

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/7/4

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 27 de agosto de 2004

S

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

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

Séptima sesión
Ginebra, 1 a 5 de noviembre de 2004

LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES
TRADICIONALES/EXPRESIONES DEL FOLCLORE:
ESQUEMA DE LAS OPCIONES POLÍTICAS
Y LOS MECANISMOS JURÍDICOS

Documento preparado por la Secretaría

RESUMEN

1. Durante la sexta sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (“El Comité”) se decidió elaborar dos series complementarias de documentos: i) “una perspectiva general de los objetivos políticos y los principios fundamentales de la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore (ECT/EF)”;
 - ii) “una descripción de las opciones políticas y los mecanismos jurídicos de protección de las expresiones culturales tradicionales, basada en toda una serie de enfoques ya considerados por el Comité, junto con un breve análisis de la política y las repercusiones prácticas de cada una de estas opciones.”
2. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 figura un proyecto del primer elemento propuesto, es decir, una perspectiva general de los objetivos políticos y los principios fundamentales. En la práctica, los requisitos generales que se mencionan allí pueden implementarse mediante una amplia gama de mecanismos jurídicos nacionales y regionales, que van desde distintas formas de derechos de P.I., o derechos de P.I. adaptados, hasta normas generales sobre competencia desleal, pasando por varios mecanismos jurídicos que tienen un alcance más amplio que el derecho de P.I. propiamente dicho (como el derecho penal, las normas sobre delitos menores, los principios generales de la responsabilidad civil, las leyes sobre preservación del patrimonio cultural, las disposiciones contra la blasfemia, el derecho consuetudinario, contractual y laboral, y las normas y regímenes sobre comercialización y etiquetado). Los encargados nacionales de la formulación de política cuentan con una amplia gama de opciones políticas y mecanismos jurídicos para hacer realidad los objetivos y principios como los que se sugieren en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3. En el presente documento se ilustran esas opciones y se presentan los borradores que han de someterse al examen del Comité y que podrían dar forma al segundo elemento acordado, es decir, una descripción de las opciones políticas y los mecanismos jurídicos. De este documento se desprende que a partir de las distintas experiencias prácticas y de determinados mecanismos específicos, fundamentos de acción, doctrinas y otros medios, pueden lograrse esos objetivos y aplicarse esos principios.
3. Al igual que en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, lo esencial del material que figura en el presente documento no es nuevo para el Comité: aquí simplemente se detallan y estructuran los mecanismos jurídicos en vigor y la amplia experiencia práctica en materia de protección de las ECT/EF que ya han sido examinados minuciosamente en el Comité; este documento se basa en las deliberaciones del propio Comité y en el variado material que le ha sido presentado por muchos Estados miembros y observadores. El contenido del presente documento se origina en las amplias consultas mantenidas en 1998 y 1999 con las comunidades, mediante las cuales la OMPI ha podido conocer directamente las necesidades de protección jurídica de los titulares de ECT/EF; en las muchas intervenciones y presentaciones realizadas por los Estados miembros, los titulares de CC.TT. y demás partes interesadas, durante las seis sesiones pasadas del Comité; en las consultas y proyectos nacionales, regionales y del ámbito de las comunidades; en respuestas a cuestionarios, y en informes y estudios sobre la experiencia real de muchos países; en los comentarios de las partes interesadas sobre documentos de trabajo anteriores, formulados en sesiones anteriores del Comité; y en la labor pasada de la OMPI en materia de ECT/EF. Por lo tanto, en el presente documento correlativo y en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 se recoge la esencia de los resultados de toda la labor que la OMPI viene realizando en materia de ECT/EF desde hace muchos años.

4. Para que resulte una referencia útil y en aras de la coherencia, el presente documento sigue la estructura propuesta en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3. Ambos documentos se basan en las mismas medidas jurídicas aplicadas y la misma experiencia práctica adquirida por los países y las comunidades de muchas regiones, en todos los niveles de desarrollo económico. Ambos se inspiran también ampliamente en debates y conclusiones de política que forman parte de procesos políticos internacionales conexos relacionados con la protección de las ECT/EF. Sin embargo, el presente documento presenta un enfoque distinto y tiene una función complementaria en relación con el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3. Está estructurado de la manera siguiente:

a) *opciones políticas para la protección de las ECT/EF*, en particular:

i) *opciones destinadas a lograr los objetivos de protección*, en las que se detallan las distintas formas en que se expresan los objetivos políticos sugeridos en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 en las leyes e instrumentos internacionales, regionales y nacionales.

ii) *opciones relativas a la forma general de protección*, en las que se detalla el abanico de doctrinas jurídicas y principios generales que se aplican a la protección de las ECT/EF, y que corresponden de manera amplia a los principios rectores generales sugeridos en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3;

b) *elementos jurídicos de protección de las ECT/EF*, mediante los cuales se indica en qué forma las disposiciones jurídicas elaboradas y aplicadas en legislaciones e instrumentos internacionales, nacionales y regionales podrían plasmar los principios sustantivos concretos sugeridos en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3.

5. Para facilitar la consulta, en el Anexo I del presente documento figura un proyecto de reseña de las opciones políticas y los mecanismos jurídicos.

I. INTRODUCCIÓN

6. En su sexta sesión, celebrada en marzo de 2004, el Comité decidió que la Secretaría de la OMPI preparara borradores de “una perspectiva general de los objetivos políticos y de los principios fundamentales para la protección de las ECT; y una descripción de las opciones políticas y los mecanismos jurídicos para la protección de la materia de las ECT, basada en todos los enfoques ya estudiados por el Comité, junto con un breve análisis de las consecuencias políticas y prácticas de cada opción”¹.

7. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 se sugiere someter al examen del Comité los borradores de los objetivos políticos y principios fundamentales para la protección de las ECT/EF, que podrían transformarse en una plataforma internacional común de protección. El presente documento constituye un recurso suplementario que somete al examen del Comité un proyecto de perspectiva general de las opciones políticas y los mecanismos jurídicos que podrían aplicarse en el plano nacional para proteger las ECT/EF, en armonía con los objetivos y principios formulados en el plano internacional.

¹ Informe de la sexta sesión, documento WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 66.

8. Por su propia naturaleza, las ECT/EF son sumamente diversas; las elaboran y las mantienen muchas comunidades, pueblos e individuos en distintos contextos culturales y jurídicos y en muchos países; también las necesidades y aspiraciones de las comunidades en cuestión son diversas y en consecuencia lo son los medios posibles de protección de las ECT/EF contra la utilización incorrecta o la apropiación ilícita, así como las vías escogidas para ponerlos en práctica. A pesar de que muchas comunidades celebran esta diversidad como parte integrante de su identidad cultural, el Comité también ha trabajado para lograr un enfoque común o una perspectiva internacional compartida con respecto a la protección de las ECT/EF, y el mandato actual del Comité no excluye ningún resultado, entre ellos, un instrumento o instrumentos internacionales.

9. Con respecto a esas metas que se complementan, mediante el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 y el presente documento se procura, en primer lugar, establecer un enfoque común creado a partir de la experiencia real adquirida en la protección de las ECT/EF; y en segundo lugar abrir un espacio de política para que la diversidad mencionada encuentre una expresión práctica y para respaldar a los encargados de la formulación de políticas y a las comunidades en el examen de todas las opciones posibles, con el fin de que la protección pueda adoptar la forma necesaria y adecuada a las necesidades reales y al contexto de las comunidades. Por lo tanto, en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 se sugieren objetivos políticos y principios fundamentales destinados a establecer un terreno común internacional. En cambio, el objetivo del presente documento correlativo es catalogar las distintas medidas utilizadas en el plano internacional, regional y nacional para proteger las ECT/EF, para poner en práctica los objetivos políticos de protección y para aplicar los principios de la protección. El propósito del documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 es detallar un amplio abanico de enfoques políticos y jurídicos destinados a formar una plataforma internacional común de protección; en el presente documento se ofrece una serie de opciones para ayudar a los encargados de la formulación de políticas y a las comunidades a tomar decisiones prácticas acerca de la protección.

10. En el presente documento sólo se delinean las opciones y los mecanismos jurídicos, y se dan varios ejemplos de las distintas maneras de poner en práctica objetivos y principios amplios, de manera que éste siga siendo un documento breve y provisional. Podrá evolucionar siguiendo el paso de los objetivos y principios expuestos en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3. En esta etapa, no se sugieren decisiones específicas respecto del presente documento ya que tan sólo se invita al Comité a tomar nota de su contenido y formular comentarios al respecto.

11. Las opciones y los mecanismos expuestos en el presente documento sirven tan sólo de ejemplo y su objeto no es limitar los parámetros del debate sobre la protección de las ECT/EF, imponer resultados o soluciones particulares, ni definir la forma que deberán tener. Queda claro que el Comité puede basar su labor en enfoques y propuestas alternativos, y que el único propósito del presente documento es darle elementos para nutrir sus debates.

Flexibilidad en las políticas nacionales y el desarrollo legislativo

12. Para poner en práctica el tipo de objetivos políticos y principios fundamentales expuestos en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, existe un amplio espectro de mecanismos jurídicos nacionales y regionales, que van desde distintas formas de derechos de P.I. o derechos P.I. adaptados, hasta normas generales sobre competencia desleal, pasando por varios mecanismos jurídicos que tienen un alcance más amplio que el derecho de P.I. propiamente dicho (como el Derecho penal, las normas sobre delitos menores, los principios

generales de la responsabilidad civil, las leyes sobre preservación del patrimonio cultural, las disposiciones contra la blasfemia, las normas consuetudinarias, el derecho contractual, el derecho laboral, y las normas y regímenes sobre comercialización y etiquetado). En el presente documento se muestran algunas de las opciones políticas adoptadas y los mecanismos jurídicos empleados para lograr los objetivos de protección y poner en práctica los principios establecidos a tal efecto.

13. Este enfoque guarda coherencia con el “principio de flexibilidad y exhaustividad” sugerido en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, principio al que da expresión directa y que se refiere a la necesidad de respetar el hecho de que una protección eficaz y adecuada se canalizará en una amplia gama de mecanismos jurídicos, y el hecho de 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.

14. Este enfoque –más amplio que un mero régimen de derechos exclusivos de propiedad– es relativamente común en el campo de la P.I. En documentos anteriores se dieron ejemplos de convenios sobre P.I. que establecen principios generales y dan cabida a variaciones amplias en la legislación de los signatarios². Aun en los casos en que en los instrumentos internacionales se crean principios sustantivos mínimos para las legislaciones nacionales, se acepta que la elección de los mecanismos jurídicos quede a discreción de los países. Por ejemplo, en el Convenio Fonogramas de 1971, al establecer ciertas normas, se dispone que los medios para su aplicación “serán de la incumbencia de la legislación nacional de cada Estado contratante, debiendo comprender uno o más de los siguientes: protección mediante la concesión de un derecho de autor o de otro específico; protección mediante la legislación relativa a la competencia desleal; protección mediante sanciones penales”³. De manera análoga, en una guía sobre la Convención de Roma de 1961 se observa que la terminología utilizada en la disposición acerca de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes responde al deseo de “dejar a las legislaciones nacionales la plena libertad de elección en lo que se refiere a los medios, con tal que se logren los fines que la Convención persigue. En efecto: ésta última se caracteriza por su gran flexibilidad y, en consecuencia, otorga a los Estados Contratantes la facultad de determinar, en la forma y según las modalidades [que se consideren] mejores, la protección convencional [...]. Los legisladores pueden así basarse en las concesiones jurídicas más diversas (derecho laboral, derecho de la personalidad, disposiciones contra la competencia desleal, o legislación basada en la teoría del enriquecimiento sin causa, etc.... e incluso, si así lo desean, atribución de un derecho exclusivo) y recurrir a normas legales de diversa naturaleza [...]. Lo que importa es alcanzar el objetivo [la protección definida]”. Asimismo, en el Convenio de Berna de 1971 (Artículo 6*bis*.3)) se dispone que los “medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este Artículo [derechos morales] estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección.” En consecuencia, en la práctica, los derechos morales

² El documento WIPO/GRTKF/IC/6/6 se refiere, por ejemplo, al Artículo 1.1 del Acuerdo sobre los ADPIC; al Artículo 7 de la Convención de Roma; al Artículo 2 del Convenio Satélites; al Artículo 8 del Arreglo de Lisboa; al Artículo 4 del Tratado de Washington; y al Artículo 3 del Convenio Fonogramas.

³ Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (1971), Artículo 3.

quedan protegidos ya sea por el derecho de autor, ya sea mediante normas de otros ámbitos, como las disposiciones sobre difamación, normas sobre competencia desleal o derecho contractual. La necesidad de flexibilidad ya ha quedado reconocida en el pasado en normas internacionales de protección de las ECT/EF. Las Disposiciones Tipo de 1982 se refieren a la “ley”, pero este término aparece entre corchetes “a fin de poner de manifiesto que no deben constituir necesariamente una ley independiente sino que pueden ser, por ejemplo, un capítulo de un código de la propiedad intelectual, y que no deben ser forzosamente una ley aprobada por el órgano legislativo, sino que pueden constituir, por ejemplo, un decreto o un decreto ley. Las Disposiciones Tipo han sido elaboradas con el propósito de que las legislaciones nacionales contarán con el margen necesario para poder adoptar la clase de disposiciones que mejor se ajuste a las condiciones propias de cada país”⁴.

15. La experiencia real en cuanto a la protección de las ECT/EF ha demostrado que es poco probable que pueda encontrarse un único modelo internacional “talle único” o “universal” para proteger adecuadamente las ECT y que se acomode a las prioridades nacionales, al entorno jurídico y cultural, y a las necesidades de las comunidades tradicionales de todos los países⁵. Hay una gran variedad de formas de expresión creativa tradicional y de medios consuetudinarios para reglamentar su utilización, transmisión, protección y preservación. Se ha dicho que no es conveniente intentar codificar e institucionalizar la protección de la “identidad cultural” y que sería preferible adoptar un enfoque flexible e integrador. Una organización indígena lo ha expuesto de manera muy clara: “Cualquier intento por elaborar directrices uniformes para el reconocimiento y la protección de los conocimientos de los pueblos indígenas corre el riesgo de reducir esta rica diversidad de la jurisprudencia a un “modelo único” que no se adecue a los valores, concepciones o leyes de las sociedades indígenas”⁶. Las disposiciones para la protección de las ECT/EF adoptadas en el plano internacional también tendrían que adecuarse a la diversidad legislativa y jurisprudencial de los actuales regímenes nacionales y regionales⁷. En particular, la experiencia ha demostrado que una combinación de enfoques, de derechos exclusivos y no exclusivos, de nuevas medidas y la adaptación de los derechos de P.I. existentes, tiene más probabilidades de lograr el objetivo de protección.

⁴ Comentarios sobre las Disposiciones Tipo de 1982.

⁵ Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 72), Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 73), Canadá (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 79), Siria (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 80), Nueva Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 88), *Kaska Dena Council* (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 59).

⁶ *Four Directions Council*, ‘Forests, Indigenous Peoples and Biodiversity’, documento presentado a la Secretaría del CDB en 1996.

⁷ Véase el informe final sobre las experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore (WIPO/GRTKF/IC/ 3/10); Véase también *Folklore*, de Lucas-Schloetter, en *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, compilado en 2004 por S. von Lewinski (Kluwer); y *Protecting Folklore Under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States*, de P. Kuruk, 48, *American University Law Review* 769 (1999).

II. USO DE DETERMINADOS TÉRMINOS

“Expresiones culturales tradicionales”/“expresiones del folclore”

16. Como en otros documentos y debates, en este documento se habla de “expresiones culturales tradicionales” (ECT) y “expresiones del folclore” (EF) como conceptos sinónimos⁸. En la mayoría de los casos se utiliza la abreviatura “ECT/EF”. Esta utilización tiene en cuenta las inquietudes manifestadas por algunas comunidades acerca de las connotaciones negativas del término “folclore”, pero también el hecho de que “folclore” se utiliza ampliamente en muchas legislaciones nacionales y en varios instrumentos internacionales.

Las ECT/EF y los “conocimientos tradicionales”

17. En el presente documento y en el documento correlativo WIPO/GRTKF/IC/7/3 se aborda específicamente la protección de las ECT/EF. Los documentos WIPO/GRTKF/IC/7/5 y WIPO/GRTKF/IC/7/6 son paralelos a aquellos y se refieren a la protección de los conocimientos tradicionales. Se sigue así el enfoque adoptado por el Comité de examinar en paralelo la protección jurídica de las ECT/EF y de los CC.TT. propiamente dichos, pero en forma independiente, tal como se explica y se examina en documentos anteriores⁹ y como sugirieron muchos Estados miembros¹⁰. Ello se refiere a los medios específicos de protección jurídica contra la utilización ilícita de este material por terceros que están al margen del contexto tradicional, sin imponer definiciones ni categorías a las normas, protocolos y prácticas consuetudinarios de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales u otras comunidades. En consecuencia, este enfoque es compatible con el contexto tradicional, al que respeta y respalda, en el que las ECT/EF y los CC.TT. suelen percibirse como parte integrante de una identidad cultural total, sujetas al mismo cuerpo de normas y prácticas consuetudinarias.

El término “protección”

18. Como en el pasado¹¹, el término “protección” se refiere a la protección tal como la contemplan actualmente las normas sobre P.I., fundamentalmente como un medio jurídico para impedir la realización por terceros de ciertos actos no autorizados que suponen la utilización de material protegido. En este sentido, el concepto de “protección” debe distinguirse de los de “preservación” y “salvaguardia” que en el contexto del patrimonio cultural suelen referirse a la identificación, catalogación, transmisión, revitalización y

⁸ Véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

⁹ Véanse las distinciones trazadas en el documento WIPO/GRTKF/IC/5/12 y los debates posteriores en el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3.

¹⁰ Véase Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 123); Ecuador (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 157), Suiza (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 143), Unión Europea y sus Estados Miembros (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 218 y WIPO/GRTKF/IC/6/14, párrafos 27 y 192), Canadá (WIPO/GRTKF/IC/3/17 párr. 235), China (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 242) y los EE.UU. (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 254), Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 188), GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 189), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/ 6/14, párr. 34), Egipto (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 196).

¹¹ Véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3; en el documento WIPO/GRTKF/IC/5/12 figura una visión más general.

promoción del patrimonio cultural con el fin de asegurar su mantenimiento o viabilidad¹². La “protección” en el sentido de la P.I. no se refiere únicamente a derechos exclusivos de propiedad – los derechos morales, los sistemas de remuneración equitativa y la competencia desleal también forman parte del derecho de autor, los derechos conexos y la P.I. en general y son particularmente útiles para atender las inquietudes planteadas por los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y otras comunidades con respecto a las ECT/EF.

Beneficiarios de la protección: pueblos indígenas y comunidades tradicionales y otras comunidades culturales

19. Desde una perspectiva amplia e integradora se menciona en documentos anteriores que entre los beneficiarios previstos de la protección de las ECT/EF se encuentran los “pueblos indígenas”, las “comunidades tradicionales” y/o las “comunidades locales”, y otras variaciones sobre esos términos. En las normas vigentes se utilizan distintas expresiones¹³. Algunas delegaciones¹⁴ y representantes de observadores¹⁵ han declarado que la atención del Comité debería dirigirse hacia un objetivo más amplio que los “pueblos indígenas” en el sentido estricto de la expresión¹⁶, aunque habida cuenta de que las inquietudes particulares de los pueblos indígenas han sido expresadas ampliamente en el Comité por participantes

¹² Véase *Glossary: Intangible Cultural Heritage*, Comisión de los Países Bajos para la UNESCO, 2002.

¹³ Por ejemplo, las Disposiciones Tipo de 1982 se refieren a “comunidades”, la Ley tipo del Pacífico a “titulares tradicionales” y la Ley del Perú de 2002 a “pueblos indígenas”.

¹⁴ Si bien los pueblos indígenas son partes interesadas de gran importancia en el debate, “no todas las expresiones del folclore pertenecen a los pueblos indígenas, por lo que también es necesario considerar las expresiones del folclore no indígenas”, México (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 30). Véase también la opinión del Canadá (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 39).

¹⁵ El Representante de la Sociedad Estadounidense de Folclore sugirió que se incluyan en el término “folclore” los conocimientos de los pueblos indígenas, aunque sin limitarse a los mismos. El Representante sugirió que la labor de la OMPI tome en consideración, además de los pueblos indígenas, todos los grupos culturales tradicionales que gozan de protección por P.I. para su cultura tradicional como los Cajuns de Luisiana, los Amish de Pensilvania y las comunidades africanas, asiáticas y latinoamericanas de los Estados Unidos de América. El Representante expresó el deseo de que se amplíe el concepto de “grupo tradicional”, para que pueda ser atribuido a distintas identidades, como las regionales, religiosas, étnicas o familiares. (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 57).

¹⁶ Tal como se examinó en el Informe de la OMPI sobre las misiones exploratorias realizadas en 1998 y 1999, el concepto “pueblos indígenas” en el “sentido estricto” de la expresión se refiere a la descripción que del concepto “indígenas” se hace en el Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones autóctonas, preparado por el Relator Especial de la Subcomisión de las Naciones Unidas sobre Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, Sr. J. Martínez Cobo, definición de trabajo considerada aceptable por muchos pueblos indígenas y sus organizaciones representativas. En el Estudio se entiende por comunidades indígenas, los pueblos y las naciones que “teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios, o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.” La Ley de Filipinas de 1997 y la Ley del Perú de 2002 utilizan el término en este sentido.

gubernamentales y no gubernamentales, el reconocimiento de esas comunidades se mantiene incluso en un contexto más amplio.

20. Es posible que más adelante sea necesario seguir examinando esta cuestión. Sin embargo, será mejor que la elección del término o la expresión utilizados para describir a los beneficiarios de la protección surja de las consultas mantenidas en el seno de los países y las comunidades y sea fruto de sus propias decisiones, en armonía con la propuesta de que los principios acordados internacionalmente permitan a los legisladores nacionales suficiente flexibilidad a la hora de aplicarlos. A los efectos del análisis actual, en el presente documento y en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, se utilizará la expresión amplia e integradora “pueblos indígenas y comunidades tradicionales y demás comunidades culturales”, o simplemente “comunidades”. El uso de estas expresiones no pretende sugerir consenso alguno entre los participantes en el Comité acerca de la validez o adecuación de esta u otras expresiones, y no perjudica ni limita el uso de otras expresiones en las legislaciones nacionales o en los debates mantenidos en otros foros internacionales.

III. BASE DE LOS DEBATES ANTERIORES Y EXPERIENCIA CONCRETA

21. El presente documento se nutre directamente del amplio espectro de material que ha servido hasta ahora como base de la labor del Comité, por ejemplo, los documentos de trabajo anteriores preparados para el Comité¹⁷; las intervenciones y ponencias presentadas por los Estados miembros, las comunidades y demás partes interesadas durante las sesiones del Comité, así como en consultas nacionales y regionales¹⁸; informes¹⁹; estudios²⁰; respuestas a cuestionarios²¹; y comentarios sobre documentos de trabajo anteriores realizados para otras sesiones del Comité²². También se han tomado en consideración documentos y ponencias más recientes, como la propuesta presentada al Comité por el Grupo Africano en la sexta sesión (documento WIPO/GRTKF/IC/6/12, titulado “Objetivos, principios y elementos de uno o varios instrumentos internacionales sobre la propiedad intelectual y los recursos genéticos, y sobre la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore”), que muchas delegaciones acogieron con agrado y consideraron útil como marco para proseguir los debates y el estudio del tema²³.

¹⁷ Como los documentos WIPO/GRTKF/IC/3/10, WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

¹⁸ Por ejemplo, véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/4/4, WIPO/GRTKF/IC/5/4 y WIPO/GRTKF/IC/6/7, en los que figuran las listas de esas reuniones y consultas.

¹⁹ Como el informe sobre las misiones exploratorias realizadas por la OMPI en 1998 y 1999.

²⁰ Como *Minding Culture* de Terri Janke y *National Experiences of India, Indonesia and the Philippines* de Valsala Kutty.

²¹ Como el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10.

²² En particular, véanse los informes de sesiones anteriores del Comité.

²³ Como el Grupo B (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 191), la Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 192), el Grupo de Países de Europa Central y el Báltico (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 193), China (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 194), la República Árabe Siria (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 203), el Canadá (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 205), Noruega (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 216), el Pakistán (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 217), la ARIPO (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 225), la URTNA (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 227) y el *Kaska Dena Council* haciendo uso de la palabra en nombre de varias organizaciones representativas de pueblos indígenas (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 228).

22. También se han estudiado y tenido en cuenta varios instrumentos y varias normas internacionales, regionales y nacionales (muchos de los cuales se resumen y analizan en los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3 y WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4), como los siguientes:

i) la Ley Tipo de Túnez sobre Derecho de Autor para Países en Desarrollo, de 1976 (“la Ley Tipo de Túnez”);

ii) las Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y Otras Acciones Lesivas, de 1982 (“las Disposiciones Tipo”);

iii) el Acuerdo de Bangui por el que se crea la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI), revisado en 1999 (“el Acuerdo de Bangui”);

iv) el Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, para la Protección y Defensa de su Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales, de Panamá, de 2000, y su correspondiente Decreto Ejecutivo de 2001 (“la Ley de Panamá”);

v) el Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura, de 2002 (“el Marco Regional para el Pacífico”);

vi) la Ley sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 1997, de Filipinas (“la Ley de Filipinas”); y

vii) la Ley de Artes y Oficios de los Indígenas de 1990, de los Estados Unidos de América (“la Ley Norteamericana de Artes y Oficios”).

23. Para facilitar la consulta, en el Anexo II (que había sido distribuido en el Comité como documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3) figura un cuadro analítico y comparativo de muchas de esas normas.

24. También se consultó material como los Principios y Directrices para la Protección del Patrimonio de las Poblaciones Indígenas, preparados por la Dra. Erica Irene-Daes para el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas, la Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, recientemente adoptada en la UNESCO, y el Proyecto de Convención de la UNESCO sobre la Protección de la Diversidad de los Contenidos Culturales y las Expresiones Artísticas. Además, se ha examinado un sinnúmero de leyes nacionales. Se trata principalmente de leyes de Estados africanos y otros Estados que han incorporado la protección de las ECT/EF sobre la base de la Ley Tipo de Túnez de 1976 o de las Disposiciones Tipo de 1982. A título de ejemplo, cabe señalar que se prestó particular atención a la legislación sobre derecho de autor de Nigeria y de Túnez, presentadas en el Grupo Especial sobre ECT/EF reunido durante la cuarta sesión del Comité. También se analizó y se tuvo en cuenta la Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos (“la Ley del Perú de 2002”).

25. Los primeros borradores de esos documentos, o las ideas que figuran en ellos, se examinaron y consultaron en la medida de lo posible en varias reuniones y en otras ocasiones²⁴. Como consecuencia de las sugerencias formuladas por las Delegaciones de Egipto y de la República Islámica del Irán, y por otros participantes en la sexta sesión²⁵, se procuró recabar comentarios e información de folcloristas y otros expertos en el tema, entre otras cosas, en reuniones y comunicaciones oficiales y oficiosas²⁶.

IV. LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL

26. Muchos Estados miembros han declarado que la “dimensión internacional” de la protección de las ECT/EF reviste la máxima importancia. En el informe final acerca de las respuestas al cuestionario de la OMPI sobre folclore²⁷ se propuso al Comité en su tercera sesión (junio de 2002) que abordara, en particular, las modalidades de protección internacional de las ECT/EF, pero la propuesta no fue aprobada en ese momento. Tras la renovación del mandato del Comité para 2004-2005 se solicitó al Comité que centre su labor, en particular, en la dimensión internacional de las cuestiones incluidas en su mandato. En consecuencia, en la sexta sesión, el Comité examinó la dimensión internacional de su labor a partir de un estudio sobre la “dimensión internacional” de los CC.TT. y las ECT/EF en general (WIPO/GRTKF/IC/6/6). El Comité concluyó que la dimensión internacional no es una cuestión particular, sino una parte integrante del examen sustantivo de la protección de los CC.TT. y las ECT/EF²⁸. En consecuencia, en el presente documento se examinan en forma íntegra las opciones políticas y los mecanismos jurídicos pertinentes a la dimensión internacional.

²⁴ Por ejemplo, Simposio OMPI/EE.UU. sobre Derecho de Autor, Washington DC, 6 y 7 de mayo de 2004; 43ª Sesión Anual de la Organización Jurídica y Consultiva Asiática-Africana, Bali, 21 a 25 de junio de 2004; Taller de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo (SADC) sobre Sistemas, Elaboración de Políticas y Creación de Capacidad en el Ámbito de los Conocimientos Indígenas, Pretoria, 7 a 9 de junio de 2004; 3ª Sesión del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, 10 a 21 de mayo de 2004; Programa del ACNUDH y la OIT de Subsidios a Indígenas, 10 de junio de 2004; Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Ginebra, julio de 2004; Coloquio OMPI-OMC para Profesores de Derecho de Propiedad Intelectual, Ginebra, 28 de junio a 9 de julio de 2004.

²⁵ WIPO/GRTKF/IC/6/14, párrafos 42 y 52.

²⁶ Por ejemplo, Folklore, Aesthetic Ecologies and Public Domain, Universidad de Pennsylvania, 2 y 3 de abril de 2004; Octavo Congreso de la Société internationale d'ethnologie et de folklore (SIEF) y tercer Congreso de la Association d'anthropologie méditerranéenne (ADAM), Marsella, 28 de abril de 2004.

²⁷ WIPO/GRTKF/IC/3/10.

²⁸ Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 188), Brasil (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 195), Tailandia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 201), Canadá (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 205). Véase también el párr. 231 del documento WIPO/GRTKF/IC/6/14.

V. FORTALECIMIENTO DE CAPACIDADES Y OTRAS ACTIVIDADES PRÁCTICAS

27. Se ha destacado sin cesar que cualquier tipo de protección en beneficio de los titulares de las ECT/EF debería ser eficaz y adecuarse al contexto específico y a las limitaciones de recursos de las comunidades de que se trate. Por ello, los principios sugeridos en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 se refieren a la necesidad de medidas de protección efectivas, apropiadas y accesibles. También se destaca la necesidad de hacer efectiva la protección mediante el fortalecimiento coordinado de capacidades y valiéndose de la concienciación. Se está elaborando una serie de instrumentos prácticos de fortalecimiento de capacidades que no se describen en detalle en el presente documento, pero sí se exponen en los anexos de los documentos WO/GA/31/5 y WIPO/GRTKF/IC/7/INF/3, en los términos siguientes:

Material ya producido o en curso de elaboración: recursos básicos de creación de capacidad y de información destinados a respaldar la planificación y la toma de decisiones de las comunidades y a constituir material de base para los asesores jurídicos y políticos de las comunidades indígenas y locales, las demás partes interesadas, los responsables de la adopción de políticas y los legisladores. Recursos prácticos para emprender acciones a nivel comunitario, prestar asesoramiento y analizar en detalle las opciones elegidas a nivel político y apoyar la elaboración o aplicación de mecanismos de protección nacionales y regionales. Este material se inspira ampliamente de la experiencia efectiva realizada por el Comité Intergubernamental a nivel comunitario, nacional y regional y plasmada en documentos, así como de los procesos internacionales pertinentes. Material compatible con las políticas y conclusiones globales establecidas por el Comité Intergubernamental y preparado exclusivamente como fuente de información técnica y no con objeto de preestablecer o determinar líneas políticas.

28. Se está preparando una “guía práctica” detallada sobre la protección eficaz de las ECT. Mientras tanto, la Secretaría ha preparado un “Cuestionario sobre el establecimiento de sistemas eficaces de protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore” como recurso oficioso que los Estados y las organizaciones regionales podrán utilizar para estructurar, facilitar y orientar las consultas nacionales y regionales sobre el tema. Utiliza y aplica las “medidas prácticas” expuestas en el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3. El cuestionario figura en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/INF/4. Asimismo, se está elaborando material práctico auxiliar; con sujeción a la disponibilidad de recursos y con la participación activa de las partes interesadas, la Secretaría está examinando la elaboración de material práctico, directrices y “prácticas óptimas” para archivos, museos y demás depósitos de ECT, y para los usuarios comerciales de las ECT/EF²⁹ (actividades que, entre otras, recibieron el apoyo concreto del Foro Permanente de las Naciones Unidas sobre Cuestiones Indígenas; véase el documento WIPO/GRTKF/IC/7/13); y de especificaciones técnicas para bases de datos y registros de ECT³⁰. Esas formas de asistencia práctica, en particular una “guía” basada en prácticas óptimas, también han recibido apoyo durante un Seminario Subregional sobre ECT/EF celebrado en Rabat (Marruecos) en mayo de 2003.

²⁹ Nueva Zelanda (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 41), con apoyo de otras partes.

³⁰ La India (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 48).

VI. CONCLUSIONES

29. El presente documento ha sido preparado como recurso complementario, según la estructura básica sugerida en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3. La aceptación general de este enfoque podría sugerir que la evolución futura de este material también debería tener en cuenta el desarrollo ulterior de aquel documento. Por ello, en el presente borrador se evitan los detalles, y simplemente se delinea el material que podría elaborarse, en forma más detallada, según evolucione el marco propuesto en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3. Fundamentalmente, este documento se propone como guía para el desarrollo de la protección de las ECT/EF en el ámbito nacional o regional, a diferencia del documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, que sugiere material para una perspectiva internacional común. Puesto que el mandato del Comité le impone centrar su atención en la dimensión internacional, se sugiere que no se dé a este documento prioridad inmediata (aunque se destaca la necesidad continua de coordinar el fortalecimiento de capacidades y el desarrollo de políticas en el ámbito nacional y regional). Podrá seguir desarrollándose y perfeccionándose según la orientación general que ofrezca el Comité en el contexto del desarrollo del documento WIPO/GRTKF/IC/7/3.

30. Se invita al Comité: i) a tomar nota del esquema sugerido de opciones políticas y mecanismos jurídicos de protección expuesto en el Anexo I del presente documento y a formular comentarios al respecto; y ii) a tomar nota de la posibilidad de perfeccionar este material a la luz de cualquier decisión relativa a las propuestas que figuran en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3.

[Sigue el Anexo I]

ANEXO I

PROYECTO DE ESQUEMA DE OPCIONES POLÍTICAS Y MECANISMOS JURÍDICOS
PARA LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES
TRADICIONALES/EXPRESIONES DEL FOLCLORE

A. OPCIONES POLÍTICAS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS ECT/EF

A.1 Opciones para realizar los objetivos de protección

31. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, se sugieren los siguientes objetivos que la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore debería tender a lograr:

“[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;

[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 un medio de alcanzar un 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 sus derivados 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.”

32. Figuran a continuación algunos ejemplos de objetivos y de lenguaje de preámbulo extraídos de legislación e instrumentos en vigor para la protección de las ECT/EF; en ellos se manifiestan las distintas maneras de expresar en el ámbito nacional y regional los objetivos expuestos en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3:

i) en el Preámbulo de las Disposiciones Tipo de 1982 se expresa lo siguiente:

“Considerando que el folclore representa una parte importante del patrimonio cultural viviente de la nación, desarrollado y perpetuado por comunidades en el seno de la nación, o por individuos que reflejen las expectativas de esas comunidades;

Considerando que la difusión de las diversas expresiones del folclore puede ocasionar la explotación inadecuada del patrimonio cultural de la nación;

Considerando que cualquier abuso de tipo comercial u otro o toda desnaturalización de las expresiones del folclore de una nación es perjudicial para los intereses culturales y económicos de ésta;

Considerando que las expresiones del folclore en cuanto constituyen manifestaciones de la creatividad intelectual merecen una protección inspirada en la que se otorga a las producciones intelectuales;

Considerando que tal protección de las expresiones del folclore resulta indispensable como medio de desarrollar, perpetuar y divulgar más intensamente esas expresiones, tanto en el país como en el extranjero, sin lesionar los intereses legítimos concernidos”;

ii) los objetivos políticos del Acuerdo de Bangui de 1999 consisten en promover la contribución efectiva de la P.I. en el desarrollo de sus Estados [miembros de la OAPI], proteger de manera eficaz y uniforme la P.I. y contribuir a la promoción de la protección de la propiedad literaria y artística como expresión de valores culturales y sociales;

iii) el Preámbulo de la Ley de Derecho de Autor de Indonesia, de 2002, incluye la siguiente declaración de objetivos: “[Considerando que] Indonesia es un país cuyas diversas etnias/tribus y culturas, así como riquezas del ámbito de las artes y la literatura necesitan la protección por derecho de autor de la propiedad intelectual que se origina en esa diversidad”;

iv) el objetivo la Ley de Panamá de 2000 y su correspondiente Decreto de 2001 es proteger los derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas a través de un sistema de registro, promoción y comercialización de sus derechos, a fin de resaltar los valores socioculturales de las culturas indígenas y en aras de la justicia social. Otro objetivo fundamental es proteger la autenticidad de la artesanía y otras

expresiones artísticas tradicionales (Preámbulo y Artículo 1 de la Ley; Preámbulo del Decreto);

v) el objetivo de la Ley de Artes y Oficios de los Indígenas de 1990, de los EE.UU., es promover el desarrollo de las artes y oficios de los indios norteamericanos y los nativos de Alaska, mejorar la situación económica de los miembros de las tribus reconocidas en el ámbito federal, y contribuir al desarrollo y la expansión de las oportunidades comerciales para el producto de las artes y oficios de los indios norteamericanos y los nativos de Alaska;

vi) los objetivos políticos de la Ley de Derecho de Autor de Nigeria en lo que concierne a las ECT/EF son “impedir la utilización no autorizada de los recursos del folclore; garantizar el honor y la dignidad y salvaguardar los intereses culturales de la comunidad de origen; reconocer la fuente del folclore, sin obstaculizar de manera innecesaria el acceso del público a esos recursos”³¹.

A.2 Opciones relativas a la forma general de protección

Introducción

33. En esta sección figuran las distintas doctrinas y principios generales del Derecho que se han aplicado a la protección de las ECT/EF en varios instrumentos internacionales y leyes regionales y nacionales. Entre ellos figura la utilización de sistemas vigentes de P.I., derechos de P.I. adaptados, y nuevos sistemas *sui generis* independientes, así como opciones que quedan al margen de la P.I. Los países han escogido las opciones más adecuadas a sus objetivos políticos y sus metas nacionales. Los países que ya han decidido dar protección concreta al folclore lo han hecho mediante leyes específicas sobre folclore, leyes sobre derecho de autor en general, o conjuntamente con la protección de los CC.TT.

34. El debate acerca de la protección de las ECT suele girar en torno a la mejor manera de darles protección adecuada, ya sea mediante los sistemas convencionales de P.I. o mediante un sistema alternativo *sui generis*. Sin embargo, las experiencias prácticas concretas de muchos Estados miembros reflejan que los derechos vigentes de P.I. y las medidas *sui generis* no se excluyen mutuamente, sino que son complementarios³². Es probable que un enfoque exhaustivo examine cada una de esas opciones y las aplique cuidadosamente con el fin de lograr los objetivos de protección, con la visión realista de que los límites entre esas opciones

³¹ Presentación de Nigeria en la cuarta sesión del Comité; véase el documento WIPO/GRTKF/IC/4/INF/2.

³² 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), 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 Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 88).

no son rígidos. Por lo tanto, podrá lograrse una protección eficaz mediante un enfoque combinado y exhaustivo, con varios niveles y formas de protección diferenciados. La opción escogida por varios países ha dependido en gran medida de sus objetivos políticos y metas nacionales.

35. Esta flexibilidad -que engloba un enfoque exhaustivo y combinado- es la expresión práctica de varios de los principios rectores generales propuestos en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3. En el “principio de flexibilidad y exhaustividad” sugerido se destaca que en la protección que se conceda deberá 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 pueden contemplarse numerosas opciones, que combinen 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 P.I., 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 de las medidas que no guardan relación con los derechos exclusivos ni con la P.I., y deben estar cuidadosamente equilibrados con ellas.

36. Los demás principios sugeridos también reciben impulso directo de ese enfoque. Por ejemplo, el “principio de receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades” se refiere a la necesidad de reconocer y respetar en lo posible las normas y protocolos indígenas y consuetudinarios, promover el uso complementario de la protección positiva y preventiva, abordar los aspectos culturales y económicos del desarrollo, tomar medidas contra los actos insultantes, injuriosos y ofensivos, permitir la participación plena y efectiva de esas comunidades, y reconocer que para muchas comunidades las ECT/EF son inseparables de los conocimientos tradicionales. También debe considerarse que las medidas de protección jurídica de las 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.

37. El “principio de equilibrio y proporcionalidad” debe reflejar la necesidad de lograr un justo equilibrio entre los derechos y los intereses de quienes desarrollan, preservan y perpetúan las ECT/EF y de quienes las utilizan y disfrutan; 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 el mantenimiento de un justo equilibrio de intereses. El “principio de respeto de los instrumentos y procesos regionales e internacionales y de cooperación con los mismos” se refiere a que 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. El “principio de reconocimiento de la naturaleza específica, las características y las formas tradicionales de las expresiones culturales” tiende a que la protección responda 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, espiritualidad y 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. Asimismo, significa que en las medidas especiales de protección

jurídica también debe reconocerse que, en la práctica, las ECT/EF no siempre se han creado dentro de “comunidades” identificables con un hábitat definido que puedan 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 antes bien producto de intercambio e influencia entre distintas culturas.

38. En el principio clave de “respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de las ECT/EF” se expresa que 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. 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. Por último, el “principio de efectividad y accesibilidad de la protección” indica que 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.

Opciones de P.I. y opciones ajenas a la P.I.

39. Los derechos del ámbito de la P.I. no constituyen la única manera de dar protección a las ECT. Para lograr una protección amplia podrá ser necesario recurrir a la P.I. y a medidas ajenas a ella. Los enfoques de protección de las ECT, dentro y fuera del sistema de P.I., podrían incluir:

- a) distintos derechos de propiedad intelectual, entre ellos:
 - i) derechos vigentes de P.I.,
 - ii) derechos de P.I. modificados o adaptados, y
 - iii) sistemas de P.I. *sui generis* independientes;
- b) normas sobre competencia desleal;
- c) prácticas comerciales y legislación sobre comercialización;
- d) utilización de contratos y licencias;
- e) registros, inventarios y bases de datos;
- f) legislación y protocolos consuetudinarios e indígenas;
- g) legislación y programas sobre preservación del patrimonio cultural;
- h) legislación sobre responsabilidad civil y otros recursos, como el derecho a la imagen, y disposiciones sobre la información confidencial y contra el enriquecimiento ilícito y la blasfemia;

- i) Derecho penal³³.

40. Estas opciones no se excluyen mutuamente y cada una de ellas, en un marco de funcionamiento conjunto, desempeña el papel que le corresponde. Las modalidades y enfoques adoptados también dependerán de la naturaleza de las ECT que hayan de protegerse y de los objetivos políticos que se desea respaldar mediante la protección.

Sistemas de P.I. vigentes, sistemas de P.I. adaptados y sistemas de P.I. sui generis independientes

41. 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 sistemas³⁴. 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”.

³³ Por ejemplo, el Derecho penal se ha aplicado para combatir el contrabando de interpretaciones o ejecuciones y las sanciones penales figuran entre los medios de aplicación de las normas expuestas en el Convenio Fonogramas.

³⁴ 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).

42. 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. También sirve de orientación la experiencia adquirida en la aplicación de mecanismos y normas existentes.

43. Por lo tanto, muchos participantes en el Comité han afirmado que los sistemas de P.I. vigentes presentan algún grado de utilidad y, en algunos casos, satisfacen las necesidades de las comunidades indígenas y tradicionales³⁵. Han declarado que las normas y los mecanismos existentes deberían utilizarse para aprovechar la experiencia adquirida y porque ofrecen beneficios prácticos inmediatos (incluida la protección internacional en virtud de los instrumentos existentes). Por ejemplo, el Grupo de Países de América Latina y el Caribe (GRULAC) observó que la utilización de las legislaciones vigentes en materia de P.I. es una de las opciones posibles:

“Muchas de las reivindicaciones, necesidades y expectativas de protección manifestadas por los poseedores de recursos genéticos y de conocimientos tradicionales (incluyendo el folclore), podrían ser atendidas total o parcialmente a través de los regímenes y de la normativa existentes actualmente en la propiedad intelectual. [...] Los recursos que la propiedad intelectual ofrece no han sido suficientemente explotados por los poseedores de conocimientos tradicionales de cultura, ni por las empresas (pequeñas y medianas) formadas por ellos.”³⁶

44. También debería alentarse la creatividad basada en la tradición y, en la medida de lo posible, las comunidades y sus miembros deberían valerse de la P.I. para proteger las ECT/EF y las obras derivadas. Por ejemplo, el Grupo Africano observó que la protección de las ECT/EF, entre otras cosas, debería tender a “proteger y otorgar reconocimiento a las obras creativas e innovadoras derivadas de conocimientos tradicionales y expresiones del folclore”³⁷.

45. Muchos participantes en el Comité también han afirmado que los sistemas vigentes de P.I. no son totalmente adecuados y que deberían ser modificados y/o deberían establecerse sistemas *sui generis*. En otros casos se ha promovido el establecimiento de sistemas *sui generis* independientes³⁸.

³⁵ 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).

³⁶ WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 2.

³⁷ WIPO/GRTKF/IC/6/12. Véase también el documento presentado por la Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/3/11).

³⁸ 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,

46. Asimismo, se ha sostenido que las nuevas medidas y los nuevos sistemas deberían ponerse a prueba, en primer lugar, en el ámbito nacional³⁹, y que deberían ser examinados, desarrollados y puestos en práctica con la participación plena y real de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales⁴⁰.

Medidas de carácter privado y otras medidas

47. Los derechos exclusivos de propiedad sobre las ECT/EF, y los mecanismos del ámbito de la P.I. en general, deberían ser complementarios 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 funcionamiento⁴¹. 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.

48. 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 derechos exclusivos de propiedad sobre las ECT/EF, antes bien, la mayoría tiende sólo a regular su explotación⁴². Así pues, los derechos de propiedad intelectual no son la única manera de proteger las ECT. Para lograr una protección amplia 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 y protocolos consuetudinarios 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

[Continuación de la nota de la página anterior]

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).

³⁹ EE.UU. (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 49).

⁴⁰ Véase 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). Véase también la 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)* párrafos 80, 128 y 142; WIPO/GRTKF/IC/2/26, párr. 152; WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 186. Nueva Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 41).

⁴¹ Véase, por ejemplo, Nueva Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 41) y Consejo Saami (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 57).

⁴² 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.

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.

49. Las leyes vigentes de protección de las ECT/EF ponen de manifiesto un amplio espectro de doctrinas y mecanismos jurídicos que deberían conformar los principios fundamentales del alcance de la protección. En algunos casos se trata de un verdadero derecho exclusivo sobre las ECT/EF. En muchos casos la protección no está dada por un verdadero derecho exclusivo, sino que se tiende a regular la utilización de las ECT/EF protegidas. 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. En resumidas cuentas, los enfoques existentes son los siguientes:

Derechos exclusivos de propiedad

50. Los derechos exclusivos de propiedad facultan a autorizar o impedir que terceros realicen ciertos actos en relación con las ECT/EF⁴³. Un régimen de derechos exclusivos sería una manera posible de poner en práctica el principio del “consentimiento fundamentado previo”, previsto con distintas formulaciones en algunas de las leyes que han incorporado o bien la Ley Tipo de Túnez de 1976, o bien las Disposiciones Tipo de 1982, y muchas de las cuales asimilan las ECT/EF a las obras literarias y artísticas o prevén alguna forma de protección muy similar a la protección por derecho de autor. Sin embargo, las medidas *sui generis* en el marco de la legislación sobre derecho de autor son muy variadas en cuanto al tratamiento de los derechos y sería difícil codificar sus elementos comunes⁴⁴ (véase más adelante en la parte B.5 “Alcance de la protección”). En muchos casos, no queda claro si en la legislación se contempla un verdadero derecho exclusivo. A continuación figuran algunos ejemplos de legislación en la que sí se contempla, o así parecería, un derecho exclusivo:

i) en el Artículo 3 de las Disposiciones Tipo se prevé lo siguiente:

“... las siguientes formas de utilización de las expresiones del folklore están sujetas a autorización de [la autoridad competente que se menciona en el párrafo 1 del Artículo 9] [la comunidad concernida]...”;

⁴³ Véase GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 2 y Anexo II, pág. 5), Zambia (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 38).

⁴⁴ Por ejemplo, véanse y compárense 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 *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, compilado en 2004 por S. von Lewinski (Kluwer), pp. 286 a 291, en el que se analizan y comparan minuciosamente los sistemas basados en derecho de autor. Asimismo, véase Kuruk, P., *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).

ii) la Ley de Derecho de Autor del Senegal de 1973, modificada en 1986, dispone que ciertos usos de las ECT/EF “estarán sujetos a la autorización previa de la [Oficina de Derecho de Autor del Senegal]...”;

iii) la Ley de Derecho de Autor de Nigeria de 1992 dispone en su Artículo 29 que “toda persona que, sin el consentimiento del Consejo Nigeriano de Derecho de Autor, utilice una expresión del folclore en una forma que no esté permitida por [la ley] será responsable del incumplimiento de una obligación legal; en consecuencia, el Consejo podrá imponer daños y perjuicios, dictar mandamientos o imponer otros recursos que el tribunal considere adecuados según las circunstancias”;

iv) el Marco Regional para el Pacífico de 2002 establece que para ciertos usos de las ECT/EF se exigirá “el consentimiento fundamentado previo” de los “titulares tradicionales” (expresión definida);

v) la Ley de Panamá de 2000 prevé “derechos colectivos indígenas” que sólo podrán ser ejercidos “por las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, debidamente autorizadas [por los pueblos indígenas] mediante un instrumento, un acuerdo o una autorización expresa que indiquen que los derechos colectivos se conceden bajo licencia de utilización” (Artículo 5 del Reglamento de utilización de los derechos colectivos, Decreto N.º 12 de 2001);

vi) La Ley de Derecho de Autor de Túnez de 1994 dispone que “para toda transcripción de folclore realizada con miras a su explotación con fines de lucro será necesaria la autorización del Ministerio de Cultura [...] también será necesaria la autorización del Ministerio de Cultura para la producción de obras inspiradas en el folclore, para la cesión total o parcial del derecho de autor sobre una obra inspirada en el folclore o para la concesión de una licencia exclusiva respecto de dicha obra” (Artículo 7).

Atribuciones previstas en los sistemas de remuneración equitativa/responsabilidad pecuniaria

51. La remuneración equitativa (los sistemas de licencias obligatorias o de responsabilidad pecuniaria) 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*”⁴⁵. Por ejemplo, en el Acuerdo de Bangui por el que se establece la OAPI, modificado en 1999, las expresiones del folclore y las obras que ya forman parte del dominio público están sujetas al denominado “*domaine public payant*” (Artículo 59). La explotación de las expresiones del folclore y la de obras o producciones que han pasado al dominio público al terminar los plazos de protección estarán subordinadas a la condición de que el explotador se comprometa a pagar una remuneración al organismo nacional de gestión colectiva de derechos. Las remuneraciones percibidas por la explotación de las expresiones del folclore se dedicarán a fines sociales y culturales.

⁴⁵ 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 WIPO/GRTKF/IC/5/INF 3.

Protección de los derechos morales

52. Por lo general, los derechos morales comprenden los derechos siguientes: 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 público⁴⁶). En las Disposiciones Tipo de 1982 y en el Marco Regional para el Pacífico de 2002 se prevé la protección de los derechos morales (así como en el WPPT de 1996, en relación con la interpretación o ejecución de las ECT/EF). El Convenio de Berna de 1971 impone la protección de los derechos morales y en la mayoría de las legislaciones sobre derecho de autor y derechos conexos ya se prevé la protección de los derechos morales respecto de las obras literarias y artísticas o éstas se protegen mediante otras normas o medidas. El Artículo 6bis del Convenio de Berna dispone lo siguiente:

“1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1 serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1 anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor.

3) Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección.”

53. En el WPPT de 1996, por primera vez en un instrumento multilateral, se contemplan los derechos morales de atribución de la paternidad y de integridad de la obra para los artistas intérpretes y ejecutantes. El Artículo 5 de ese Tratado dispone lo siguiente:

“1) Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, el derecho a reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación.

⁴⁶ El *droit de divulgation*; que se aplica en el derecho francés, pero no forma parte de los derechos morales contemplados en el Convenio de Berna; véase Stewart, “International Copyright and Neighbouring Rights”, pág. 73. Asimismo, véase “*Folklore*”, de Lucas-Schloetter en *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, compilado en 2004 por S. von Lewinski, (Kluwer), pág. 298.

2) Los derechos reconocidos al artista intérprete o ejecutante de conformidad con el párrafo precedente serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones autorizadas por la legislación de la Parte Contratante en que se reivindique la protección. Sin embargo, las Partes Contratantes cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación del presente Tratado o de la adhesión al mismo, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del artista intérprete o ejecutante de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo precedente, podrán prever que algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del artista intérprete o ejecutante.

3) Los medios procesales para la salvaguardia de los derechos concedidos en virtud del presente Artículo estarán regidos por la legislación de la Parte Contratante en la que se reivindique la protección.”

54. En distintos sistemas *sui generis* de protección de las ECT/EF se contemplan uno o varios derechos morales. Por ejemplo:

i) en el Artículo 5.1 de las Disposiciones Tipo se establece que “[e]n todas las publicaciones impresas, y en relación con cualesquiera comunicaciones al público de una expresión identificable del folclore, deberá indicarse su fuente de forma apropiada, mencionando la comunidad y/o el lugar geográfico del que procede la expresión utilizada.” El incumplimiento de esta obligación constituye una infracción (artículo 6).

ii) la Ley de Derecho de Autor de Nigeria de 1992 establece que “[e]n todas las publicaciones impresas, y en relación con cualesquiera comunicaciones al público de una expresión identificable del folclore, deberá indicarse su fuente de forma apropiada, con arreglo a las prácticas leales, mencionando la comunidad y/o el lugar geográfico del que procede la expresión utilizada” (Artículo 28.3));

iii) en el Marco Regional para el Pacífico de 2002 se prevén excepciones para los casos en que no es necesario obtener el consentimiento de los “titulares tradicionales”. Sin embargo, respecto de dichos “usos libres”, el usuario de las ECT/EF deberá indicar claramente los titulares tradicionales, mencionándolos y/o mencionando la zona geográfica en la que se originaron las ECT/EF. Además, por ejemplo en el Artículo 13 del Marco Regional para el Pacífico se dispone lo siguiente:

“Los titulares tradicionales de conocimientos tradicionales o expresiones culturales son los titulares de los derechos morales sobre esos conocimientos tradicionales o expresiones culturales.

2) Los derechos morales de los titulares tradicionales de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales son los siguientes:

- el derecho de atribución de la paternidad respecto de sus conocimientos tradicionales y expresiones culturales; y
- el derecho a impedir una falsa atribución de los conocimientos tradicionales o las expresiones culturales; y
- el derecho a que esos conocimientos tradicionales y expresiones culturales no sean objeto de un tratamiento despectivo;

- 3) Los derechos morales de los titulares tradicionales sobre sus conocimientos tradicionales y expresiones culturales existen con independencia de sus derechos culturales tradicionales.
- 4) Los derechos morales tienen vigencia permanente, son inalienables y no pueden ser objeto de renuncia ni de cesión.”

El enfoque basado en la competencia desleal

55. Se trata de un enfoque que prevea 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 indebido⁴⁷. Por ejemplo:

i) las medidas de corrección del derecho común inglés para la atribución engañosa, el enriquecimiento ilícito y casos similares, así como las prácticas comerciales y la legislación sobre etiquetado pueden a menudo garantizar la protección necesaria. Janke ofrece varios ejemplos en su estudio “Minding Culture”. Otro ejemplo concreto surge de un caso reciente ventilado en Australia y perteneciente al ámbito de la práctica comercial: en 2003 se prohibió a una empresa que siguiera describiendo sus *souvenir* de tipo indígena pintados o tallados a mano con la mención “arte aborígen” o “auténtico” a menos que creyera razonablemente que la obra de arte o el *souvenir* hubiese sido pintado o tallado por una persona aborígen. La empresa fue llevada a juicio porque indicaba que algunos de sus *souvenirs* pintados a mano en estilo aborígen eran “auténticos”, contaban con certificado de autenticidad y/o eran piezas de “arte australiano aborígen” y se sostuvo que era probable que esas indicaciones indujeran a error a los consumidores porque la mayoría de los artistas que produjeron esos “*souvenirs*” no eran aborígenes ni de descendencia aborígen⁴⁸;

ii) la legislación específica de esta índole, aplicable directamente a las ECT/EF, también puede constituir un recurso útil. Un ejemplo es la Ley Norteamericana de Artes y Oficios (IACA), que protege a los artesanos norteamericanos autóctonos garantizándoles la autenticidad de sus artesanías en virtud de la autoridad de una Junta de Artes y Oficios Indígenas. La IACA, una ley que propicia la transparencia en las transacciones comerciales, impide la comercialización con la mención “*Indian made*” cuando los productos no hayan sido realizados por norteamericanos autóctonos, según los define la Ley⁴⁹;

iii) en las Disposiciones Tipo de 1982 se prevé protección contra los actos engañosos que podrían constituir “competencia desleal”, actos que son considerados infracciones (véase más abajo).

⁴⁷ Véase GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 2).

⁴⁸ Véanse mayores detalles en WIPO/GRTKF/IC/5/3 y <http://www.accc.gov.au/> (7 de abril de 2003).

⁴⁹ WIPO/GRTKF/IC/3/10, párr. 122.i).

El criterio basado en sanciones del derecho penal

56. Un criterio de este tipo, en el que ciertos actos y omisiones son considerados infracciones, se encuentra, por ejemplo, en los instrumentos siguientes:

i) en las Disposiciones Tipo de 1982, se prevé que el incumplimiento deliberado (o por negligencia, como opción adicional) de la obligación de mencionar la fuente, la utilización de las ECT/EF sin autorización, el engaño con respecto a la fuente de las ECT, la presentación de objetos o elementos similares como expresiones del folclore de una comunidad de la que, de hecho, no son originarios, y la desnaturalización de las ECT/EF de una forma lesiva para los intereses culturales de la comunidad de que se trate, constituirá una infracción (Artículo 6.1);

ii) en el Marco Regional para el Pacífico se prevén algunas infracciones del ámbito penal. Por ejemplo, se dispone lo siguiente:

“26 Se considerará que se ha cometido una infracción relacionada con los derechos culturales tradicionales cuando:

- a) una persona utilice conocimientos tradicionales o expresiones culturales de manera no acorde con las costumbres (con independencia de que sea un uso de índole comercial); y
- b) los titulares tradicionales no hayan dado su consentimiento fundamentado previo para esa utilización; se considerará que la persona ha cometido una infracción sancionable mediante una multa que no exceda un importe equivalente a [*determinado por cada país*] o un período de prisión que no exceda [*determinado por cada país*] años, o ambos.”

También se prevén infracciones en relación con los derechos morales (Artículo 27), con el material sagrado secreto (Artículo 28) y con la importación y exportación (Artículo 29).

B. ELEMENTOS JURÍDICOS DE LA PROTECCIÓN DE LAS ECT/EF

57. En esta sección se exponen las disposiciones jurídicas concretas que han sido elaboradas y aplicadas en las legislaciones y sistemas jurídicos nacionales y regionales, correspondientes en general a los principios sustantivos específicos que describen el fundamento jurídico de la protección y que se sugieren en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3.

B.1 Materia protegida

58. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 se sugiere el principio siguiente:

“Materia protegida

a) 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;

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:

a) las obras de arte popular, tales como dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, artesanía, labores de punto, textiles, tapices, indumentaria;

b) los instrumentos musicales;

c) las obras arquitectónicas.

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

Examen de las opciones y los mecanismos

59. Varias delegaciones han señalado las ventajas de la claridad en lo relativo a la materia de las “ECT/EF”⁵⁰. Por consiguiente, en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, se formuló una propuesta específica, que figura más arriba, que podría servir como punto de partida para el debate en curso y el desarrollo de un principio o principios fundamentales.

⁵⁰ Por ejemplo, en la sexta sesión, EE.UU. (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 35), 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), Rusia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 45), Unión Internacional de Editores (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 65).

60. Sin embargo, en muchas normas internacionales sobre P.I. queda a discreción de los países la determinación del alcance preciso de la materia protegida. Esta práctica también se adecua a los principios de flexibilidad y responsabilidad con respecto a las aspiraciones y expectativas de las comunidades de que se trate. Las leyes en vigor son muy diversas en cuanto a los términos utilizados para referirse a la materia, y esta práctica debería mantenerse –cabe observar asimismo que la palabra “folclore” se utiliza ampliamente en las leyes e instrumentos en vigor, pero que algunas comunidades prefieren evitar este término. La cuestión terminológica ha sido estudiada en detalle en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/9. Las leyes nacionales y regionales, en vigor y en proyecto, así como los instrumentos internacionales pertinentes podrían servir de base para modificar o bien seguir elaborando esa descripción⁵¹. Además, debido a la particular atención que se presta a la artesanía, podría ser conveniente elaborar en su debido tiempo una descripción específica o una definición de “artesanía”⁵².

61. Las legislaciones existentes en el ámbito regional y nacional, por ejemplo, así como los instrumentos internacionales pertinentes, contienen descripciones de las ECT protegidas, como las siguientes:

i) en las Disposiciones Tipo de 1982 se describe la materia protegida en los términos siguientes:

“A los efectos de la presente [ley], se entiende por “expresiones del folclore” las producciones integradas por elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad de [nombre del país], o por individuos que reflejen las expectativas artísticas tradicionales de esa comunidad, en particular:

- las expresiones verbales, tales como: los cuentos populares, la poesía popular y los enigmas;
- las expresiones musicales, tales como: las canciones y la música instrumental populares;
- las expresiones corporales, tales como: las danzas y representaciones escénicas populares y formas artísticas de rituales;

sea que estas expresiones estén fijadas o no en un soporte; y

– las expresiones tangibles, tales como:

a) las obras de arte popular y tradicional, tales como: dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaico, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, tapices, trajes;

b) los instrumentos musicales;

⁵¹ Véanse las leyes de Panamá, de los Estados insulares del Pacífico, el proyecto de ley de China (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 32) y otras. Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF 3.

⁵² Por ejemplo, véase el Capítulo 2 de “Comercialización de la artesanía y las artes visuales: La función de la propiedad intelectual: Guía práctica” de la OMPI y el CCI.

c) [las obras arquitectónicas]”;

ii) en la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas de 1997, de Filipinas, se prevé la protección de los “derechos de propiedad intelectual de la comunidad”, descritos como:

a) las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, tales como los lugares históricos y arqueológicos, los artefactos, diseños, ceremonias, tecnologías y artes visuales y de representación, así como literatura y bienes religiosos y espirituales;

b) ciencia y tecnología, en particular, aunque no exclusivamente, los recursos humanos y otros recursos genéticos, las semillas, las prácticas sanitarias, las plantas medicinales vitales, los animales, los minerales, los sistemas y prácticas de conocimientos indígenas, los sistemas de gestión de recursos, las tecnologías agrícolas, los conocimientos de las propiedades de la flora y la fauna y los descubrimientos científicos; y

c) el lenguaje, la música, el baile, la escritura, los cuentos populares, las tradiciones orales, los mecanismos de solución de conflictos, los procesos de pacificación, la filosofía y perspectivas de la vida y los sistemas de enseñanza y aprendizaje⁵³.

En el Marco Regional para el Pacífico se describe la materia, es decir, las expresiones de la cultura, como cualquier forma de expresión o manifestación de los conocimientos tradicionales, con independencia de su contenido, calidad o propósitos, y de que sea tangible o intangible, incluyendo:

a) nombres, cuentos, cantos, enigmas, historias, canciones de transmisión oral;

b) arte y artesanía, instrumentos musicales, escultura, pintura, tallas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, pintura, joyería, hilados, labores de punto, artesanía realizada con caracoles, alfombras, trajes y textiles;

c) música, danzas, teatro, literatura, ceremonias, interpretaciones rituales, prácticas culturales; y

d) las formas delineadas, patrones y detalles de diseños y composiciones visuales; y

e) diseños y obras arquitectónicas.

iii) En la Ley Tipo de Túnez, se entiende por “folclore” las “obras literarias, artísticas y científicas creadas en territorio nacional por autores que se presume son nacionales de los países de que se trate o por comunidades étnicas; obras pasadas de generación en generación y que constituyen uno de los elementos básicos del patrimonio cultural tradicional”;

iv) en los EE.UU., la Ley de Artes y Oficios se aplica a los “productos indígenas” (véase más adelante, en “Criterios de protección”);

⁵³ Artículo 10, Regla VI del Reglamento de Aplicación de la Ley de la República N.º 8371.

v) el régimen *sui generis* de Panamá abarca las creaciones de los pueblos indígenas, como las invenciones, los diseños y las innovaciones, los elementos históricos culturales, la música, el arte y las expresiones artísticas tradicionales;

vi) también en la Decisión 486 de la (Comunidad Andina)⁵⁴, que se refiere, entre otras cosas, al patrimonio biológico y genético y los conocimientos tradicionales, se contempla la protección para el “nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica [...]”.

62. Son muchos los países que prevén protección *sui generis* para las ECT/EF en sus leyes de derecho de autor (de los que se informa en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10); ellos incluyen una descripción de la materia protegida que se basa, a grandes rasgos, en la Ley Tipo de Túnez de 1976 o en las Disposiciones Tipo de 1982. Sin embargo, entre ellos hay diferencias. En el documento WIPO/GRTKF/IC/3/9 figura un estudio de muchas de esas leyes, del que se ofrecen a continuación unos pocos ejemplos:

i) la Ley de Derecho de Autor de Malawi de 1989 establece que se entenderá por “folclore” todas las obras literarias, teatrales, musicales y artísticas que pertenezcan al patrimonio cultural de Malawi, creadas, conservadas y desarrolladas por comunidades étnicas de Malawi o por autores de Malawi no identificados (Artículo 2);

ii) en Lesotho, la Orden sobre Derecho de Autor de 1989 dispone que se entenderá por “expresiones del folclore” las producciones que consistan en elementos característicos del patrimonio artístico tradicional, elaboradas y preservadas a lo largo de las generaciones por una comunidad o por individuos que reflejan las expectativas artísticas tradicionales de su comunidad (Artículo 2);

iii) en Nigeria, en el Artículo 28.5) de la Ley sobre Derecho de Autor de 1992 se dispone que “folclore” es el conjunto de creaciones realizadas por grupos o individuos que están basadas en la tradición y que responden a las expectativas de la comunidad en tanto que expresión de su identidad cultural y social, sus normas y valores tal como se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras, a saber:

- a) el folclore, la poesía popular y los acertijos populares;
- b) las canciones populares y la música instrumental popular;
- c) las danzas populares y las representaciones escénicas populares;
- d) las obras de arte popular, en particular, dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaico, ebanistería, forja, joyería, artesanía, trajes, y textiles indígenas;

iv) en Túnez, en el Artículo 7 de la Ley sobre Propiedad Literaria y Artística de 1994 se estipula que “[e]l folclore forma parte del patrimonio nacional. En el marco de la presente Ley, por folclore se entiende el patrimonio artístico legado por las generaciones predecesoras y vinculado a las costumbres y tradiciones, así como a cualquier aspecto de la creación popular, como los cuentos populares, los escritos, la música y la danza”;

⁵⁴ Decisión 486 relativa al Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

v) en Panamá, en el Artículo 2.11) de la Ley de 1994 por la cual se aprueba la Ley sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos y se dictan otras disposiciones, se estipula que “expresiones del folclore” “son las producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio nacional por autores no conocidos o que no se identifiquen, que se presumen nacionales o de sus comunidades étnicas, y se transmiten de generación en generación y reflejan las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad”;

vi) en Bolivia, en el Artículo 21 de la Ley de Derechos de Autor de 1992 se estipula: “entendiéndose por folclore en sentido estricto: el conjunto de obras literarias y artísticas creadas en el territorio nacional por autores no conocidos o que no se identifiquen y que se presumen nacionales del país o de sus comunidades étnicas y se transmitan de generación en generación, constituyendo uno de los elementos fundamentales del patrimonio cultural tradicional de la nación.”;

vii) en Benin, en el Artículo 10 de la Ley sobre la Protección del Derecho de Autor de 1984 se estipula: “(...) por folclore se entenderán todas las tradiciones y producciones literarias, artísticas, religiosas, científicas, tecnológicas y de otra índole creadas por las comunidades nacionales, transmitidas de generación en generación y que, por consiguiente, constituyen los elementos fundamentales del patrimonio cultural nacional”. En las leyes sobre derecho de autor de Angola, el Congo, Burundi, Guinea, Kenya y Malí figuran definiciones similares;

viii) en el Camerún, en el Artículo 10 de la Ley sobre Derecho de Autor de 1990 se estipula que “folclore son todas las producciones en las que intervengan aspectos del patrimonio cultural tradicional, creados y preservados por una comunidad o por individuos, y que reflejen claramente las expectativas de dicha comunidad, entre las que se incluyen particularmente cuentos populares, poesía popular, canciones y música instrumental popular, danzas y espectáculos folclóricos, así como expresiones, rituales y producciones artísticas de arte popular”.

ix) en Ghana, en el Artículo 53 de la Ley de Derecho de Autor de 1985 se estipula que “(...) se entenderá por folclore todas las obras literarias, artísticas y científicas que pertenezcan al patrimonio cultural de Ghana y que hayan sido creadas, preservadas y desarrolladas por autores no identificados de comunidades étnicas de Ghana, y toda obra designada en virtud de la presente Ley se considerará obra del folclore ghanés”;

x) en Côte d’Ivoire, en la Ley sobre la Protección de las Obras Intelectuales de 1978 se estipula que “se entenderá por folclore todas las producciones literarias y artísticas transmitidas de generación en generación y que formen parte del patrimonio cultural tradicional de Côte d’Ivoire cuando existan razones fundadas para presumir que el autor es nacional del país, aun cuando éste se desconozca. Se entenderá por obras derivadas del folclore cualquier obra que esté compuesta por elementos tomados del patrimonio cultural tradicional de Côte d’Ivoire”;

xi) en el Senegal, en la Ley de Derecho de Autor de 1933 se estipula que “se entenderá por folclore todas las obras literarias y artísticas creadas por autores que se presuman nacionales del Senegal, transmitidas de generación en generación y que constituyan uno de los elementos fundamentales del patrimonio cultural tradicional senegalés. Se entenderá por obra inspirada en el folclore, toda obra compuesta exclusivamente por elementos tomados del patrimonio cultural tradicional senegalés”;

xii) en Togo, en la Ley sobre la Protección del Derecho de Autor, el Folclore y los Derechos Conexos de 1991 se estipula que “el folclore es un componente original del patrimonio nacional. A los fines de la presente Ley, se entenderá por folclore todos los productos literarios y artísticos creados en el territorio nacional por autores anónimos, no conocidos u olvidados, que se presuman nacionales de Togo o de sus comunidades étnicas, se transmitan de generación en generación y constituyan uno de los elementos fundamentales del patrimonio cultural nacional”;

xiii) en Sri Lanka, en la Ley de Propiedad Intelectual de 1979, en su forma enmendada hasta 1990, se estipula que “se entenderá por folclore todas las obras literarias y artísticas creadas en Sri Lanka por varias comunidades, que se transmitan de generación en generación y constituyan uno de los elementos fundamentales del patrimonio cultural tradicional”;

xiv) en Barbados, en el Artículo 13 de la Ley de Derecho de Autor de 1981-1982 se dispone que “se entenderá por folclore todas las obras literarias y artísticas que: a) constituyan un elemento fundamental del patrimonio tradicional y cultural de Barbados, b) hayan sido creadas en Barbados por varios grupos de la comunidad, y c) se transmitan de generación en generación”;

63. Las descripciones y definiciones de la materia relacionada con expresiones culturales tradicionales (ECT) que figuran y se utilizan en determinados instrumentos, organizaciones y procesos multilaterales también proporcionan material a partir del cual pueden definirse opciones sobre el alcance de la materia protegida:

i) en los “Principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas” elaborados bajo los auspicios del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas⁵⁵ se declara que: “El patrimonio de los pueblos indígenas tiene un carácter colectivo y está constituido por todos los objetos, lugares y conocimientos, inclusive lenguas, cuya naturaleza o carácter se hayan transmitido de generación en generación y que se consideren como pertenecientes a un determinado pueblo o a su territorio de uso natural tradicional. El patrimonio de los pueblos indígenas incluye también los objetos, lugares, conocimientos y obras literarias o artísticas que puedan crearse o redescubrirse en el futuro inspirados en esa herencia”. Y “Por patrimonio de los pueblos indígenas se entienden todos los bienes culturales muebles, definidos en las convenciones pertinentes de la UNESCO; todos los tipos de obras literarias y artísticas como música, baile, canciones, ceremonias, símbolos y diseños, narración y poesía; y todas las formas de documentación de los pueblos indígenas o sobre ellos; todo tipo de conocimientos científicos, agrícolas, técnicos y ecológicos, incluidas las innovaciones basadas en esos conocimientos, cultígenos, remedios, medicinas y el uso de la flora y de la fauna; restos humanos; bienes culturales inmuebles como lugares sagrados, emplazamientos de valor cultural, natural e histórico y enterramientos.”

ii) en el Artículo 29 del Proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas⁵⁶ se declara: “Los pueblos indígenas tienen derecho a que se les reconozca plenamente la propiedad, el control y la protección de su patrimonio cultural e intelectual. Tienen derecho a que se adopten medidas especiales de control, desarrollo y

⁵⁵ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub. 2/1994/31.

⁵⁶ Documento de las Naciones Unidas SUB/COM/RES 1994/45.

protección de sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, comprendidos los recursos humanos y los recursos genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños y las artes visuales y dramáticas.”;

iii) en la Recomendación de la UNESCO, del 15 de noviembre de 1989, sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular, se dispone lo siguiente: “La cultura tradicional y popular (o el folclore) es el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes.”

64. En muchas legislaciones nacionales que contemplan el fomento de las artes y los oficios figuran definiciones de “artes y oficios”, “artesanía”, “productos artesanales” y términos similares. En la guía “*Marketing Crafts and Visual Arts: the Role of Intellectual Property*” del CCI (UNCTAD/OMC) y la OMPI también figuran definiciones en ese sentido. Todas ellas pueden servir para establecer una definición a los fines de la protección por propiedad intelectual.

Terminología empleada

65. En el documento WIPO/GRTKF/IC/3/9 se analiza una serie de términos que se utilizan en normativas internacionales, regionales y nacionales relacionadas con los “conocimientos tradicionales” utilizados ahí en su acepción más amplia con objeto de incorporar tanto los conocimientos tradicionales en sentido estricto, como las expresiones culturales. Entre los términos más próximos a las ECT figuran: tradición aborígen; patrimonio cultural; folclore; expresiones del folclore; patrimonio cultural; propiedad cultural; (derechos del) patrimonio indígena; (derechos de) propiedad intelectual y cultural indígena; propiedad intelectual e indígena; derechos del patrimonio consuetudinario; cultura popular; artes y oficios; artesanía; productos artesanales; y el componente intangible.

B.2 Criterios de protección

66. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 se propone el siguiente principio:

“Criterios de la 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”.

Examen de opciones y mecanismos jurídicos

67. En los debates del Comité se ha aclarado la distinción entre la noción de ECT/EF en general, y las ECT/EF que reúnen los requisitos necesarios para ser objeto de protección conforme a una medida jurídica específica. Las legislaciones establecen esta distinción estipulando los criterios sustantivos que deben presentar las ECT/EF para ser susceptibles de protección.

68. La finalidad del principio propuesto es proporcionar criterios jurídicos o prácticos objetivos que permitan distinguir las imitaciones de las ECT/EF “auténticas”. Un criterio de ese tipo tendría una utilidad práctica, ya que implicaría la existencia de un vínculo claro y continuo entre las ECT y el folclore, y una comunidad indígena, tradicional o cultural identificable. Asimismo, expresaría la frecuente naturaleza colectiva y comunal de las ECT/EF. Un concepto más amplio de equidad y la represión de prácticas deshonestas permitiría centrar la atención en aquellas ECT/EF vinculadas y muy particularmente asociadas a comunidades específicas. La “autenticidad” como tal es un término controvertido en el ámbito del folclore y su utilización en instrumentos nacionales e internacionales ha sido problemática⁵⁷. Sin embargo, en la medida en que connota “carácter real”, “genuino” y “no falso o una imitación”⁵⁸, se aproxima a un criterio apropiado que establece el vínculo deseado entre las ECT/EF y una comunidad (es decir, que las ECT/EF sean un “atributo” de una comunidad específica).

69. La mayoría, si no 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 que tratan de establecer la diferencia entre ECT/EF “auténticas” y “no auténticas”. A continuación figuran ejemplos de cómo se ha articulado ese criterio en las legislaciones e instrumentos internacionales, regionales y nacionales hasta la fecha:

a) 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”. Éstos últimos se determinan casi exclusivamente respecto de la identidad de su fabricante (el “componente laboral” del producto debe ser “indígena”). Un producto se considera “indígena” si el fabricante es un miembro de una “tribu indígena” o ha sido declarado artista indígena por esa tribu. En particular, la Ley aborda la cuestión de los criterios de la forma siguiente:

Por “productos indígenas” se entiende todo oficio o producto artesanal elaborado por un indígena (la expresión “elaborado por un indígena” significa que uno o varios indígenas han aportado la mano de obra artística o artesanal necesaria para poner en práctica un diseño artístico, transformando sustancialmente los materiales para producir el arte o la obra

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Véanse por ejemplo los diccionarios *Merriam-Webster* y *Concise Oxford*.

artesanal). Sin embargo, el componente laboral del producto debe ser totalmente indígena para que el arte indígena o el objeto artesanal sea un “producto indígena”. (Artículo 309.2d), Derecho público 101-497)

Los “productos indígenas” abarcan, aunque no exclusivamente, lo siguiente:

- i) el arte elaborado en un estilo o medio tradicional o no tradicional por un indígena;
- ii) la obra artesanal elaborada en un estilo o medio tradicional o no tradicional por un indígena;
- iii) el producto artesanal elaborado por un indígena (es decir, un objeto creado únicamente con la ayuda de dispositivos con los cuales el fabricante sea capaz de dar manualmente forma y diseño a cada producto por separado). (Artículo 309.2), Derecho público 101-497).

Ejemplos de productos que no cumplen los requisitos. Conforme a esa Ley, entre los “productos indígenas” no se contemplan los siguientes productos:

- i) productos cuyo estilo sea característico del arte o la artesanía indígenas y hayan sido elaborados por mano de obra no indígena;
- ii) productos cuyo estilo sea característico del arte o la artesanía indígenas y hayan sido diseñados por un indígena pero elaborados por mano de obra no indígena;
- iii) productos cuyo estilo sea característico del arte o la artesanía indígenas y que estén ensamblados;
- iv) productos cuyo estilo sea característico del arte o la artesanía indígenas que procedan de un producto comercial sin que el artista indígena o la mano de obra artesanal hayan intervenido transformándolos sustancialmente;
- v) los productos industriales, que a este fin se definen como productos que tienen una finalidad exclusivamente funcional, no sirven como medio artístico tradicional, y no se prestan a una función ornamental indígena (por ejemplo, los electrodomésticos y los vehículos). Un producto industrial no puede considerarse un producto indígena;
- vi) el arte indígena o un producto artesanal que se elaboren en una cadena de ensamblaje o en una línea de producción con la intervención de varios trabajadores, no siendo todos indígenas. (Basta con que sólo una de las personas que trabajan en la creación del producto no sea indígena, para que el producto no se considere “indígena”). (Artículo 309.2)3), Derecho público 101-497).

Un “producto comercial” puede entrar dentro de lo que se consideran productos indígenas si la mano de obra indígena que interviene en la obra u objeto artesanal es suficiente para transformar sustancialmente las cualidades y el aspecto del artículo comercial original. (Artículo 309.6) Derecho público 101-497).

¿Qué condiciones son necesarias para recibir la certificación de artesano indígena?

- a) Para que una tribu indígena declare a un individuo artesano indígena aunque no sea miembro de esa tribu:
 - 1) el individuo debe ser descendiente indígena de uno o más miembros de esa tribu; y
 - 2) la certificación debe estar documentada por escrito por el organismo rector de una tribu indígena o por un organismo de certificación en el que delega esa función el organismo rector de la tribu indígena.

b) Conforme a lo dispuesto en el Artículo 107 de la Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de 1990, Derecho público 101–644, las tribus no tienen derecho a imponer una tasa por declarar a un artesano indígena” (Artículo 309.4), Derecho público 101–497”;

c) el *Label of Authenticity* (sello indígena de autenticidad) de Australia del que informó Janke, sólo pueden utilizarlo “creadores indígenas certificados”⁵⁹;

d) la marca *Toi Iho*TM 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...”⁶⁰.

70. Ante todo se reconoce que las ECT/EF son inherentes al patrimonio tradicional de una comunidad específica y representativas de esta última. De ahí se deduce que para ser objeto de protección, las ECT deben ser “representativas” de un patrimonio tradicional perteneciente a una comunidad específica. A continuación figuran ejemplos de cómo se ha plasmado ese tipo de criterio en la práctica (en casi todas las legislaciones de derecho de autor citadas anteriormente bajo el epígrafe “Alcance de la materia” figura algún criterio similar, aunque aquí sólo se repiten uno o dos de esos ejemplos):

i) las Disposiciones Tipo de 1982 son aplicables a “producciones integradas por elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad...”;

ii) en la Ley Tipo de Túnez de 1976 se incorpora el requisito de que las ECT/EF consten de “elementos básicos” del patrimonio de una comunidad específica;

iii) en la Ley de Panamá de 2000 y su correspondiente Decreto Ejecutivo de 2001 se estipula que la materia protegida debe basarse en la “tradición” y el “carácter colectivo”, en el sentido de que la materia debe, entre otras cosas, constituir el patrimonio de todo un pueblo indígena, o considerarse perteneciente a una o más comunidades indígenas de Panamá;

iv) en la Ley Tipo del Pacífico Meridional se dispone que las ECT/EF deben ser “tradicionales”, en el sentido de que deben haberse creado con fines tradicionales, ser intergeneracionales y pertenecer a un grupo específico, y la titularidad debe ser compartida;

v) en el Artículo 7 de la Ley N.º 94–36 de Túnez de 1994 sobre Propiedad Literaria y Artística se dispone que “el folclore forma parte del patrimonio nacional. El folclore a los fines de la presente Ley consistirá en el patrimonio artístico legado por las generaciones predecesoras y vinculado a las costumbres y tradiciones, y a cualquier aspecto de la creación popular, como cuentos populares, escritos, música y baile”;

⁵⁹ Véanse las pp. 134 a 158 de “Cuidar la cultura” de Terri Janke.

⁶⁰ *Rules Governing Use by Artists of the Toi Iho Maori Made Mark*, www.toiho.com. (18 de agosto de 2004).

vi) en el Artículo 28.5) de la Ley sobre Derecho de Autor de 1992 de Nigeria se estipula que “folclore” es el conjunto de creaciones realizadas por grupos o individuos que están basadas en la tradición y que responden a las expectativas de la comunidad en tanto que expresión de su identidad cultural y social, sus normas y valores tal como se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras.

B.3 Beneficiarios

71. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 se propone el siguiente principio:

“Beneficiarios

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”.

Examen de opciones y mecanismos jurídicos

72. 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 individuos⁶¹ (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”).

Reconocimiento de derechos y beneficios comunales

73. Existen varias maneras de aplicar un principio de esta índole en la práctica. Los derechos específicos se pueden conceder directamente a las comunidades y a una oficina, un organismo o una autoridad competente, de acuerdo con las comunidades pertinentes y en beneficio de éstas últimas. Se pueden hallar precedentes de protección de derechos de grupos en las normas sobre derecho de autor relativas a obras anónimas, no publicadas, conjuntas y colectivas⁶², y en ámbitos de políticas no relacionadas con propiedad intelectual, entre las que figuran las legislaciones sobre propiedades culturales y sobre el patrimonio (como la Ley de Protección y Repatriación de Sepulturas de Indígenas Americanos) (NAGPRA) 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). Entre las

⁶¹ 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).

⁶² Véase el Artículo 15 del Convenio de Berna de 1971.

legislaciones *sui generis* y de derecho de autor relativas a la protección específica de las ECT/EF, cabe citar los siguientes ejemplos:

a) los beneficiarios de la Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 son “tribus indígenas”, organizaciones de artes y oficios indígenas e individuos indígenas;

b) la Ley de Panamá de 2000 y su correspondiente Decreto Ejecutivo de 2001 confieren derechos colectivos a congresos indígenas o a autoridades indígenas tradicionales;

c) la Ley de Filipinas de 1997 dispone el reconocimiento, el respeto y la protección de los derechos de las comunidades culturales indígenas y los pueblos indígenas. Este principio queda reflejado en el Artículo 34 de la Ley, que dice lo siguiente:

“Las comunidades culturales indígenas y los pueblos indígenas tienen derecho a que se les reconozca la titularidad, el control y la protección de sus derechos culturales e intelectuales. Han de tener derecho a tomar medidas especiales de control, desarrollar y proteger su ciencia, tecnología y manifestaciones culturales, en particular, los recursos humanos y otros recursos genéticos, las semillas, incluidos los derivados de estos recursos, las medicinas tradicionales y las prácticas sanitarias, las plantas medicinales vitales, los animales y minerales, los sistemas y prácticas de conocimientos indígenas, los conocimientos de las propiedades de la flora y la fauna, las tradiciones orales, la literatura, los diseños y las artes visuales y del espectáculo”;

d) en las Disposiciones Tipo de 1982 se estipula que los derechos pueden concederse directamente a una comunidad o a una autoridad competente. El Artículo 3 dice lo siguiente: “las siguientes formas de utilización de las expresiones del folclore están sujetas a autorización de [la autoridad competente que se menciona en el párrafo 1) del Artículo 9,] [la comunidad concernida,]...”;

e) en virtud del Marco Regional del Pacífico de 2002 se confieren “derechos culturales tradicionales” a los “titulares tradicionales”, entendidos como grupo, clan o comunidad, o a un individuo reconocido por un grupo, clan o comunidad como persona a la que se confía la custodia o la protección de las expresiones culturales, de conformidad con las leyes y prácticas consuetudinarias de ese grupo, clan o comunidad;

f) las disposiciones específicas *sui generis* que figuran en las legislaciones sobre derecho de autor también pueden estipular derechos comunales. Por ejemplo, Australia está preparando una normativa para conceder 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 irrespetuosa⁶³;

g) los beneficiarios comunales también pueden estar reconocidos en la jurisprudencia. A título de ejemplo, los tribunales australianos están dispuestos a reconocer intereses comunales en una obra protegida por derecho de autor⁶⁴;

⁶³ Documento WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 131.

⁶⁴ Véase “*The Protection of Traditional Cultural Expressions*”, que figura entre los estudios de casos preparados por Terri Janke para la OMPI.

h) en la Ley Tipo de Túnez de 1976 se conceden los derechos a un organismo público, opción que también está prevista en las Disposiciones Tipo de 1982. Por consiguiente, la mayoría de las legislaciones nacionales que han seguido estos modelos confieren los derechos al Estado o a un organismo público, o al menos estipulan que el Estado puede gestionar y ejercer los derechos. 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”⁶⁵. Por ejemplo:

- en la Ley sobre Derecho de Autor de 1992 de Nigeria se estipula que “El derecho a autorizar el uso del folclore tal como se estipula en la Ley” se confiere a la Comisión Nacional de Derecho de Autor (Artículo 28.4));
- en la Ley sobre el Derecho de Autor de 1994 de Túnez se estipula: “El folclore forma parte del patrimonio nacional y toda transcripción del folclore con fines de explotación lucrativa debe ser autorizada por el Ministerio de Cultura, mediante el pago de una tasa en beneficio del fondo de ayuda del organismo de protección del derecho de autor establecido de conformidad con esta Ley. Para producir obras inspiradas en el folclore, para ceder total o parcialmente el derecho de autor sobre una obra inspirada en el folclore, o para conceder una licencia exclusiva sobre esa obra también es necesaria la autorización del Ministerio de Cultura.” (Artículo 7).

B.4 Gestión de los derechos

74. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 se propone el siguiente principio:

“Gestión de los derechos

- a) Para garantizar la eficacia de la protección de las ECT/EF se debe confiar a una autoridad responsable, que puede ser una oficina u organismo existente, las tareas de concienciación, educación, asesoramiento y orientación, supervisión, solución de controversias y otras funciones.
- b) La autorización para explotar las ECT/EF debe obtenerse directamente de la comunidad interesada o de la autoridad que actúe en nombre de esa comunidad y en representación de sus intereses. Cuando dicha autoridad conceda la autorización:
 - i) lo hará únicamente después de celebrar consultas apropiadas con los pueblos indígenas o comunidades tradicionales u otras comunidades pertinentes, de conformidad con sus procesos tradicionales de toma de decisiones y de gobierno;
 - ii) lo hará respetando el alcance de la protección previsto para las ECT/EF en cuestión, y disponiendo en particular la participación equitativa en los beneficios derivados de su utilización;

⁶⁵ Documento WIPO/GRTKF/IC/6/12.

iii) las dudas o controversias suscitadas en cuanto a determinar a qué comunidad debe involucrarse, deben resolverse en la medida de lo posible recurriendo a las leyes y prácticas consuetudinarias;

iv) todo beneficio monetario o de otro tipo que recaude la autoridad por el uso de las ECT/EF, debe ser directamente entregado por ésta a los pueblos indígenas o comunidades tradicionales u otras comunidades que corresponda;

v) las disposiciones habilitantes de leyes, reglamentos o medidas administrativas deben brindar orientación en cuestiones tales como los procedimientos para solicitar la autorización; las tasas (de haberlas) que la autoridad pueda cobrar por sus servicios; los procedimientos de notificación al público; la solución de controversias; y las condiciones en las que la autoridad puede conceder autorizaciones”.

Examen de opciones y mecanismos jurídicos

75. En el principio propuesto se refleja 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 los conflictos, 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 los ejemplos actuales se propone la posibilidad de asignar una función de “autoridad” que establezca el Estado, al menos en algunas circunstancias, para conceder autorizaciones con objeto de utilizar las ECT/EF, controlar los usos de las ECT/EF para asegurar que son apropiadas (especialmente cuando se trata de la regulación de su uso y no sólo de un derecho de propiedad exclusivo); asesorar y ayudar a las comunidades pertinentes; resolver conflictos en relación con la titularidad y la distribución de beneficios; fomentar una toma de conciencia respecto a la necesidad de respetar y proteger las ECT/EF; y si procede, incoar procedimientos civiles o penales en nombre de las comunidades. En caso de que se adopte algún tipo de sistema de notificación (véase el epígrafe “Formalidades” más adelante), esa autoridad también podría ocuparse del mismo. En muchos países ya existen oficinas, juntas, organismos y otras autoridades competentes que desempeñan funciones similares.

76. Mientras que en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 se trata de establecer un principio básico, es evidente que el aspecto práctico de su elaboración depende enormemente de factores comunitarios: podrían perfeccionarse las opciones disponibles estableciendo disposiciones más detalladas a nivel nacional y comunitario, a saber:

a) por ejemplo, las Disposiciones Tipo de 1982 disponen que los derechos se pueden conceder directamente a una comunidad o a una autoridad competente. En el Artículo 3 se estipula: “...las siguientes formas de utilización de las expresiones del folclore están sujetas a autorización de [la autoridad competente que se menciona en el párrafo 1) del Artículo 9,] [la comunidad concernida,]...”. Estas Disposiciones ofrecen pautas sobre cómo solicitar y obtener autorizaciones. Asimismo, prevén solicitudes escritas o verbales, así como la concesión de licencias individuales y globales (Artículo 10). Por otra parte, no ofrecen orientación respecto a la información que toda solicitud de utilización debe contener, ni

disposiciones relativas al proceso de concesión de la autorización. En virtud del párrafo 2) del Artículo 10 de las Disposiciones Tipo se permite percibir regalías por las autorizaciones sin carácter obligatorio, y se aborda la cuestión respecto a dónde deben destinarse las regalías recaudadas. Asimismo, se ofrece la posibilidad de fomentar o salvaguardar la cultura o el folclore nacionales. En el párrafo 3) del Artículo 10 se dispone que toda decisión de la autoridad competente es apelable. Sin embargo, las decisiones de una comunidad no están sujetas a apelación;

b) en el Artículo 6 de la Ley Tipo de Túnez se prevé que una autoridad designada por el Gobierno ejerza los derechos concedidos sobre el folclore;

c) muchos Estados (basándose en la Ley Tipo de Túnez de 1976 y en las Disposiciones Tipo de 1982) designan un organismo público como titular de los derechos sobre las ECT y otorgan poderes a ese organismo para conceder autorizaciones para su utilización⁶⁶. Por ejemplo, en virtud del Artículo 7 de la Ley sobre el Derecho de Autor de Túnez de 1994, "...toda reproducción del folclore para su explotación con fines lucrativos exigirá la autorización del Ministerio de Cultura y el pago de una tasa en beneficio del fondo de ayuda del organismo de protección por derecho de autor establecido de conformidad con esta Ley". En la Ley sobre Derecho de Autor de 1997 de Nigeria se confiere el derecho a autorizar actos en relación con el folclore a la Comisión Nigeriana de Derecho de Autor (Artículo 28);

d) en la Ley del Perú de 2002 se estipula el registro de los contratos de licencia que entraron en vigor al amparo de esa ley y se abordan asuntos como el contenido de los contratos⁶⁷. Asimismo se dispone el establecimiento de una "autoridad nacional competente" y un "consejo especializado en la protección de conocimientos indígenas" que se ocupen de funciones específicas respectivamente;

e) en el Marco Regional del Pacífico de 2002 se estipula el consentimiento fundamentado previo y el establecimiento de una "Autoridad cultural" a la que el eventual usuario de una ECT deberá dirigir la solicitud para obtener el consentimiento fundamentado previo de los "titulares de los conocimientos tradicionales"⁶⁸. La función de esa autoridad es actuar en interés de las comunidades pertinentes y mediar entre éstas últimas y los usuarios. Asimismo, se ocupa de la recepción de las solicitudes de los posibles usuarios de una ECT para obtener el consentimiento fundamentado previo de los "titulares de los conocimientos tradicionales". Entre otras cosas, esa autoridad debe identificar a los "titulares de los conocimientos tradicionales" y resolver las dudas o los conflictos que se planteen en relación con la titularidad, así como supervisar la firma de los "acuerdos de usuario autorizado" entre el usuario y los titulares de los conocimientos tradicionales. Los conflictos respecto de la titularidad deben resolverse conforme al Derecho consuetudinario o por otros medios. Si no se encuentran "titulares de conocimientos tradicionales" o no se llega a un acuerdo respecto de la titularidad, puede decidirse que la titularidad de los conocimientos tradicionales recaiga en dicha Autoridad. En este modelo también se especifica la información que deben contener

⁶⁶ Véanse las respuestas al cuestionario sobre folclore, el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10 y el GRULAC (documento OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 5).

⁶⁷ Artículos 25 a 33.

⁶⁸ Véase la parte 4 del Modelo Regional.

las solicitudes de autorización y las condiciones que deben figurar en los acuerdos de usuario autorizado⁶⁹;

f) la Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 confiere varios derechos y responsabilidades a una “Junta de Artes y Oficios Indígenas”, que se creó en 1935 al amparo de la legislación anterior. Su principal función consiste en ejecutar la Ley y está facultada para prestar diversas formas de asistencia a las tribus indígenas. A pesar de que las tribus indígenas, las organizaciones de artes y oficios indígenas y los individuos indígenas tienen derecho a entablar demandas civiles en virtud de la Ley, la Junta también recibe quejas y las tramita, y remite los casos penales a la Oficina Federal de Investigaciones y al Fiscal General de los Estados Unidos;

g) por otra parte, las organizaciones de gestión colectiva existentes son el medio potencial más práctico para administrar los derechos derivados de las ECT. Los participantes en el Comité⁷⁰ y las propias organizaciones de gestión colectiva⁷¹ han expresado interés en analizar esta posibilidad más detenidamente.

B.5 Alcance de la protección

77. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 se propone el siguiente principio:

“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 a las interpretaciones o ejecuciones de ECT/EF, que se protejan los derechos morales y patrimoniales según lo estipulado en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 1996; y

⁶⁹ Véase la parte 4 del Modelo Regional.

⁷⁰ GRULAC (documento OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 5).

⁷¹ Como la Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción (IFRRO).

- 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”.

Examen de opciones y mecanismos

78. Por alcance de la protección se entiende, tanto la forma jurídica que ésta puede adoptar, como la protección propiamente dicha, a saber, la naturaleza de los actos y omisiones susceptibles de prohibición, la necesidad de autorización, u otras formas de regulación. Las opciones y los mecanismos jurídicos de la protección ya se han abordado, y en la presente sección se tratan las opciones y los mecanismos específicos en función de la naturaleza de la protección.

Derechos patrimoniales relacionados con el derecho de autor y los derechos conexos

79. En este principio se apuntan, entre otras cosas, los derechos patrimoniales respecto de las ECT sagradas y de las interpretaciones o ejecuciones de las ECT/EF. 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). No obstante, las medidas *sui generis* vigentes en las legislaciones de derecho de autor tratan los derechos de forma muy diferente, por lo que resultaría difícil

codificar sus elementos comunes⁷². Se podrían ceder esos derechos y otorgar una licencia sobre los mismos (aunque en función de la legislación de que se trate podrían restringirse esas cesiones para asegurar que los derechos permanecen en las comunidades tradicionales, como en el caso del Marco Regional del Pacífico⁷³, o para exigir el consentimiento de una autoridad competente⁷⁴).

80. Las cuestiones políticas y jurídicas claves 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”⁷⁵. 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 distribución de beneficios dimanantes de la explotación del derecho de autor y el respeto de alguna forma de derechos morales sobre la utilización de las tradiciones).

81. En la mayoría de las legislaciones nacionales vigentes sobre protección de las ECT/EF se prevén derechos patrimoniales semejantes a los que se derivan del derecho de autor, ya que para la protección de las ECT/EF se ha partido del derecho de autor, por ejemplo:

a) en la Ley sobre Derecho de Autor de Nigeria, “las expresiones del folclore están protegidas contra la reproducción, las comunicaciones al público mediante interpretación o ejecución; la redifusión; la distribución por cable u otros medios y las adaptaciones; las traducciones u otras transformaciones, cuando esas expresiones se realicen con fines comerciales o fuera de su contexto tradicional o acostumbrado.” (Artículo 28.1));

b) en Ghana, en el Artículo 5.1) de la Ley de Derecho de Autor de 1985 se estipula que “las obras del folclore ghanés están protegidas por derecho de autor”;

⁷² 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).

⁷³ Artículo 10.

⁷⁴ Malí, Marruecos, Rwanda, Túnez. Véase “*Folklore*” de Lucas-Schloetter en von Lewinski, S. (Ed.), “*Indigenous Heritage and Intellectual Property*”, 2004 (Kluwer), *ibid.*

⁷⁵ Artículo 4.1)iii) de las Disposiciones Tipo de 1982.

c) conforme al Marco Regional del Pacífico, para los siguientes usos de las ECT/EF es necesario contar con el consentimiento fundamentado previo de los titulares de los conocimientos tradicionales:

- la reproducción de los conocimientos tradicionales o las expresiones culturales;
- la publicación de los conocimientos tradicionales o las expresiones culturales;
- la interpretación o ejecución, o la exposición de los conocimientos tradicionales o las expresiones culturales en público;
- la radiodifusión al público por radio, televisión, satélite, cable o cualquier otro medio de comunicación;
- la traducción, adaptación, arreglo, transformación o modificación;
- la fijación mediante cualquier procedimiento como, por ejemplo, una fotografía, película o grabación sonora;
- la puesta a disposición por Internet o en formato electrónico, la transmisión al público (por un canal o una combinación de canales o ambos);
- la creación de obras derivadas;
- la realización, utilización, oferta en venta, venta, importación o exportación de conocimientos tradicionales o expresiones culturales, o productos derivados de los mismos;
- la utilización de conocimientos tradicionales o expresiones culturales en cualquier otra forma material;
- la utilización si se trata de usos no acostumbrados (con independencia de que sean de naturaleza comercial).

Medidas preventivas contra usos vejatorios, despectivos y cultural y espiritualmente ofensivos

82. Los usos vejatorios, despectivos, y culturalmente y espiritualmente ofensivos de las ECT/EF, en particular las ECT sagradas, pueden impedirse de varias maneras, a saber, en las legislaciones no relacionadas con propiedad intelectual, por ejemplo en disposiciones sobre el patrimonio cultural y contra la blasfemia. A continuación figuran disposiciones de legislaciones vigentes sobre propiedad intelectual y legislaciones conexas:

a) en el Artículo 5.1) de la Ley Tipo de Túnez de 1976 se contemplan derechos morales que también son aplicables a las ECT/EF, en tanto que el derecho de un “autor” a reivindicar la paternidad, oponerse a toda deformación, mutilación, modificación o cualquier otra acción que atente contra el honor o la reputación del autor;

b) en las Disposiciones Tipo de 1982 se contemplan delitos resultantes de la deformación de ECT/EF. Se considera delito penal la no mención intencionada (o negligente) de la fuente; la utilización de las ECT y el folclore sin autorización; el engaño respecto a la fuente de las ECT; la presentación de artefactos o similares en tanto que expresiones del folclore de una determinada comunidad de los que en realidad no son originarios; y la desnaturalización de las ECT y el folclore de manera perjudicial para los intereses culturales de la comunidad de origen;

c) en el Marco Regional del Pacífico de 2002 se establecen derechos patrimoniales y morales sobre las ECT/EF (los derechos morales se citan en el presente documento)⁷⁶;

d) como ya se ha señalado, Australia está preparando una normativa para incorporar derechos morales comunales en su legislación sobre derecho de autor;

e) en el WPPT de 1996 se estipulan derechos morales para los artistas intérpretes o ejecutantes de expresiones del folclore. En el Artículo 5 del Tratado se prevé lo siguiente:

“1) Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, el derecho a reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación.

2) Los derechos reconocidos al artista intérprete o ejecutante de conformidad con el párrafo precedente serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones autorizadas por la legislación de la Parte Contratante en que se reivindique la protección. Sin embargo, las Partes Contratantes cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación del presente Tratado o de la adhesión al mismo, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del artista intérprete o ejecutante de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo precedente, podrán prever que algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del artista intérprete o ejecutante.

3) Los medios procesales para la salvaguardia de los derechos concedidos en virtud del presente Artículo estarán regidos por la legislación de la Parte Contratante en la que se reivindique la protección.”

Incumplimiento de la mención de la fuente e indicaciones engañosas al respecto

83. En las Disposiciones Tipo se prevé lo siguiente:

“1. En todas las publicaciones impresas y en relación con toda comunicación al público de toda expresión identificable del folclore, deberá indicarse su fuente, en forma apropiada, mencionando la comunidad y/o el lugar geográfico del que procede la expresión utilizada.

2. Las disposiciones del párrafo 1) no se aplicarán a [determinadas utilidades libremente].”

⁷⁶ Véase el Artículo 13.

84. En el Artículo 28.3) de la Ley sobre Derecho de Autor de Nigeria de 1992 se estipula: “en todas las publicaciones impresas y en relación con toda comunicación al público de expresiones identificables del folclore deberá indicarse la fuente, en forma apropiada y de conformidad con una práctica justa, mencionando la comunidad y/o el lugar geográfico del que procede la expresión utilizada.”

Medidas preventivas contra reivindicaciones falsas o engañosas respecto a la “autenticidad”, origen o vínculo o aprobación de una comunidad

85. Las reivindicaciones falsas o engañosas respecto a la ‘autenticidad’, origen o vínculo o aprobación de una comunidad pueden impedirse mediante una serie de mecanismos jurídicos, entre otros:

a) la autenticidad de los productos y servicios puede salvaguardarse mediante el registro de marcas de certificación. En Australia, las marcas de certificación han sido registradas por la Asociación de Defensa de las Artes Indígenas Nacionales (NIAAA)⁷⁷ y en Nueva Zelanda, el *Te Waka Toi* (Consejo Maorí de Artes Creativas de Nueva Zelanda) utiliza la protección de marcas por medio del establecimiento de la marca *Toi Iho*™ (de fabricación Maorí⁷⁸). 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;

b) la normativa sobre “verdad en la publicidad”, prácticas comerciales y etiquetado (por ejemplo, la Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de 1990⁷⁹, sobre la que se informa en el presente documento);

c) las indicaciones geográficas (Portugal, la Federación de Rusia y México ofrecen ejemplos de registro de indicaciones geográficas con respecto a las ECT y los conocimientos tradicionales conexos⁸⁰); y

d) 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 aborigen” 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 aborigen⁸¹).

Medidas preventivas contra la adquisición de derechos de propiedad intelectual sobre ECT/EF

86. Cuando procede, la adquisición de derechos de propiedad intelectual sobre ECT/EF o determinadas ECT/EF puede realizarse de varias maneras. Por ejemplo, determinados Estados y organizaciones regionales han tomado disposiciones para impedir en la medida de lo posible el registro no autorizado de marcas indígenas como marcas de fábrica (medidas de

⁷⁷ Véanse “*Indigenous Arts Certification Mark*” que figura entre los estudios de casos “Cuidar la cultura” de Terri Janke, en la dirección

<<http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>>.

⁷⁸ Para más información sobre la marca *Toi Iho*™, véase <http://www.toiho.com>.

⁷⁹ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10, párr. 122.i).

⁸⁰ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3.

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

“protección preventiva”). Entre otros ejemplos se encuentran la Comunidad Andina, los Estados Unidos de América y Nueva Zelanda:

a) En el Artículo 136.g) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina se establece que “no podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afecte excesivamente al derecho de un tercero, en particular cuando consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso”. En Colombia se planteó un caso en el que se denegó el registro de una marca como resultado de la excepción anteriormente mencionada. Ese caso concernía a la solicitud del registro como marca de la expresión “Tairona”, que coincide con una cultura indígena que vive en territorio colombiano. Se decidió proteger la expresión “Tairona” como parte del patrimonio cultural del país. A ese respecto, únicamente los representantes de esta cultura o las personas que cuenten con la autorización de sus representantes pueden solicitar autorización para utilizar la expresión como signo distintivo y, en este caso particular, como marca;

b) La Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América (USPTO) ha establecido una base de datos exhaustiva de las insignias oficiales de todas las tribus americanas autóctonas reconocidas por los Estados o por la Federación⁸². En virtud del Artículo 2.a) de la Ley de Marcas de 1946, en su forma enmendada, una propuesta de registro de marca puede rechazarse o cancelarse (en todo momento) si la marca consta de elementos que puedan inducir al error de pensar que existe una conexión con personas vivas o fallecidas, instituciones, creencias o símbolos nacionales, o que puedan desprestigiar a estas últimas. La USPTO puede denegar el registro de una marca propuesta que sugiera una falsa conexión con una tribu indígena o con creencias de dicha tribu. En este Artículo no sólo se prevé la protección de los aspectos folclóricos de las tribus americanas autóctonas, sino también “la de los demás pueblos indígenas del mundo”. De conformidad con la Ley de Aplicación del Tratado sobre el Derecho de Marcas, de 1998, la USPTO tuvo que realizar un estudio sobre la protección de las insignias oficiales de las tribus americanas autóctonas reconocidas en los Estados y en toda la Federación. Como resultado directo de este estudio⁸³, el 31 de agosto de 2001, la USPTO estableció una base de datos de insignias oficiales de tribus americanas autóctonas. Es posible efectuar búsquedas en dicha base de datos e impedir así el registro de una marca que pueda confundirse con una insignia oficial. Por “insignia” se entiende “la bandera o el escudo de armas u otro emblema o dispositivo de cualquier tribu americana autóctona reconocida por los Estados o por la Federación” y no incluye palabras⁸⁴;

c) La Ley de Marcas de Nueva Zelanda contiene una disposición que permite al Comisionado de Marcas denegar el registro de una marca, siempre que se base en motivos razonables, cuando su uso o registro sea susceptible de constituir una ofensa para una parte importante de la comunidad, incluido el pueblo indígena de dicho país, los maoríes. En el artículo en que se enumeran los motivos en los que puede basarse la denegación del registro de una marca, la Ley establece lo siguiente:

⁸² Véase “*Report on the Official Insignia of Native American Tribes*”, 30 de septiembre de 1999.

⁸³ Disponible en <http://www.uspto.gov/web/menu/current.html> (publicado el 30 de noviembre de 99).

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 24 a 26.

- “1) El Comisionado no debe:
- b) registrar una marca o parte de una marca si –
 - i) considera que su uso o registro es susceptible de ofender a una parte importante de la comunidad, incluidos los maoríes”⁸⁵.

87. Es posible impedir la concesión de derechos de patente sobre ECT/EF y obras derivadas que no presentan grado alguno de innovación, por ejemplo, catalogando y publicando información relativa a las ECT/EF, destruyendo así la novedad e impidiendo su patentamiento. En el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3 Add. se informó de que se está examinando la posibilidad de elaborar mecanismos de clasificación de la propiedad industrial para la protección preventiva de las ECT/EF, con respecto al posible uso de mecanismos de clasificación de patentes para facilitar la búsqueda de documentos de patente que abarquen las ECT que guardan relación con las invenciones reivindicadas. El uso de estos mecanismos de clasificación podría ayudar a incluir los documentos de patente que guardan relación con las ECT en el “estado de la técnica” en el que es posible buscar, reduciendo así la probabilidad de que se concedan patentes sobre ECT que ya hayan sido divulgadas. Más concretamente, el Grupo de Trabajo sobre Clasificación de Conocimientos Tradicionales, establecido por el Comité de Expertos de la Unión Especial para la Clasificación Internacional de Patentes (CIP)⁸⁶ ha preparado, a petición de este último, un informe que contiene un estudio sobre “los posibles aspectos de clasificación relacionados con ... las expresiones culturales tradicionales”. Ese informe se debatió en una reunión del Comité de Expertos celebrada del 23 al 27 de febrero de 2004⁸⁷. El Comité de Expertos de la CIP es responsable de la revisión de la CIP. Se espera que entre en vigor una nueva edición de dicha clasificación el 1 de enero de 2006 (en principio estaba previsto que entrara en vigor un año antes, pero por motivos técnicos se ha pospuesto)⁸⁸. La CIP revisada contendrá un sistema de clasificación ampliado para los conocimientos medicinales tradicionales, como se ha venido debatiendo en el Comité de Expertos y en el Comité Intergubernamental. Véase también el documento WIPO/GRTKF/IC/6/8, donde se informa del importante progreso realizado en este aspecto, así como de otras actividades conexas y complementarias destinadas a la protección preventiva de los conocimientos tradicionales. Sin embargo, cabe recordar que a efectos de la labor del Comité Intergubernamental, del Comité de Expertos de la CIP y de otras instancias

⁸⁵ La Ley está disponible en <http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/2002/an/049.html>.

⁸⁶ La Clasificación Internacional de Patentes (CIP) está basada en un tratado multilateral administrado por la OMPI. Se trata del Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes, que fue adoptado en 1971 y entró en vigor en 1975. El 1 de marzo de 2004, 54 Estados eran parte en el Arreglo de Estrasburgo. Sin embargo, las oficinas de propiedad industrial de más de 100 Estados, cuatro oficinas regionales y la Oficina Internacional de la OMPI, ejerciendo la función que le incumbe con arreglo al Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT), utilizan la CIP. La clasificación es indispensable para la consulta de documentos de patente en las búsquedas en el “estado de la técnica”, a fin de comprobar la novedad y evaluar la actividad inventiva de las solicitudes de patente. Esas consultas son necesarias para las autoridades encargadas de conceder patentes, los inventores, las instituciones de investigación y desarrollo y otras partes interesadas en la aplicación o el desarrollo de la tecnología. Véase http://www.wipo.int/classifications/en/ipc/ipc_ce/34/index.htm.

⁸⁷ Véase la dirección http://www.wipo.int/classifications/en/ipc/ipc_ce/34/index.htm.

⁸⁸ Véase el proyecto de informe de la sesión del Comité de Expertos IPC/CE/34/10 Prov., párrafos 36 a 47.

de la OMPI, la expresión “conocimientos tradicionales” hace referencia únicamente a los grupos de conocimientos técnicos y científicos, como los conocimientos medicinales, para los que el sistema de patentes, en particular, es de una importancia directa y mayor. En lo relativo a las ECT, el estudio, que figura como apéndice del informe del Grupo de Trabajo⁸⁹, proporciona una perspectiva general del modo en que la CIP actual se relaciona con componentes de las ECT y los abarca. Como se expone en el informe, varias subclases ya existentes de la CIP podrían abarcar determinadas ECT tangibles, como la joyería, el mobiliario, el tejido, las artes decorativas, el encaje y los instrumentos musicales. El Grupo de Trabajo concluyó en su informe que podría utilizar esta perspectiva general “como base de su labor relativa a la concepción de mecanismos de clasificación de los conocimientos tradicionales y otros ámbitos pertinentes”. En su reunión celebrada del 23 al 27 de febrero de 2004, el Comité de Expertos estuvo de acuerdo con esas conclusiones del Grupo de Trabajo y dio instrucciones a dicho grupo para “continuar su trabajo de elaboración de mecanismos de clasificación de los conocimientos tradicionales y otros ámbitos pertinentes...”⁹⁰, entendiéndose por “otros ámbitos pertinentes”, por ejemplo, las ECT. En anteriores documentos sobre las ECT preparados para el Comité Intergubernamental se había hecho alusión al uso y el desarrollo de mecanismos de clasificación de la propiedad industrial como posible contribución a la protección preventiva de las ECT (véanse, por ejemplo, los párrafos 164 a 167 del documento WIPO/GRTKF/IC/4/3, y los párrafos 269 a 272 del WIPO/GRTKF/IC/5/3). En esos párrafos se hace referencia principalmente a la posible actualización y ampliación del sistema de clasificación internacional vigente para dar cabida a los diseños industriales⁹¹, habida cuenta de la especial importancia que reviste la protección de los diseños industriales para las ECT.

Medidas preventivas contra la explotación de objetos sagrados y secretos

88. Para proteger los objetos sagrados o secretos cabe remitirse a los 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 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 contraria a las prácticas comerciales honestas.

89. En el caso *Foster* contra *Mountford*⁹², que se dirimió en un tribunal australiano, se aplicó la doctrina del Derecho común inglés relativa a la información confidencial para impedir la publicación de un libro que contenía información delicada desde el punto de vista cultural. El caso se refería a un antropólogo, el Dr. Mountford, que emprendió una expedición al interior del territorio septentrional de Australia, en 1940. Los pueblos aborígenes locales le revelaron lugares y objetos de la tribu que tenían para ellos un profundo significado religioso y cultural. El demandado tomó nota de dicha información, de la que publicó una parte en 1976. Los demandantes lograron que se dictara un mandamiento interlocutorio impidiendo la publicación del libro, por violación de confidencialidad. (Los

⁸⁹ Disponible como documento de la OMPI IPC/CE/34/8.

⁹⁰ *Ibid.*, párr. 55.

⁹¹ Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales, 1979.

⁹² (1976) 29 FLR 233.

demandantes no pudieron interponer una acción por infracción del derecho de autor porque al no ser autores del libro, no gozaban de ese derecho). El tribunal dictaminó que la publicación del libro habría divulgado información con profundo significado religioso y cultural para los aborígenes que la habían revelado al demandado partiendo de un acuerdo implícito de confidencialidad, que habría sido violado divulgando esa información.

Control comunal sobre las obras derivadas

90. 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:

a) en líneas generales, la Ley Tipo de Túnez, el Acuerdo de Bangui, y otros sistemas *sui generis* y legislaciones nacionales no regulan la explotación de las obras derivadas;

b) en las Disposiciones Tipo de 1982 no se contemplan derechos de adaptación pero se prevé una amplia “excepción de préstamo”;

c) por contraste, el Marco Regional del Pacífico impone a los creadores de obras derivadas determinadas obligaciones para con la comunidad pertinente (como el reconocimiento expreso, la distribución de beneficios dimanantes de la explotación de la propiedad intelectual sobre las obras y el respeto de alguna forma de derechos morales sobre la utilización de las tradiciones y el patrimonio).

B.6 Excepciones y limitaciones

91. En el documento WIPO/GRTKF/IC/ 7/3 se propone el siguiente principio:

“Excepciones y limitaciones

Las medidas de protección de las ECT/EF deben:

i) 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;

ii) abarcar únicamente la utilización de las ECT/EF fuera del contexto tradicional o consuetudinario, ya sea con o sin ánimo de lucro;

iii) 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”.

92. Los ejemplos de excepciones que suelen contemplar las legislaciones de protección de las ECT/EF giran, entre otros, en torno a tres criterios para determinar qué usos de las ECT/EF deben estar sujetos a alguna forma de autorización:

- a) si hay un fin lucrativo;
- b) si los que tienen previsto utilizar la expresión son miembros o no de la comunidad de origen de dicha expresión; y
- c) si la utilización se produce fuera de su contexto tradicional o acostumbrado.

93. Por ejemplo:

a) las Disposiciones Tipo de 1982 sólo son aplicables a los usos de las ECT/EF que tengan lugar en el contexto acostumbrado o tradicional y con fines lucrativos. En ellas se contemplan también excepciones típicas del derecho de autor;

b) el Marco Regional del Pacífico no es aplicable a los usos habituales de los “titulares de conocimientos tradicionales” (Artículos 5 y 7.3)). La Ley de Panamá de 2000 y la Ley del Perú de 2002 también contienen disposiciones similares. En el Marco Regional del Pacífico también figuran excepciones típicas del derecho de autor.

94. Entre otros ejemplos de excepciones que figuran habitualmente en las legislaciones de protección de las ECT/EF cabe citar:

- a) el “préstamo” de una expresión del folclore para crear una obra original de autor (Disposiciones Tipo de 1982 y Lesotho, Malawi y Nigeria⁹³);
- b) los usos por grupos de danza folclórica y pequeños artesanos no indígenas (Ley de Panamá);
- c) los usos por entidades públicas con fines no comerciales (Ley Tipo de Túnez, y Angola, Congo, Djibouti, Kenya y Togo⁹⁴);
- d) los usos por nacionales – en contraposición a los no nacionales – (Ley de Derecho de Autor de Indonesia de 2002).

⁹³ Véase “Folklore” de Lucas-Schloetter en von Lewinski, S. (Ed.), “*Indigenous Heritage and Intellectual Property*”, 2004 (Kluwer), pág. 289.

⁹⁴ Véase “Folklore” de Lucas-Schloetter en von Lewinski, S. (Ed.), “*Indigenous Heritage and Intellectual Property*”, 2004 (Kluwer), pág. 289.

B.7 Duración de la protección

95. En el documento WIPO/GRTKF/IC/ 7/3 se propone el siguiente principio:

“Duración de la protección

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

Examen de opciones y mecanismos jurídicos

96. En cuanto a la duración de la protección y la aplicación de un principio de esta índole, cabe contemplar los siguientes mecanismos y opciones:

- a) 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 acogen a esa posibilidad). Conforme a la Ley sobre 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 ha realizado una propuesta para 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, la Ley de Panamá y el Marco Regional del Pacífico no se establecen plazos;
- c) en la Ley de Panamá la duración de la protección parece estar vinculada a la materia protegida y se insiste ante todo en las características que la califican para ser objeto de protección (ya que la protección es más indefinida que ilimitada; véase el Artículo 7). Esa es la esencia del principio propuesto en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3. 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 deja de utilizarla o deja de existir como entidad definida (también de forma análoga al abandono de una marca), se pierde la protección de la ECT⁹⁵. Un enfoque de este tipo tiene la ventaja de que hace efectivas las legislaciones y prácticas consuetudinarias y de que se inspira en la auténtica esencia de la protección (cabe recordar que la esencia de las ECT/EF es que son representativas de una comunidad y que la identifican, como ya se ha mencionado). Cuando una ECT deja de cumplir estos requisitos, por definición deja de ser una 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 expone en detalle lo que se entiende por “producto indígena”.

⁹⁵ S. Scafidi, “*Intellectual Property and Cultural Products*” 81 *B.U.L. Rev.* 793.

B.8 Formalidades

97. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 se propone el siguiente principio:

“Formalidades

- a) La protección de las ECT/EF no estará sujeta a ninguna formalidad.
- b) 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, como las ECT/EF de un valor o significado cultural o espiritual especial, como las ECT/EF 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 implica ni exige la catalogación, el registro o la divulgación al público de la ECT/EF en cuestión.

Examen de opciones y mecanismos jurídicos

98. Una posibilidad sería exigir la protección automática sin necesidad de cumplir formalidades, para que la protección esté disponible a partir del momento en que se cree la ECT, de forma parecida al derecho de autor (Disposiciones Tipo de 1982 y Marco Regional del Pacífico de 2002).

99. Una segunda posibilidad consistiría en exigir algún tipo de notificación, que tendría una función meramente declarativa, en cuyo caso se utilizaría la prueba de registro para justificar la reivindicación de protección. Alguna forma de registro ofrecería precisión, transparencia y certidumbre respecto de las ECT que están protegidas y en beneficio de quien. Las numerosas legislaciones sobre derecho de autor que exigen la notificación de las obras protegidas por derecho de autor también proporcionan modelos respecto a la forma de aplicar ese principio:

a) por ejemplo, en la Ley de Derecho de Autor de México se contempla un sistema de registro del derecho de autor. Conforme al Artículo 162 de la Ley, “El Registro Público del Derecho de Autor tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica de los autores, de los titulares de los derechos conexos y de los titulares de los derechos patrimoniales respectivos y sus causahabientes, así como dar una adecuada publicidad a las obras, actos y documentos a través de su inscripción. Las obras literarias y artísticas y los derechos conexos quedarán protegidos aun cuando no sean registrados.”;

b) en la Ley de Derecho de Autor de Indonesia de 2002 se estipula el registro no obligatorio de las obras protegidas por derecho de autor, y la Oficina de Derecho de Autor informa de la recepción de muchas solicitudes por mes de registro de nuevos motivos *batik*, principalmente de las pequeñas y medianas empresas (Pymes) indonesias.

100. Otro ejemplo es la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América (USPTO)⁹⁶, que ha creado una base de datos de las insignias oficiales de todas las tribus americanas autóctonas reconocidas por los Estados o por la Federación. En virtud del Artículo 2.a) de la Ley de Marcas de 1946, en su forma enmendada, una propuesta de registro de marca puede rechazarse o cancelarse (en todo momento) si la marca consta de elementos que puedan inducir al error de pensar que existe una conexión con personas vivas o fallecidas, instituciones, creencias o símbolos nacionales, o que puedan desprestigiarlos. La USPTO puede denegar el registro de una marca propuesta que sugiera una falsa conexión con una tribu indígena o con creencias de dicha tribu. En este Artículo no sólo se prevé la protección de los aspectos folclóricos de las tribus americanas autóctonas sino “la de los demás pueblos indígenas del mundo”. De conformidad con la Ley de Aplicación del Tratado sobre el Derecho de Marcas, de 1998, la USPTO tuvo que realizar un estudio sobre la protección de las insignias oficiales de las tribus americanas autóctonas reconocidas en los Estados y en toda la Federación. Como resultado directo de este estudio⁹⁷, el 31 de agosto de 2001, la USPTO estableció una base de datos de insignias oficiales de las tribus americanas autóctonas. Es posible efectuar búsquedas en dicha base de datos e impedir así el registro de una marca que pueda confundirse con una insignia oficial. Por “insignia” se entiende “la bandera o el escudo de armas u otro emblema o dispositivo de cualquier tribu americana autóctona reconocida por los Estados o por la Federación”, quedando excluidas las palabras;⁹⁸

B.9 Sanciones, recursos y observancia

101. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 se propone el siguiente principio:

“Sanciones, recursos y observancia

a) 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.

b) 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.”

Examen de opciones y mecanismos jurídicos

102. 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

⁹⁶ Véase el “*Report on the Official Insignia of Native American Tribes*”, 30 de septiembre de 1999.

⁹⁷ Disponible en <http://www.uspto.gov/web/menu/current.html> (publicado el 30 de noviembre de 1999).

⁹⁸ *Ibid*, pp. 24 a 26.

observancia de los derechos⁹⁹. Cabe remitirse también a la Ley sobre Derecho de Autor de Nigeria de 1992. 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.

103. 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. Las sentencias por daños y perjuicios de los tribunales podrían tomar en consideración esas cuestiones culturales, como ocurrió en el caso *George M*, Payunka, Marika* y otros contra *Indofurn Pty. Ltd*¹⁰⁰. También se ha hecho referencia a la conveniencia de establecer mecanismos alternativos de solución de controversias en este ámbito¹⁰¹ y en el Marco Regional del Pacífico se hace referencia específica a esos mecanismos¹⁰².

B.10 Aplicación en el tiempo

104. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 se propone el siguiente principio:

“Aplicación en el tiempo

Todo uso que aún perdure de una expresión cultural tradicional/expresión del folclore, 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 continúe el uso anterior, de buena fe y prolongado, 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”.

Examen de opciones y mecanismos

105. 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 legalmente antes de la entrada en vigor de la legislación o el instrumento. El principio propuesto en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 puede ponerse en práctica de varias maneras, por ejemplo:

- a) en la Ley de Panamá de 2000 se estipula que los derechos obtenidos anteriormente serán respetados y no se verán afectados por la Ley;
- b) en el Artículo 3 del Marco Regional del Pacífico de 2002 se dispone lo siguiente:

⁹⁹ Artículos 26 a 34.

¹⁰⁰ 30 IPR 209, véase “Cuidar la cultura”, de T. Janke.

¹⁰¹ 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).

¹⁰² Artículo 33.

“Esta Ley se aplica a los conocimientos tradicionales y a las expresiones culturales existentes antes de la elaboración de la misma, así como a los creados tras su entrada en vigor. Esta Ley no afecta a los derechos que se hayan adquirido inmediatamente antes de su entrada en vigor, incluidos los derechos de propiedad intelectual. Esta Ley no afecta a contratos, licencias u otros acuerdos firmados por titulares de conocimientos tradicionales antes de la entrada en vigor de esta Ley en relación con el uso de los conocimientos tradicionales o las expresiones culturales”.

c) la Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de 1990 sólo funciona prospectivamente (desde 1935, cuando la Ley anterior entró en vigor).

B.11 Relación con la protección por propiedad intelectual

106. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 se propone el siguiente principio:

“Relación con la protección por propiedad intelectual

La protección especial concedida a las ECT/EF no debe sustituir a cualquier otro tipo de protección aplicable a las ECT/EF y sus derivados en virtud de otras disposiciones de propiedad intelectual, y será más bien complementaria de las mismas.”

Examen de opciones y mecanismos jurídicos

107. En las legislaciones vigentes figuran numerosos ejemplos de cómo poner en práctica este principio:

a) en muchas legislaciones se establece la diferencia entre las ECT/EF y las obras derivadas de las mismas. Las primeras reciben protección *sui generis* y las últimas, protección por derecho de autor convencional u otro tipo de protección por propiedad intelectual. En documentos anteriores¹⁰³ se destacaba la distinción que se hace en las legislaciones de derecho de autor y otras leyes de propiedad intelectual entre las expresiones contemporáneas, las adaptaciones y las interpretaciones de culturas tradicionales y el folclore (que suelen estar protegidas por derecho de autor, diseños industriales y otras leyes de propiedad intelectual), y otras expresiones de culturas tradicionales o folclore que no reciben esa protección (a las que se ha denominado “ya existentes”, “subyacentes” o “expresiones de culturas tradicionales y folclore en sentido estricto”). Por ejemplo, en la Ley Tipo de Túnez sobre el Derecho de Autor, las “obras derivadas del folclore nacional” quedan amparadas

¹⁰³ Véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

como obras originales protegidas por derecho de autor, mientras que al folclore propiamente dicho, descrito como “obras del folclore nacional”, se le concede un tipo especial (*sui generis*) de protección por derecho de autor, ya que no cuentan con ese tipo de protección. En las Disposiciones Tipo y en el Acuerdo Bangui de la OAPI se establecen distinciones similares. Esta diferenciación también se refleja en legislaciones nacionales, como las de Túnez (que se refiere tanto a “folclore” como a “obras inspiradas en el folclore”)¹⁰⁴, Hungría, Indonesia y muchas otras;

b) en el Artículo 12 de las Disposiciones Tipo de 1982 se estipula: “La presente [Ley] no limitará ni perjudicará ninguna forma de protección aplicable a las expresiones del folclore en virtud de la legislación nacional sobre derecho de autor, y de los tratados internacionales sobre derecho de autor, sobre los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, o sobre propiedad industrial. Tampoco podrá ir en detrimento de otras formas de protección previstas para la salvaguardia y preservación del folclore”;

c) los Artículos 11 y 12 del Marco Regional del Pacífico son pertinentes:

“11) Derechos adicionales

En los conocimientos tradicionales o en las expresiones culturales, los derechos se suman y no afectan a derecho alguno adquirido en virtud de leyes de derecho de autor, marcas registradas, patentes, diseños industriales u otras formas de propiedad intelectual.

12) Obras derivadas

1) Salvo disposición en contrario, todo derecho de propiedad intelectual, es decir, derechos de autor, y derechos sobre marcas registradas, patentes, diseños industriales u otros que existan en relación con una obra derivada, recaerá en el creador de la obra.

2) Si la obra derivada, el conocimiento tradicional o la expresión cultural se utilizan con fines comerciales, el acuerdo de usuario deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) incluir un acuerdo de distribución de beneficios en virtud del cual se proporcione una compensación monetaria o no monetaria equitativa a los titulares de los conocimientos tradicionales;

b) identificar los conocimientos tradicionales o las expresiones culturales en los que se base la obra derivada en relación con la explotación de dicha obra, mencionando los titulares de los conocimientos y/o la procedencia geográfica; y

c) estipular que los conocimientos tradicionales o las expresiones culturales de la obra derivada no serán objeto de trato despectivo”.

¹⁰⁴ Ley 94–36 de 24 de febrero de 1994 sobre Propiedad Literaria y Artística.

B.12 Protección regional e internacional

108. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 se propone el siguiente principio:

“Protección regional e internacional

a) 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.

b) 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.”

Examen de opciones y mecanismos jurídicos

109. En las Disposiciones Tipo de 1982 se estipula lo siguiente:

“Protección de las expresiones del folclore extranjero

Las expresiones del folclore desarrolladas y perpetuadas en un país extranjero estarán protegidas por la presente [ley],

- i) bajo la reserva de reciprocidad, o
- ii) en base a tratados u otros acuerdos.”

110. En el Marco Regional del Pacífico se estipula lo siguiente:

“De conformidad con acuerdos recíprocos, en esta Ley se prevé la misma protección para los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales procedentes de otros países o territorios que la prevista para los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales procedentes del [país que promulga la ley]”.

“Folclore regional”

111. Entre las opciones y los mecanismos jurídicos y prácticos que permiten a las comunidades de diferentes países, e incluso regiones, reivindicar el mismo folclore o un folclore similar (“folclore regional”), figura el uso de 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 mecanismos¹⁰⁵. Algunos expertos, como Kuruk, han propuesto que se establezcan sistemas regionales, instituciones y organizaciones de solución de controversias, que se ocupen de estas cuestiones¹⁰⁶. Asimismo, 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 Comité¹⁰⁷) pueden ser importantes interlocutores a la hora de resolver la cuestión del “folclore regional”.

[Sigue el Anexo II]

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ 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).

¹⁰⁷ Documento WIPO/GRTKF/IC/5/15, párrafos 48, 50 y 51.