

## **Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore**

**Decimonovena sesión**  
**Ginebra, 18 a 22 de julio de 2011**

### **GLOSARIO DE LOS TÉRMINOS MÁS IMPORTANTES RELACIONADOS CON LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES**

*Documento preparado por la Secretaría*

1. En su decimoséptima sesión, celebrada del 6 al 10 de diciembre de 2010, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (“el Comité”) decidió que la Secretaría debería “preparar y poner a disposición del Comité en su siguiente sesión, en tanto que documento informativo, un glosario sobre la propiedad intelectual y las expresiones culturales tradicionales, según lo recomendado por el Primer Grupo de Trabajo entre Sesiones (IWG 1) en su informe resumido (documento WIPO/GRTKF/IC/17/8)”.<sup>1</sup>
2. En su decimoctava sesión, celebrada del 9 al 13 de mayo de 2011, el Comité “invitó a la Secretaría a volver a publicar el glosario de los términos más importantes en relación con la propiedad intelectual y las expresiones culturales tradicionales (WIPO/GRTKF/IC/18/INF/7) como documento de información para la siguiente sesión del Comité”.<sup>2</sup>
3. El presente documento está basado, en la medida de lo posible, en glosarios anteriores del Comité y en los instrumentos vigentes de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales. En el documento se tienen también en cuenta definiciones y glosarios

---

<sup>1</sup> Informe de la decimoséptima sesión del Comité (documento WIPO/GRTKF/IC/17/12).

<sup>2</sup> Decisiones de la decimoctava sesión del Comité.

de leyes y proyectos de leyes nacionales y regionales, de instrumentos multilaterales y de otros organismos e instancias, y de diccionarios. Por otra parte, las definiciones se basan en documentos de trabajo del Comité y en documentos de otros programas de trabajo de la OMPI. No obstante, las definiciones propuestas no son exhaustivas. Existen, sin duda, otros términos relevantes para la propiedad intelectual y las expresiones culturales tradicionales, y otras maneras de definir los términos seleccionados.

4. Para seleccionar los términos se han tenido en cuenta los términos que se utilizan con mayor frecuencia en el documento WIPO/GRTKF/IC/18/4 y documentos conexos. Los términos seleccionados y las definiciones propuestas que figuran en el Anexo se suministran sin perjuicio de otros glosarios o definiciones de términos clave que figuren en documentos anteriores del Comité o de otros instrumentos o instancias internacionales, regionales o nacionales. Dichos términos no son necesariamente objeto de aprobación por los participantes en el Comité. El presente documento constituye un documento informativo y no se pide al Comité que apoye o apruebe ni la selección de términos ni las definiciones propuestas.
5. Conforme a las decisiones adoptadas por el Comité en sus sesiones decimosexta y decimoséptima, se ha preparado, por una parte, el “Glosario de los términos más importantes en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos” (WIPO/GRTKF/IC/18/INF/9, actualmente WIPO/GRTKF/IC/19/INF/13) y, por otra, el “Glosario de los términos más importantes en relación con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales” (WIPO/GRTKF/IC/18/INF/8, actualmente WIPO/GRTKF/IC/19/INF/8). Varios de los términos que figuran en ambos glosarios forman también parte del presente, por cuanto guardan relación con las expresiones culturales tradicionales. El Comité podría examinar la conveniencia de redactar un único glosario en razón de que determinados términos son comunes a los tres campos: los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales.

6. *Se invita al Comité a tomar nota del presente documento y del Anexo.*

[Sigue el Anexo]

## GLOSARIO DE LOS TÉRMINOS MÁS IMPORTANTES RELACIONADOS CON LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES

### **Adaptación**

“Es el acto de transformar una obra ya existente (ya sea una obra protegida o forme parte del dominio público) o una expresión del folclore, con una finalidad distinta de la que originalmente tuvo, de manera que dé origen a una nueva obra en la que los elementos de la obra preexistente y los nuevos elementos, añadidos como resultado de la modificación, quedan fusionados”.<sup>1</sup>

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española y también el *Black's Law Dictionary*<sup>2</sup>, los titulares de las obras protegidas gozan del derecho exclusivo de realizar obras derivadas o adaptaciones de dichas obras. En el artículo 12 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París de 1971) (Convenio de Berna) se establece que los autores de obras literarias o artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras.

### **Aprobación y participación**

No hay acuerdo sobre el sentido de la presente expresión.

En un contexto se ha sostenido que, si bien en el artículo 8.j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992) figura la frase “la aprobación y la participación”, diversas decisiones interpretativas que se adoptaron sobre ese mismo artículo 8.j) concluyen de forma invariable que significa “consentimiento fundamentado previo”<sup>3</sup>.

### **Beneficiarios**

No hay acuerdo sobre el sentido de la presente expresión. Gran número de partes interesadas han puesto de relieve que por lo general se considera que los conocimientos tradicionales se originan en la colectividad y ésta es su titular, por lo que los derechos e intereses sobre los mismos corresponden a las comunidades y no a los individuos. No obstante, en determinados casos, los individuos pueden ser considerados poseedores de conocimientos tradicionales y beneficiarios de la protección que se confiera<sup>4</sup>.

Algunas leyes nacionales y regionales de protección de los conocimientos tradicionales otorgan derechos directamente a las comunidades y los pueblos interesados. Por otra parte, muchas confieren derechos a una autoridad gubernamental, a menudo a condición de que los ingresos procedentes de la concesión de derechos para utilizar los conocimientos tradicionales se dediquen a programas educativos, de desarrollo sostenible, de patrimonio nacional, de bienestar social o culturales.

---

<sup>1</sup> *Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI* (Capítulo 7: “Glosario de términos y expresiones sobre derecho de autor y derechos conexos”, pág. 273), OMPI.

<sup>2</sup> La edición consultada del *Black's Law Dictionary* es la 8ª, a cargo de Bryan A. Garner.

<sup>3</sup> “Recommendations for African Negotiators from the 2nd Preparatory Meeting of African Indigenous Peoples and Local Communities” (documento UNEP/CBD/COP/10/INF/37 (14 de octubre de 2010).

<sup>4</sup> Proyecto de informe de la decimoséptima sesión del Comité (documento WIPO/GRTKF/IC/17/12 Prov.1)

En el artículo 2 de “La protección de las expresiones culturales tradicionales: proyecto de artículos” (documento WIPO/GRTKF/IC/18/4 Rev.) se establece que:  
*Las medidas de protección de las expresiones culturales tradicionales redundarán/deberán redundar en beneficio de:*

*Opción 1: los pueblos, las comunidades<sup>5</sup> y las naciones indígenas, las comunidades locales y las comunidades culturales [y los miembros de tales comunidades].*

*Opción 2: los pueblos y comunidades, [por ejemplo], incluidos los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades locales, las comunidades culturales y/o las naciones y cada uno de los grupos y familias y minorías.*

*[aquellos a quienes [se confía [o que poseen] o a quienes se presume que se han conferido] [la custodia y] la salvaguardia de las expresiones culturales tradicionales, de conformidad con]:*

*[Opción 1: la legislación y/o prácticas nacionales/locales pertinentes;*

*Opción 2: su legislación y/o prácticas, incluido el derecho consuetudinario y los Protocolos comunitarios];*

*[[y] o que mantienen, controlan, utilizan o desarrollan las expresiones culturales tradicionales como expresiones [características o genuinas] distintivas de su identidad cultural y social y su patrimonio cultural. En los casos en que una expresión cultural tradicional es específica de una nación, la autoridad que establezca la legislación nacional/local.]*

## **Consulta**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, es “parecer o dictamen que por escrito o de palabra se pide o se da acerca de algo” y, a su vez, en el *Diccionario de uso del español* de María Moliner “consultar” quiere decir “preguntar su opinión a otra u otras personas y tratar con ellas cierto asunto”. Designa el canje de pareceres e información, por lo cual no se trata de una relación unilateral, sino que plasma la idea de que las partes de esa relación ponen en común conocimientos y opiniones. Obliga a trabajar de común acuerdo, a escuchar lo que tiene que decir la otra parte y a obrar en consecuencia.

Algunos autores sostienen que hay una íntima relación entre la consulta y el consentimiento en la vida de las comunidades indígenas. En efecto, gracias a la consulta el usuario ajeno a la comunidad puede conocer no sólo aquello que debe ser objeto del consentimiento, sino también a la persona encargada de dar ese consentimiento, y a su vez, ésta podrá conocer debidamente lo que pretenda autorizar.<sup>6</sup>

En el Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989) se establece que las consultas deberán efectuarse “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (artículo 6.2).

---

<sup>5</sup> [Nota de la Secretaría: la presente nota es parte del proyecto de artículos.] Nota en que se explican los diferentes estratos de las comunidades.

<sup>6</sup> Terri Janke, *Pathways & Protocols – A Filmmaker’s guide to Working with Indigenous People, Culture and Concepts*, p. 51.

### **Comunidad cultural**

“Grupo social que se sustenta en profundos y estrechos vínculos de unidad y solidaridad y el cual se distingue de las demás comunidades por la cultura o la fisonomía cultural que le son propias o, en su defecto, por una variedad de la cultura general”<sup>7</sup>. (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).

### **Diversidad cultural**

“Se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades”<sup>8</sup>.

### **Expresiones culturales**

Según la “Convención de la UNESCO sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales” (2005), son “las expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades, que poseen un contenido cultural”<sup>9</sup>.

### **Patrimonio cultural**

Según el artículo 1 de la “Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural” (1972), el “patrimonio cultural” comprende lo siguiente:

a) Los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia;

b) Los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia;

c) Los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.”

### **Identidad cultural**

“Designa la correspondencia que existe entre la comunidad (nacional, étnica, lingüística, etcétera) y su vida cultural, así como el derecho de la comunidad a la propia cultura”<sup>10</sup>. (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).

---

<sup>7</sup> “Proyecto de glosario encargado por la Comisión Nacional de los Países Bajos ante la UNESCO a un grupo de expertos de dicho país” (documento TER/CH/2002/WD/4) (2002).

([http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&meeting\\_id=00057](http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&meeting_id=00057)) (Hay versión en francés.)

<sup>8</sup> Art. 4.1) de la Convención de la UNESCO sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005).

<sup>9</sup> Art. 4.3) de la Convención de la UNESCO sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005).

<sup>10</sup> UNESCO Thesaurus, <http://www.vocabularyserver.com/unesco/?tema=2563>.

<http://www.vocabularyserver.com/unesco/index.php?tema=6846&identidad-cultural>

Según el *Dictionnaire de sociologie Le Robert* es “la influencia que la sociedad o la cultura ejercen en el individuo y, a su vez, la que éste ejerce en la sociedad”<sup>11</sup>. (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).

En el Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989) se establece que los gobiernos deberán promover “la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones”<sup>12</sup>.

### **Bienes culturales**

Según la “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales” (1970), son “los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia y que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación: a) las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía, y los objetos de interés paleontológico; b) los bienes relacionados con la historia, con inclusión de la historia de las ciencias y de las técnicas, la historia militar y la historia social, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional; c) el producto de las excavaciones (tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos; d) los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico; e) antigüedades que tengan más de 100 años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados; f) el material etnológico; g) los bienes de interés artístico tales como: i) cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (con exclusión de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano); ii) producciones originales de arte estatuario y de escultura en cualquier material; iii) grabados, estampas y litografías originales; iv) conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier materia; h) manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguos de interés especial (histórico, artístico, científico, literario, etc.) sueltos o en colecciones; i) sellos de correo, sellos fiscales y análogos, sueltos o en colecciones; j) archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos; k) objetos de mobiliario que tengan más de 100 años e instrumentos de música antiguos”.

### **Custodio**

En el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* de Guillermo Cabanellas se define el término “custodio” en tanto que “cuidador, guardián, vigilante, depositario”. A su vez, en el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española se define “custodio” como “encargado de custodiar” y se define el verbo “custodiar” como “guardar con cuidado y vigilancia”. Cabanellas precisa “que es también la guarda o tenencia de cosa ajena que se administra o conserva con cuidado hasta su entrega al legítimo dueño”.

En el contexto de los conocimientos tradicionales, el término “custodio” se refiere a las comunidades, pueblos, individuos y otras entidades que, conforme a las normas consuetudinarias y otras prácticas, mantienen, utilizan y perfeccionan los conocimientos

---

<sup>11</sup> *Dictionnaire de sociologie Le Robert* (Traducción del autor).

<sup>12</sup> Art. 2.2)b) del Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989).

tradicionales. Remite a una noción que difiere de la de “propiedad” como tal, por cuanto implica un sentido de responsabilidad, a saber, el de velar por que los conocimientos tradicionales se utilicen en sintonía con los valores de la comunidad y el Derecho consuetudinario<sup>13</sup>.

### **Contexto consuetudinario**

“Se refiere a la utilización de las expresiones del folclore de conformidad con las prácticas de la vida cotidiana de la comunidad, como por ejemplo, formas habituales de venta de copias de las expresiones tangibles del folclore por artesanos locales”<sup>14</sup>.

### **Derecho y Protocolo consuetudinarios**

En el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* de Guillermo Cabanellas se define el Derecho consuetudinario como “el que nace de la costumbre; el Derecho no escrito. En los pueblos primitivos, en un estadio preliminar de la cultura jurídica, este Derecho es el primero y exclusivo durante mucho tiempo”.

El Derecho consuetudinario también ha sido definido como “conjunto de principios reconocidos a nivel local y de normas más específicas, mantenidas y transmitidas por vía oral y aplicadas por las instituciones comunitarias para regir todos los aspectos de la vida”<sup>15</sup>.

“La forma en que están plasmadas las leyes consuetudinarias difiere de un caso a otro. Por ejemplo, dichas leyes pueden estar codificadas, escritas o ser orales, y estar formuladas explícitamente o aplicadas en prácticas tradicionales. Otro elemento importante es determinar en qué medida esas leyes son realmente objeto de reconocimiento “oficial” y/o están vinculadas al sistema jurídico nacional del país en el que reside la comunidad. Un factor decisivo a la hora de determinar si las costumbres gozan de la condición de ley es saber si la comunidad las concibe en tanto que normas con efecto vinculante o si se trata únicamente de una forma de describir prácticas concretas”.

Las normas del derecho consuetudinario rigen numerosos aspectos de la vida de la comunidad. Fijan los derechos y las obligaciones de los miembros de las comunidades en lo tocante a aspectos importantes de su vida, su cultura y su visión del mundo: el derecho consuetudinario puede relacionarse con el uso y el acceso a los recursos naturales, los derechos y obligaciones relativos a la tierra, la herencia y la propiedad, el desarrollo de una vida espiritual, el mantenimiento del patrimonio cultural y los sistemas de conocimiento, así como muchos otros asuntos<sup>16</sup>.

Se ha sostenido que el “derecho consuetudinario está constituido por las costumbres indígenas de las comunidades tradicionales, y la infracción de las reglas acarrea sanciones locales. La mayoría de las reglas no están recogidas por escrito y no hay uniformidad en las leyes

---

<sup>13</sup> “Glosario de los términos más importantes en relación con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales” (documento WIPO/GRTKF/IC/18/INF/8).

<sup>14</sup> “Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas” (1982), Parte III, párr. 42.

<sup>15</sup> “Proteger los derechos de la comunidad sobre los conocimientos tradicionales: repercusiones de las leyes y prácticas consuetudinarias. Seminario de planificación de la investigación”, Cuzco (Perú), 20 a 25 de mayo de 2005.

<sup>16</sup> *El derecho consuetudinario y el sistema de propiedad intelectual en la protección de las expresiones y los conocimientos culturales tradicionales. Documento básico de trabajo – versión 3.0* (diciembre de 2006): [http://www.wipo.int/tk/es/consultaciones/customary\\_law/index.html](http://www.wipo.int/tk/es/consultaciones/customary_law/index.html)

tradicionales entre los diferentes grupos étnicos. Las diferencias de las leyes tradicionales entre grupos étnicos se pueden vincular a factores como la lengua, la proximidad, el origen, la historia, la estructura social y la economía. El derecho consuetudinario no es estático. Es dinámico y sus reglas se modifican de vez en cuando para reflejar las cambiantes condiciones sociales y económicas”<sup>17</sup>.

### **Prácticas consuetudinarias**

Las prácticas consuetudinarias son los actos y usos destinados a “dirigir u orientar efectivamente muchos aspectos de la vida de la comunidad, tal vez estén tan arraigadas en el seno de la comunidad e incorporadas en su forma de vida y de trabajo que no se perciban como autónomas, es decir como “leyes” codificadas”<sup>18</sup>.

### **Uso consuetudinario**

En el “Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura” (2002) se define el uso consuetudinario como “el uso de los conocimientos tradicionales o expresiones culturales de conformidad con las leyes y prácticas consuetudinarias de los propietarios tradicionales”. (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).

La expresión “uso consuetudinario continuo” se refiere a la persistencia y naturaleza viva del uso de los conocimientos tradicionales o las expresiones culturales tradicionales por las comunidades indígenas de conformidad con sus propias leyes y prácticas consuetudinarias<sup>19</sup>.

### **Obra derivada**

En la rama del derecho de autor, la expresión “obras derivadas” designa las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística que gozan de protección al amparo del artículo 2.3) del Convenio de Berna, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original<sup>20</sup>. La expresión tiene también un sentido más lato, en el que quedan comprendidas las compilaciones/colecciones de las obras amparadas por el artículo 2.5) de ese mismo Convenio de Berna, así como por efecto del artículo 10.2 del Acuerdo de la OMC sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (1994) (Acuerdo sobre los ADPIC) y del artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996) (WCT)<sup>21</sup>. Con arreglo a dicho sentido amplio, la “obra derivada” abarca también las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual<sup>22</sup>. El Convenio de Berna otorga a las obras que son fruto de

---

<sup>17</sup> Paul Kuruk, “El derecho consuetudinario en África y la protección del folclore”, en *Boletín de Derecho de Autor*, XXXVI, No.2, 2002, pág. 6. (<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001277/127784s.pdf>).

<sup>18</sup> *El derecho consuetudinario y el sistema de propiedad intelectual en la protección...*, *op. cit.* en la nota 16.

<sup>19</sup> “Glosario de los términos más importantes en relación con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales” (documento WIPO/GRTKF/IC/18/INF/8).

<sup>20</sup> Art. 2.3) del Convenio de Berna: “Estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística”.

<sup>21</sup> *Guía de la OMPI sobre los tratados de derecho de autor...*, *op. cit.* en la nota 1, pág. 306.

<sup>22</sup> Art. 2.5) del Convenio de Berna, art. 10.2) del Acuerdo sobre los ADPIC y art. 6 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.

labores de compilación o de colección idéntica protección que a las demás obras derivadas<sup>23</sup>.

El derecho moral del autor pone límites a la creación de obras derivadas por terceros. En razón de ello, aunque por ley o con arreglo a pactos contractuales el tercero quede autorizado a modificar la obra o a hacer uso de ella para crear una obra derivada, el autor podrá oponerse a al acto de deformación de la obra cuando éste cause perjuicio a su reputación.

En algunas legislaciones se recoge la figura de la obra derivada en el campo de las expresiones culturales tradicionales. En el Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura (2002), se establece explícitamente que es “*la creación o innovación de carácter intelectual que se inspira en los conocimientos tradicionales o las expresiones de cultura o se deriva de éstos*”<sup>24</sup>. (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).

### **Atentado a (la obra) (art. 6bis del Convenio de Berna)**

Con arreglo a lo que se establece en el artículo 6bis del Convenio de Berna, se califica de “atentado a la obra” al acto de efectos “lesivos”, o sea, “dañosos” o “perjudiciales”, que cause perjuicio al honor o a la reputación del autor. La figura del “atentado a la obra” o “acto lesivo” comprende no sólo la modificación o alteración efectiva de la obra en sí, sino todo acto cuyos efectos recaigan sobre ella. La expresión es fruto de la Revisión de Bruselas y se recogió en el Convenio de Berna para tipificar los actos de uso de la obra que causen perjuicio al autor. Designa los supuestos en que la comunicación de la obra, por el modo en que se lleva a cabo, acarree perjuicio o menoscabo para el autor<sup>25</sup>.

### **Divulgación**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, “divulgar” es “*publicar, extender, poner al alcance del público algo*”.

En la rama del derecho de autor, “divulgar” “consiste en hacer que una obra sea accesible al público por primera vez. La primera publicación de una obra es una forma, aunque no la única posible, de divulgación, puesto que las obras pueden también divulgarse a través de actos no relacionados con la copia, como la interpretación o ejecución públicas, y la radiodifusión al público por medio de cable (hilo)”<sup>26</sup>. “El reconocimiento de este derecho no es obligatorio en virtud de las normas internacionales de derecho autor”. En el Convenio de Berna se habla de la obra divulgada en el capítulo referido a las excepciones<sup>27</sup>. El autor posee el derecho a divulgar la obra a todo el mundo<sup>28</sup>. En virtud de determinadas legislaciones nacionales, el “derecho de divulgación” constituye un derecho moral.

### **Deformación**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, “deformar” es

---

<sup>23</sup> Véase Sam Ricketson y Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighboring Rights—The Berne Convention and Beyond*, Oxford, Vol. I., pág. 485.

<sup>24</sup> “Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura” (2002), Parte I, art. 4.

<sup>25</sup> Sam Ricketson y Jane C. Ginsburg, *op. cit.* en la nota 23, pág. 603.

<sup>26</sup> *Guía de la OMPI sobre los tratados de derecho de autor...*, *op. cit.* en la nota 1, pág. 291.

<sup>27</sup> Arts. 10bis y 11. Véase *asimismo* Sam Ricketson y Jane C. Ginsburg, *op. cit.* en la nota 23, pág. 614.

<sup>28</sup> *Ibid.*

“hacer que algo pierda su forma regular o natural” y significa también “tergiversar”, o sea, “dar una interpretación forzada o errónea a palabras o acontecimientos”. El Convenio de Berna establece que el autor tendrá el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación de la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación<sup>29</sup>.

### **Catalogación**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, “catalogar” es “apuntar, registrar ordenadamente libros, documentos, etc., formando catálogo de ellos” y, a su vez, por “catálogo” se entiende lo siguiente: “relación ordenada en la que se incluyen o describen de forma individual libros, documentos, personas, objetos, etc., que están relacionados entre sí”.

La catalogación de las expresiones culturales tradicionales incluye su registro, anotación, grabación en forma de fotografías o películas, es decir, cualquier registro de manera que se conserven y pongan a disposición de los demás. Difiere de las maneras tradicionales de conservar y transmitir las expresiones culturales tradicionales en el seno de la comunidad<sup>30</sup>.

### **Remuneración equitativa**

“Remuneración de determinados actos realizados respecto de una obra u objeto de derechos conexos, en cuantía y modo coherentes con lo que se consideran las reglas normales de comercio, en el caso de que el titular del derecho de autor o de los derechos conexos autorice tales actos. Esta remuneración normalmente suele pagarse cuando los derechos patrimoniales se reducen al derecho de remuneración (y, en general, aplicarse a partir de licencias no voluntarias)”<sup>31</sup>.

En el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996) (WPPT), se estipula que los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta de fonogramas publicados con fines comerciales, para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público (artículo 15.1)). Ahora bien, las Partes Contratantes pueden limitar o negar ese derecho, a condición de que formulen una reserva en relación con el Tratado (artículo 15.3)).

### **Participación equitativa en los beneficios**

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992) se prescribe “la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada” (artículo 1).

Los beneficios pueden incluir beneficios monetarios y no monetarios, incluidos pero sin limitarse a aquellos indicados en el Anexo al Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al

---

<sup>29</sup> Art. 6bis.1).

<sup>30</sup> “Informe sobre la Guía para la Gestión de la Propiedad Intelectual en la Catalogación de Conocimientos Tradicionales y Recursos Genéticos” (documento WIPO/GRTKF/IC/5/5). El presente concepto es tratado asimismo en el documento WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9.

<sup>31</sup> *Guía de la OMPI sobre los tratados de derecho de autor...*, op. cit. en la nota 1, pág. 320.

Convenio sobre la Diversidad Biológica<sup>32</sup>. Entre las etapas implicadas en el proceso de obtener el acceso a los recursos genéticos y la distribución de los beneficios pueden incluirse actividades anteriores al acceso, investigación y desarrollo, realizados sobre los recursos genéticos, así como sobre su comercialización, y otros usos, incluida la distribución de los beneficios<sup>33</sup>.

### Excepciones

Las “excepciones” fijan las condiciones que limitan el uso de la obra protegida por derecho de autor. “Se refieren más bien a los actos relativos a los elementos que quedan protegidos. Se trata entonces de delimitar lo que escapa a la zona reservada natural y que debe ser tolerado por los derechohabientes. Suele suceder que se designen como “excepciones” las decisiones legislativas que sustraen determinadas creaciones de forma originales al monopolio del derechohabiente (ilustraciones, textos legislativos o sentencias judiciales) pero, fundamentalmente, de lo que se trata es de determinar la utilización que se hace de los elementos protegidos que no requieren autorización o remuneración”<sup>34</sup>.

En el Convenio de Berna se establece la prueba del criterio triple en la que se fijan los supuestos que debe cumplir la excepción: i) debe tener por objeto determinados casos especiales; ii) no debe atender a la normal explotación de la obra; y iii) no debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor<sup>35</sup>.

### Expresión corporal

La “expresión corporal” es el modo de expresarse gracias al movimiento del cuerpo humano<sup>36</sup>. “Comprende, entre otras, las danzas y representaciones escénicas populares y formas artísticas de rituales, y no necesitan estar fijadas en un soporte, por ejemplo, estar escritas mediante la notación coreográfica”<sup>37</sup>.

### Expresiones del folklore

En las “Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folklore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas” (1982), las “expresiones del folklore” “son 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:

- i) las expresiones verbales, tales como, los cuentos populares, la pòsela popular y los enigmas;
- ii) las expresiones musicales, tales como las canciones y la música instrumental populares;
- iii) las expresiones musicales, tales como las canciones y la música instrumental

---

<sup>32</sup> Art. 5.4) del “Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica”.

<sup>33</sup> Párr. 21 de las “Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de su utilización” (párr. 21 del Anexo al documento OMPI/GRTKF/IC/2/11).

<sup>34</sup> *Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos*, estudio preparado por Pierre Sirinelli (documento WCT-WPPT/IMP/1), 1999, pág. 2).

<sup>35</sup> Art. 9.2).

<sup>36</sup> “Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección...” (1982), *op. cit.* en la nota 14, párr. 37.

<sup>37</sup> *Ibid.*

- populares;
- iv) las expresiones tangibles<sup>38</sup>.

En el contexto del Comité, las frases “expresiones culturales tradicionales” y “expresiones del folklore” son sinónimas y se usan indistintamente.

### Uso leal

Expresión que aparece en determinadas disposiciones del Convenio de Berna con relación a las excepciones a la protección del derecho de autor (véase el artículo 10.1) relativo a las citas y el artículo 10.2) relativo a la utilización libre de obras, en la medida justificada por el fin perseguido, a título de ilustración en la enseñanza). Los tipos de usos que se pueden considerar “honrados” se determinan aplicando los criterios de la “prueba del criterio triple”<sup>39</sup>.

### Familia

El *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española dice que la “familia” es un “grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”. A su vez, en el *Diccionario de uso del español* de María Moliner, precisa que se trata del “conjunto de todas las personas unidas por parentesco de sangre o político, tanto vivas como ya muertas”.

### Fijación

El *Diccionario General de la Lengua Española VOX* explica que “fijar” es “hacer fija [una cosa] en un estado determinado; dar un estado o forma permanente”. En el campo del derecho de autor, “la fijación de la obra u objeto de derechos conexos en alguna forma material (incluido el almacenamiento en una memoria electrónica (de computadora)) se debe hacer de un modo suficientemente estable, de manera que a partir de ella pueda percibirse, reproducirse o comunicarse al público la obra o el objeto de derechos conexos”<sup>40</sup>. No siempre se prescribe la fijación en un soporte material, pero en el Convenio de Berna se reserva a las legislaciones nacionales la facultad de establecer dicha condición<sup>41</sup>. La fijación de las expresiones culturales tradicionales en un soporte material hace que nazcan nuevos derechos de propiedad intelectual sobre la fijación, los cuales se pueden reivindicar para proteger de modo indirecto las propias expresiones culturales tradicionales, como se ha hecho con las obras del antiguo arte rupestre<sup>42</sup>. Se ha sostenido que el uso del término “expresión” parece indicar que es necesario cumplir el requisito de la fijación para obtener la protección de las expresiones culturales tradicionales<sup>43</sup>.

### Folclore

En la “Recomendación de la UNESCO sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular” (1989) se entiende por “folklore” (o “cultura tradicional y popular”) “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

---

<sup>38</sup> “Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección...” (1982), *op. cit.* en la nota 14, art. 2.

<sup>39</sup> *Guía de la OMPI sobre los tratados de derecho de autor...*, *op. cit.* en la nota 1, pág. 328.

<sup>40</sup> *Ibid.*, pág. 294.

<sup>41</sup> Art. 2.2) del Convenio de Berna.

<sup>42</sup> Terri Janke, “Unauthorized Reproduction of Rock Art”, en la obra *Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, OMPI, 2003.

<sup>43</sup> Párr. 50 del Proyecto de informe de la decimoséptima sesión del Comité (documento WIPO/GRTKF/IC/17/12 Prov.2).

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”.

“Los primeros esfuerzos para reglamentar la utilización de las creaciones del folklore se efectuaron en el marco de varias leyes sobre derecho de autor (Túnez, 1967; Bolivia, 1968 (únicamente respecto del folklore musical); Chile, 1970; Marruecos, 1970; Argelia, 1973; Senegal, 1973; Kenya, 1975; Malí, 1977; Burundi, 1978; Costa de Marfil, 1978; Guinea, 1980; Ley Tipo de Túnez sobre el derecho de autor para los payes en desarrollo, 1976) y en un tratado-internacional (el texto de Bangui de 1977 de la Convención de la Organización Africana de la Propiedad intelectual, denominado en adelante “la Convención de la OAPI”). Todos estos textos consideran las obras del folklore como parte del patrimonio cultural de la nación (“patrimonio tradicional”, “patrimonio cultural”; en Chile, “dominio público cultural”, cuya utilización está sujeta a pago). Sin embargo, el significado del folklore, tal como queda abarcado en esos textos, se comprende en formas diferentes. Un importante elemento común del tipo del derecho de autor, que se encuentra en las definiciones de dichas leyes (con excepción de la ley de Túnez, que no contiene ninguna definición), es que el folklore debe haber sido creado por autores de identidad desconocida pero que presumiblemente sean o hayan sido nacionales del país. La Convención de la OAPI menciona las creaciones hechas por “comunidades” y no por autores, lo que traza un límite entre las creaciones del folklore y las obras protegidas por el derecho de autor convencional. La Ley Tipo de Túnez define el folklore utilizando ambas variantes, y conforme a ella se considera que el folklore significa creaciones “de autores que se presuman nacionales de [los] países [respectivos] o de sus comunidades étnicas”. De conformidad con la ley de Marruecos, el folklore comprende todas las obras no publicadas de esa clase, mientras que las leyes de Argelia y Túnez no limitan el alcance del folklore a las obras no publicadas. La ley de Senegal interpreta expresamente la noción de folklore en el sentido de que comprende tanto obras literarias como artísticas. La Convención de la OAPI y la Ley Tipo de Túnez establecen que el folklore comprende también obras científicas. La mayoría de las normas jurídicas aludidas reconocen que las “obras inspiradas en el folklore” constituyen una categoría diferente de obras cuya utilización con fines comerciales exige la aprobación de un órgano competente”<sup>44</sup>.

### **Formalidades**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española son “cada uno de los requisitos para ejecutar algo”. El *Diccionario de uso del español* de María Moliner explica que son “cada uno de los actos o condiciones reglamentarios o legales que hay que cumplir en la tramitación o ejecución de algo”. En la materia del derecho de autor, el término “formalidades” designa los “requisitos de procedimiento o administrativos, como incluir una mención de reserva del derecho de autor, el depósito de ejemplares o efectuar un registro, que tienen que cumplirse como condición para la adquisición, disfrute y ejercicio (incluida la observancia) del derecho de autor o de los derechos conexos”<sup>45</sup>.

En el Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los ADPIC, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, “el goce y el

---

<sup>44</sup> “Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección...” (1982), *op. cit.* en la nota 14, Parte I, párrs. 5, 6 y 7.

<sup>45</sup> *Guía de la OMPI sobre los tratados de derecho de autor...*, *op. cit.* en la nota 1, pág. 295.

ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad”<sup>46</sup>.

## **Grupo**

Según el Real Academia es la “pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado”. El *Dictionnaire de sociologie Le Robert* dice que es un “conjunto más o menos numeroso de individuos que poseen determinadas características comunes en lo que se refiere a opiniones, gustos y actividades, entre otras cosas”. (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional). En ese sentido, la identidad del grupo no es igual a la identidad social del individuo.

## **Patrimonio (de los pueblos indígenas)**

El “patrimonio de los pueblos indígenas” (y otros pueblos) o “patrimonio cultural indígena” se refiere en un sentido amplio a las cuestiones que se exponen en el “Proyecto de principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas” (2000), redactado por la Presidenta-Relatora de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Sra. Erica-Irene Daes. Las definiciones se recogen en los párrafos 12, 13 y 14 de las Directrices.

Párrafo 12:

“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”.

Párrafo 13:

“El 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”.

---

<sup>46</sup> Art. 5.2) del Convenio de Berna, art. 9.1) del Acuerdo sobre los ADPIC, art. 25.10) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y art. 20 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Véase *Guía de la OMPI sobre los tratados de derecho de autor...*, nota 1, pág. 295.

Párrafo 14:

“Cada uno de los elementos del patrimonio de los pueblos indígenas tiene propietarios, que pueden ser todo el pueblo, una familia o un clan concreto, una asociación o sociedad, o distintos individuos que han recibido una enseñanza o una iniciación especiales para ser sus custodios. Se debe determinar quiénes son los propietarios del patrimonio con arreglo a las propias costumbres, leyes y prácticas de los pueblos indígenas”.

“A efectos de las presentes Directrices, se entiende por ‘patrimonio cultural indígena’ el conjunto de creaciones, manifestaciones y producciones tangibles e intangibles constituidas por los elementos característicos de la cultura de un pueblo indígena desarrollados y perpetuados por ese pueblo o por personas indígenas si la creación refleja las expresiones literarias, artísticas o científicas tradicionales del pueblo. Tales creaciones, manifestaciones y producciones abarcan las prácticas, representaciones, expresiones (además de los instrumentos, objetos, artefactos, sitios y espacios culturales relacionados con ellas) que los pueblos y los individuos indígenas reconocen como parte de su patrimonio cultural. Además incluyen los conocimientos derivados de la actividad intelectual y las ideas en un contexto tradicional, y abarcan los conocimientos y aptitudes especializados, las innovaciones, las prácticas y el aprendizaje que forman parte de los sistemas de conocimiento tradicionales, así como el conocimiento plasmado en el estilo de vida tradicional de un pueblo indígena o recogido en los sistemas codificados de conocimiento transmitidos entre generaciones. Los pueblos indígenas recrean constantemente el patrimonio cultural, transmitido de una generación a otra, en función de los cambios de su entorno y su interacción con la naturaleza y su historia, que les da identidad y continuidad”<sup>47</sup>.

### **Uso incidental**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, “incidental” significa “que sobreviene en algún asunto y tiene alguna relación con él” y “dicho de una cosa o de un hecho: Accesorio, de menor importancia”.

En el derecho de autor se entiende que es “incidental”, “secundario” o “accesorio” el uso de la obra protegida cuando ésta es incorporada en otra, pero con carácter secundario o extraordinario y no figura en primer plano. Constituye una excepción a la denuncia por infracción del derecho de autor que puede aducir en su defensa la persona que crea la obra nueva, y está consagrada, por ejemplo, en el art. 31.1) de la Ley de Derecho de autor, Diseños y Patentes del Reino Unido, de 1988. También ha sido recogida en la legislación checa de derecho de autor, en la cual no se considera infracción el uso de la obra cuando éste reviste naturaleza accesoria y está subordinado al uso principal de otra obra o elemento<sup>48</sup>.

### **Comunidades indígenas y locales**

El término “comunidades indígenas y locales” ha sido objeto de estudio y examen considerables. No existe, a ese respecto, una definición universal y estándar.

Dicho término figura en el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Por ejemplo, en el

---

<sup>47</sup> “Actividades normativas: Prioridades futuras para las actividades normativas. Examen del proyecto de principios y directrices sobre el patrimonio de los pueblos indígenas”, documento de trabajo presentado por Yozo Yokota y el Consejo Same (documento E/CN.4/Sub.2/AC.4/2006/5), 16 de junio de 2006.

<sup>48</sup> Art. 38.c) del Texto Refundido de la Ley N° 121/2000, de Derecho de Autor y Derechos Conexos al Derecho de autor y de Reforma de determinados Actos, modificada en virtud de las leyes N° 81/2005, No. 61/2006 y No. 216/2006, de la República Checa.

artículo 8.j) se estipula: “cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: [...] j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente; [...]”. El Convenio sobre la Diversidad Biológica utiliza el término “comunidades indígenas y locales” para referirse a comunidades que se identifican desde antaño con las tierras y las aguas en las que viven o que han utilizado conforme a sus tradiciones<sup>49</sup>.

Ese mismo término queda recogido en el Protocolo de Nagoya, del Convenio sobre Diversidad Biológica, sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización.

Ese término se utiliza también en el Tratado Internacional de la FAO sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. En el artículo 5.1 de dicho tratado se estipula: “cada Parte Contratante [...], en particular, según proceda: [...] d) promoverá la conservación in situ de plantas silvestres afines de las cultivadas y las plantas silvestres para la producción de alimentos, incluso en zonas protegidas, apoyando, entre otras cosas, los esfuerzos de las comunidades indígenas y locales [...]”. El artículo 9.1 dice que “[l]as Partes Contratantes reconocen la enorme contribución que han aportado y siguen aportando las comunidades locales e indígenas y los agricultores de todas las regiones del mundo, [...]”.

Sin embargo, en otros instrumentos jurídicos se consagran expresiones distintas: La expresión “comunidad local o tradicional” se utiliza en el Protocolo de Swakopmund sobre la Protección de los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones del Folclore. En el artículo 2.1 de dicho Protocolo se estipula que, en la medida que lo permita el contexto, en el término “comunidad” quedarán comprendidas las comunidades locales o tradicionales.

En el artículo 1 de la Decisión 391 de la Comunidad Andina acerca de un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos se define a la “comunidad indígena, afroamericana o local” como “grupo humano cuyas condiciones sociales, culturales y económicas lo distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, que está regido total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y que, cualquiera sea su situación jurídica, conserva sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas”.

En el artículo 7.III de la ley Provisional del Brasil N° 2, 186-16, con fecha 23 de agosto de 2001, se define a la “comunidad local” como “grupo humano, incluidos los grupos remanentes de las comunidades de los Quilombos, que se distinga por sus condiciones culturales, que esté organizado de forma tradicional por las sucesivas generaciones y costumbres propias, y que haya conservado sus instituciones sociales y económicas”.

---

<sup>49</sup> “*The Concept of Local Communities*”, documento preparado por la Secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas para un taller de expertos sobre la desagregación de datos (PFII/2004/WS.1/3/Add.1). Véase también el documento UNEP/CBD/WS-CB/LAC/1/INF/5.

## Conocimientos indígenas

La expresión “conocimientos indígenas” se utiliza para describir “los conocimientos que poseen y utilizan comunidades, pueblos y naciones ‘indígenas’”<sup>50</sup>. En ese sentido, los “conocimientos indígenas” vendrían a ser los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Por consiguiente, los conocimientos indígenas encajan en la categoría de conocimientos tradicionales, pero los conocimientos tradicionales no son forzosamente indígenas<sup>51</sup>.

## Pueblos indígenas

La expresión “pueblos indígenas” ha sido objeto de considerable debate y estudio por cuanto no existe una definición universal estándar sobre la misma.

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas se reconocen los derechos humanos de que gozan los pueblos indígenas contra la discriminación cultural y se fomenta el respeto mutuo y las relaciones armoniosas entre los pueblos indígenas y los Estados. No obstante, en ella no se da definición alguna de “pueblos indígenas”.

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, es considerada una definición de trabajo aceptable por muchos pueblos indígenas y organizaciones que los representan. 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”.

En el Glosario del PNUMA sobre términos relacionados con la diversidad biológica se define a los “pueblos indígenas” como “pueblos cuyos antepasados vivían en un lugar o país en el momento de la llegada de personas de otra cultura y origen étnico, que los dominaron mediante la conquista, el asentamiento y otros medios y que hoy viven en mayor sintonía con costumbres y tradiciones sociales, económicas y culturales que les son propias que con las del país del que hoy forman parte. (También “pueblos autóctonos” o “pueblos tribales.”)”<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> “Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999): Conocimientos tradicionales: Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual”, págs. 23.

<sup>51</sup> “Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias...”, *op. cit.* en la nota 50, págs. 23 y 24. Véase también “Lista y breve explicación técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales (documento WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9), párr. 41 del Anexo.

<sup>52</sup> *UNEP Glossary of Biodiversity Terms*. Puede consultarse en <http://www.unep-wcmc.org/reception/glossaryF-L.htm>.

El Banco Mundial emplea el término “pueblos indígenas” en sentido genérico y con él se designa a diferentes grupos que presentan las siguientes características en mayor o menor proporción:

- i) “Su propia identificación como miembros de un grupo determinado de cultura indígena y el reconocimiento de su identidad por otros;
- ii) Un apego colectivo a hábitats geográficamente definidos o territorios ancestrales en la zona del proyecto y a los recursos naturales de esos hábitats o territorios;
- iii) Instituciones consuetudinarias culturales, económicas, sociales o políticas distintas de las de la sociedad y cultura dominantes; y
- iv) Una lengua indígena, con frecuencia distinta de la lengua oficial del país o región”<sup>53</sup>.

El Departamento de Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo ha establecido el siguiente concepto de los pueblos indígenas:

- “A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
- A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas”<sup>54</sup>.

Consta de los siguientes elementos:

- “Continuidad histórica, es decir que son sociedades anteriores a la conquista o la colonización;
- Conexión territorial (sus ancestros habitaban el país o la región);
- Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas (retienen algunas o todas sus instituciones propias)”<sup>55</sup>.

El término “aborigen” es un término conexo. En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas se define la palabra “aborigen” como “originario de un territorio o primer poblador del mismo”. Aun admisible como equivalente de indígena, este último vocablo es el usual en las campañas coloniales, para designar a la población nativa. La voz se emplea con

---

<sup>53</sup> Véase la Política Operacional 4.10, sobre pueblos indígenas, del Banco Mundial (2005); John Henriksen, *Key Principles in Implementing ILO Convention No. 169* (2008).

<sup>54</sup> Artículo 1 del Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Los pueblos indígenas recalcan asimismo la importancia que tiene la autodefinición a la hora de establecer las características peculiares que distinguen a los pueblos indígenas y tribales.

<sup>55</sup> *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*, pág. 9.

preferencia en plural: aborígenes. En el Diccionario Oxford se define dicho término también como pueblo que vivía u ocupaba un país antes de la llegada de los colonos europeos [...] y también como nombre característico del pueblo indígena de Australia.

En el artículo 35 de la Constitución del Canadá se estipula lo siguiente: “[...] el pueblo aborígen del Canadá incluye los pueblos indígena, inuit y mestizo del Canadá”. En 1996, la *Canadian Royal Commission on Aboriginal People* definió a su grupo destinatario en tanto que: “... entidades políticas y culturales orgánicas que proceden del pueblo original de América del Norte [...]”.

“Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los 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 la sociedad 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”<sup>56</sup>.

### **Infracción**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, es la “transgresión, quebrantamiento de una ley, pacto o tratado, o de una norma moral, lógica o doctrinal”. “En lo que respecta al derecho de autor o los derechos conexos, es el acto realizado respecto de una obra protegida por el derecho de autor, o de un objeto de derechos conexos, sin la autorización del titular correspondiente de los derechos de autor o derechos conexos, cuando dicha autorización es obligada. No sólo puede incurrirse en la responsabilidad de una actividad infractora por responsabilidad directa (por llevar a cabo un acto no autorizado propiamente dicho), sino también por ‘responsabilidad indirecta’ o ‘responsabilidad civil subsidiaria’<sup>57</sup>.”

Por ejemplo, en Australia se considera infracción la reproducción directa de parte sustancial de la obra artística, y se entiende por “parte sustancial” no una parte “considerable” de la obra, sino que se examina particularmente la calidad del fragmento copiado, lo cual sumado a otros elementos permite determinar si hubo o no infracción<sup>58</sup>.

### **Patrimonio cultural inmaterial**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, “inmaterial” significa “no material”; el *Diccionario de uso del español* de María Moliner repite la definición y remite a “Incorpóreo, infigurable, ingrávulo. Espiritual. Moral” y dice también que es sinónimo de “impalpable”: “aplicable a las cosas no perceptibles por el tacto”. A su vez, de “incorpóreo” el *Diccionario Espasa de la lengua española* dice: “Que no tiene cuerpo o que no existe físicamente”. Por el contrario, según la RAE, “material” es aquello “perteneciente o relativo a la materia” y “opuesto a lo espiritual”.

---

<sup>56</sup> Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, de las Naciones Unidas: “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas” (documento E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4.), párr. 379 (1986).

<sup>57</sup> *Guía de la OMPI sobre los tratados de derecho de autor...*, op. cit. en la nota **Error! Bookmark not defined.**, pág. 298.

<sup>58</sup> Véase Terry Janke, “Bulun Bulun & Anor v R & T Textiles Pty Ltd”, en *Minding Culture...*, op. cit. en la nota 43, pág. 50.

En la “Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial” (2003) se establece que es “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible”.

La Convención dispone asimismo que el “patrimonio cultural inmaterial” “se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes: a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales”.

### **Integridad [derecho de] [de la obra]**

Gracias al derecho de integridad, el autor puede oponerse a los actos de modificación o alteración de la obra que carezcan de su consentimiento<sup>59</sup>. En la revisión de Bruselas del Convenio de Berna (1949), se acordó prohibir “cualquier atentado a la misma [la obra] que cause perjuicio a su honor o a su reputación [del autor]”<sup>60</sup>.

### **Limitaciones**

La Real Academia Española explica que “limitación” es la “acción y efecto de limitar o limitarse”; “límite” es “fin, término” y “limitar” significa “poner límites a algo”, “acortar, ceñir” y, también, “fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien”. En efecto, “se puede entender la palabra “límites” ya sea como “fronteras” o “restricciones” o como “excepciones”<sup>61</sup>. “Con el fin de mantener un equilibrio apropiado entre los intereses de los titulares del derecho y los usuarios de contenidos protegidos, las leyes sobre derecho de autor permiten ciertas limitaciones respecto de los derechos patrimoniales, es decir, en los casos en los que las obras protegidas pueden ser utilizadas sin autorización del titular de los derechos y contra el pago o no de una remuneración”<sup>62</sup>.

En el Convenio de Berna se fijan los supuestos en que quedan limitados los derechos del autor y, en consecuencia, es posible hacer uso libremente de la obra<sup>63</sup>. La prueba del criterio triple establece las condiciones que ponen límites a los derechos del autor<sup>64</sup>. “Fue ampliada en virtud del Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, y posteriormente también mediante el Artículo 10 del WCT, como prueba para las excepciones y limitaciones a cualquier derecho patrimonial

---

<sup>59</sup> Ricketson y Ginsburg, *op. cit.* en la nota 23, pág. 602.

<sup>60</sup> Art. 6bis 1) del Convenio de Berna.

<sup>61</sup> *Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos* (documento WCT-WPPT/IMP/1), pág. 2.

<sup>62</sup> Sección del sitio Web de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (<http://www.wipo.int/copyright/es/limitations/index.html>)

<sup>63</sup> Art. 10.1).

<sup>64</sup> Art. 9.2).

previsto en virtud del derecho de autor. Por último, el Artículo 16 del WPPT lo ha ampliado a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas recogidos en dicho Tratado<sup>65</sup>.

### Comunidad local

En relación con el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), por “comunidad local” se entiende “la población humana que vive en una zona que se distingue por características ecológicas propias y cuyo sustento está supeditado en todo o en parte directamente a los bienes y servicios que le brindan la biodiversidad y el ecosistema. Los conocimientos tradicionales que posee esa población proceden de la señalada relación de dependencia, y atañen a actividades como la agricultura, la pesca, el pastoreo, y la caza y la recolección, para citar sólo algunas<sup>66</sup>. (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).

### Minoría

La Real Academia Española dice que “minoría” es la “parte menor de las personas que componen una nación, ciudad o cuerpo” y también “en materia internacional, parte de la población de un Estado que difiere de la mayoría de la misma población por la raza, la lengua o la religión”.

“Una minoría es un grupo que es numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, que se encuentra en una posición no dominante, cuyos miembros poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas que difieren de las del resto de la población y que, siquiera de manera implícita, mantienen un sentido de solidaridad encaminada a preservar su cultura, tradiciones, religión o idioma<sup>67</sup>”.

La “Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas” (1992) prescribe que las minorías “tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo<sup>68</sup>”. “Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad<sup>69</sup>”.

El “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” establece que “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su

---

<sup>65</sup> *Guía de la OMPI sobre los tratados de derecho de autor...*, *op. cit.* en la nota 1, pág. 316.

<sup>66</sup> Véase *UNEP-CBD sui generis workshop* (documento UNEP/CBD/WG8J/4/INF/18), pág. 2.

<sup>67</sup> Francesco Capotorti, antiguo Relator Especial de las Naciones Unidas (1979), citado por Dieter Kugelmann en *The Protection of Minorities and Indigenous Peoples Respective Cultural Diversity*, A. Von Bogdandy y R. Wolfrum (eds), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 11, 2007, pág. 237.

<sup>68</sup> Art. 2.1) de la “Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas”, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992.

<sup>69</sup> *Ibid.* art. 1.1).

propio idioma”<sup>70</sup>.

### **Apropiación indebida**

“En el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* de Guillermo Cabanellas se define la apropiación indebida como “incorporación, por acto espontáneo, de una cosa a nuestro patrimonio, cuando se carece de derecho para ello”. En ese sentido, constituye, por consiguiente, un atentado al derecho de propiedad. En lo que respecta a la propiedad intelectual, en el diccionario jurídico de Black se define “apropiación indebida” como “ilícito civil en el *common law* consistente en la utilización de información o ideas no susceptibles de protección por derecho de autor, que un organismo recopila y difunde con fines de lucro, para competir de forma desleal contra dicho organismo, o el acto de copiar una obra acerca de la cual el creador no haya reivindicado todavía derechos o al que no se hayan concedido derechos exclusivos [...] Los elementos para determinar si ha habido apropiación indebida son: 1) el demandante debe haber invertido tiempo, dinero y esfuerzos para obtener la información; 2) el demandado debe haberse procurado la información sin haber realizado una inversión similar; y 3) el demandante tiene que haber sufrido un perjuicio de competencia en razón de la actuación del demandado”.

“En el sistema del *common law*, el delito civil de apropiación indebida se contempla en la legislación sobre competencia desleal. Por consiguiente, la apropiación indebida entraña la utilización ilegal o ilícita de la propiedad de terceros y suele ser el fundamento para incoar un juicio en los casos en los que no ha habido infracción de derechos de propiedad propiamente dichos. La apropiación indebida puede significar el hecho de contraer un préstamo de forma ilícita o de apropiarse de forma fraudulenta de fondos o de propiedades encomendados a una persona que sean propiedad de terceros”.

“En el artículo 3 del proyecto de ley “Marco jurídico de protección de los conocimientos tradicionales en Sri Lanka”, de 2009, se define la apropiación indebida en tanto que: i) adquisición, apropiación o utilización de conocimientos tradicionales en contravención de lo dispuesto en la presente Ley; ii) obtención de beneficios a partir de la adquisición, apropiación o utilización de conocimientos tradicionales cuando la persona que adquiera, se apropie o utilice los conocimientos tradicionales sepa, o no sepa por negligencia, que los conocimientos tradicionales han sido objeto de adquisición, apropiación o utilización por medios desleales; y iii) toda actividad comercial contraria a las prácticas leales que dé lugar a beneficios ilegítimos e injustos a partir de conocimientos tradicionales”<sup>71</sup>.

“En el artículo 3.1) de “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.) se definen los ‘actos de apropiación indebida’”. Por el contrario, en el Proyecto de artículos sobre la protección de las expresiones culturales tradicionales se establece que, en determinados supuestos, regirá un derecho de propiedad exclusivo o derecho de “consentimiento fundamentado previo y libre”. Por esa vía se confiere a los pueblos indígenas y las comunidades locales la potestad de impedir los actos de uso indebido y de apropiación indebida que se enuncian en el artículo, como la reproducción, publicación, adaptación y modificación de las expresiones culturales tradicionales, además de la adquisición y el ejercicio de derechos de propiedad intelectual sobre las expresiones culturales

---

<sup>70</sup> Art. 27 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

<sup>71</sup> Documento de trabajo “Un marco jurídico para la protección de los conocimientos tradicionales en Sri Lanka”, Versión 01, enero de 2009.

tradicionales. Asimismo las comunidades quedan facultadas a autorizar terceros el uso de sus expresiones culturales tradicionales, previo pacto de las correspondientes condiciones, en particular las referidas a la participación en los beneficios. En virtud de ello la naturaleza jurídica de la protección no se funda en la doctrina de la apropiación indebida en el sentido estricto del término, sino que se confiere una protección de carácter general contra la apropiación indebida de las expresiones culturales tradicionales mediante el recurso de otorgar derechos de propiedad, entre otras vías.

### **Uso indebido**

Los diccionarios explican que se trata de un uso que es erróneo, incorrecto o inapropiado, ya sea por que se aparta de lo debido o normal, es excesivo o tiene por efecto alterar la naturaleza o fin de la cosa en cuestión.

### **Modificación**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, “modificar” significa “transformar o cambiar algo mudando alguno de sus accidentes” y es sinónimo de “alterar”, que quiere decir “cambiar la esencia o forma de algo”. En el artículo 6*bis* del Convenio de Berna, entre otras cosas, se confiere al autor el derecho “de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma [...] que cause perjuicio a su honor o a su reputación”.

### **Expresión musical**

Son “expresiones mediante sonidos musicales”<sup>72</sup>, como “las canciones (ritmos) y la música instrumental populares” y “los sonidos que son expresión de rituales”<sup>73</sup>.

### **Mutilación**

“Mutilar” es “cortar o quitar una parte o porción de algo que de suyo debiera tenerlo” (Real Academia Española), y en el campo del derecho de autor designa el acto de suprimir o modificar parte de la obra o alterar su sentido.

La protección contra la mutilación de la obra constituye uno de los atributos de los derechos morales del autor (artículo 6*bis* del Convenio de Berna).

### **Respeto mutuo**

En el preámbulo de la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas” se afirma que es el “ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo”<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> “Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección...” (1982), *op. cit.* en la nota 14, art. 2.

<sup>73</sup> Art 1.b) de “La protección de las expresiones culturales tradicionales: Proyecto de artículos” (documento WIPO/GRTKF/IC/18/4).

<sup>74</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General en su 107ª sesión plenaria el día 13 de septiembre de 2007.

La idea de “respeto” se expresa también en los siguientes planos:

- “respeto por los intereses culturales y económicos de las comunidades en que se originaron y sin que los pueblos que son autores de sus expresiones folklóricas reciban participación alguna en los beneficios de tal explotación del folklore”<sup>75</sup>.
- Respeto por las comunidades indígenas y por los individuos que las componen, sin olvidar la cultura y el patrimonio indígenas<sup>76</sup>.

El *Diccionario de uso del español* de María Moliner explica que “mutuo” es aquello que “se aplica a los sentimientos o acciones que son tenidos o realizados por dos o más personas, de modo que cada una hace objeto de ellos a otra de la que, a su vez, los recibe”.

### **Nación**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, “nación” es el “conjunto de los habitantes de un país regido por el mismo gobierno” y “conjunto de personas de un mismo origen y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común”. En el Acuerdo sobre los APDIC, por “nacionales” se entiende “las personas físicas o jurídicas que tengan domicilio o un establecimiento industrial o comercial, real y efectivo, en ese territorio aduanero”<sup>77</sup>.

La voz “nación” suele connotar que la comunidad está forjada por un mismo origen, cultura e historia, a lo cual se suma no pocas veces una lengua que es común<sup>78</sup>.

“El término “comunidades culturales” tiene por objeto ser lo suficientemente amplio como para incluir también a los nacionales de un país entero, o de una “nación”, en los casos en los que las ECT/EF se consideran como parte del “folclore nacional” y como pertenecientes a todas las personas de un país concreto. Esto complementa la práctica y concuerda con ella en otras esferas políticas”<sup>79</sup>.

### **Negligencia**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, es el “descuido, falta de cuidado”. En el Código Civil español y de los países de América Latina se entiende por ella la omisión de la conducta diligente que debe prestarse en el cumplimiento de los deberes y que se considera la “diligencia propia de un buen padre de familia”.

---

<sup>75</sup> “Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección...” (1982), *op. cit.* en la nota 14, párr. 2.

<sup>76</sup> Terri Janke, *Pathways & Protocols...* (*op. cit.* en la nota 6), pág. 11.

<sup>77</sup> Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement. Drafting and Analysis*, 3rd Edition, Sweet & Maxwell, pág. 161.

<sup>78</sup> Dieter Kugelmann, *The Protección of Minorities and Indigenous Peoples Respective Cultural Diversity*, A. Von Bogdandy y R. Wolfrum (eds), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 11, 2007, pág. 235.

<sup>79</sup> Véase el *Glossary on Intangible Cultural Heritage* (“Glosario sobre patrimonio cultural inmaterial), Comisión de los Países Bajos para la UNESCO, 2002 (“... una nación puede ser una comunidad cultural”), citado en “La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folklore: Proyecto de objetivos y principios” (documento WIPO/GRTKF/IC/17/4).

## **Ofensivo**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española quiere decir “que ofende o puede ofender” y, a su vez, “ofender” significa “ir en contra de lo que se tiene comúnmente por bueno, correcto o agradable”.

## **Conservación**

“El concepto de conservación se basa en dos elementos amplios; en primer lugar, la conservación del contexto social y cultural en el que se enmarcan los conocimientos tradicionales, de manera que se mantenga el marco tradicional para facilitar, transmitir y gobernar el acceso a los conocimientos tradicionales; y en segundo lugar, la conservación de los conocimientos tradicionales en forma fija, como cuando se catalogan los conocimientos tradicionales técnicos o medicinales. La conservación puede tener como fin contribuir a que los conocimientos tradicionales se mantengan vivos para las generaciones futuras de la comunidad original y velar por su continuidad en un marco fundamentalmente tradicional y consuetudinario, o poner los conocimientos tradicionales a disposición de un público más amplio (incluidos académicos e investigadores), en reconocimiento de su importancia como parte del patrimonio colectivo cultural de la humanidad”<sup>80</sup>.

“La legislación y los programas relativos a la salvaguardia y la promoción del patrimonio vivo, que son ajenos al sistema de P.I., una útil función a la hora de complementar las leyes relativas a la protección en materia de P.I.” “Otros sistemas jurídicos internacionales, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la UNESCO, se ocupan de los aspectos relacionados con la conservación, conservación y salvaguardia de los conocimientos tradicionales en el contexto de sus respectivas políticas”<sup>81</sup>.

## **Consentimiento fundamentado previo**

En diversos instrumentos internacionales se hace alusión explícita o implícita al derecho o principio de “consentimiento fundamentado previo”, a veces denominado también “consentimiento fundamentado previo y libre”, en particular en los instrumentos relativos al medio ambiente, como en el artículo 6.4 del Convenio de Basilea de 1989 sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, y en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992).

En lo que respecta al acceso a recursos genéticos, en el artículo 15.5 del Convenio sobre la Diversidad Biológica se estipula que “estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa”.

En el artículo 16.1) del Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica se estipula que “[c]ada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales, según proceda, para asegurar que se haya accedido a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción de conformidad con el consentimiento fundamentado previo o con la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales

---

<sup>80</sup> “Reseña de las actividades y resultados del Comité Intergubernamental” (documento WIPO/GRTKF/IC/5/12), párr. 37.

<sup>81</sup> “La protección de los conocimientos tradicionales: Proyecto de análisis de las carencias: Revisión” (documento WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev. Annex I), página 7, párr. 13.

y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte donde se encuentran dichas comunidades indígenas y locales”.

El concepto tiene su origen en la ética médica, en cuyo marco el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar un determinado tratamiento médico tras haber sido informado de todos los riesgos y beneficios del mismo. Por ejemplo, en el artículo 5 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997, se estipula que “una investigación, un tratamiento o un diagnóstico en relación con el genoma de un individuo, sólo podrá efectuarse previa evaluación rigurosa de los riesgos y las ventajas que entrañe [...]” y “en todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada”. En el artículo 6 de la Declaración sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005 se exige el “previo consentimiento libre e informado de la persona interesada”, en lo que respecta a “toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica” o “investigación científica”.

El concepto ha sido acuñado con el fin de poner en vigor el principio general de la participación de los pueblos indígenas en la decisión, elaboración, ejecución y evaluación de los programas que los afecten<sup>82</sup>.

Con el uso del adjetivo “libre” (“consentimiento fundamentado previo y libre”) se pretende evitar que las negociaciones sean influidas por actos de coerción o manipulación, mientras que “previo” subraya la importancia de dar a los indígenas el tiempo que les permita examinar concienzudamente las propuestas para que así puedan alcanzar en su seno el consenso necesario. Además se tiene en cuenta la realidad existente, especialmente cuando se trata de las grandes inversiones en el campo del desarrollo, que por lo general se deciden sin consultar a los pueblos indígenas. A su vez, el atributo “fundamentado” refleja la actual preocupación y necesidad de sopesar las repercusiones sociales y para el medio ambiente que acarrear los procesos de negociación con el fin de que todas las partes puedan adoptar decisiones más equilibradas<sup>83</sup>.

El “consentimiento” es el proceso que se funda en relaciones de confianza y por cuyo medio se confiere la autorización. El requisito del consentimiento fundamentado obliga a explicar con claridad los posibles beneficios, consecuencias y uso futuro [de las expresiones culturales tradicionales], así como a exponer las cláusulas del correspondiente contrato. Es preciso que el proceso sea totalmente transparente y que los pueblos indígenas puedan entender sin resquicio de duda el lenguaje empleado<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Art. 32.2) de la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”; Véase asimismo las “Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas”, del Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo.

<sup>83</sup> Stephen Allen y Alexandra Xanthaki, *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford y Portland, Oregon, pág. 49. Véase asimismo la cuarta sesión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y el “Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas”, documento E/C.19/2005/3, pág. 8.

<sup>84</sup> Terri Janke, *Pathways & Protocols...*, *op. cit.* en la nota 6, pág. 51.

## Protección

En la labor del Comité se ha observado una tendencia a referirse a la “protección” como la defensa de los conocimientos tradicionales contra toda forma de uso no autorizado por terceros<sup>85</sup>. Se han elaborado y aplican dos formas de protección.

### Protección positiva

Se han estudiado dos aspectos de la protección positiva de los conocimientos tradicionales por medio de los derechos de propiedad intelectual; el primero de ellos se aplica a la protección que impide el uso no autorizado, mientras el segundo guarda relación con la explotación activa de los conocimientos tradicionales por la propia comunidad de origen. Además, la utilización de enfoques no relacionados con la propiedad intelectual para la protección positiva de los conocimientos tradicionales puede ser complementaria a la utilización de derechos de propiedad intelectual y puede utilizarse junto con la protección de la propiedad intelectual<sup>86</sup>. Por ejemplo, mediante la protección positiva de los conocimientos tradicionales se puede impedir el acceso ilegítimo a tales conocimientos o su uso con ánimo de lucro por parte de terceros sin una distribución equitativa de los beneficios; sin embargo, los poseedores de conocimientos tradicionales también podrán utilizar ese tipo de protección para establecer sus propias empresas sobre la base de tales conocimientos<sup>87</sup>.

### Protección preventiva

La protección preventiva se refiere a una serie de estrategias para garantizar que un tercero no adquiera derechos de propiedad intelectual infundados o ilegítimos sobre la materia objeto de las expresiones culturales tradicionales<sup>88</sup>.

## Protocolo

Los protocolos son mecanismos para comunicarse y obrar de común acuerdo con los demás. Brindan un marco que se puede adaptar a las situaciones particulares. No son jurídicamente vinculantes, pero con el transcurso del tiempo, gracias a ellos se establecen prácticas que tienen el valor de normas. En las culturas indígenas se atribuye gran importancia al respeto de los protocolos culturales<sup>89</sup>.

## Dominio público

En general, se considera que una obra forma parte del dominio público si no existe una restricción jurídica sobre su uso por parte del público<sup>90</sup>.

En el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española se define “dominio público” como “[s]ituación en que quedan las obras artísticas e intelectuales tras el vencimiento del plazo que da derecho a su explotación exclusiva por el autor o sus herederos, y que implica la libertad de reproducción, representación o edición”. Para la referencia del término en inglés

---

<sup>85</sup> “Reseña de las actividades y resultados del Comité Intergubernamental” (documento WIPO/GRTKF/IC/5/12), párr. 20.

<sup>86</sup> *Ibid*, párrs. 21 y 22.

<sup>87</sup> *Ibid*, párr. 21.

<sup>88</sup> *Ibid*, párr. 28.

<sup>89</sup> Terri Janke, *op. cit.* en la nota 6, pág. 10.

<sup>90</sup> Véase el documento SCP/13/5.

se utilizó el diccionario jurídico de Black, en el que “*public domain*” se define como un conjunto de invenciones y obras creativas que no están protegidas por derechos de propiedad intelectual y, por ello, están a disposición de quien quiera utilizarlas gratuitamente. Cuando los derechos que confieren el derecho de autor, las marcas, las patentes o los secretos comerciales se pierden o expiran, la propiedad intelectual que tales derechos protegían pasa a formar parte del dominio público y cualquiera puede apropiarse de dicha propiedad intelectual sin que se le pueda demandar por violación de derechos.

En el ámbito del derecho de autor y los derechos conexos, el dominio público se define como “el ámbito de las obras y objetos de derechos conexos que pueden utilizarse y explotarse por cualquiera sin autorización y sin la obligación de abonar una remuneración a los titulares correspondientes de los derechos de autor o derechos conexos – como norma, debido a la expiración del plazo de protección, o debido a la ausencia de un tratado internacional que garantice la protección para estos titulares en un país determinado”<sup>91</sup>.

En la “Nota sobre los significados de la expresión “dominio público” en el sistema de propiedad intelectual, con referencia especial a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore” (WIPO/GRTK/IC/17/INF/8) se examina detenidamente el significado de la expresión “dominio público” en relación con las expresiones culturales tradicionales<sup>92</sup>.

### **Reputación**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, es el “prestigio o estima en que son tenidos alguien o algo”. La reputación está amparada por los derechos morales del autor<sup>93</sup>. En la Conferencia de Revisión de Bruselas del Convenio de Berna se acordó dar preeminencia al “honor” y la “reputación,” por entender que constituyen conceptos más objetivos que reflejan los intereses personales, por contraposición a los “intereses espirituales” o “morales”, que son conceptos sumamente amplios<sup>94</sup>. En lo que se refiere al daño, hay una diferencia entre el daño que sufre la reputación del autor y el daño que afecta a los intereses espirituales o morales, pues no basta con que al autor no le guste lo que se hace con su obra, sino que el acto en cuestión debe causar una mala impresión ante los ojos del público<sup>95</sup>.

### **Salvaguardia**

En la “Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial” (2003) se establece que “[s]e entiende por ‘salvaguardia’ las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión -básicamente a través de la enseñanza formal y no formal- y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos”.

---

<sup>91</sup> *Guía de la OMPI sobre los tratados de derecho de autor...*, *op. cit.* en la nota 1.

<sup>92</sup> Véase “Nota sobre los significados de la expresión “dominio público” en el sistema de propiedad intelectual, con referencia especial a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore” (documento WIPO/GRTK/IC/17/INF/8).”

<sup>93</sup> Art. 6*bis* del Convenio de Berna.

<sup>94</sup> Ricketson y Ginsburg, *op. cit.* en la nota 23, pág. 606.

<sup>95</sup> *Ibid.*

Designa la adopción de “medidas cautelares destinadas a proteger determinados usos e ideas culturales que se consideran de valor”<sup>96</sup>. (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).

### **Secreto**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española es “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”, y el *Diccionario de uso del español* de María Moliner explica que es la “noticia o conocimiento que se guarda entre un reducido número de personas”. Por otra parte, se denomina “secreto o sagrado” a las “expresiones culturales tradicionales que revisten naturaleza secreta o sagrada de conformidad con las leyes y prácticas consuetudinarias de los propietarios tradicionales”<sup>97</sup>. (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).

### **Patrimonio social**

Designa la transmisión y distribución de los bienes en el seno de la sociedad<sup>98</sup>.

### **Identidad social**

Designa el reconocimiento del individuo por el conducto de la sociedad, y el hecho de que los demás lo reconocen por medio de la misma sociedad<sup>99</sup>.

### **Sui generis**

En el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española se define “sui géneris” como “[...]oc. lat.; literalmente, 'de su género', 'de su especie'. loc. adj. [d]icho de una cosa: [d]e un género o especie muy singular y excepcional”. En el mismo sentido se define “sui generis” en el diccionario jurídico de Black utilizado para la referencia del término en inglés. En el Derecho de propiedad intelectual “sui géneris” se emplea para describir un régimen concebido para proteger los derechos que no están contemplados en las doctrinas tradicionales de patentes, marcas, derecho de autor y secreto comercial. Por ejemplo, no se podrá proteger una base de datos mediante el derecho de autor si el contenido no es original, pero podría ser protegida por un sistema sui géneris concebido a esos fines.

Se dispone ya de varios ejemplos de derechos sui géneris de propiedad intelectual, tales como los derechos de obtentor, según se establece en el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 1991 (“el Convenio de la UPOV”), y la protección de la propiedad intelectual de los circuitos integrados, como se refleja en el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados de 1989 (“el Tratado de Washington”), entre otros. El régimen de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos establecido por la Ley N° 27811 del Perú, de 24 de julio de 2002, es un sistema sui géneris para la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas que están relacionados con recursos biológicos.

En “La protección de las expresiones culturales tradicionales: proyecto de artículos” (WIPO/GRTKF/IC/18/4 Rev.) también se describen enfoques sui géneris.

---

<sup>96</sup> “Proyecto de glosario encargado por la Comisión Nacional de los Países Bajos...”, *op. cit.* en la nota 7.

<sup>97</sup> Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura” (2002), *op. cit.* en la nota 24, Parte I, art. 4.

<sup>98</sup> *Dictionnaire de sociologie Le Robert*, págs. 253 y 254 (traducción del autor).

<sup>99</sup> *Ibid.*, pág. 263 (traducción del autor).

## **Protocolo de Swakopmund sobre la Protección de los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones del Folklore**

Los Estados miembros de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO) adoptaron un protocolo en agosto de 2010 durante la conferencia diplomática celebrada en Swakopmund (Namibia). Con arreglo al artículo 1.1, este Protocolo tiene por objetivo: “a) los poseedores de conocimientos tradicionales contra cualquier infracción de sus derechos reconocidos por este Protocolo; y b) proteger las expresiones del folclore contra la apropiación indebida, el uso indebido y la explotación ilegal fuera de su contexto tradicional” (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional). El Protocolo entrará en vigor cuando seis Estados miembros de la ARIPO ya sea depositen sus instrumentos de ratificación o instrumentos de adhesión.

### **Expresiones materiales (o tangibles)**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, “tangible” es aquello “que se puede tocar” o “que se puede percibir de manera precisa”. El *Diccionario de uso del español* de María Moliner añade que es lo “susceptible de ser tocado o percibido por el tacto”. Es sinónimo de “material” y antónimo de “intangible”, que designa las cosas incorpóreas, impalpables o inmateriales, lo “que no debe o no puede tocarse”.

Las expresiones tangibles son las expresiones incorporadas en objetos materiales<sup>100</sup>. No necesitan estar fijadas en un soporte, pero deben estar incorporadas en un material permanente, como la piedra, la madera, los tejidos, el oro, etcétera. Las expresiones tangibles constituyen expresiones del folclore protegidas. A modo de ejemplo cabe señalar las siguientes:

- 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;
- c) las obras arquitectónicas.<sup>101</sup>

### **Innovaciones y creaciones basadas en la tradición**

Las tradiciones constituyen un conjunto de ideas y prácticas culturales que pertenecen al pasado y a las cuales se les atribuye determinada categoría<sup>102</sup>. La innovación basada en la tradición designa el fenómeno en que la tradición es “fuente de innovación para los miembros de la comunidad cultural de que se trate o para terceros, cabe determinar otros usos de la tradición que vienen al caso en un análisis efectuado desde el punto de vista de la propiedad intelectual”<sup>103</sup>. “La expresión ‘basadas en la tradición’ se refiere a los sistemas de conocimiento, creaciones, innovaciones y expresiones culturales que: se han transmitido generalmente de generación en generación; se considera generalmente que pertenecen a un pueblo en particular o a su territorio, y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en

---

<sup>100</sup> “Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección...” (1982), *op. cit.* en la nota 14, Parte III., párr. 37.

<sup>101</sup> “Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección...” (1982), *op. cit.* en la nota 14, art. 2.iv).

<sup>102</sup> “Análisis consolidado de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales” (documento WIPO/GRTKF/IC/5/3), pág. 25.

<sup>103</sup> “Análisis consolidado de la protección jurídica...”, *op. cit.*, pág. 26.

su entorno”<sup>104</sup>.

### Contexto tradicional

Se califica de “tradicionales” a los conocimientos desarrollados de conformidad con las reglas, protocolos y costumbres de una determinada comunidad, y no porque sean antiguos. En otras palabras el adjetivo “tradicional” califica el método de creación de las expresiones culturales tradicionales y no las propias expresiones<sup>105</sup>. El término “tradicional” significa “que las expresiones culturales se derivan o se basan en la tradición y se identifican o asocian con un pueblo indígena o tradicional determinado y pueden practicarse de manera tradicional”<sup>106</sup>.

El “contexto tradicional” es “la forma de utilización de una expresión del folklore en su marco artístico propio, sobre la base del uso permanente por la comunidad”. Por ejemplo, “utilizar una danza ritual en su contexto tradicional significa ejecutarla en el marco propio del rito”<sup>107</sup>.

### Expresiones culturales tradicionales

En la esfera de la OMPI los términos “expresiones culturales tradicionales” y “expresiones del folklore” designan las formas materiales e inmateriales por cuyo medio se expresan, comunican o manifiestan los conocimientos y las culturas tradicionales, como, además de la música y las ejecuciones, las narraciones, nombres y símbolos, los diseños y las obras arquitectónicas de carácter tradicional.

En estas disposiciones, los términos “expresiones culturales tradicionales” y “expresiones del folklore” se emplean como sinónimos intercambiables y se puede hacer referencia a ellos simplemente como “ECT/EF”. El uso de estos términos no tiene por objeto sugerir un consenso entre los Estados miembros de la OMPI en cuanto a la validez de estos u otros términos, y no afecta o limita el uso de otros términos en legislaciones regionales o nacionales.

El concepto de las “expresiones culturales tradicionales” es objeto de debate en el seno del CIG:

- “1. Las “expresiones culturales tradicionales”<sup>108</sup> son todas las formas tangibles e intangibles, o una combinación de ambas, en que se manifiestan la cultura y los conocimientos tradicionales, y que además se transmiten [de generación en generación], / las formas tangibles o intangibles de creatividad de los beneficiarios que se definen en el artículo 2; que incluyen, entre otras:
  - a) las expresiones fonéticas y verbales, como los relatos, las gestas épicas, las leyendas, la poesía, los enigmas y otras narraciones; las palabras, [los signos,] los nombres [y los símbolos];

---

<sup>104</sup> Gervais, *op. cit.* en la nota 77, pág. 132.

<sup>105</sup> Nino Pires de Carvalho, *From the Shaman's Hut to the Patent Office: A Road Under Construction*. Capítulo 18 de *Biodiversity and the Law*, pág. 244, pág. 244

<sup>106</sup> “Análisis consolidado de la protección jurídica...”, *op cit.* en la nota 103, pág. 22 (párr. 53).

<sup>107</sup> “Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección...” (1982), *op. cit.* en la nota 14, Parte III, párr. 42.

<sup>108</sup> [Nota de la Secretaría: la presente nota es parte del proyecto de artículos.] A los fines del presente texto, los términos “expresiones culturales tradicionales” y “expresiones del folklore” se considerarán sinónimos.

- b) [las expresiones musicales o sonoras, como las canciones, [los ritmos,] y la música instrumental, los sonidos que son expresión de rituales];
  - c) las expresiones corporales, como la danza, la representación escénica, las ceremonias, los rituales, los rituales en lugares sagrados y las peregrinaciones, los juegos [deportivos y [tradicionales]], las funciones de marionetas y otras interpretaciones y ejecuciones, independientemente de que esté o no fijadas en un soporte;
  - d) las expresiones tangibles, como las manifestaciones artísticas tangibles, [obras de artesanía], [atuendos y máscaras ceremoniales], [obras arquitectónicas], y [formas espirituales] tangibles y lugares sagrados.
2. La protección [se aplicará] deberá aplicarse a toda expresión cultural tradicional que sea fruto [singular] / distintivo / característico de un pueblo o comunidad, incluidos los pueblos indígenas o las comunidades locales y las comunidades culturales o las naciones que se definen en el artículo 2, y [pertenezca a] sea utilizada y desarrollada por dicho pueblo o comunidad [como parte de su identidad o patrimonio cultural y social]. Las expresiones culturales tradicionales protegidas serán:
- a) fruto de [una actividad intelectual creativa,] en particular la creatividad de la comunidad;
  - b) manifestación de [la autenticidad/los elementos genuinos] de la identidad cultural y social, así como del patrimonio cultural de los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales; y
  - c) mantenidas, utilizadas o desarrolladas por las naciones, los Estados, los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, o por personas que tengan el derecho o la responsabilidad de hacerlo de conformidad con el régimen o el derecho consuetudinario que rige la tenencia de tierra/los sistemas normativos consuetudinarios o las prácticas tradicionales/ancestrales de esos pueblos y comunidades indígenas, comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, o posean un vínculo con la comunidad indígena/tradicional.
3. La elección concreta de los términos que califiquen la materia protegida deberá determinarse en los ámbitos nacional, regional y subregional.”<sup>109</sup>

### **Culturas tradicionales**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, la “tradición” es la “transmisión de noticias, composiciones literarias, doctrinas, ritos, costumbres, etc., hecha de generación en generación”. En las normas de propiedad intelectual cabe distinguir entre la cultura tradicional (a la que se puede aludir como cultura tradicional o folclore en sentido estricto) y las expresiones del patrimonio cultural moderno y en constante evolución, que son creadas por

---

<sup>109</sup> Art. 1 de “La protección de las expresiones culturales tradicionales: Proyecto de artículos” (documento (WIPO/GRTKF/IC/18/4 Rev.).

las generaciones actuales de la sociedad y basadas en culturas o folclore tradicionales o derivadas de las mismas<sup>110</sup>.

### **Conocimientos tradicionales<sup>111</sup>**

En el contexto del Comité se utiliza la expresión “conocimientos tradicionales” en un sentido más estrecho para referirse a los conocimientos como tales, en particular, el “contenido o el fundamento de los conocimientos relativos a la actividad intelectual en un contexto tradicional, en particular, los conocimientos especializados, capacidades, innovaciones, prácticas y enseñanzas que forman parte de los sistemas de conocimientos tradicionales, y los conocimientos que entrañan el modo de vida tradicional de un pueblo o comunidad, o que están contenidos en sistemas codificados de conocimientos transmitidos de una generación a otra”<sup>112</sup>. El ámbito de los conocimientos tradicionales que podrían ser objeto de protección jurídica se precisa como conocimientos tradicionales los que:

- i) se crean y preservan en un contexto tradicional y se transmiten de una generación a otra;
- ii) están particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional, que los preserva y transmite de una generación a otra; y
- iii) son parte integrante de la identidad cultural de un pueblo o comunidad indígena o tradicional que es reconocido como su poseedor porque sobre ellos ejerce su custodia, conservación, posesión colectiva o responsabilidad cultural. Esta relación podría expresarse oficial u oficiosamente en las prácticas, protocolos o leyes consuetudinarios o tradicionales.”

### **Sucesión**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, quiere decir la “entrada como heredero o legatario en la posesión de los bienes de un difunto”. En el caso de las expresiones culturales tradicionales, hay una diferencia con el patrimonio cultural o social, pues las expresiones culturales tradicionales constituyen un patrimonio que las generaciones hacen suyo o abandonan<sup>113</sup> y el cual no tienen obligación de conservar.

### **Transparencia**

Según el *Diccionario de uso del español* de María Moliner, “se aplica a lo que se puede captar o conocer en su verdad íntegra, de modo más o menos inmediato” y “también a aquellas gestiones, operaciones, etc., de las que se da en todo momento información y no queda ninguna duda sobre su legalidad”.

---

<sup>110</sup> “Análisis consolidado...”, *op. cit.* en la nota 103, párr. 20.

<sup>111</sup> “Conocimientos tradicionales” como descripción general de la materia incluye por lo general el patrimonio intelectual y el patrimonio cultural inmaterial, las prácticas y los sistemas de conocimientos de las comunidades tradicionales, particularmente de las comunidades indígenas y locales (conocimientos tradicionales en sentido general o extenso). Dicho de otra forma, los conocimientos tradicionales en sentido general se refieren al contenido de los conocimientos propiamente dichos y a las expresiones culturales tradicionales, incluidos los signos y símbolos asociados a conocimientos tradicionales.

<sup>112</sup> Art. 1.1) y 1.2) de “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (documento WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.).

<sup>113</sup> *Dictionnaire de sociologie Le Robert*, pág. 254 (traducción del autor).

### **Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales**

La Convención fue aprobada por la UNESCO en 1970 con el fin de proteger el patrimonio constituido por los bienes culturales existentes en el territorio de los Estados contra los peligros de robo, excavación clandestina y exportación ilícita. Entró en vigor en 1972.

“La Convención solicita a sus Estados Partes actuar esencialmente en los siguientes aspectos:

- 1 - Medidas preventivas: inventarios, certificados de exportación, medidas de control y aprobación de los negociantes de bienes culturales, aplicación de sanciones penales o administrativas, campañas de información, etc.
- 2 - Disposiciones en materia de restitución: el acápite (b) (ii) del artículo 7 de la Convención dispone que los Estados Partes se comprometen a las tomar medidas apropiadas para decomisar y restituir, a petición del Estado de origen Parte en la Convención, todo bien cultural robado e importado después de la entrada en vigor de la Convención en los dos Estados interesados a condición de que el Estado requirente abone una indemnización equitativa a la persona que lo adquirió de buena fe o que sea poseedora legal de esos bienes. De manera más indirecta y bajo reserva del derecho nacional, el artículo 13 prevé de igual forma disposiciones en materia de restitución y cooperación.
- 3 - Cooperación internacional: la idea del fortalecimiento de la cooperación entre los Estados Partes está presente en toda la Convención. En caso de que se ponga en peligro el patrimonio cultural mediante actos de saqueo, el artículo 9 prevé incluso la posibilidad de acciones más específicas, tales como el control de las exportaciones e importaciones.”

### **Convención de la UNESCO sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales**

La “Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales” es una convención internacional que fue adoptada por la UNESCO en 2005. Entró en vigor el 18 de marzo de 2007.

Los objetivos de la Convención se enuncian en el artículo 1: “a) proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales; b) crear las condiciones para que las culturas puedan prosperar y mantener interacciones libremente de forma mutuamente provechosa; c) fomentar el diálogo entre culturas a fin de garantizar intercambios culturales más amplios y equilibrados en el mundo en pro del respeto intercultural y una cultura de paz; d) fomentar la interculturalidad con el fin de desarrollar la interacción cultural, con el espíritu de construir puentes entre los pueblos; e) promover el respeto de la diversidad de las expresiones culturales y hacer cobrar conciencia de su valor en el plano local, nacional e internacional; f) reafirmar la importancia del vínculo existente entre la cultura y el desarrollo para todos los países, en especial los países en desarrollo, y apoyar las actividades realizadas en el plano nacional e internacional para que se reconozca el auténtico valor de ese vínculo; g) reconocer la índole específica de las actividades y los bienes y servicios culturales en su calidad de portadores de identidad, valores y significado; h) reiterar los derechos soberanos de los Estados a conservar, adoptar y aplicar las políticas y medidas que estimen necesarias para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios; i) fortalecer la cooperación y solidaridad internacionales en un espíritu de colaboración, a fin de reforzar, en particular, las capacidades de los países en

desarrollo con objeto de proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales”.

### **Convención de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial**

La Convención fue aprobada por la UNESCO en 2003 y entró en vigor el 20 de abril de 2006. Tiene las siguientes finalidades: la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial; el respeto del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos de que se trate; la sensibilización en el plano local, nacional e internacional a la importancia del patrimonio cultural inmaterial y de su reconocimiento recíproco; y la cooperación y asistencia internacionales.

### **Competencia desleal**

En el *Diccionario de Derecho* de Luis Ribó Durán (Segunda edición revisada y ampliada), se define “competencia desleal” como la “actividad de competencia que, por corresponder a alguno de los actos o conductas tipificados legalmente como contrarios a las reglas de corrección y buenos usos mercantiles, pueden ser objeto de reclamación ejerciendo las acciones legales correspondientes. Entre otros actos, se consideran de competencia desleal los capaces de crear confusión por cualquier medio respecto del establecimiento, los productos o la actividad económica de un competidor”. Para la referencia del término en inglés se utilizó el diccionario jurídico de Black, en el que “*unfair competition*” se define como una práctica deshonesto o fraudulenta en el comercio; en especial, la práctica encaminada a hacer pasar en el mercado los productos propios por los de otra empresa por medio de la imitación o la falsificación del nombre, la marca, el tamaño, la forma u otra característica distintiva del artículo o de su embalaje.

En el párrafo 2 del artículo 10*bis* del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial se estipula que “[c]onstituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”. En el párrafo 3 del artículo 10 *bis* se estipula además que “[e]n particular deberán prohibirse: i) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; iii) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.”

### **Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 2007 la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. La Declaración reconoce la igualdad de derechos humanos de los pueblos indígenas contra la discriminación cultural y persigue promover el respeto mutuo y las relaciones armoniosas entre los pueblos indígenas y los Estados.

En relación con los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales y los recursos genéticos, en el artículo 31.1 se estipula que: “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.” En el artículo 31.2 se estipula además que “[c]onjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de

estos derechos.”

### **Uso de las expresiones culturales tradicionales**

Las expresiones culturales tradicionales pueden utilizarse con distintos fines. El uso de las expresiones culturales tradicionales abarca el uso comercial, el uso consuetudinario y el uso leal.

#### Uso comercial

Se entiende por “uso comercial” todo uso con fines de comercio. En el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* de Guillermo Cabanellas se define “comercio” como “negociación que busca la obtención de ganancia o lucro en la venta, permuta o compra de mercaderías”. Para la referencia del término en inglés se utilizó el diccionario jurídico de Black, en el que “*commercial use*” se define como todo uso relacionado con una actividad permanente con fines de lucro o que promueve dicha actividad; por otra parte, “*non-commercial use*” se define como todo uso con fines privados o de negocios que no implica la generación de ingresos o el derecho a un reconocimiento u otro tipo de compensación.

#### Uso consuetudinario

El Marco Regional del Pacífico se define el uso consuetudinario como “el uso de los conocimientos tradicionales o expresiones culturales de conformidad con las leyes y prácticas consuetudinarias de los propietarios tradicionales.” (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).

El principio rector general h) recogido en “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.) y “La protección de las expresiones tradicionales/expresiones del folclore: Proyecto de objetivos y principios” (WIPO/GRTKF/IC/17/4) establece que debe respetarse el uso consuetudinario. La expresión “uso consuetudinario continuo” se refiere a la persistencia y naturaleza viva del uso de los conocimientos tradicionales o las expresiones culturales tradicionales por las comunidades indígenas de conformidad con sus propias leyes y prácticas consuetudinarias.

#### Uso leal

En el Diccionario de Derecho de Luis Ribó Durán (Segunda edición revisada y ampliada), se define “uso leal” como una “[e]xpresión... con la que se alude al privilegio otorgado al público para utilizar razonablemente una obra protegida por la propiedad intelectual sin el consentimiento de su titular.” Para la referencia del término en inglés se utilizó el diccionario jurídico de Black, en el que “*fair use*” se define como el uso razonable y limitado de una obra protegida por el derecho de autor sin el consentimiento del titular, como el hecho de incluir citas textuales en reseñas de libros o utilizar partes de una obra en parodias. El uso leal es un eximente en caso demanda por violación de derechos, supeditado a los siguientes factores reglamentarios: 1) el propósito y el carácter del uso, 2) la naturaleza de la obra protegida por derecho de autor, 3) la cantidad de la obra que se ha utilizado, y (4) los efectos económicos del uso.”

### **Deliberado**

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, quiere decir “voluntario, intencionado, hecho a propósito”, aunque no figura necesariamente la nota de dolo, malicia o mala intención.

**Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas**

Las Disposiciones Tipo fueron aprobadas en 1982 por un Comité de Expertos Gubernamentales nombrado por la OMPI y la UNESCO. En ellas se establece un modelo *sui generis* de protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, que presenta características semejantes al régimen de protección que brinda la propiedad intelectual; dicho modelo ha sido aplicado de forma extensa por los Estados miembros de la OMPI.

Con las Disposiciones Tipo se pretende mantener el equilibrio adecuado entre la protección contra los abusos del folclore, por un lado, y la libertad que permita fomentar y divulgar más el folclore, por el otro. Se da por supuesto que las expresiones del folclore constituyen un elemento vivo de la cultura de la humanidad, y que una protección excesiva conllevaría el riesgo de asfixiarlas.

Las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore quedan protegidas contra “la explotación ilícita y otras acciones lesivas”. En 2000 y 2001, la OMPI procedió a realizar un estudio con el fin de conocer las experiencias habidas en los Estados miembros en lo que respecta a la aplicación de las Disposiciones Tipo. (El informe correspondiente se recoge en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10: “Informe Final sobre las Experiencias Nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore”).

[Fin del Anexo y del documento]