que figura más adelante.

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

La protección debe responder al carácter tradicional de las ECT/EF; a su contexto colectivo o comunal y al carácter intergeneracional de su desarrollo, preservación y transmisión; a su relación con la identidad e integridad cultural y social, las creencias, la espiritualidad y los valores de la comunidad; a su calidad de vehículos de expresión religiosa y cultural; y a su carácter en constante evolución dentro de las comunidades. En las medidas especiales de protección jurídica también se debe reconocer que, en la práctica, las ECT/EF no siempre se han creado dentro de “comunidades” identificables con un hábitat definido que puedan

<sup>28</sup> Stavenhagen, “*Cultural Rights: a social science perspective*” en la UNESCO, *Cultural Rights and Wrongs*, 1998, pp. 227; Véanse las comunicaciones personales con, entre otros, la Profesora Dorothy Noyes, Profesora Asociada de Folclore, Universidad Estatal de Ohio; Valdimar Hafstein, Investigador, Academia de Reykjavik (Islandia) y Profesor Adjunto en Etnología y Folclore, Universidad de Islandia; Véase también: Valdimar Tr. Hafstein, 2004. “*The Politics of Origins: Collective Creation Revisited*”, *Journal of American Folklore* 117 (465): 300–315, J. Sanford Rikoon. 2004 “*On the Politics of the Politics of Origins: Social (In) Justice and the International Agenda on Intellectual Property, Traditional Knowledge, and Folklore*”. *Journal of American Folklore* 117 (465): 325–336 y Brown, M., *Who Owns Native Culture*, Harvard University Press, 2003. “Folclore, ecologías estéticas y domino público”, Universidad de Pennsylvania, 2 y 3 de abril de 2004, el VIII Congreso de la *Societe Internationale d’Ethnologie et de Folklore*, y el III Congreso de la *Association d’Anthropologie Mediterranee*, celebrado el 28 de abril de 2004 en Marsella.

considerarse como personas jurídicas o una colectividad de actores. Las ECT/EF no siempre son la expresión de identidades locales singulares; tampoco suelen ser enteramente originales sino más bien producto de un intercambio e influencia entre distintas culturas.

#### Principio de respeto por el uso y la transmisión consuetudinarios de las ECT/EF

20. Las comunidades en las que se crean y utilizan las expresiones del folclore deberían tener la libertad de utilizar su patrimonio artístico tradicional y desarrollarlo conforme a sus normas y prácticas indígenas y consuetudinarias pertinentes. Es de fundamental importancia que exista un equilibrio entre la protección contra los abusos de las ECT/EF y el fomento del desarrollo y la divulgación de las ECT/EF en tanto que “culturas vivas”<sup>29</sup>.

21. Por lo tanto, la protección de las expresiones del folclore no debe entorpecer su desarrollo, intercambio, transmisión y divulgación por las comunidades afectadas, y debe estar conforme con sus normas y prácticas consuetudinarias. No se debe considerar que el uso que haga una comunidad de una ECT que ella misma haya desarrollado y mantenido desnaturaliza la expresión, si la comunidad se identifica con su uso cotidiano y toda modificación resultante del mismo. Esos principios figuran, por ejemplo, en las Disposiciones Tipo de 1982, en el Marco Regional Tipo de 2002 y en la Ley de Panamá de 2000.

#### Principio de respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de las ECT/EF

La protección debe promover el uso, el desarrollo, el intercambio, la transmisión y la difusión de las ECT/EF por las comunidades interesadas, de conformidad con sus normas y prácticas consuetudinarias. No se considerará que el uso contemporáneo de una ECT/EF en la comunidad que la haya desarrollado y mantenido desnaturaliza la expresión, si la comunidad se identifica con ese uso y con cualquier modificación resultante del mismo.

El uso, las prácticas y las normas de índole consuetudinaria deberán orientar la protección jurídica de las ECT/EF en la medida de lo posible respecto de cuestiones tales como la titularidad de los derechos, la gestión de los derechos y la toma de decisiones comunitarias, la participación equitativa en los beneficios, y las excepciones y limitaciones respecto de los derechos y recursos.

#### Efectividad y accesibilidad de la protección

22. Toda nueva forma de protección que pueda establecerse no tendrá ningún significado práctico a menos que incorpore medios culturalmente apropiados, eficaces y accesibles, mediante los cuales las comunidades puedan adquirir derechos y posteriormente, gestionarlos y velar por su cumplimiento. Si bien varios países contemplan la protección jurídica de las ECT/EF (23 países, lo que equivale al 36% de los 64 que respondieron al Cuestionario de la OMPI de 2001), existen pocos países en los que pueda decirse que, en la práctica, dichas

<sup>29</sup> Véase la respuesta de los EE.UU. al cuestionario sobre folclore de la OMPI, Panamá (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 28), Perú (WIPO/GRTKF/IC/6/14), Federación de Rusia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 45).

disposiciones se utilizan y funcionan con eficacia. Además, de dicho Cuestionario se desprende que son pocos los países, de ser el caso, que utilizan la propiedad intelectual<sup>30</sup>.

23. Por lo tanto, es necesario que se adopten medidas especiales para mejorar el uso y la eficacia operativa de la protección de las ECT/EF, que tomen en consideración las diversas necesidades jurídicas, conceptuales, de infraestructura y operativas de los países. Por ejemplo, se podrían asignar tareas a una autoridad nacional específica, o utilizar los mecanismos ya existentes, como las sociedades de gestión colectiva para administrar y velar por el cumplimiento de los derechos e intereses de los titulares y custodios de las ECT/EF.

*Principio de efectividad y accesibilidad de la protección*

Las medidas destinadas a la adquisición, la gestión y la observancia de los derechos así como a la aplicación de otras formas de protección deben ser efectivas, apropiadas y accesibles, habida cuenta del contexto cultural, social, político y económico de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales.

II.2 Principios específicos

24. En este apartado se proponen principios que podrían ofrecer unas pautas más específicas para proteger las ECT/EF mediante la adopción de medidas jurídicas. Como ya se destacó en debates anteriores del Comité, y especialmente en la ponencia del Grupo Africano en la sexta sesión (documento WIPO/GRTKF/IC/6/12), el objetivo es tratar cuestiones básicas que debe abarcar todo enfoque, sistema o instrumento de protección de las ECT/EF. La finalidad de esos principios específicos es hacer realidad los objetivos políticos (Parte I) en el marco establecido por los principios rectores generales (Parte II.1).

25. Esos principios se basan en gran medida en principios, doctrinas y mecanismos jurídicos ya existentes en el ámbito de la propiedad intelectual y en otros ámbitos, así como en experiencias nacionales y regionales, tanto prácticas como normativas, de gran número de países y regiones. En esos principios se reconoce y se tiene en cuenta que algunas ECT/EF y las obras derivadas de las mismas ya están protegidos por las legislaciones de propiedad intelectual, y se examina en particular, tal y como han solicitado muchos Estados miembros, comunidades y otros sectores interesados, la protección de la materia que todavía no está protegida conforme a las normas internacionales actuales (aunque esté protegida de forma muy diversa en algunas legislaciones vigentes). Aunque en los principios propuestos se extiende la protección a materia que actualmente no está protegida por derechos de propiedad intelectual, los principios están firmemente basados en el Derecho, la política y la práctica de la propiedad intelectual, y tratan de lograr el equilibrio necesario, de manera que complementen las estrategias de propiedad intelectual existentes y les presten apoyo.

Alcance de la materia protegida

26. Muchas normas internacionales de propiedad intelectual recurren al ámbito nacional para determinar el alcance preciso de la materia protegida. Esta práctica también está

<sup>30</sup> Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10.

conforme con los principios de flexibilidad y de capacidad de respuesta a las aspiraciones y expectativas de las comunidades pertinentes. Así pues, para que el desarrollo, las consultas y la evolución política y legislativa nacionales sean apropiados, podría establecerse un principio específico que reconozca que las decisiones pormenorizadas sobre la materia protegida deben dirimirse a escala nacional y regional. Las legislaciones existentes utilizan diferentes y variados términos para referirse a esa materia, práctica que debe continuar, no olvidando que el “folclore” se utiliza ampliamente en las legislaciones e instrumentos existentes, aunque algunas comunidades prefieran evitar este término. La cuestión de la terminología se examinó exhaustivamente en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

27. Aun así, varias delegaciones han señalado la conveniencia de que el alcance de las “ECT/EF” sea claro<sup>31</sup>. Ello conllevaría el fomento del principio de reconocimiento de las características y formas específicas de expresión cultural. Aunque no se ha propuesto una definición oficial, la descripción que figura en las Disposiciones Tipo de 1982 de las ECT/EF ofrecen un útil punto de partida, si bien es cierto que quizás algo desfasado respecto del concepto más reciente que se tiene del “folclore” y de términos relacionados, y además concuerda con muchas legislaciones nacionales en vigor sobre folclore. Esta descripción proporciona una base para continuar con el debate y elaborar uno o varios principios fundamentales. Los proyectos de leyes regionales y nacionales, y las ya vigentes, así como otros instrumentos internacionales pertinentes pueden servir de base para modificar o matizar esta descripción<sup>32</sup>.

28. Asimismo, dada la especial atención que se presta a los productos artesanales, a su debido tiempo sería conveniente trabajar en una descripción o definición específica de “artesanía”<sup>33</sup>.

*Principio del alcance de la materia protegida*

Las “expresiones culturales tradicionales” o “expresiones del folclore” pueden entenderse en el sentido de que incluyen producciones consistentes en elementos característicos del patrimonio cultural tradicional que desarrolla y perpetúa una comunidad o individuos que reflejan las expectativas artísticas tradicionales de dicha comunidad. Entre esas producciones podrán figurar, por ejemplo, las siguientes formas de expresión o combinaciones de las mismas:

i) las expresiones verbales, tales como los cuentos populares, la poesía y los enigmas populares; los aspectos del lenguaje tales como las palabras, los signos, los nombres, los símbolos y otras indicaciones;

<sup>31</sup> En la sexta sesión, por ejemplo, los EE.UU. (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 35), la República Islámica del Irán (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 36), Suiza (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 37), Nigeria (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 43), Federación de Rusia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 45), Unión Internacional de Editores (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 65).

<sup>32</sup> Véanse por ejemplo las legislaciones de Panamá, los países insulares del Pacífico, el proyecto de ley de China (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 32) y otros. Véase también el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF 3.

<sup>33</sup> Véase, por ejemplo, el capítulo 2 de “*Marketing of Crafts and Visual Arts: The Role of Intellectual Property – A Practical Guide*”, preparado por el CCI y la OMPI.



- ii) las expresiones musicales, tales como las canciones populares y la música instrumental;
- iii) las expresiones corporales tales como las danzas y representaciones escénicas populares y las formas artísticas de rituales; independientemente de que estén o no fijadas en un soporte; y
- iv) las expresiones tangibles, tales como las obras de arte popular, en particular, dibujos, diseños, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, textiles, tapices, artesanía, instrumentos musicales y obras arquitectónicas.

La elección concreta de los términos que califiquen la materia protegida debe determinarse a nivel nacional y regional.

### Criterios de protección

29. En los debates del Comité se ha aclarado la distinción entre la noción de las ECT/EF en general, y aquellas ECT/EF que reúnen los requisitos necesarios para ser objeto de protección conforme a una medida jurídica específica. En las legislaciones, habitualmente esto se consigue estipulando los criterios fundamentales que deben presentar las ECT/EF para ser susceptibles de protección. Como señaló la Delegación de Nigeria, no es inconcebible que todas las expresiones del folclore sean objeto de protección en un marco de propiedad intelectual<sup>34</sup>. Con el fin de extraer un principio fundamental, aquí se exponen las principales opciones que presentan los criterios fundamentales que aparecen en las legislaciones existentes.

### Requisito de “originalidad”

30. Los sistemas *sui generis* vigentes de protección de las ECT/el folclore generalmente no exigen que las ECT/EF protegidas sean “originales” o “nuevas”, ya que dicho requisito sólo protegería aquellas ECT que sean interpretaciones, disposiciones, adaptaciones, o recopilaciones contemporáneas de material cultural ya existente, realizado por un individuo o individuos identificables, y no el material propiamente dicho y las meras recreaciones o imitaciones del mismo<sup>35</sup>. Por ejemplo, las Disposiciones Tipo no hacen referencia a un requisito de originalidad, y por lo tanto, tampoco lo hacen muchas legislaciones nacionales de derecho de autor que las han aplicado. Del mismo modo, la Ley de Panamá y el Marco Regional del Pacífico tampoco exigen originalidad. Un requisito de originalidad no sintonizaría con la evolución actual y excluiría un número importante de ECT.

31. Aun así, para ser objeto de protección por propiedad intelectual, la materia debe ser el resultado de la actividad intelectual humana y creativa<sup>36</sup>. En las Disposiciones Tipo de 1982

<sup>34</sup> Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 43.

<sup>35</sup> Véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

<sup>36</sup> El Convenio de 1967 que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual define la propiedad intelectual haciendo referencia a derechos relativos a: obras literarias, artísticas y científicas; interpretaciones o ejecuciones de artistas intérpretes o ejecutantes, grabaciones sonoras y radiodifusiones; invenciones en todos los campos de la actividad humana; descubrimientos científicos; diseños industriales; marcas registradas y de servicio, así como

[Sigue la nota en la página siguiente]

también se deja claro que las expresiones del folclore susceptibles de protección son las que “manifiestan creatividad intelectual”<sup>37</sup>. Realmente, las ECT/EF son el producto de procesos creativos e intelectuales, y uno de los objetivos de la protección es fomentar un mayor respeto por su valor creativo e intelectual.

32. Para establecer principios de protección de las ECT/EF que estén inspirados en la propiedad intelectual, parece oportuno centrarse en productos de la creatividad intelectual humana. Esto sugiere que un criterio fundamental para que las ECT/EF sean susceptibles de protección es la creatividad intelectual. Al igual que la “originalidad”, la “creatividad” no es susceptible de precisar una definición detallada a nivel internacional, y la conformidad con ese criterio deberían determinarla las autoridades judiciales competentes caso por caso, reconociendo debidamente la naturaleza de las ECT y guiándose por prácticas consuetudinarias y el contexto cultural de la comunidad pertinente que se identifique con la ECT/el folclore.

#### Fijación en forma material

33. Muchas legislaciones nacionales exigen que las obras estén fijadas en forma material para poder protegerlas por derecho de autor. Pero la fijación no es un elemento obligatorio de la legislación nacional de derecho de autor, y muchos países, especialmente los que cuentan con una tradición de Derecho codificado, amplían la protección a las obras que no están fijadas en forma material. Las legislaciones *sui generis* de protección de producciones literarias y artísticas tradicionales generalmente no exigen la fijación (véanse por ejemplo la Ley Tipo de Túnez, las Disposiciones Tipo, la Ley de Panamá, el Acuerdo de Bangui y el Marco Regional del Pacífico).

34. Muchas ECT se preservan y transmiten oralmente entre generaciones, y tradicionalmente nunca se escriben. Por consiguiente, un requisito de fijación tal como se entiende en el ámbito del derecho de autor, no sería útil ni un criterio apropiado, y la ECT/EF estaría protegida independientemente de la forma o el modo de su expresión. Esto concuerda con varios principios rectores, en particular, el reconocimiento de las características y las formas específicas de la expresión cultural.

35. Asimismo, implica que para proteger las ECT/EF no es necesario que las mismas estén catalogadas o registradas, aun cuando posteriormente puedan publicarse en bases de datos o en otros sitios. En documentos anteriores se ha argumentado que la catalogación de las ECT/EF no es necesariamente una estrategia útil a efectos de la protección por propiedad intelectual<sup>38</sup>. Las ECT/EF están “vivas”, y se adaptan y recrean constantemente. El requisito de alguna forma de catalogación o registro previo se contradice con la naturaleza oral, intangible y “viva” de muchas ECT. El sistema de derecho de autor, cuyos principios y formas de protección guardan una relación más estrecha con las ECT, no permite la imposición de ninguna formalidad, y establece una protección automática en el momento de la creación de una obra. A diferencia de la mayoría de las formas de propiedad industrial, no

---

[Continuación de la nota de la página anterior]

nombres y denominaciones comerciales; protección contra la competencia desleal; y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en las esferas industrial, científica, literaria y artística.

<sup>37</sup> Preámbulo, párr. 4.

<sup>38</sup> Véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

hay examen anterior. Es obvio que los inventarios y las bases de datos de los materiales culturales pueden ser útiles para identificar, salvaguardar y fomentar su utilización, en el marco de programas de patrimonio cultural. Pero la catalogación o el registro de las ECT/EF no debe verse como un enfoque independiente de la protección, ya que ese mismo proceso puede facilitar y acelerar los tipos de uso indebido contra el cual las comunidades buscan protección.

36. La cuestión de un requisito obligatorio no tiene que ver con la necesidad o conveniencia de alguna forma de notificación de determinadas ECT/EF, ya sea para establecer su protección, o con determinados fines de carácter probatorio o “defensivo” (esta cuestión se aborda más adelante en el epígrafe “Formalidades”).

#### Valor y utilidad comercial

37. Un sistema *sui generis* vigente prevé que las ECT protegidas deben, entre otras cosas, ser “susceptibles de un uso comercial”<sup>39</sup>. Eso significa que se ofrece protección sólo a las ECT/EF que cuentan con un valor o una utilidad comercial o industrial. La ventaja que puede presentar un criterio de esa índole es que exige la observancia de los derechos y eleva los costos de transacción, sólo de aquellas ECT/EF que tienen posibilidades de ser explotadas. Por otra parte, los pueblos indígenas y tradicionales, y otras comunidades hacen hincapié en el hecho de que sus inquietudes no sólo son de naturaleza económica. Muchas ECT/EF no se crean para la venta comercial, sino que son vehículos de expresión espiritual y cultural. Un enfoque más amplio permitiría cumplir el principio de capacidad de respuesta a las aspiraciones y expectativas de las comunidades pertinentes, y tomaría en consideración y equilibraría tanto el aspecto cultural como el económico del desarrollo.

#### Vínculo entre la “autenticidad” y la “representatividad” de la identidad de una comunidad y el patrimonio cultural

38. Muchos enfoques de protección jurídica de las ECT/EF se basan en impedir la comercialización engañosa y la venta de imitaciones de ECT/EF, en detrimento de las comunidades y los consumidores pertinentes. Eso exige que exista algún criterio jurídico o práctico objetivo, en virtud del cual se puedan identificar las imitaciones, en contraposición a las ECT/EF auténticas. Un criterio de esa índole sería útil desde un punto de vista práctico para poner de manifiesto un vínculo claro y continuo entre la ECT/el folclore y una comunidad indígena, tradicional o cultural identificable. También expresaría la naturaleza, a menudo colectiva y comunal de las ECT/EF. Un concepto más amplio de equidad y la represión de la competencia desleal permitirían centrarse en las ECT/EF que están vinculadas, mantenidas y muy particularmente asociadas a comunidades específicas. La “autenticidad” como tal es un término controvertido en el ámbito del folclore, y su uso en instrumentos nacionales e internacionales ha sido problemático<sup>40</sup>. No obstante, en la medida en que

---

<sup>39</sup> La Ley de Panamá de 2000.

<sup>40</sup> Véanse los debates de la conferencia sobre “Folclore, ecología estética y dominio público” celebrada en la Universidad de Pennsylvania, los días 2 y 3 de abril de 2004, el VIII Congreso de la *Société Internationale d’Ethnologie et de Folklore*, y el III Congreso de la *Association d’Anthropologie Méditerranéenne*, celebrado el 28 de abril de 2004 en Marsella; véanse asimismo las comunicaciones personales entre Dorothy Noyes, Profesora Asociada de Folclore de la Universidad Estatal de Ohio y Valdimar Hafstein, Investigador de la Academia de Reykjavik (Islandia) y Profesor Adjunto de Etnología y Folclore de la Universidad de Islandia.

connota “carácter real”, “genuino” y “no falso o una imitación”<sup>41</sup> se aproxima a un criterio apropiado que establece el vínculo conveniente entre la ECT/EF y una comunidad (es decir, que las ECT/EF sean un “atributo” de una comunidad específica).

39. La mayoría sino todos los sistemas actuales de protección de las ECT/EF establecen un criterio cuyo objetivo es definir algún tipo de vínculo entre las ECT/EF y la comunidad. Los criterios pueden diferir, pero todos tienen en común el hecho de que tratan de establecer la diferencia entre ECT/EF “auténticas” y “no auténticas”. En algunos sistemas y medidas *sui generis* se definen con precisión las cualidades que deben demostrar quienes realizan ECT/EF. Por ejemplo, la Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América sólo protege las artes y los oficios que son “productos indígenas” y confía a la Junta de Artes y Oficios Indígenas la tarea de registrar las marcas genuinas y de calidad; en Australia sólo pueden utilizar el *Label of Authenticity* (sello indígena de autenticidad) los “creadores indígenas certificados”<sup>42</sup> y la marca *Toi Iho*<sup>TM</sup> de Nueva Zelanda “de fabricación maorí”, una marca registrada “de autenticidad y calidad de las artes y los oficios maoríes”, se concede bajo licencia a artistas de ascendencia maorí para ser utilizada en obras producidas que contengan un referente maorí explícito o implícito”<sup>43</sup>.

40. Ante todo se reconoce que las ECT/EF son inherentes al patrimonio tradicional de una comunidad específica y características de esta última (véase el principio propuesto anteriormente de reconocimiento de la naturaleza, características y formas específicas de las expresiones culturales). De ahí se deduce que para ser objeto de protección las ECT deben ser “características” de un patrimonio tradicional perteneciente a una comunidad específica. Tal criterio se basa casi directamente en lo dispuesto en las Disposiciones Tipo de 1982 y en la Ley Tipo de Túnez de 1976. Criterios similares, aunque con términos diferentes, aparecen en sistemas *sui generis* más recientes, como la Ley de Panamá del año 2000 y su correspondiente Decreto Ejecutivo de 2001, y en el Marco Regional del Pacífico de 2002<sup>44</sup>.

41. Existe cierta confusión entre lo que es “auténtico” (o “genuino”) y lo que es “característico”. Ambos criterios tienen por fin establecer que sólo pueden ser protegidas las ECT/EF que tienen un vínculo verdadero con una comunidad. Habida cuenta de las dificultades que plantea el uso del término “auténtico” no ha sido utilizado en la redacción del principio específico que figura a continuación. Sin embargo, las palabras empleadas en referencia con las ECT/EF que son “características” de una identidad y de un patrimonio cultural y comunitario en particular, están destinadas a reflejar también una forma de “autenticidad” en el sentido de “carácter real”, “genuino” y que no son “falsas o una imitación”. Un criterio de lo “característico” también sería útil. Los comentarios sobre las Disposiciones Tipo de 1982 son bastante instructivos a este respecto. Haciendo referencia a la descripción de “expresiones del folclore” que figura en las Disposiciones Tipo, en el comentario se dice lo siguiente:

La mención de los “elementos característicos” del patrimonio artístico tradicional, que deben integrar la producción para que ésta pueda quedar protegida como “expresión del

<sup>41</sup> Véanse por ejemplo los Diccionarios *Merriam-Webster* y *Concise Oxford*.

<sup>42</sup> Véanse las pp. 134 a 158 de “Cuidar la cultura” de Terri Janke.

<sup>43</sup> *Rules Governing Use by Artists of the Toi Iho Maori Made Mark*, [www.toiho.com](http://www.toiho.com). (18 de agosto de 2004).

<sup>44</sup> Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10 y Lucas-Schloetter, “Folklore” en von Lewinski, S. (Ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, 2004 (Kluwer).

folclore” significa que el elemento debe estar reconocido en general como representativo de determinado patrimonio tradicional de una comunidad. Por lo que toca a la cuestión de la determinación de lo que debe considerarse como perteneciente al folclore de una “comunidad”, uno o dos de los miembros del Grupo de Trabajo sugirieron que la respuesta requería un “consenso” de la comunidad que certificase la “autenticidad” de la expresión del folclore. La definición propuesta no hace referencia a tal “consenso” de la comunidad ya que supeditar en cada caso la aplicación de la ley al pensamiento de la comunidad haría preciso establecer nuevas disposiciones acerca de cómo tendría que verificarse tal consenso y en qué momento tendría que existir. Lo mismo se aplicaría al requisito de “autenticidad”, que también necesitaría alguna interpretación más precisa. Por otra parte, *tanto el requisito del “consenso” como el de “autenticidad” están implícitos en la exigencia de que los elementos deben ser “característicos”, es decir, de que presenten el patrimonio cultural tradicional: los elementos que han llegado a reconocerse de manera general como característicos son, habitualmente, expresiones auténticas del folclore reconocidas como tales por el consenso tácito de la comunidad respectiva* (las cursivas son añadidas).

42. Se deduce de los diferentes enfoques existentes que estos criterios son neutros en cuanto a la residencia física del titular de la ECT/EF, o de su artista intérprete o ejecutante o de su comunidad. Dicho de otra forma, si una ECT/EF pertenece o es interpretada por un individuo o comunidad que viven fuera de su lugar geográfico de origen (por ejemplo, una comunidad migrante) ésta aún podría gozar de protección siempre que siga siendo característica de la identidad y el patrimonio de esa comunidad.

*Principio de los criterios de protección*

Las ECT/EF pueden ser protegidas, cualquiera que sea su modo o forma de expresión, siempre que se trate de:

- i) productos de una actividad intelectual creativa, en particular la creatividad colectiva y acumulativa; y
- ii) características de la identidad cultural distintiva de una comunidad y del patrimonio tradicional desarrollado y mantenido por ésta.

Beneficiarios de la protección

43. Muchos participantes en el Comité han destacado que generalmente se considera que las ECT se originan y mantienen colectivamente, con objeto de que todo derecho e interés en las mismas recaiga en las comunidades, en lugar de hacerlo en los individuos<sup>45</sup> (de conformidad con los principios de receptividad a las aspiraciones de las comunidades pertinentes y del reconocimiento de las características y formas específicas de expresión cultural). Cabe la posibilidad de que sea necesario determinar la titularidad de los derechos o la distribución de los beneficios entre comunidades que compartan un folclore similar o igual en el mismo país o en países diferentes (el denominado “folclore original”).

<sup>45</sup> GRULAC (documento OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 5), SAARC (documento OMPI/GRTKF/IC/1/13, párr. 26), Indonesia (documento OMPI/GRTKF/IC/1/13, párr. 29).

## Reconocimiento de derechos y beneficios comunales

La protección de obras cuyo autor no ha sido identificado es una práctica corriente en el área del derecho de autor. Las normas vigentes sobre derecho de autor también abarcan las obras anónimas, no publicadas, conjuntas y colectivas<sup>46</sup>. Esas normas no son las que mejor se adaptan a la cuestión de la protección de las ECT/EF. Sin embargo, sí proporcionan una segura base jurisprudencial para adoptar nuevas medidas que se basen en los principios ya establecidos del derecho de autor y sean acordes con ellos. También se pueden hallar precedentes de protección de los derechos de grupos en las normas no relacionadas con la propiedad intelectual, entre las que figuran las legislaciones sobre propiedades culturales y sobre patrimonio como la Ley de Protección y Repatriación de Sepulturas de Indígenas Norteamericanos (NAGPRA) de 1990 y la Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de 1990; la Ley sobre la Protección de los Activos Culturales de la República de Corea de 1962; y la Ley de Protección y Preservación de los Bienes Culturales de Croacia, de 1999.

44. En determinadas legislaciones *sui generis* se contemplan derechos e intereses comunitarios sobre las ECT/EF, que hacen referencia directa a las comunidades protegidas por ellas. Se trata de la Ley de Filipinas (1997), la Ley del Panamá (2000) y las Disposiciones Tipo (1982). En particular, la Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas (1990) de los Estados Unidos (véase el documento WIPO/GRTKF/IC/7/4) se limita a las “tribus indias”, las organizaciones de artesanía india y los propios indígenas, tal y como quedan definidos en la ley. El Marco Regional del Pacífico (2002) confiere “derechos culturales tradicionales” a los “titulares tradicionales”.

45. Los derechos comunales también pueden ser objeto de disposiciones *sui generis* concretas en el ámbito de la legislación sobre derecho de autor. Por ejemplo, Australia está elaborando una legislación para otorgar a las comunidades la capacidad jurídica de ejercer derechos morales que impidan que el material protegido por derecho de autor se utilice de manera inadecuada, despreciativa o irrespetuosa (véase el documento WIPO/GRTKF/IC/7/4). Además, se ha capacitado a los tribunales de ese país para que reconozcan los intereses comunales sobre las obras protegidas por derecho de autor<sup>47</sup>.

46. Sin embargo, la mayoría de las legislaciones nacionales que otorgan protección a las ECT/EF, especialmente las basadas en la Ley Tipo de Túnez (1976) o las Disposiciones Tipo (1982), confieren los derechos al Estado o a un organismo público o al menos tienen previsto que los derechos deben ser administrados y ejercidos por el Estado. En la mayoría de esos casos, los beneficios dimanantes de la concesión de esos derechos van a parar al patrimonio nacional y a los programas de bienestar social y relacionados con la cultura. En la sexta sesión del Comité, el Grupo Africano dejó constancia de uno de sus principios: “Reconocer la función del Estado en la preservación y la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones del folclore”<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Véase el Artículo 15 del Convenio de Berna de 1971.

<sup>47</sup> Véase “*The Protection of Traditional Cultural Expressions*”, que figura entre los estudios de casos preparados por Terri Janke para la OMPI.

<sup>48</sup> WIPO/GRTKF/IC/6/12.

Las ECT/EF compartidas por varias comunidades de un mismo país

47. En algunos casos, dos o más comunidades de un mismo país pueden poseer derechos coincidentes sobre las mismas ECT o sobre ECT muy similares. Entre las opciones existentes para solventar el problema de los derechos o intereses coincidentes figuran la cotitularidad de los derechos (contemplada en la Ley de Panamá (2000)) y la posibilidad de que las comunidades soliciten por separado (si es necesario algún tipo de solicitud) y obtengan derechos sobre las mismas ECT o ECT similares. Otra solución consiste en otorgar los derechos al Estado o a un organismo público, como se ha mencionado anteriormente. Véase el apartado correspondiente a la “gestión de los derechos”.

“Folclore regional”

48. Las comunidades de distintos países e incluso regiones pueden reivindicar el mismo folclore o un folclore similar (“folclore regional”). Los Estados han propuesto utilizar en dichos casos registros y bases de datos de folclore nacional e internacional, mecanismos alternativos de solución de controversias, sistemas de registro y notificación, la gestión colectiva y el establecimiento de organizaciones encargadas de resolver controversias, o una combinación de esos mecanismos<sup>49</sup>. Algunos expertos, como Kuruk, han propuesto que se establezcan sistemas, instituciones y organizaciones regionales de solución de controversias, que se ocupen de estas cuestiones<sup>50</sup>, y en un seminario subregional sobre las ECT/EF celebrado en Rabat (Marruecos) en mayo de 2003, se recomendó, entre otras cosas, que los países árabes que comparten patrimonio popular y cultural tradicional creen comisiones conjuntas para estudiar y definir estrategias equitativas que permitan proteger las ECT/EF. Las organizaciones regionales y los mecanismos existentes (como la ARIPO y la OAPI en África, que junto con Zambia han planteado esta cuestión al Comité<sup>51</sup>) pueden ser interlocutores importantes a la hora de resolver la cuestión del “folclore regional”. Esta cuestión va unida a la de la creación de mecanismos institucionales, y también está estrechamente vinculada a las de “formalidades” y “protección regional e internacional” (véase más adelante).

---

<sup>49</sup> Véanse, por ejemplo, las respuestas al cuestionario de la OMPI de 2001 del Canadá, Colombia, Egipto, la Federación de Rusia, Gambia, Indonesia, Jamaica, Kirguistán, Malasia, México y Rumania. Véase asimismo el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10.

<sup>50</sup> P. Kuruk, “*Protecting Folklore Under Modern Intellectual Property Regimes: A reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States*”, 48 *American University Law Review* 769 (1999).

<sup>51</sup> Documento WIPO/GRTKF/IC/5/15, párrafos 48, 50 y 51.

Principio relativo a los beneficios

La protección de las ECT/EF debe redundar en beneficio de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales:

- i) en las que se confía la custodia y la protección de las ECT/EF de conformidad con las leyes y prácticas consuetudinarias de esa comunidad; y
- ii) que mantienen y utilizan las ECT/EF como elementos característicos de su patrimonio cultural tradicional.

Gestión de los derechos

49. En el principio relativo a la efectividad y accesibilidad de la protección se sugiere la necesidad de aclarar cómo se solicitan las autorizaciones para utilizar las ECT, a quién se dirigen las solicitudes, la notificación pública, la identificación de los beneficiarios y la asignación de beneficios, cómo se resuelven las controversias, y cuestiones similares. Esos aspectos son pertinentes, independientemente de si las comunidades o los organismos designados por el Estado son o no beneficiarios de la protección (véase el epígrafe “Beneficiarios”). En algunas legislaciones existen disposiciones detalladas sobre la gestión de los derechos y la tramitación de las solicitudes de autorización (como el Marco Regional del Pacífico). En el presente documento se establecen los principios fundamentales que deben aplicarse a ese respecto. Evidentemente, la elaboración de dichas medidas dependerá enormemente de factores comunitarios: podrían perfeccionarse las opciones disponibles estableciendo disposiciones más detalladas a nivel nacional y comunitario.

50. Muchos Estados (basándose en la Ley Tipo de Túnez (1976) y en las Disposiciones Tipo (1982)) designan a un organismo público como titular de los derechos sobre las ECT y le otorgan la facultad necesaria para conceder autorizaciones de uso<sup>52</sup>. En las leyes de Filipinas y el Perú se contemplan las mismas disposiciones. En el marco propuesto por el Grupo Africano figuraba el principio del reconocimiento de “la función del Estado en la preservación y la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones del folclore”<sup>53</sup>. En el Marco Regional del Pacífico (2002) se da cabida a una solución combinada: la autoridad competente actúa en interés de las comunidades pertinentes y media entre estas últimas y los usuarios<sup>54</sup>. La Junta de Artes y Oficios Indígenas, que ejerce sus funciones con arreglo al mandato que le confiere la Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América, parece desempeñar una función similar. A pesar de que las tribus indígenas, las organizaciones de artes y oficios de los pueblos indígenas y los indígenas a título particular tienen derecho a entablar demandas civiles en virtud de la Ley, la Junta también recibe quejas y las tramita<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Véanse las respuestas al cuestionario sobre el folclore, el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10 y la intervención del GRULAC (documento OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 5).

<sup>53</sup> Documento WIPO/GRTKF/IC/6/12.

<sup>54</sup> Véase la Parte 4 del Modelo Regional.

<sup>55</sup> Véase igualmente la ponencia presentada por la Delegación de los Estados Unidos en la quinta sesión (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4).



51. En estos ejemplos se sugiere la posible función de una “autoridad” establecida por el Estado, al menos en ciertas circunstancias, para: conceder autorizaciones de uso de ECT/EF, supervisar usos de ECT/EF para asegurarse de que son apropiados (especialmente cuando se trata de la reglamentación de su uso y no de un derecho exclusivo de propiedad); asesorar y prestar asistencia a las comunidades pertinentes; resolver controversias relacionadas con la titularidad y la participación en los beneficios; crear conciencia sobre la necesidad de respetar y proteger las ECT/EF; incoar procedimientos civiles o penales en nombre de las comunidades, si es necesario. En caso de que se adopte cierta forma de sistema de notificación (véase la sección “Formalidades”), dicha autoridad también podría encargarse de mantenerlo. Son muchos los países que ya cuentan con oficinas, juntas, organismos y otras autoridades que desempeñan estas funciones o funciones similares.

*Principio de gestión de los derechos*

Para garantizar la eficacia de la protección de las ECT/EF, una autoridad responsable, que puede ser una oficina o un organismo ya existente, deberá desempeñar las funciones de creación de conciencia, educación, asesoramiento y orientación, supervisión, solución de controversias y otras funciones.

Las autorizaciones necesarias para explotar las ECT/EF deberán obtenerse bien directamente de la comunidad interesada, bien de la autoridad que represente y actúe en interés de la comunidad. Cuando la autoridad conceda autorizaciones:

- i) esas autorizaciones se concederán únicamente después de haber celebrado consultas apropiadas con las poblaciones indígenas o comunidades tradicionales u otras comunidades pertinentes, de conformidad con sus procesos tradicionales de toma de decisiones y gobernanza;
- ii) dichas autorizaciones deberán corresponder al alcance de la protección prevista para las ECT/EF en cuestión y prever, en particular, la participación equitativa en los beneficios resultantes de su uso;
- iii) las dudas o controversias en cuanto a qué comunidades son las interesadas deberán resolverse en lo posible aplicando normas y prácticas consuetudinarias;
- iv) todo beneficio monetario o no monetario recaudado por la autoridad por concepto de uso de las ECT/EF deberá ser entregado directamente por la autoridad a la población indígena o la comunidad tradicional u otra comunidad interesada;
- v) en la legislación, los reglamentos o las medidas administrativas habilitantes se deberán dar orientaciones sobre cuestiones tales como los procedimientos relacionados con las solicitudes de autorización; las tasas, de haberlas, que la autoridad podrá imponer por sus servicios; los procedimientos de notificación pública; la solución de controversias; y las condiciones en las que la autoridad podrá conceder las autorizaciones.

Alcance de la protección

52. El elemento central de la protección es el alcance de los tipos de actos u omisiones que deberán impedirse. Los principios fundamentales relacionados con el alcance de la protección pueden extraerse de la amplia experiencia registrada hasta ahora y de las leyes actuales de

protección de las ECT/EF. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/4 se expone toda una serie de doctrinas y mecanismos jurídicos que permiten conceder la protección deseada, por lo que aquí se los mencionará brevemente. No obstante, el enfoque aplicado para enmarcar este proyecto de principio ha sido el de considerar la esencia o el denominador común de la protección concedida en muchos países que han informado al Comité sobre su experiencia.

#### Apropiaciones y apropiaciones indebidas

53. Para poder identificar en forma precisa, concreta y práctica los posibles derechos que podrían recaer en las ECT/EF, los documentos anteriores del Comité se han inspirado de consultas y misiones exploratorias anteriormente realizadas en las comunidades pertinentes con el fin de identificar los tipos de usos y apropiaciones de ECT/EF que con más frecuencia causan preocupación a las comunidades indígenas y locales y demás custodios y titulares de las ECT/EF. Se trata de lo siguiente:

- a) la reproducción, adaptación y consiguiente comercialización de las ECT/EF no autorizadas sin compartir los beneficios económicos;<sup>56</sup>
- b) uso de ECT/EF de forma insultante, degradante y/o cultural y espiritualmente ofensiva<sup>57</sup>;
- c) el acceso no autorizado a un material sagrado/secreto y la divulgación y utilización del mismo<sup>58</sup>;
- d) apropiación de idiomas tradicionales<sup>59</sup>;
- e) la fijación no autorizada de interpretaciones o ejecuciones directas de ECT/EF y los actos subsiguientes relacionados con dichas fijaciones<sup>60</sup>;
- f) la apropiación de la reputación o el carácter distintivo de ECT/EF bajo formas que evoquen un producto tradicional auténtico, utilizando indicaciones engañosas o falsas en

---

<sup>56</sup> Ello incluye, por ejemplo, la grabación de música tradicional, la reproducción de pinturas, la reproducción de diseños incorporados en textiles o artesanías y la toma de fotografías de bisutería y atuendos tradicionales de personas indígenas y tradicionales.

<sup>57</sup> Ello incluye, por ejemplo, la modificación de una ECT/EF para adaptarla a mercados extranjeros, o la ejecución de un ritual o ceremonia en un contexto y lugar inapropiados.

<sup>58</sup> Ello podría referirse, por ejemplo, a la divulgación al público en general de material secreto y/o culturalmente confidencial, como los sitios y objetos tribales de significación profundamente religiosa y cultural (como ocurrió, por ejemplo, en Foster contra Mountford (1976) 29 FLR 233, véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3, párr. 209).

<sup>59</sup> En documentos anteriores se han descrito casos en los que personas que no pertenecían a la comunidad han utilizado fuera del contexto tradicional palabras, símbolos y otros signos distintivos tradicionales. Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3.

<sup>60</sup> Por ejemplo, la toma de fotografías de interpretaciones o ejecuciones directas de canciones y danzas interpretadas por personas indígenas, y la subsiguiente reproducción y publicación de las fotografías en CD, casetes, postales y en Internet. Véase, por ejemplo, “*Minding Culture*” de Terri Janke.

cuanto a la autenticidad o el origen del mismo, o la adopción de sus métodos de fabricación y “estilo”<sup>61</sup>;

g) el incumplimiento de la mención de la fuente tradicional de una creación o innovación basada en la tradición<sup>62</sup>;

h) la concesión de derechos de propiedad industrial erróneos sobre las ECT/EF y las obras derivadas de las mismas<sup>63</sup>.

La forma jurídica de protección

54. Las leyes actuales de protección de las ECT/EF son prueba de que existe toda una serie de doctrinas y mecanismos jurídicos que deberían constituir los principios fundamentales en los que se base el alcance de la protección. En algunas leyes se concede un verdadero derecho exclusivo sobre las ECT/EF como tales. La mayoría de esas leyes no ofrecen sin embargo protección en forma de un verdadero derecho exclusivo sino que más bien se centran en la reglamentación del uso de las ECT/EF protegidas. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/4 se estudia detalladamente la serie de enfoques actualmente aplicados que son los siguientes:

a) los derechos exclusivos de propiedad que facultan a autorizar o impedir que terceros realicen ciertos actos en relación con las ECT/EF<sup>64</sup>. Un régimen de derechos exclusivos sería una manera posible de poner en práctica el principio del “consentimiento fundamentado previo”. Se prevén derechos exclusivos de propiedad en la Ley Tipo de Túnez de 1976, las Disposiciones Tipo de 1982, la Ley de Panamá de 2000, el Marco Regional del Pacífico de 2002 y la Ley de Filipinas de 1997;

b) atribuciones previstas en los sistemas de remuneración equitativa/responsabilidad pecuniaria, que prevén alguna forma de compensación equitativa para los titulares de derechos por la utilización de sus ECT/EF sin crear un derecho exclusivo sobre las ECT/EF. Este criterio ha sido utilizado en algunos sistemas de protección de las ECT/EF, a menudo aplicando lo que se denomina “*domaine public payant*”<sup>65</sup>;

c) un criterio de derechos morales que comprenden normalmente: el derecho a la atribución de la titularidad, el derecho a impedir una falsa atribución; el derecho a que el material protegido no sea objeto de un tratamiento despectivo; y en algunas jurisdicciones, el derecho a publicar o divulgar (el derecho a decidir si, cuándo y cómo el material protegido deberá ponerse a disposición del público)<sup>66</sup>. “El derecho a la integridad que protege la

---

<sup>61</sup> Ello podría incluir la comercialización de objetos tradicionales de souvenir falsificados, considerados como “indígenas”, “fabricados por indígenas” o “auténticos”.

<sup>62</sup> Entre los ejemplos se podría citar el uso de música tradicional como parte de un álbum de “música mundial” sin mencionar la fuente de procedencia de la música.

<sup>63</sup> Se ha citado como ejemplo una patente concedida para un proceso de fabricación del *steelpan*, instrumento musical del Caribe. Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3, párr. 188.

<sup>64</sup> Véase GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 2 y Anexo II, pág. 5), Zambia (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 38).

<sup>65</sup> Véase GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 2 y Anexo II, pág. 5), Acuerdo de Bangui por el que se establece la OAPI, véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF 3.

<sup>66</sup> Véase Lucas-Schloetter, “Folklore” en von Lewinski, S. Indigenous Heritage and Intellectual Property, 2004 (Kluwer), pág. 298.

reputación de los creadores puede responder a la inquietud respecto del uso inapropiado de las expresiones del folclore impidiendo la distorsión, alteración o deformación de las obras de los creadores. Ello permite una reparación contra el trato culturalmente inapropiado de las expresiones del folclore... El derecho a la publicación es el derecho del creador a decidir cuándo, dónde y en qué forma será publicada su obra. Puede resultar eficaz al proporcionar a los creadores del folclore cierto grado de control sobre la publicación o la divulgación de obras sagradas y reducir así la posibilidad de que se haga un uso inapropiado de las mismas. Además, podría conjugarse potencialmente con una demanda por abuso de confianza si la información sagrada ha sido comunicada mediante una confidencia”<sup>67</sup>. La protección de los derechos morales está prevista en las Disposiciones Tipo de 1982, el Marco Regional del Pacífico de 2002 (y, en relación con las interpretaciones o ejecuciones de ECT/EF, en el WPPT de 1996);

d) un enfoque basado en la competencia desleal que prevé el derecho a impedir distintos actos que constituyan “competencia desleal” en sentido amplio, como las prácticas comerciales engañosas o fraudulentas, el enriquecimiento ilícito, la atribución engañosa y el aprovechamiento comercial indebido<sup>68</sup>. Encontramos este enfoque en la Ley Norteamericana de Artes y Oficios y también en las Disposiciones Tipo de 1982;

e) un enfoque basado en las sanciones penales, según el cual, ciertos actos y omisiones se consideran delitos penales. En las Disposiciones Tipo de 1982 y en el Marco Regional del Pacífico de 2002 se prevén algunas infracciones del ámbito penal<sup>69</sup>.

55. Estas distintas opciones no se excluyen mutuamente sino que podrían combinarse, de conformidad con el principio rector de flexibilidad y exhaustividad. Por ejemplo, una opción podrá ser más pertinente o más adecuada para una determinada forma de ECT/EF. La mayoría de los sistemas *sui generis* incluyen una de esas opciones, y a menudo más de una, y una protección exhaustiva de las ECT/EF podrá estar garantizada por más de una ley o por normas consuetudinarias y códigos legales. (Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/7/4 donde se estudian más en detalle todas estas opciones.)

#### El alcance de la protección

56. Si resumimos la experiencia acumulada hasta ahora así como las declaraciones y presentaciones de los Estados miembros, comunidades y demás partes interesadas, los derechos y atribuciones que podrían utilizarse para proteger las ECT/EF pueden ser los siguientes:

a) siguiendo el ejemplo de la mayoría de las legislaciones nacionales que se inspiran en el derecho de autor para proteger las ECT/EF, los derechos sobre el material literario y artístico tradicional podrían ampliarse a actos como la reproducción, la adaptación, la interpretación pública, la distribución, la recitación pública, la comunicación al público, la realización de obras derivadas y la importación (de copias y adaptaciones no autorizadas en virtud de la normativa del país importador):

---

<sup>67</sup> Palethorpe y Verhulst, *Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law*, 2000, pág. 31.

<sup>68</sup> GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 2).

<sup>69</sup> Artículos 26 a 29.

i) las medidas *sui generis* vigentes en las legislaciones de derecho de autor tratan los derechos de forma muy diferente, por lo que resultaría muy difícil codificar sus elementos comunes<sup>70</sup>. Véase también el Marco Regional del Pacífico de 2002 que incluye derechos exclusivos típicos del tipo del derecho de autor, incluido un derecho de adaptación y un derecho “a crear obras derivadas”<sup>71</sup>;

ii) se podrían ceder esos derechos y otorgar licencias sobre los mismos (aunque en función de la legislación de que se trate podrían restringirse estas cesiones para asegurar que los derechos permanecen en las comunidades tradicionales, como es el caso del Marco Regional del Pacífico<sup>72</sup>, o para exigir el consentimiento de una autoridad competente<sup>73</sup>);

iii) las cuestiones políticas y jurídicas clave giran en torno al derecho de adaptación, el derecho a realizar obras derivadas, y el establecimiento de excepciones y limitaciones apropiadas. Las Disposiciones Tipo no proporcionan un derecho de adaptación y permiten una amplia excepción respecto del “préstamo de las expresiones del folclore para crear una obra original de un autor o autores”<sup>74</sup>. Las legislaciones *sui generis* nacionales sobre protección de las ECT difieren en este punto: algunas conceden un derecho de adaptación y otras no. El Marco Regional del Pacífico contempla un derecho de adaptación e impone determinadas obligaciones a los creadores externos para con la comunidad vinculada a ese derecho (como el reconocimiento expreso y/o la participación en los beneficios dimanantes de la explotación del derecho de autor y el respeto de alguna forma de derechos morales sobre la utilización de las tradiciones);

b) la prevención de los usos vejatorios, despectivos y cultural y espiritualmente ofensivos de las ECT/EF, basada en principios de derechos morales (por ejemplo, las Disposiciones Tipo de 1982 o el Marco Regional del Pacífico de 2002<sup>75</sup>. Tal como se ha dicho, Australia está elaborando disposiciones legislativas para introducir derechos morales comunales en su Ley de derecho de autor);

c) el incumplimiento de la mención de la fuente o indicaciones engañosas al respecto, también sobre la base de derechos morales implícitos en el derecho de autor. Las Disposiciones Tipo, el Marco Regional del Pacífico y muchos sistemas de protección del folclore basados en el derecho de autor prevén derechos y recursos respecto del incumplimiento de la mención de la fuente;

---

<sup>70</sup> Véanse y compárense, por ejemplo, las legislaciones de Angola, Argelia, Benin, Burkina Faso, Camerún, Congo, Côte d’Ivoire, Djibouti, Gabón, Ghana, Guinea, Lesotho, Malawi, Malí, Marruecos, Nigeria, Qatar, República Centroafricana, Senegal, Sri Lanka, Togo y Túnez. Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10, así como “*Folklore*” de Lucas-Schloetter en von Lewinski, S. (Ed.), “*Indigenous Heritage and Intellectual Property*”, 2004 (Kluwer), párrafos 286 a 291, donde los sistemas vigentes basados en el derecho de autor se analizan y comparan en profundidad. Asimismo, P. Kuruk, “*Protecting Folklore Under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States,*” 48 *American University Law Review* 769 (1999).

<sup>71</sup> Artículo 7.

<sup>72</sup> Artículo 10.

<sup>73</sup> Malí, Marruecos, Rwanda, Túnez. Véase “*Folklore*” de Lucas-Schloetter en von Lewinski, S. (Ed.), “*Indigenous Heritage and Intellectual Property*”, 2004 (Kluwer), *ibid.*

<sup>74</sup> Artículo 4.1)iii) de las Disposiciones Tipo de 1982.

<sup>75</sup> Véase el Artículo 13.

d) tanto derechos morales como patrimoniales para los intérpretes o ejecutantes de expresiones del folclore, paralelamente a la protección ya disponible en virtud del WPPT de 1996;

e) en relación con la artesanía en particular, las Disposiciones Tipo y la Ley de Panamá de 2000 prevén explícitamente la protección de los diseños como expresiones tangibles del folclore;

f) la protección de la reputación (el carácter distintivo, el “estilo” y la “autenticidad”) de las ECT y la prevención de reivindicaciones falsas o engañosas respecto de la “autenticidad”, el origen, el vínculo o la aprobación de una comunidad, mediante opciones como las siguientes:

i) marcas de certificación (ejemplos de Australia<sup>76</sup>, Nueva Zelandia<sup>77</sup>, y los Estados Unidos de América<sup>78</sup>);

ii) la normativa sobre “verdad en la publicidad”, prácticas comerciales y etiquetado (por ejemplo, la Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas, de 1990<sup>79</sup>);

iii) las indicaciones geográficas (Portugal, la Federación de Rusia y México ofrecen ejemplos pertinentes de registro de indicaciones geográficas con respecto a las ECT y los conocimientos tradicionales conexos<sup>80</sup>); y

iv) la normativa sobre competencia o prácticas comerciales desleales (por ejemplo, véase el debate en torno a la empresa australiana a la que se impidió continuar describiendo o catalogando sus *souvenirs* de tipo indígena, pintados o tallados a mano, como “arte aborígen” o “auténtico”, a menos que tuviera razones para creer que la obra de arte o el *souvenir* habían sido pintados o tallados por una persona de descendencia aborígen<sup>81</sup>);

g) prevención del registro no autorizado de signos, símbolos y otras marcas indígenas como marcas de fábrica. La Comunidad Andina, los Estados Unidos de América y Nueva Zelandia han creado mecanismos a tal efecto<sup>82</sup>

h) la prevención de la explotación de objetos sagrados y secretos basada en principios de competencia desleal, información no divulgada y confidencial, abuso de confianza y otros ámbitos conexos. Por ejemplo, en el Artículo 39 del Acuerdo sobre los ADPIC se dispone que al garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el Artículo 10*bis* del Convenio de París, los Miembros de

---

<sup>76</sup> Véase *Minding Culture*, estudios de casos, por Terri Janke, “*Indigenous Arts Certification Mark*”, en la dirección <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

<sup>77</sup> Para más información sobre la marca Toi Iho™, véase <http://www.toiho.com>.

<sup>78</sup> La Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América, de 1990, permite a la Junta de Artes y Oficios Indígenas registrar marcas genuinas y de calidad.

<sup>79</sup> WIPO/GRTKF/IC/3/10, párr. 122.i).

<sup>80</sup> Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3.

<sup>81</sup> Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3 y <http://www.accc.gov.au> (7 de abril de 2003).

<sup>82</sup> Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3.

la Organización Mundial del Comercio protegerán la “información no divulgada”, de conformidad con la definición que figura en ese Artículo, contra la adquisición ilegítima, la divulgación o la utilización contrarias a las prácticas comerciales honestas. En el caso australiano *Foster contra Mountford*<sup>83</sup>, se aplicó la doctrina del Derecho común inglés relativa a la información confidencial para impedir la publicación de un libro que contenía información confidencial desde el punto de vista cultural;

i) la prevención de la concesión de derechos de patente sobre ECT/EF y obras derivadas que no presentan grado alguno de innovación. En el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3 Add. se informó de la posibilidad de elaborar instrumentos de clasificación de la propiedad industrial para la protección preventiva de las ECT/EF.

#### Control comunal sobre las obras derivadas

57. En debates anteriores se ha centrado la atención en la posibilidad de establecer un reglamento comunal para la explotación de las obras derivadas, en particular, las no vinculadas a las tradiciones y al material cultural que hayan adaptado o en los que se hayan inspirado. Las Disposiciones Tipo, la Ley Tipo de Túnez, el Acuerdo de Bangui y otros sistemas *sui generis* y legislaciones nacionales por lo general no regulan la explotación de las obras derivadas. En las Disposiciones Tipo de 1982 no se contemplan derechos de adaptación pero se prevé una amplia “excepción de préstamo”. Sin embargo, la adaptación y la comercialización de material tradicional por terceros es frecuentemente la causa de la mayoría de los agravios culturales y los perjuicios económicos. Incluso se ha afirmado que el derecho de autor y los demás derechos de propiedad intelectual no deberían ser reconocidos en esas creaciones basadas en la tradición y realizadas por terceros. Algunos alegan que es así precisamente como debe funcionar el sistema de la propiedad intelectual, es decir, no para recompensar la preservación del pasado sino más bien para revitalizarlo e incentivar la creatividad basada en la tradición con miras a fomentar el desarrollo económico<sup>84</sup>. Se ha señalado que cualquier derecho de autor sobre la obra derivada sólo se relaciona con los nuevos materiales y no afecta al material subyacente. Esto ya ha sido mencionado en anteriores documentos como el principio del “derecho de autor restringido”<sup>85</sup>.

58. Un posible enfoque de compromiso es el del Marco Regional del Pacífico que impone a los creadores de obras derivadas ciertas obligaciones para con la comunidad pertinente (como el reconocimiento expreso, la participación en los beneficios dimanantes de la explotación de la propiedad intelectual sobre las obras derivadas y el respeto de alguna forma de derechos morales sobre la utilización de las tradiciones y el patrimonio).

---

<sup>83</sup> (1976) 29 FLR 233.

<sup>84</sup> Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/3/11.), Egipto (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 34), documento presentado por el Grupo Africano WIPO/GRTKF/IC/3/15).

<sup>85</sup> Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3.

### Principio del alcance de la protección

Se adoptarán las medidas adecuadas para garantizar:

i) que se impida: la reproducción, la adaptación, la comunicación al público y otras formas similares de explotación de las ECT/EF de un valor o significado cultural o espiritual particular (como las ECT/EF sagradas), así como las de sus derivados; cualquier deformación, mutilación u otra modificación o atentado a las mismas; y la adquisición por terceros de derechos de propiedad intelectual sobre las mismas;

ii) que se impida la divulgación no autorizada de ECT/EF secretas y su consiguiente utilización, así como la adquisición por terceros de derechos de propiedad intelectual sobre las mismas;

iii) con respecto de las interpretaciones o ejecuciones de ECT/EF, que están protegidos los derechos morales y patrimoniales según lo estipulado en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996; y

iv) que, cuando se utilicen y exploten otras ECT/EF:

- se reconozca a las comunidades indígenas, tradicionales, u otras comunidades culturales pertinentes como la fuente de toda obra derivada de las ECT/EF o inspirada en ellas;
- pueda impedirse o sancionarse por lo civil o lo penal toda deformación, mutilación u otra modificación de una ECT/EF, u otro atentado a la misma, que sea ofensiva o perjudicial para la reputación de la comunidad, sus valores tradicionales o su identidad o integridad cultural;
- pueda impedirse o sancionarse por lo civil o lo penal toda indicación o aseveración, hecha en el ejercicio del comercio y contraria a los usos honestos, que sea falsa, engañosa o cause confusión en cuanto al origen, la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud para el uso o destino propuestos, la cantidad, la aprobación por la comunidad o el vínculo con esta última, de bienes o servicios que hagan referencia a las ECT/EF, se valgan de ellas o las evoquen; y
- haya una remuneración equitativa o una participación en los beneficios con arreglo a las condiciones definidas por la autoridad competente y por la comunidad pertinente cuando la explotación se realice con ánimo de lucro.



59. Estos principios propuestos deberán interpretarse a la luz de los siguientes comentarios y clarificaciones:

a) las formas jurídicas posibles de protección (por ejemplo, mediante derechos exclusivos, derechos no exclusivos, sanciones penales, o competencia desleal u otros mecanismos jurídicos) se examinan detalladamente en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/4;

b) de conformidad con los principios rectores, el principio del alcance de la protección se aplicaría a las distintas clases de ECT/EF de diferentes maneras:

i) por ejemplo, respecto de las ECT/EF culturalmente importantes y secretas, se han previsto formas sólidas de protección mediante las palabras “se adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que se impida ...” Las leyes nacionales y regionales podrían determinar en qué forma se realizaría precisamente ese impedimento. Dichas formas sólidas de protección podrían ser, por ejemplo, un derecho exclusivo de propiedad o el derecho al consentimiento fundamentado previo (véase el documento WIPO/GRTKF/IC/7/4);

ii) además, la referencia a “(impedir) la adquisición por terceros de derechos de propiedad intelectual sobre” equivale a aplicar medidas de “protección preventiva” para impedir la obtención y el ejercicio del derecho de autor, los derechos sobre marcas, los derechos de patentes y otros derechos de propiedad intelectual sobre las ECT/EF sagradas y secretas. Una vez más, este principio podría aplicarse o realizarse de diversas maneras (véase el documento WIPO/GRTKF/IC/7/4);

iii) particularmente respecto de las ECT/EF sagradas o secretas, estas formas de protección deberán complementar y fomentar el derecho y la responsabilidad de las comunidades a ejercer un control eficaz sobre el acceso a las ECT/EF que sean particularmente importantes para ellas, de conformidad con normas consuetudinarias y sistemas de gobernanza (véase el principio de receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades pertinentes);

iv) la protección aplicable a las interpretaciones o ejecuciones de expresiones del folclore podría inscribirse ampliamente en el marco de los derechos morales y patrimoniales a que hace referencia el WPPT de 1996 (Artículo 6 a 10) y el derecho de remuneración en el caso en que la interpretación o ejecución se registra como una grabación sonora (Artículo 15) quizás publicada o no publicada con fines comerciales (véase la segunda Declaración Concertada relativa al Artículo 15);

v) para otras ECT/EF que incluirían en particular las ECT/EF que ya estén públicamente disponibles o accesibles, se insiste más bien en la reglamentación de su utilización. No se exige una autorización anterior, pero se regulan los usos, incluso mediante sanciones penales (también en este caso, la elección de la sanción o del derecho incumbe a las leyes nacionales o regionales). El uso de esas ECT/EF se regula inspirándose de principios de derechos morales, sistemas de remuneración equitativa y de competencia desleal en particular. Las comunidades insisten siempre en el derecho a denegar el acceso a todas sus ECT/EF, con lo cual obtienen quizás la protección más eficaz posible;

c) el principio propuesto de efectividad y accesibilidad de la protección aboga contra la imposición de cualesquiera formalidades para la protección especial de las ECT/EF (distintas de las formalidades aplicables al registro de derechos de propiedad intelectual convencionales sobre las marcas, innovaciones y diseños basados en la tradición). En

cambio, los objetivos políticos de transparencia y certidumbre ponen de relieve el valor del sistema de notificación o registro para las formas de protección más sólidas previstas (por ejemplo, para las ECT/EF sagradas, garantizando sin embargo que el registro no debe suponer la divulgación inapropiada de dicho material);

d) se utiliza la palabra “fuente” de una ECT en lugar de la palabra “origen” porque, tal como lo señalan los expertos en folclore y otros, suele ser muy difícil determinar dónde se originó efectivamente una ECT determinada.

#### Excepciones y limitaciones

60. En debates anteriores se han definido tres cuestiones importantes que determinan qué usos de las ECT/EF deben estar sujetos a cierta forma de autorización:

- a) ya sea con o sin ánimo de lucro;
- b) ya sea que el uso lo hagan miembros o no miembros de la comunidad pertinente de la que proceda la expresión; y
- c) ya sea que la utilización ocurra fuera del contexto tradicional o consuetudinario.

61. En primer lugar, como muchos ya lo han afirmado, la protección de las ECT/EF no deberá impedir que las propias comunidades utilicen, intercambien y transmitan entre ellas expresiones de su patrimonio cultural tradicional, de conformidad con sus tradiciones y costumbres, y las desarrollen mediante una continua copia e imitación. De ahí que uno de los principios fundamentales debería ser que los usos, intercambios y transmisiones de ECT/EF tradicionales determinados por las normas y prácticas consuetudinarias, tengan o no una finalidad comercial, deberán estar exentos de la necesidad de solicitar una autorización. Las Disposiciones Tipo de 1982 se aplican únicamente a los usos de las ECT/EF que tienen lugar dentro del contexto consuetudinario o tradicional y con ánimo de lucro, y el Marco Regional del Pacífico no se aplica a los usos consuetudinarios por “titulares tradicionales” (Artículos 5 y 7.3)). La Ley de Panamá de 2000 y la Ley del Perú de 2002 también contienen disposiciones similares.

62. En segundo lugar, muchos Estados han recalcado que cualquier protección de las ECT mediante la propiedad intelectual debe estar sujeta a ciertas limitaciones a fin de no protegerlas de un modo demasiado rígido. Una protección excesivamente estricta puede ahogar la creatividad y los intercambios culturales, además de ser impracticable en su aplicación, supervisión y observancia<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> Razones similares han motivado al Comité de Expertos Gubernamentales que elaboró las Disposiciones Tipo de 1982 y que no perdió de vista la necesidad de mantener un equilibrio apropiado entre la protección contra los abusos de las expresiones del folclore, por un lado, y la libertad y el fomento de una ulterior difusión y desarrollo del folclore, por el otro. El Comité tomó en cuenta el hecho de que las expresiones del folclore forman un cuerpo vivo de la cultura humana que no debería verse ahogado por un sistema de protección demasiado rígido. También consideró que todo sistema de protección debería ser viable y eficaz en vez de ser un conjunto de requisitos imaginarios inaplicables en la práctica.

63. De los principios de P.I. se derivan otras excepciones y limitaciones (como las excepciones características de la mayor parte de las leyes de derecho de autor y la prueba del “criterio triple”). Por ejemplo, en el Marco Regional del Pacífico se contemplan excepciones características del derecho de autor (Artículo 7.4)), al igual que en las Disposiciones Tipo de 1982. Nuevamente cabe subrayar que las legislaciones de derecho de autor varían considerablemente de un país a otro en cuanto a las excepciones que contemplan. Para más ejemplos a ese respecto cabe remitirse al documento WIPO/GRTKF/IC/7/4. Ahora bien, no todas las excepciones características del derecho de autor son adecuadas pues pueden socavar los derechos que se prevén en las leyes y protocolos consuetudinarios, por ejemplo, las excepciones que permiten que las esculturas o las obras de artesanía artística expuestas permanentemente en un lugar público puedan reproducirse en fotografías, dibujos y de otras formas sin autorización previa<sup>87</sup>. Análogamente, en las leyes nacionales de derecho de autor se suele autorizar a los archivos públicos, bibliotecas y entidades de esa índole a hacer reproducciones de las obras y ponerlas a disposición del público. Ahora bien, permitir esos actos en relación con las expresiones culturales protegidas por derecho de autor puede plantear problemas culturales y espirituales.

64. Como ya se ha señalado en documentos anteriores, en las Disposiciones Tipo no se otorga a los titulares de derechos sobre las ECT/EF derechos de adaptación pero se prevé una amplia excepción en relación con “la toma de expresiones del folclore para fines de creación de una obra original de uno o varios autores”<sup>88</sup>. Ahora bien, la adaptación y la comercialización de material tradicional por terceros es el mayor perjuicio cultural y económico que se puede ocasionar.

65. A este respecto cabe remitirse a principios de orientación como los relativos al “equilibrio y proporcionalidad” y al “respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de las ECT/EF”.

#### Principio sobre excepciones y limitaciones

Las medidas de protección de las ECT/EF deben:

- a) evitar que a los miembros de la comunidad de que se trate se les impongan restricciones o impedimentos para usar, transmitir, intercambiar y desarrollar las ECT/EF dentro del contexto tradicional y consuetudinario, y con arreglo a las leyes y prácticas consuetudinarias;
- b) abarcar únicamente la utilización de las ECT/EF fuera del contexto tradicional o consuetudinario, ya sea con o sin ánimo de lucro;
- c) contemplar el mismo tipo de limitaciones que las que se permiten en la protección de las obras literarias y artísticas, los diseños, las marcas y demás objetos de propiedad intelectual, según sea el caso. No obstante, dichas limitaciones no deben permitir que la utilización de las ECT/EF sea ofensiva para la comunidad pertinente.

<sup>87</sup> McDonald, I., *Protecting Indigenous Intellectual Property* (Australian Copyright Council, Sydney, 1997, 1998), pág. 44.

<sup>88</sup> Artículo 4.1)iii), Disposiciones Tipo, 1982.

## Duración de la protección

66. Gran número de poblaciones indígenas y comunidades tradicionales aspiran a que se otorgue al menos una protección de duración indefinida en relación con algunos aspectos de las expresiones de su cultura tradicional y a ese respecto la mayor parte de las ramas del sistema de P.I. no responde a sus necesidades (no obstante, el registro de una marca se puede renovar y la protección contra la competencia desleal tiene una duración indefinida). Por lo general se considera fundamental para el equilibrio del sistema del derecho de autor el hecho de que la protección no tenga una duración indefinida, de modo que a la larga las obras pasen a formar parte del “dominio público”. Los llamamientos en favor de una protección de duración indefinida tienen mucho que ver con los llamamientos en favor de la protección retroactiva (véase, más adelante, “aplicación en el tiempo”). ¿Qué opciones existen a ese respecto?:

a) en primer lugar, cabe destacar que en la esfera del derecho de autor no faltan precedentes en la ampliación de la protección. En el Convenio de Berna y en el Acuerdo sobre los ADPIC se estipula un plazo mínimo de protección de 50 años pero se reserva a los países la libertad de prever plazos de protección más largos (y muchos se han acogido a esa posibilidad). En virtud de la Ley de Derecho de Autor del Reino Unido, los derechos sobre la famosa obra “Peter Pan” están conferidos en perpetuidad y las ganancias sobre la misma van a parar a obras de beneficencia, y en Australia se está estudiando la propuesta de conceder protección perpetua a las obras de arte de un conocido artista indígena, cuyos beneficios irían a su descendencia;

b) en cuanto a las legislaciones *sui generis*, en las Disposiciones Tipo, en la Ley de Panamá y en el Marco Regional del Pacífico no se establecen plazos;

c) en los debates del Comité se ha apuntado a la posibilidad de limitar la protección de duración indefinida a un plazo de protección “prospectivo” y no retroactivo así como a la posibilidad de proteger las ECT por un plazo de 150 años<sup>89</sup>;

d) a su vez, un comentarista ha planteado la posibilidad de establecer el plazo máximo de protección en función del ciclo de vida de la comunidad de origen. Eso entraña, al igual que con las marcas, un criterio de uso en curso, de modo que una vez que la comunidad vinculada a la ECT deje de utilizar esa expresión o deje de existir como entidad definida (también de forma análoga al abandono de una marca), se perdería la protección de la ECT<sup>90</sup>. Un enfoque de este tipo tiene la ventaja de hacer efectivas las legislaciones y prácticas consuetudinarias y de inspirarse en la auténtica esencia de la protección (cabe recordar que la esencia de las ECT/EF es que son características de una comunidad y sirven para identificarla (véase más arriba)). Cuando una ECT no cumple ya esos requisitos, deja por definición de ser un ECT y por consiguiente, deja de estar protegida. En la Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América, de 1990, se refleja en parte este enfoque al excluir de la protección los productos que ya no son “indígenas”, por ejemplo, por haber pasado a ser “industriales”. En esa ley se explica en detalle lo que se entiende por “producto indígena”. A este respecto, los principios que más pertinencia tienen son los principios generales de “equilibrio y proporcionalidad”, “receptividad a las necesidades y

---

<sup>89</sup> Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 37.

<sup>90</sup> Scafidi, S., “*Intellectual Property and Cultural Products*”, 81 *B.U.L. Rev.* 793.

expectativas de las comunidades”, y “reconocimiento de la naturaleza específica, las características y las formas tradicionales de las expresiones culturales”.

67. Si se llegara a considerar útil establecer requisitos de notificación o registro, y en función de los efectos jurídicos de estos últimos, cabe pensar que la duración de la protección iría a la par del mantenimiento de los registros que se efectúen (examinados en el presente documento en la sección “formalidades”).

#### Principio de duración de la protección

La protección concedida a una ECT/EF durará mientras se mantenga y utilice esta última y siga siendo característica de la identidad cultural y el patrimonio tradicional del correspondiente pueblo indígena o comunidad tradicional o cultural.

En las medidas de protección de las ECT/EF se pueden especificar las circunstancias en las que se considerará que una expresión ya no es característica de un pueblo o de una comunidad determinados.

#### Formalidades

68. Entre los participantes en las sesiones del Comité no faltan los que consideran que hay que velar por que la adquisición y el mantenimiento de la protección sea factible desde el punto de vista práctico, en particular, para las comunidades tradicionales, y que no suponga trámites administrativos excesivos para los titulares o administradores de los derechos. A ese respecto, cabe remitirse al principio general de “efectividad y accesibilidad de la protección” enunciado más arriba. De igual importancia es la necesidad de la que ha dejado constancia un gran número de partes interesadas y muy particularmente investigadores y usuarios, a saber, garantizar la certidumbre y la transparencia en las relaciones con las comunidades (véanse los objetivos políticos mencionados más arriba). El Grupo Africano ha hecho referencia a este respecto a la necesidad de considerar “mecanismos de registro y administración”<sup>91</sup>.

#### Protección/registro automáticos

69. Una de las cuestiones fundamentales es decidir si debe instaurarse una protección automática o cierta forma de registro.

a) una de las opciones posibles sería instaurar la protección automática sin formalidades de modo que la protección surta efecto en cuanto se cree la ECT, análogamente al sistema del derecho de autor (Disposiciones Tipo de 1982 y Marco Regional del Pacífico de 2002);

b) otra opción sería exigir una u otra forma de registro, con sujeción a un examen de forma o sustantivo. El sistema de registro vendría a ser un mecanismo declaratorio, en cuyo caso se utilizaría el registro como prueba para fundamentar una reivindicación de titularidad o para hacer valer derechos. Instaurar cierta forma de registro podría ser útil por cuanto aportaría precisión, transparencia y certidumbre en cuanto a las ECT que están protegidas y en

<sup>91</sup> Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/6/12.

beneficio de quién (Ley de Panamá de 2000, Ley del Perú de 2002 y base de datos establecida en los Estados Unidos de América para impedir el registro ilegítimo de palabras y símbolos indígenas norteamericanos a título de marcas; véanse párrafos anteriores).

#### Catalogación y documentación de las ECT/EF

70. Como ya se ha apuntado antes y en otras partes del presente documento, la catalogación de las ECT/EF no se considera necesariamente útil en tanto que estrategia de P.I. (aunque puede ser eficaz con fines de conservación)<sup>92</sup>.

#### Principio de formalidades

La protección de las ECT/EF no debería estar sujeta a formalidad alguna.

En aras de la transparencia y la seguridad, en las medidas de protección de las ECT/EF se puede exigir que ciertas categorías de ECT/EF cuya protección se solicite sean notificadas a una autoridad competente, entre otras, las ECT/EF de un valor o significado cultural o espiritual especial, como las que son sagradas. Dicha notificación tendría una función declaratoria, no crearía de por sí derechos y podría contribuir a crear formas de protección “positiva” y/o “preventiva”. Tal notificación no implicaría ni exigiría la catalogación, el registro o la divulgación al público de la ECT/EF en cuestión.

#### Sanciones, recursos y observancia

71. Las sanciones y medidas de subsanación civiles y penales disponibles en caso de vulneración de los derechos no se analizan detalladamente en el presente documento. La legislación sobre propiedad intelectual y *sui generis* vigente, la jurisprudencia y otras fuentes son una base para establecer principios, opciones y mecanismos adecuados más adelante, probablemente una vez que los principios de protección se examinen más exhaustivamente. Por ejemplo, en el Marco Regional del Pacífico figuran disposiciones detalladas sobre la observancia de los derechos<sup>93</sup>. Anteriormente se ha hecho referencia a la posible función que desempeñaría una “autoridad”, en el sentido de ayudar a las comunidades a hacer valer sus derechos.

72. No obstante, en las comunidades y en otras instancias se argumenta que las medidas de subsanación previstas en la legislación vigente no siempre son apropiadas para disuadir el uso ilegal de las obras protegidas por derecho de autor de los artistas indígenas, y no siempre prevén una compensación por daños y perjuicios equivalente al daño cultural y no económico ocasionado por la infracción. En las sentencias por daños y perjuicios de los tribunales podrían tomarse en consideración esas cuestiones culturales, como ocurrió en el caso *George M\*, Payunka, Marika y otros contra Indofurn Pty. Ltd*<sup>94</sup>. También se ha hecho referencia a la conveniencia de establecer mecanismos alternativos de solución de

<sup>92</sup> Véase también el Brasil (documento WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 69), Egipto (documento WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 196).

<sup>93</sup> Artículos 26 a 34.

<sup>94</sup> 30 IPR 209, véase T. Janke, “Cuidar la cultura”.

controversias en este ámbito<sup>95</sup> y en el Marco Regional del Pacífico se hace referencia específica a esos mecanismos<sup>96</sup>.

#### Principio de sanciones, recursos y observancia

Para los casos de quebrantamiento de la protección concedida a las ECT/EF se deberían establecer mecanismos de observancia y solución de controversias, así como sanciones y recursos accesibles y apropiados.

Existirá una autoridad encargada, entre otras cosas, de asesorar y asistir a las comunidades en cuestiones relacionadas con la observancia de los derechos, y de iniciar procedimientos civiles y penales en su nombre cuando resulte apropiado y cuando éstas lo soliciten.

#### Aplicación en el tiempo

73. Cabe plantearse si la protección debería tener efecto retroactivo y en particular, cómo abordar los usos de las ECT/EF que perduren y hayan comenzado legítimamente antes de la entrada en vigor de la legislación o el instrumento. En las leyes vigentes se contemplan varias opciones a ese respecto:

- i) la retroactividad de la ley, lo que significa que dichos usos de ECT quedarían sujetos a la solicitud de autorización en virtud de la nueva ley o normativa;
- ii) la no retroactividad, lo que significa que en la ley sólo quedarían contemplados los usos que se hayan iniciado después de la entrada en vigor de la misma; y
- iii) una solución intermedia, a saber, que las utilizaciones que conforme a la ley queden sujetas a la necesidad de autorización pero se hayan iniciado sin dicha autorización antes de la entrada en vigor de la ley deberán finalizar dentro de cierto plazo salvo que el usuario obtenga la autorización necesaria en ese período.

74. En términos generales, en la legislación de derecho de autor y derechos conexos existen varias formas de enfocar la cuestión de “aplicación en el tiempo”, es decir, la cuestión de aclarar si los nuevos derechos o los derechos recientemente ampliados se aplican de forma retroactiva. Entre esas opciones está la de la no retroactividad, la retroactividad parcial en el sentido de reconocer los derechos a seguir utilizando la expresión que hayan adquirido terceros sobre la base de la buena fe y otras salvaguardias de los intereses legítimos de terceros.

75. Las Disposiciones Tipo no se pronuncian sobre esta cuestión. En la Ley de Panamá de 2000 se estipula que los derechos adquiridos anteriormente serán respetados y no se verán afectados por la ley. En el Marco Regional del Pacífico se adopta en términos generales la solución intermedia anteriormente descrita. Véanse los Artículos 3.2) y 3.3) así como el 35. En la Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de 1990 se contempla exclusivamente la cuestión de forma prospectiva (desde 1935, cuando la ley anterior entró en vigor).

<sup>95</sup> GRULAC (documento OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 9), Grupo Asiático (documento OMPI/GRTKF/IC/2/10), Grupo Africano (documento WIPO/GRTKF/IC/3/15).

<sup>96</sup> Artículo 33.

#### Principio de aplicación en el tiempo

Todo uso que aún perdure de una ECT/EF que haya comenzado antes de la introducción de las nuevas medidas de protección de las ECT/EF deberá ser puesto en conformidad con esas medidas en un plazo razonable tras su entrada en vigor, y con sujeción a que se traten de forma equitativa los derechos e intereses adquiridos por terceros mediante el uso anterior y de buena fe de esa ECT/EF. Se permitirá que continúen los usos de buena fe que se remonten a muchos años, pero instando al usuario a que reconozca la fuente de las ECT/EF en cuestión y comparta los beneficios con la comunidad de origen. Los demás usos deberán cesar después de finalizado un período de transición razonable.

#### Relación con la protección por propiedad intelectual

76. Como ya se ha dicho antes, toda protección especial que se otorgue a las ECT/EF debe complementar la protección por P.I. de que se pueda gozar en virtud de las legislaciones en esa esfera y no ir en detrimento de la misma. Esa cuestión viene particularmente al caso en lo que respecta a las obras derivadas. En anteriores análisis la atención se ha centrado en la posibilidad de regular la utilización de las obras derivadas en ciertos casos, sin afirmar que no deben reconocerse los derechos de P.I. sobre dichas obras, a saber:

a) en las Disposiciones Tipo de 1982 no se limita ni se pone en entredicho protección alguna de que puedan beneficiarse las expresiones del folclore en virtud de las leyes de P.I. y de patrimonio cultural (Artículo 12);

b) A su vez, en el Marco Regional del Pacífico se estipula que los derechos sobre las ECT/EF serán complementarios de los derechos de P.I. existentes y no afectarán a estos últimos (Artículo 11) y que todo derecho de P.I. que exista en relación con una obra derivada recaerá en el creador de la obra, salvo disposición contraria en la legislación de P.I. de que se trate (Artículo 12).

#### Principio de relación con la protección por propiedad intelectual

La protección especial concedida a las ECT/EF no debe sustituir cualquier otro tipo de protección aplicable a las ECT/EF y obras derivadas en virtud de otras disposiciones de legislaciones de propiedad intelectual, antes bien, será complementaria de la misma.

#### Protección regional e internacional

Por dimensión internacional de la P.I. en general y de la labor del Comité en relación con las ECT/EF se entiende principalmente el reconocimiento de que los titulares extranjeros de derechos deben tener acceso al sistema nacional de protección a la par de los nacionales; la creación de mecanismos prácticos que faciliten la obtención y la administración de los derechos de P.I. en jurisdicciones extranjeras; y la elaboración de normas sustantivas que establezcan criterios internacionales sobre la forma de proteger la P.I.: en el plano nacional (como normas mínimas de protección) y sobre la forma de salvaguardar otros intereses, como los de terceros y los del público en general (entre otros medios, mediante excepciones relativas a los derechos de P.I. y medidas de subsanación en caso de vulneración de los derechos de P.I.).



77. Además de estos aspectos principales, la dimensión internacional abarca potencialmente una serie de elementos políticos, jurídicos, técnicos y prácticos que pueden incidir de diversas maneras en las legislaciones e instituciones nacionales y regionales. En el documento WIPO/GRTKF/IC/6/6 se señalan esos elementos:

- a) coordinación y esclarecimiento de los vínculos con otros elementos de la legislación internacional;
- b) consideración de los actuales instrumentos legislativos y normas internacionales en materia de P.I. aplicables a las ECT;
- c) interpretación de las normas internacionales en vigor y elaboración de nuevas normas internacionales que sean de aplicación en el tratamiento de las ECT en el marco de ordenamientos jurídicos nacionales, y esclarecimiento de la diversidad de opciones jurídicas de alcance nacional que puedan utilizarse para aplicar esas normas;
- d) mecanismos internacionales por medio de los cuales los nacionales de un país puedan gozar de los derechos de P.I. en una jurisdicción extranjera;
- e) coordinación y articulación de posiciones y objetivos políticos comunes, así como directrices para alcanzarlos;
- f) mecanismos internacionales para posibilitar o simplificar los trámites de notificación o registro como base para el reconocimiento de un derecho de P.I. en el marco de una legislación nacional;
- g) coordinación administrativa, simplificación y cooperación en el funcionamiento de los sistemas de derechos de P.I. en el marco de la legislación nacional, contando con las normas de clasificación y catalogación;
- h) coordinación internacional de los mecanismos utilizados en la administración y la gestión colectivas de los derechos de P.I.;
- i) solución de controversias internacionales; y
- j) solución de controversias privadas que comprendan más de una jurisdicción, por medio de instrumentos internacionales o cuasi-internacionales.

78. En el documento WIPO/GRTKF/IC/6/6 se examinan detalladamente todos y cada uno de esos elementos. Sin repetir toda la información contenida en ese documento, en los párrafos siguientes se señala la información que tiene una importancia especial para las ECT respecto de alguna de esas cuestiones.

a) Análisis del contexto jurídico internacional en su conjunto

79. Parte de la dimensión internacional del mandato del Comité consiste en el análisis de la legislación internacional vigente en otras esferas del Derecho además de la P.I. Con respecto a las ECT/EF figuran, entre otras esferas, el patrimonio cultural, la educación, los sectores creativos, la promoción del turismo, los derechos humanos, las normas laborales, los problemas de las comunidades indígenas y el comercio y la industria (creación de pequeñas empresas y fomento de las artes y los oficios). Varios participantes en las sesiones del Comité se han referido con interés a la necesidad de estrechar la colaboración con otros organismos internacionales que guardan relación con el mandato del Comité. Como se ha explicado anteriormente (en el principio de concordancia con otros procesos e instrumentos regionales e internacionales), entre los instrumentos jurídicos internacionales que revisten una importancia especial para las ECT/EF están los instrumentos administrados o en curso de creación por la UNESCO (como la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial y un proyecto de convenio sobre la protección de la diversidad del contenido cultural y las expresiones artísticas). La Asamblea General de la OMPI ha señalado que la

atención del Comité debe centrarse en la “dimensión internacional de su labor... sin perjuicio de la labor que se lleve a cabo en otros foros”, con lo que se apunta a la necesidad de constituir una base de consulta, coordinación e información sobre los avances que se realicen en otras instancias.

b) Normas internacionales de P.I. vigentes

80. En los tratados de P.I. figura un gran número de disposiciones que reflejan la experiencia práctica adquirida en la protección de la ECT como objeto de P.I., a saber:

- Convenio de Berna – derechos patrimoniales y morales sobre las obras artísticas y literarias cuando se trate de expresiones culturales tradicionales, incluidas las obras anónimas y obras no publicadas de autor desconocido (Artículo 15) y posibilidad de proteger obras que no estén fijadas (Artículo 2.2));
- Convenio de París – protección de las marcas colectivas y de certificación, protección de escudos de armas, banderas, otros emblemas de Estado, signos y punzones (Artículo 6ter), protección de los diseños industriales y represión de la competencia desleal (incluidas las indicaciones falsas en el sentido de que los productos son tradicionales o están vinculadas a una comunidad indígena o local);
- WPPT – protección de las interpretaciones y ejecuciones de expresiones del folclore;
- Arreglo de Lisboa – protección de las denominaciones de origen relacionadas con productos que incorporan conocimientos tradicionales o están vinculados a culturas tradicionales;
- Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (y Protocolo de Madrid) – protección de las marcas de certificación relativas a los productos de origen tradicional;
- Acuerdo sobre los ADPIC, de la OMC – se ha apuntado a que varios de los derechos de P.I. que se contemplan en el Acuerdo sobre los ADPIC pueden aplicarse a las expresiones culturales tradicionales; además de las categorías anteriormente señaladas, en el Acuerdo sobre los ADPIC se contemplan dos categorías de protección que se han utilizado para las ECT/EF – las indicaciones geográficas (categoría más amplia en alcance que las denominaciones de origen) y la información no divulgada (información confidencial o secretos comerciales), quedando vinculadas ambas formas de protección a la represión de la competencia desleal en virtud el Convenio de París.

c) Establecimiento de normas internacionales: elaboración de las normas y armonización

81. Se han presentado propuestas para la elaboración de normas internacionales en el contexto del Comité<sup>97</sup>, en la Asamblea General de la OMPI<sup>98</sup> y en otros foros<sup>99</sup>. La fijación

---

<sup>97</sup> Véanse, por ejemplo, las propuestas planteadas en la quinta sesión del Comité (documento WIPO/GRTKF/IC/5/15, bajo los epígrafes “Declaraciones generales” y “Labor futura”).

<sup>98</sup> Véase el documento WO/GA/30/8, “Informe de la Asamblea General de la OMPI”, párrafos 65 a 92, *pássim*.

<sup>99</sup> Por ejemplo, en el proyecto de Decisión relativa a los conocimientos tradicionales, contenida en el documento IP/C/W/404 de la OMC, “Impulsar la revisión del párrafo 3.b) del Artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC, Comunicación conjunta del Grupo Africano.”

de normas y la elección del mecanismo adecuado son cuestiones políticas esenciales sobre las que han de reflexionar y tomar decisiones los Estados miembros de la OMPI. Por lo tanto, en el presente documento no se pretende promover ningún resultado concreto ni expresar preferencia alguna, sino sencillamente catalogar y describir objetivamente las opciones posibles, entre las cuales podrían figurar las siguientes:

- Uno o varios instrumentos internacionales con carácter vinculante;
- una declaración o recomendación no vinculante;
- directrices o disposiciones tipo;
- interpretaciones autorizadas o persuasivas de los instrumentos jurídicos existentes, y
- una declaración política internacional, con carácter prioritario, en la que se defiendan los principios clave y se establezcan las necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales.

82. Estas opciones se vuelven a examinar en el documento WIPO/GRTKF/IC/6/6. En lo relativo a las ECT/EF en particular, el WPPT es un acuerdo independiente (es decir, no se trata de un arreglo particular circunscrito a un convenio o a una unión de más amplio alcance), que sin embargo forma parte de una estructura jurídica internacional más amplia. En cambio, su contraparte respecto del derecho de autor, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), es un arreglo particular en virtud del Artículo 20 del Convenio de Berna.

83. Varias disposiciones del Convenio de Berna se prestan a una mayor elaboración en relación con algunos aspectos de la protección de las ECT. Por ejemplo, las disposiciones del Convenio de Berna sobre obras no fijadas<sup>100</sup> y “anónimas”<sup>101</sup> suelen ser consideradas como potencialmente pertinentes para la protección de obras amparadas por derecho de autor que han sido desarrolladas en un contexto tradicional, en los que la transmisión oral y la incertidumbre en cuanto a su autor puedan ser más frecuentes que en un contexto convencional. En algunas leyes nacionales se especifica que esas disposiciones se aplican al folclore. Las disposiciones del Convenio de Berna sobre derechos morales (Artículo 6*bis*) también pueden aplicarse a los casos de falseamiento de la fuente de las ECT o cuando se hace un uso despreciativo de las mismas. También se ha sugerido que las disposiciones del Convenio de París relativas a la competencia desleal podrían servir de modelo de protección. Tanto el Convenio de Berna como el de París son medios potenciales para esclarecer la cuestión de si los titulares extranjeros de derechos están facultados para conservar esa protección en jurisdicciones que no sean las suyas de origen, concretamente mediante el principio del trato nacional. En la medida en que las ECT estén protegidas mediante derecho de autor, en el Convenio de Berna se dispone el trato nacional, por ejemplo.

84. La OMPI ha elaborado en el pasado disposiciones tipo sobre diferentes temas, como por ejemplo la Ley Tipo de Túnez sobre el Derecho de Autor para los Países en Desarrollo (1976) y las Disposiciones Tipo para las Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y Otras Acciones Lesivas (1982); de hecho estas últimas disposiciones se concibieron como futura base de un tratado internacional, pero los expertos que participaron en su elaboración llegaron a la conclusión de que iba a ser un paso prematuro. Muchos de los Estados que cumplieron el cuestionario de 2001 sobre folclore/ECT señalaron la necesidad de elaborar nuevas disposiciones tipo, directrices o

---

<sup>100</sup> Artículo 2.2).

<sup>101</sup> Artículo 15.4).

recomendaciones no vinculantes para las legislaciones nacionales tomando como punto de partida las Disposiciones Tipo de 1982. En los resultados del cuestionario y de otras actividades de la OMPI se plantearon diversas propuestas de actualización y modificación de las Disposiciones Tipo (véase el informe sobre los resultados del cuestionario, documento WIPO/GRTKF/IC/3/10). Sin embargo, una de las propuestas que figuraban en ese informe para que se elaboraran nuevas disposiciones tipo no vinculantes para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore no fue aprobada por el Comité en su tercera sesión, celebrada en junio de 2002.

d) Reconocimiento mediante la legislación internacional de los derechos de nacionales fuera de sus países de origen.

85. En la dimensión internacional del sistema convencional de P.I., destaca como piedra angular el mecanismo que permite establecer que los titulares extranjeros de derechos están facultados para recibir protección. Como regla, la norma internacional permite a los titulares extranjeros de derechos un acceso relativamente libre a los sistemas de propiedad intelectual (siempre que sean nacionales de un país que haya contraído los compromisos pertinentes mediante algún tratado), una norma que se remonta a los primeros convenios internacionales del siglo XIX. En virtud de las obligaciones que se estipulan en el Convenio de París, el Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los ADPIC y otros tratados de propiedad intelectual, el principio de trato nacional es de aplicación, en términos generales, a la mayor parte de las categorías de protección de P.I. (con algunas excepciones). Además, los Miembros de la OMC (aunque también con algunas excepciones) deben aplicar el principio de nación más favorecida, al menos en relación con la protección de la P.I., que se establece en el Acuerdo sobre los ADPIC. En determinadas circunstancias, también pueden determinarse otros aspectos específicos de la protección de la propiedad intelectual (como la duración del período de protección del derecho de autor) aplicando el principio de reciprocidad.

86. Por el contrario, en algunas formas *sui generis* de protección de la propiedad intelectual establecidas en el marco de legislaciones nacionales no se contempla necesariamente el acceso automático de los titulares extranjeros al sistema de P.I. o su facultad para recibir protección respecto de las ECT. Algunos sistemas de registro y reconocimiento de derechos *sui generis* sobre ECT se centran en los titulares que sean nacionales del país que otorga la protección o que pertenezcan a comunidades reconocidas por dicho país.<sup>102</sup> Un modelo aplicado es el de la protección recíproca. Por ejemplo, dos leyes, a saber, la Ley de Panamá de 2000 y el Marco Regional del Pacífico del 2002, prevén protección del material de origen extranjero. En las Disposiciones Tipo de 1982 se prevé la protección de las ECT/EF de origen extranjero ya sea en virtud de la reserva de reciprocidad o en base a tratados internacionales<sup>103</sup>.

87. En principio, el acceso de los custodios extranjeros de ECT a los sistemas nacionales de protección *sui generis* puede suponer diversas formas de reconocimiento. Por ejemplo, puede conllevar:

- el reconocimiento como titular de los derechos de la comunidad indígena o local que cumpla las condiciones pertinentes, o el reconocimiento como titular de los

<sup>102</sup> Véanse, por ejemplo los anexos del documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2 y los cuadros de los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3 y 4.

<sup>103</sup> Artículo 14.

- derechos de la personalidad jurídica de un colectivo o una comunidad determinados;
- la facultad para adquirir un derecho relacionado con ECT o materia conexas, contemplando en esta facultad la capacidad para inscribir en un registro la materia objeto de protección, cuando proceda;
  - la participación en los mecanismos oficiales responsables de la administración colectiva de los derechos;
  - la participación en las disposiciones relativas a la distribución de beneficios o en cualesquiera otros fondos relacionados con la explotación de las ECT, y
  - las facultades relativas a la observancia de los derechos, comprendidas las acciones *ex officio* emprendidas por las autoridades nacionales o las Fiscalías Generales.

88. De conformidad con algunas legislaciones nacionales, los derechos sobre ECT están reservados a determinadas clases de individuos o comunidades reconocidas en el marco de la legislación nacional, por ejemplo, determinadas comunidades indígenas o locales. En consecuencia, la concesión de esos derechos a individuos o colectivos extranjeros que los soliciten puede también depender de que cumplan criterios similares, o adaptados, a los que se exigen a esas clases de titulares. Será necesario entonces esclarecer si las condiciones que se exigen a los extranjeros para la obtención de los derechos o beneficios reservados a categorías concretas de titulares deberán evaluarse de conformidad con las leyes del país de origen o de conformidad con las leyes del país que otorgaría la protección.

e) Coordinación de las políticas

89. Parte de la dimensión internacional de la protección de la P.I., y de la promoción de los beneficios económicos y sociales procedentes de la propiedad intelectual, es la coordinación de los planteamientos políticos pertinentes mediante instrumentos que no sean de alcance internacional. La coordinación de las políticas a escala internacional tiene el efecto de garantizar que al elegir determinadas opciones las autoridades nacionales se basen en una amplia diversidad de experiencias de otros países, que dichas opciones se apliquen de manera coherente y apoyándose mutuamente cuando sea necesario, y que las ventajas de fomentar la toma de conciencia a ese respecto e impulsar los mecanismos de creación de capacidad lleguen a una mayor diversidad de beneficiarios, más allá de los previstos en principio. La coordinación de los planteamientos políticos comprende los siguientes elementos:

- el intercambio de información entre Estados miembros y otras partes interesadas (especialmente los representantes de comunidades indígenas o locales), en relación con prácticas de asesoramiento y de elaboración de políticas, de manera que se reflejen las preocupaciones concretas de las comunidades tradicionales, locales e indígenas;
- el apoyo a redes de titulares de ECT y a comunidades tradicionales de diferentes países;
- la elaboración de materiales informativos y de creación de capacidad, para su utilización por parte de los titulares de ECT y expresiones culturales tradicionales;
- y
- la creación de un fondo común de experiencias que sirva de guía para la utilización de las ECT y de base para el desarrollo de las comunidades, empresas basadas en comunidades y otras asociaciones comerciales apropiadas.

f) Notificación o registro a escala internacional

90. Además de las normas internacionales (vinculantes o de otro tipo) relativas a la protección de la P.I. a nivel nacional, hay una serie de mecanismos prácticos que simplifican y esclarecen el proceso necesario para la obtención y la protección de los derechos de propiedad intelectual. Cabe utilizar un sistema internacional para el registro o la notificación de la materia susceptible de protección. De ese modo, con un único trámite centralizado, el solicitante o la parte interesada ponen sobre aviso a otros, potencialmente en muchos países. En el presente documento se ha sugerido anteriormente que, en aras de la transparencia y la seguridad, sería conveniente disponer de un tipo de notificación o registro, especialmente respecto de las ECT sagradas para las que resulten adecuadas formas de protección más fuertes.

91. Hay varios sistemas internacionales de registro o notificación que ya se aplican a materias relacionadas con las ECT:

- la protección de escudos de armas, banderas, otros emblemas de Estado, signos y punzones oficiales de control y de garantía, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 6ter del Convenio de París;
- el registro internacional de marcas comerciales, comprendidas las colectivas y las de certificación, relativas a productos tradicionales y a productos con un origen que incluya conocimientos tradicionales, según lo dispuesto en el Sistema de Madrid;
- el registro internacional de denominaciones de origen referidas a productos que incluyan conocimientos tradicionales, de conformidad con lo dispuesto en el Sistema de Lisboa; y
- el registro internacional de diseños industriales originales, elaborados en el marco de los conocimientos tradicionales, de conformidad con lo dispuesto en el Sistema de La Haya.

Hay varios sistemas bilaterales de reconocimiento o notificación que plantean la posibilidad de notificar y proteger recíprocamente las ECT mediante acuerdos bilaterales.

g) Administración y gestión colectivas de los derechos de propiedad intelectual

92. Existen ya sistemas bien constituidos para la administración y gestión colectivas del derecho de autor y determinados derechos conexos. La existencia de estos mecanismos colectivos para la gestión y la observancia de los derechos, así como la dimensión internacional de la cooperación entre dichas entidades, constituyen elementos sumamente importantes en el sistema global de protección de la P.I., puesto que aseguran que los beneficiarios previstos de la protección tengan acceso a los beneficios.

93. Sean cuales fueran los medios jurídicos que lleguen a acordarse a nivel nacional, regional o internacional para proteger las ECT/EF, surgirá de inmediato la cuestión de hasta qué punto es posible gestionar y hacer valer esos derechos de una manera que resulte al mismo tiempo práctica, coherente con los recursos y capacidades de los titulares de los derechos, y efectiva en el plano internacional de tal modo que sean los verdaderos beneficiarios quienes gocen realmente de los frutos resultantes de la protección de la P.I. en el ámbito de las ECT/EF. Para resolver esta cuestión habrá que analizar las lecciones prácticas

adquiridas en los sistemas existentes de administración colectiva de los derechos de P.I., y la posibilidad de ampliar o adaptar esos mecanismos en beneficio de los titulares de ECT/EF<sup>104</sup>.

Principio de la protección regional e internacional

Se deben establecer mecanismos jurídicos y administrativos para prever en los sistemas nacionales una protección eficaz de las ECT/EF de titulares de derechos extranjeros. Se deben establecer medidas destinadas a facilitar, en la medida de lo posible, la adquisición, la gestión y la observancia de dicha protección en beneficio de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales de países extranjeros. Se debe delegar en las organizaciones regionales existentes o recientemente creadas la tarea de dar solución a la reivindicación de una ECT/EF por comunidades situadas en países diferentes, valiéndose para ello de leyes consuetudinarias, recursos de información local, mecanismos alternativos de solución de controversias y cualquier otro arreglo práctico de esa índole que sea necesario.

[Fin del Anexo II y del documento]

---

<sup>104</sup> Drahos, P. (2000), “Indigenous Knowledge, Intellectual Property and Biopiracy: Is a global bio-collecting society the answer?” *European Intellectual Property Review*, 22:245–250.