

OMPI



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

S

WIPO/GRTKF/IC/6/3

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 1 de diciembre de 2003

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

**Sexta sesión
Ginebra, 15 a 19 de marzo de 2004**

**LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES/EXPRESIONES DEL
FOLCLORE: OPCIONES POLÍTICAS Y JURÍDICAS**

Documento preparado por la Secretaría

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	6
<i>Antecedentes.....</i>	6
Estructura del documento.....	7
“Expresiones culturales tradicionales”/“Expresiones del folclore”.....	7
Sistemas <i>sui generis</i>	8
Leyes consuetudinarias e indígenas.....	9
Cuestiones jurídico–conceptuales y práctico–operativas.....	10
Guía práctica.....	10
II. CUESTIONES CONCEPTUALES.....	11
La materia objeto de protección.....	11
<i>Expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore “contemporáneas”</i>	11
<i>Características de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore</i>	14
El carácter de la protección mediante propiedad intelectual.....	18
“ <i>Protección mediante propiedad intelectual</i> ” y “ <i>preservación/salvaguardia</i> ”.....	18
Convención de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.....	19
<i>Características clave de la protección por derecho de autor</i>	19
Carácter general de la protección por derecho de autor.....	20
<i>El requisito de la originalidad</i>	21
Materia susceptible de protección.....	21
<i>Titularidad colectiva</i>	21
<i>Fijación</i>	22
Derechos en virtud del derecho de autor.....	22
<i>Obras derivadas</i>	23
<i>Excepciones y limitaciones</i>	24
<i>Plazo de protección</i>	24
<i>Derechos conexos</i>	24
III. MARCO DE POLÍTICAS JURÍDICAS Y CULTURALES.....	25
Introducción.....	25
Cuestiones normativas específicas.....	26
<i>Creaciones contemporáneas basadas en la tradición protegidas mediante propiedad intelectual</i>	26
<i>Expresiones culturales que se encuentran en el “dominio público”</i>	28
IV. OPCIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES.....	29
Introducción.....	29
<i>Sistemas de propiedad intelectual actuales, sistemas de propiedad intelectual adaptados y sistemas de propiedad intelectual independientes sui generis</i>	30
<i>Opciones relacionadas y no relacionadas con la propiedad intelectual</i>	31
Objetivos.....	32
<i>Objetivos políticos expresados por los Estados</i>	32
<i>Objetivos de las comunidades en materia de propiedad intelectual</i>	33
Las opciones en materia de protección.....	33
<i>Lecciones extraídas de ejemplos reales de apropiación y de apropiación indebida</i>	33
<i>Cuestiones fundamentales para desarrollar enfoques o sistemas</i>	34
Opciones para la protección de las producciones literarias y artísticas tradicionales.....	35
<i>Opciones basadas en el derecho de autor</i>	35
Criterios para la protección.....	35
Titularidad de los derechos y gestión de los derechos.....	36
Derechos, excepciones y limitaciones.....	39
Procedimientos y formalidades.....	42
Sanciones y procedimientos de observancia.....	43
Cómo se pierden o expiran los derechos.....	43
Las grabaciones y las interpretaciones o ejecuciones de producciones literarias o artísticas.....	44

<i>El uso de los contratos y la función de los especialistas en folclore</i>	44
<i>Posibles instrumentos prácticos</i>	45
<i>Interpretaciones o ejecuciones de obras literarias y artísticas tradicionales</i>	46
Documentación de las producciones literarias y artísticas	47
Protección contra los usos insultantes, peyorativos y ofensivos	48
Opciones para la protección de la artesanía.....	51
Imitación del “estilo”	52
Reivindicaciones falsas y engañosas respecto de la autenticidad y el origen y omisión de la mención de la fuente	52
<i>Marcas de certificación</i>	52
<i>“La verdad en la publicidad” y las leyes de etiquetado</i>	52
<i>Indicaciones geográficas</i>	53
<i>Legislación en materia de competencia desleal o en materia de prácticas comerciales</i>	53
Palabras, nombres, símbolos y otros signos distintivos tradicionales	54
V. MEDIDAS PRÁCTICAS PARA ESTABLECER DIRECTRICES GENERALES	55
VI. CONCLUSIONES	56

RESUMEN

1. En este documento se pasa revista a los aspectos sustantivos de la protección jurídica de las expresiones del folclore/expresiones culturales tradicionales (ECT), incluidas las opciones jurídicas y políticas que ofrecen las legislaciones nacionales y las normas internacionales pertinentes. El documento tiene por objeto facilitar el examen del material presentado a este respecto ante el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (“el Comité”) y en él se incluye nueva información destinada a tomar en consideración las observaciones formuladas en el principal documento de trabajo sobre esta cuestión examinado en la quinta sesión del Comité (documento WIPO/GRTKF/IC/5/3).

2. El Comité ha examinado distintos enfoques a la protección de las expresiones del folclore/ECT por medio del sistema de propiedad intelectual. Numerosos participantes del Comité han observado que no es probable que una única solución pueda satisfacer todas las necesidades de las comunidades tradicionales e indígenas y proteger las expresiones del folclore/ECT de manera global. Ahora bien, es posible lograr una protección eficaz y global si se opta por un “menú” de opciones que comprenda niveles y formas de protección múltiples y diferenciados. El presente documento obedece al deseo de aclarar y exponer estas opciones.

3. Entre las opciones figuran los sistemas de propiedad intelectual en vigor (incluida la legislación contra la competencia desleal), los derechos de propiedad intelectual adaptados (aspectos *sui generis* de sistemas de propiedad intelectual), y sistemas *sui generis* nuevos y diferenciados, así como opciones no relacionadas con la propiedad intelectual, como las leyes contra las prácticas comerciales desleales y las leyes sobre el etiquetado, la utilización de los contratos, las leyes y protocolos consuetudinarios e indígenas, las leyes y programas sobre la preservación del patrimonio cultural, las medidas de subsanación del derecho consuetudinario como las relativas al enriquecimiento injusto, los derechos de publicidad, la blasfemia y el derecho penal. Ahora bien, en el presente documento no se debaten por igual todas estas opciones potencialmente útiles. Las opciones que se reseñan en el presente documento ya han sido utilizadas en sistemas nacionales o regionales, o han sido debatidas en anteriores sesiones del Comité o en otras actividades de la OMPI.

4. Desde el punto de vista de las comunidades tradicionales e indígenas, la protección de las expresiones del folclore/ECT y de los conocimientos tradicionales técnicos puede estar íntimamente relacionada. Algunos instrumentos jurídicos nacionales y regionales pretenden proteger tanto a las expresiones del folclore/ECT como a los conocimientos tradicionales. No obstante, de conformidad con la práctica del Comité, el presente documento se centra específicamente en la protección de las expresiones del folclore/ECT. El documento WIPO/GRTKF/IC/6/4 se ocupa de los conocimientos tradicionales, por lo que resulta complementario.

5. La protección sustantiva de las expresiones del folclore/ECT requiere que se tengan en cuenta los principios y normas en vigor en el plano internacional – por ejemplo, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) requiere la protección de las interpretaciones o ejecuciones de expresiones del folclore. Estas normas se reseñan en el presente documento. El documento complementario WIPO/GRTKF/IC/6/6 ofrece un debate general sobre la dimensión internacional de la protección de las expresiones del folclore/ECT y de los conocimientos tradicionales.

6. A fin de aclarar las opciones y de impartir al debate un carácter práctico, se examinan cuatro formas de protección principales (basándose en el tipo de apropiación de las expresiones del folclore/ECT a que hacen referencia con más frecuencia los participantes del Comité y otros sectores interesados). Éstas formas de protección son las siguientes:

i) la protección de las producciones literarias y artísticas tradicionales contra la reproducción, adaptación, distribución, interpretación o ejecución y otros actos similares no autorizados, así como la prevención de los usos insultantes, degradantes u ofensivos desde el punto de vista cultural y espiritual;

ii) la protección de la artesanía, particularmente su “estilo” (tomando en consideración el énfasis que ponen numerosos países en la protección de la artesanía);

iii) la prevención de las reivindicaciones falsas y que puedan inducir a engaño en relación con la autenticidad y el origen, así como la omisión de la fuente; y

iv) la protección preventiva de los signos y símbolos tradicionales.

7. En el documento se propone que la evaluación y la elección de las opciones políticas dentro de las estrategias nacionales destinadas a proteger las expresiones del folclore/ECT se basen en una primera etapa clave: la identificación de los objetivos políticos generales, tomando plenamente en consideración las necesidades de las comunidades tradicionales e indígenas, así como las cuestiones pertinentes en materia de política jurídica y cultural.

8. Una vez que se haya establecido los objetivos generales en relación con la protección, las estrategias o los sistemas de protección nacionales podrán basarse en la evaluación de una serie de opciones políticas y jurídicas específicas (que se examinan en la Sección IV y que corresponden a las cuatro formas de protección principales anteriormente mencionadas). Las opciones jurídicas y políticas pueden resumirse brevemente de la siguiente manera:

a) *producciones literarias y artísticas tradicionales:*

Algunos países podrán considerar que la protección concedida a las adaptaciones, derivaciones e interpretaciones y ejecuciones contemporáneas de las expresiones del folclore/ECT es adecuada. En otros casos, quizás consideren, basándose en objetivos políticos nacionales, que la protección mediante protección intelectual está justificada para las expresiones del folclore/ECT que no gozan de protección. Estos países tendrán que abordar, entre otras, las siguientes cuestiones y posibles opciones (basándose en las experiencias realizadas hasta la fecha):

i) *Criterios de protección:* aquí cabe determinar si debe requerirse la “originalidad” y la “fijación” como criterios de protección, y si las expresiones del folclore/ECT susceptibles de protección deberían “poder explotarse comercialmente”, “ser tradicionales” o “basarse en la tradición”.

ii) *Derechos comunitarios o colectivos:* entre las opciones podría incluirse el reconocimiento legal de “derechos colectivos”, la introducción de derechos morales colectivos y la concesión de derechos a una administración u oficina nombrada por el Estado, ya sea nueva o ya existente, como la oficina de derecho de autor. Otra opción conexas consistiría en la utilización de sistemas de gestión colectiva del derecho de autor.

iii) *Derecho de autor de los creadores individuales*: la cuestión consiste en hallar el mejor modo de integrar y equilibrar la protección de los derechos colectivos sobre las expresiones del folclore/ECT con el derecho de autor y otros derechos de propiedad intelectual de creadores individuales de obras derivadas. Por ejemplo, una opción consistiría en reglamentar el ejercicio de dichos derechos de propiedad intelectual a favor de la comunidad, respetando los valores que le son propios.

iv) *Naturaleza de los derechos*: cabría elegir entre los derechos exclusivos o el derecho a una remuneración equitativa (licencias obligatorias).

v) *Derechos concedidos*: aquí se incluirían los derechos patrimoniales y morales típicos concedidos por la legislación sobre derecho de autor. Cabría optar asimismo por la posibilidad de conceder o no un derecho de adaptación. Una opción adicional consiste en ofrecer derechos y medidas de subsanación en caso de que el usuario de una expresión del folclore/ECT omita mencionar la fuente.

vi) *Excepciones y limitaciones*: entre las opciones podrían incluirse las excepciones y limitaciones típicas que se encuentran en la mayoría de las legislaciones sobre derecho de autor. No obstante, los Estados podrán, si así lo desean, limitar algunas de estas excepciones en caso de que permitan utilidades de las ECT contrarias a los valores culturales y espirituales. Entre las opciones se incluyen asimismo excepciones *sui generis* específicas, como las excepciones relativas a: los usos tradicionales o consuetudinarios de las ECT o los usos sin ánimo de lucro; los usos por parte de grupos de danza folclórica y artesanos minoristas no indígenas; los usos por parte de nacionales por oposición a los no nacionales; y los usos por parte de instituciones públicas con fines no comerciales.

vii) *Procedimientos y formalidades*: los Estados tendrán que determinar si ofrecen o no protección automática o cierta forma de registro.

viii) *Sanciones y medidas de subsanación*: las comunidades piden que se reconozcan los daños no económicos y espirituales que pueden causar los usos ilícitos de las ECT. Una opción para los Estados podría consistir en brindar los medios legales para reconocer dichos daños no económicos y espirituales en los casos apropiados.

ix) *Plazo de protección*: debe escogerse entre la protección ilimitada y la protección durante un plazo bien definido. Si los Estados desean ofrecer protección indefinida, cabe optar por las siguientes opciones: legislación que establezca simplemente protección indefinida o no mencione plazo alguno; la protección puede ser ilimitada en lo que respecta a las ECT existentes, pero limitarse a un plazo determinado en el futuro; el período de protección puede supeditarse a la existencia de una comunidad o tradición determinadas con las que se identifica la ECT o supeditarse a la utilización continua de ésta por parte de la comunidad pertinente. También podrá optarse por una protección con carácter retroactivo, lo que plantea ciertos problemas en relación con los intereses legítimos de terceras partes.

x) *Folclore compartido en el interior de un país y “folclore regional”*: entre las opciones se encuentran la cotitularidad de los derechos; la posibilidad de que las comunidades sean titulares por separado de derechos sobre ECT idénticas o similares; la concesión de derechos al Estado o al órgano legislativo. La solución de controversias puede incluir referencias a leyes y prácticas consuetudinarias. En lo tocante al “folclore regional” en particular, entre las opciones se incluyen las bases de datos nacionales e internacionales sobre folclore, los mecanismos de solución alternativa de controversias, los sistemas de registro y

notificación, la gestión colectiva y el establecimiento de organizaciones encargadas de la solución de controversias. Las organizaciones y mecanismos regionales actuales pueden resultar de gran utilidad.

xi) *Interpretaciones o ejecuciones de producciones literarias y artísticas tradicionales*: El WPPT, de 1996, establece la protección internacional de las interpretaciones o ejecuciones de “expresiones del folclore”. Los Estados que aún no lo hayan hecho, podrán incorporar esta protección en su legislación.

xii) *Catalogación*: la catalogación y el registro de producciones literarias y artísticas tradicionales a los fines de la protección mediante propiedad intelectual (por oposición a los fines de la mera conservación) parece oponerse al carácter oral y “vivo” de los materiales culturales. Asimismo, quizá no se conceda el derecho de autor sobre la catalogación, los registros y las bases de datos a las comunidades pertinentes. Por consiguiente, debe determinarse si la catalogación y el registro del folclore resulta útil como estrategia de propiedad intelectual. Otras opciones útiles pueden ser los programas informáticos e instrumentos de gestión digital de los derechos, así como una mayor protección de las bases de datos. Los inventarios y registros sobre el patrimonio cultural pueden contribuir asimismo a identificar a los titulares tradicionales y las leyes consuetudinarias aplicables a los fines de la propiedad intelectual.

xiii) *Prevención de usos insultantes, degradantes u ofensivos desde el punto de vista cultural o espiritual*: entre las opciones se incluyen derechos morales colectivos y el establecimiento de un registro en el que las comunidades puedan registrar las ECT que no deseen utilizar comercialmente o como parte de cualquier materia protegible mediante propiedad intelectual.

b) *Protección contra la imitación*

Entre las opciones de protección contra la imitación del “estilo” de la artesanía y otras ECT, se incluye la protección basada en leyes contra la competencia y las prácticas comerciales desleales, o la adopción de enfoques basados en los principios contra la competencia desleal.

c) *Cómo proteger la autenticidad y el origen*

Entre las opciones destinadas a proteger contra las reivindicaciones que puedan inducir a engaño en cuanto a la autenticidad, el origen y la fuente, cabe alentar a las comunidades para que registren las marcas certificadas, exploren las posibilidades que ofrecen las leyes sobre el etiquetado y las prácticas comerciales, y exploren la utilización de las indicaciones geográficas, promover la utilización de leyes contra la competencia desleal, y crear sistemas basados en los principios contra la competencia desleal.

d) *Protección preventiva de signos y símbolos tradicionales*

Entre las opciones destinadas a proteger signos y símbolos tradicionales cabe incluir legislación o enmiendas específicas a fin de prevenir o reglamentar la concesión de marcas en relación con símbolos tradicionales y la elaboración de registros y bases de datos en los que las comunidades puedan registrar palabras, nombres, símbolos y signos que no deseen que formen parte de una marca registrada.

Conceptos básicos

9. El documento, que pretende sentar las bases para debatir las distintas opciones, comienza proporcionando información sobre los conceptos clave de las “expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore” y la “protección de la propiedad intelectual”, particularmente la protección mediante derecho de autor (Sección II) y las cuestiones jurídicas y culturales que los Estados podrían tomar en consideración al establecer un marco político apropiado para la protección de las expresiones del folclore/ECT (Sección III).

Medidas prácticas

10. En el documento se indican ciertas medidas prácticas que podrían tomar los formuladores de políticas, los legisladores, las comunidades y otros sectores interesados a la hora de abordar los distintos conceptos, cuestiones políticas y opciones pertinentes a la protección de las expresiones del folclore/ECT (Sección V).

I. INTRODUCCIÓN

Antecedentes

11. En el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3, principal documento de trabajo sobre la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore examinado por el Comité en su quinta sesión, se invitaba al Comité, entre otras cosas, a “dar orientaciones para proseguir la labor futura... incluida la posibilidad de elaborar un menú anotado de opciones políticas que constituya un práctico para la protección de las ECT y sirva de fundamento para la elaboración de recomendaciones o directrices”¹. El Comité no tomó decisiones oficiales a este respecto, pero varios Estados y observadores apoyaron la elaboración de dicho menú de opciones². Asimismo, la Asamblea General de la OMPI indicó que el mandato del Comité para el bienio 2004-2005 no excluye ninguna actividad, incluida “la posible elaboración de un instrumento o de varios instrumentos internacionales”.

12. Como consecuencia de los debates sustantivos celebrados en la quinta sesión del Comité y el nuevo mandato del Comité, en el presente documento se sintetizan los principales conceptos del documento WIPO/GRTKF/IC/5/3. Habida cuenta de las cuestiones planteadas en la quinta sesión del Comité, en el presente documento se ofrece asimismo nueva información sobre la naturaleza de las expresiones del folclore/ECT y las principales características del sistema de derecho de autor. También se inspira en otros informes, documentos de trabajo, estudios y alocuciones sobre las expresiones del folclore/ECT examinados hasta la fecha por el Comité. Estos informes, documentos y demás materiales figuran en el Anexo A a fin de que puedan servir como información básica detallada. El cuadro de sistemas *sui generis* del documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF 3 constituye un instrumento de referencia complementario, al igual que las alocuciones formuladas en la cuarta sesión del Comité (documentos WIPO/GRTKF/IC/4/INF 2 a 5Add.).

¹ Párrafo 34.

² Comunidad Europea y sus Estados miembros, Estados Unidos de América, Noruega, Nueva Zelandia y Venezuela.

13. En el documento no se pretenden restringir los parámetros del debate sobre la protección de las ECT ni prescribir soluciones particulares sobre la forma que debe revestir esta protección.

Estructura del documento

14. El presente documento se estructura de la manera siguiente:

- i) En la Sección II se designan y debaten conceptos clave.
- ii) En la Sección III se debaten cuestiones de política jurídica y cultural pertinentes a la protección de las expresiones del folclore/ECT.
- iii) En la Sección IV se indican una serie de opciones para su protección y se examinan con detalle las experiencias realizadas hasta la fecha, se aplican las opciones a varios ejemplos prácticos a fin de ilustrar el modo en que se han puesto en práctica las distintas opciones y el modo de combinar varias opciones a fin de obtener la protección deseada. En los recuadros del documento figuran distintas opciones jurídicas o de principios que podrán contemplar los Estados a la hora de establecer sistemas para proteger las expresiones del folclore/ECT.
- iv) En la Sección V figuran medidas prácticas que pueden tomar los formuladores de políticas, los legisladores, las comunidades y otros sectores interesados a la hora de abordar los distintos conceptos, cuestiones políticas y opciones pertinentes a la protección de las expresiones del folclore/ECT.
- v) En la Sección VI figuran las conclusiones y un párrafo de decisión.

“Expresiones culturales tradicionales”/“Expresiones del folclore”

15. El término “expresiones culturales tradicionales” ha sido utilizado como término de trabajo neutro en los documentos del Comité debido a que en determinados países, culturas y comunidades el término “folclore” tiene una connotación peyorativa. No obstante, varios participantes en la quinta sesión del Comité expresaron inquietudes en relación con la utilización del término “expresiones culturales tradicionales” y manifestaron su preferencia por el término “expresiones del folclore”. Este término se ha utilizado en anteriores debates sobre la propiedad intelectual celebrados en el plano internacional, así como en las Disposiciones Tipo y en numerosas legislaciones nacionales.

16. En consecuencia, los términos “expresiones culturales tradicionales” y “expresiones del folclore” se utilizan de manera conjunta o indistinta en el presente documento y se consideran sinónimos a los fines que nos ocupan.

17. Con la utilización de los términos “expresiones culturales tradicionales” o “expresiones del folclore” no se pretende sugerir en el presente documento consenso alguno entre los participantes del Comité en relación con la validez o lo apropiado de estos u otros términos. Tal como han señalado numerosos Estados y comunidades, la elección de un término o términos apropiados y la definición de la materia a la que hacen referencia es, en última instancia, una decisión que deben tomar los formuladores de políticas y las comunidades

pertinentes en los planos local y nacional. La utilización del término “expresiones culturales tradicionales” en el presente documento no afecta ni limita la utilización de otros términos en las legislaciones nacionales.

Sistemas *sui generis*

18. En anteriores documentos del Comité se han debatido los distintos sistemas *sui generis* para la protección de las expresiones del folclore/ECT ya establecidos en los planos nacional o regional. En el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3 se sintetizaban varios de estos sistemas, que se analizan en el presente documento, en particular:

- i) la Ley Tipo de Túnez para Países en Desarrollo sobre Derecho de Autor, de 1976 (“la Ley Tipo de Túnez”);
- ii) las Disposiciones Tipo OMPI–UNESCO para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, de 1982 (“las Disposiciones Tipo”);
- iii) el Acuerdo de Bangui relativo a la creación de una Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI), revisado en 1999 (“el Acuerdo de Bangui”);
- iv) el Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales, de Panamá, de 2000 y su correspondiente Decreto Ejecutivo de 2001 (“la Ley de Panamá”);
- v) el Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura, de 2002 (“el Marco Regional para el Pacífico”);
- vi) la Ley de Filipinas de Derechos de los Pueblos Indígenas, de 1997 (“la Ley de Filipinas”); y
- vii) la Ley de Artes y Oficios de los Indígenas, de los Estados Unidos de América, de 1990. Si bien no se trata en sentido estricto de un sistema de propiedad intelectual, ilustra el tipo de prácticas comerciales y de leyes sobre la protección del consumidor que pueden desempeñar una importante función a la hora de satisfacer numerosas de las necesidades de las comunidades tradicionales indígenas en relación con la salvaguardia de la autenticidad de sus obras de arte y artesanía contra las prácticas de comercialización y etiquetado falsas y que puedan inducir a engaño³.

³ En la quinta sesión del Comité, la Delegación de los EE.UU. formuló una alocución sobre la Ley – véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4.

Leyes consuetudinarias e indígenas

19. Varios Estados miembros⁴ y numerosos pueblos indígenas y comunidades culturales que cuentan con sistemas jurídicos consuetudinarios han abogado por que se reconozcan y utilicen en mayor medida las leyes y protocolos consuetudinarios a la hora de adoptar enfoques y sistemas para proteger las expresiones del folclore/ECT y los conocimientos tradicionales técnicos. En dicho reconocimiento y utilización cabría incluir, por ejemplo:

i) la aplicación plena de las leyes consuetudinarias a todas las cuestiones relativas a la adquisición, el mantenimiento y la observancia de los derechos relativos a las ECT, inclusive por personas ajenas a las comunidades, y las controversias derivadas de las mismas (por ejemplo, las controversias podrían presentarse exclusivamente ante las autoridades, tribunales, instituciones consuetudinarias y otros foros similares tribales o indígenas, quienes se encargarían de resolverlas).

ii) la incorporación, en la medida de lo posible, de leyes consuetudinarias en los sistemas de propiedad intelectual para la protección de las ECT, por ejemplo, remitiéndose a leyes consuetudinarias al interpretar y aplicar leyes de propiedad intelectual para la protección de las ECT, a fin de resolver ciertas cuestiones jurídicas o de hecho (por ejemplo, una ley sobre las ECT puede conceder ciertos derechos a los “titulares tradicionales”). Se puede recurrir a las leyes consuetudinarias a fin de resolver controversias entre solicitantes que se encuentran en competición y determinar su identidad). Este enfoque, que consiste en remitirse al derecho consuetudinario ha sido adoptado hasta la fecha en sistemas *sui generis* en vigor para la protección de las ECT.

iii) el fomento de un mayor respeto por las leyes consuetudinarias e indígenas en el seno de las comunidades, particularmente entre sus miembros más jóvenes. La ignorancia de las leyes y prácticas consuetudinarias que rigen los sistemas de conocimientos y las expresiones artísticas indígenas es percibido en ocasiones como una amenaza ominosa para su mantenimiento, desarrollo y protección. Una mayor adhesión a las leyes consuetudinarias en el seno de las comunidades aumentaría tanto su reconocimiento y eficacia internos, como en relación con partes ajenas a las comunidades.

iv) el examen de los conflictos que puedan producirse entre las leyes consuetudinarias y las leyes convencionales en materia de propiedad intelectual, con el fin de eliminarlos o atenuarlos de manera respetuosa con los derechos y responsabilidades consuetudinarios (por ejemplo, concediendo a una comunidad, además del derecho de autor, derechos en concepto de reparación contra una persona que infrinja el derecho de autor sobre una ECT protegida por el mismo y que incorpore material ya existente sometido a los derechos y responsabilidades consuetudinarios colectivos).

20. Algunas de estas opciones se duplican y no se excluyen mutuamente. El reconocimiento de las leyes consuetudinarias plantea problemas jurídicos, culturales y políticos sumamente complejos y delicados. Entre estos problemas se encuentran las cuestiones relacionadas con el derecho internacional privado y la duplicación entre leyes consuetudinarias y leyes convencionales en materia de propiedad intelectual (por ejemplo,

⁴ Véase, entre otras cosas, los documentos del Grupo Asiático (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párrafo 22), y el Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/3/15).

leyes consuetudinarias y leyes de propiedad intelectual que se encuentren en conflicto pueden aplicarse simultáneamente a la misma materia). En un plano político, el reconocimiento de leyes consuetudinarias e indígenas en cualquier jurisdicción está vinculado a la cuestión del reconocimiento de los derechos culturales y colectivos históricos de los pueblos indígenas y las comunidades culturales que cuentan con sistemas consuetudinarios, y a la medida en que pueda aceptarse el pluriculturalismo, incluido el pluralismo jurídico. En términos prácticos, se plantea el problema de la aplicación del derecho consuetudinario de manera que trascienda su ámbito tradicional: ¿cómo podrán aplicarse los sistemas consuetudinarios a miembros que no formen parte de la comunidad y, por ende, no estén sujetos a los mismos? ¿Cómo podrán reconocerse y aplicarse como parte de los sistemas de protección regionales e internacionales los sistemas consuetudinarios, que son locales por definición?

21. El Comité ha aprobado la realización de un “estudio de casos sobre las leyes y protocolos consuetudinarios de una comunidad local o indígena pertinente a la protección de las expresiones del folclore, abordando específicamente su relación con el sistema oficial de la propiedad intelectual”⁵. Algunos de los problemas y cuestiones designados anteriormente forman parte de este estudio que se encuentra en fase de planificación.

Cuestiones jurídico–conceptuales y práctico–operativas

22. Tal como ha demostrado claramente la labor del Comité⁶, el establecimiento de sistemas eficaces para proteger las ECT plantea problemas jurídico–conceptuales y práctico–operativos. El presente documento se centra en las cuestiones jurídico–conceptuales sustantivas. Entre las cuestiones práctico–operativas se incluyen, por ejemplo, los programas de sensibilización, divulgación y acceso, la creación de capacidades entre los custodios de ECT a fin de que conozcan las opciones que se les presentan en relación con la propiedad intelectual y puedan sacar partido de las mismas. Existe una estrecha relación entre las dimensiones jurídico–conceptual y práctico–operativa, y es preciso que ambas dimensiones interactúen y se complementen mutuamente.

23. En anteriores documentos se han debatido distintas ideas tendentes a mejorar el acceso a los sistemas destinados a proteger las ECT, así como la utilización práctica y la observancia de estos sistemas⁷.

Guía práctica

24. Cabe recordar que, dentro del mandato del Comité, se está elaborando actualmente una “guía práctica” sobre la protección de las ECT. Esta guía se basa en gran medida en este y anteriores documentos, especialmente el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3, así como en comentarios recibidos en relación con el mismo.

⁵ Véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/3/10 y WIPO/GRTKF/IC/3/17.

⁶ Véanse, por ejemplo los resultados del cuestionario de la OMPI de 2001, reseñados en el “Informe final sobre las experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore” (documento WIPO/GRTKF/IC/3/10).

⁷ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3.

II. CUESTIONES CONCEPTUALES

25. En esta sección se debaten los dos conceptos clave de “expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore” y “propiedad intelectual”.

La materia objeto de protección

26. En anteriores documentos se ha debatido el carácter de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore⁸, y se ha señalado que pueden ser tangibles o intangibles, o ambas a la vez, tal como señaló la Delegación del Irán⁹.

27. En anteriores documentos se han abordado asimismo los vínculos que existen entre las expresiones de las culturas tradicionales/expresiones del folclore y los conocimientos especializados y técnicos tradicionales, así como los recursos genéticos conexos¹⁰. Por lo general, a los fines del debate sobre la propiedad intelectual, las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore se han debatido por separado. No se trata de diferenciar artificialmente entre formas de conocimiento y expresiones que puedan estar íntimamente relacionadas, o sugerir que las leyes y los sistemas de protección no puedan o no deban abordar tanto el folclore como los conocimientos tradicionales. No obstante, es preferible examinar por separado al folclore (en lugar de examinarlo como parte de los conocimientos tradicionales técnicos) debido a que la protección mediante propiedad intelectual del folclore y otros materiales culturales plantea ciertos problemas específicos de política cultural e implica principios jurídicos más cercanos a aquellos en que se basa el sistema de derecho de autor y derechos conexos. Por consiguiente, incluso si una ley se aplica tanto el folclore como a los conocimientos tradicionales, se considera importante que las formas de protección previstas para el folclore (tales como los derechos concedidos y las excepciones a los mismos) sean determinadas por las políticas y principios culturales y jurídicos pertinentes. Asimismo, un enfoque diferenciado toma más en cuenta las perspectivas de los sectores interesados, como las oficinas y departamentos gubernamentales encargados del derecho de autor, la cultura y la educación; los titulares de conocimientos tradicionales e indígenas y los intérpretes o ejecutantes de tradiciones culturales y expresiones artísticas; así como los folcloristas, los etnomusicólogos, los archivistas y otros académicos del ámbito cultural. Se cuenta asimismo con una experiencia internacional, regional y nacional considerable sobre la relación que existe entre la propiedad intelectual y el folclore.

Expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore “contemporáneas”

28. En anteriores documentos se ha destacado la distinción establecida por el derecho de autor y otras leyes de propiedad intelectual entre las expresiones, adaptaciones e interpretaciones contemporáneas de expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore (con frecuencia protegidas por el derecho de autor, la legislación relativa a los diseños industriales y otras leyes de propiedad intelectual) y otras expresiones culturales tradicionales o del folclore que no están protegidas (y que han sido denominadas “ya existentes” o “subyacentes”, o “expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore en sentido estricto”).

⁸ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3.

⁹ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/15, párrafo 36.

¹⁰ *Ibid.*, párrafos 61 a 68.

29. Por ejemplo, la Ley Tipo de Túnez sobre Derecho de Autor protege “las obras derivadas del folclore nacional” como obras originales protegidas por el derecho de autor, mientras que el folclore en sí mismo, descrito como “obras del folclore nacional” recibe una protección especial (*sui generis*) semejante al derecho de autor debido a que no goza de protección por derecho de autor. Tanto en las Disposiciones Tipo como en el Acuerdo de Bangui de la OAPI se realiza una distinción similar. Esta distinción se refleja asimismo en las legislaciones nacionales, por ejemplo, la de Túnez (que se refiere al “folclore” y a las “obras inspiradas por el folclore”)¹¹, Hungría, Indonesia y numerosos otros países. La Ley Húngara de Derecho de Autor de 1999 no concede protección a las expresiones del folclore pero establece que “esto no irá en detrimento de la protección mediante derecho de autor de que goce el autor de una obra de carácter individual y original inspirada en el arte folclórico”¹². La Ley de Derecho de Autor de Indonesia, de 2002, establece la protección convencional mediante derecho de autor para las tallas de madera contemporáneas, el batik y otras formas contemporáneas de producción artística que componen el rico patrimonio cultural de Indonesia¹³. La Ley permite el registro no obligatorio de obras protegidas por el derecho de autor, y la Oficina de Derecho de Autor recibe cada mes numerosas solicitudes para registrar nuevos motivos de batik, procedentes principalmente de las pequeñas y medianas empresas (Pymes) de Indonesia. Ahora bien, la Ley establece asimismo la protección *sui generis* de los “folclores”¹⁴. El derecho consuetudinario demuestra asimismo que pueden protegerse mediante el derecho de autor las recientes adaptaciones e interpretaciones del folclore, al igual que se protegen los diseños contemporáneos mediante la legislación sobre diseños industriales¹⁵.

30. No obstante, varios participantes del Comité sugirieron que, habida cuenta de que las expresiones contemporáneas del folclore suelen ser creadas por individuos identificables (razón que explica en parte que estén protegidos por las leyes en vigor), la inclusión de dichas expresiones en la noción “expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore” puede insistir demasiado en la función del individuo en la creatividad nacional y, por ende, empañar el carácter esencialmente colectivo de la materia para la que se desea obtener protección¹⁶. De modo similar, las expresiones contemporáneas del folclore protegidas están con frecuencia fijadas en alguna forma tangible y se ha señalado que esto puede enmascarar el carácter no fijado de la materia para la que se solicita protección. Se ha sostenido que un énfasis demasiado pronunciado en la protección mediante propiedad intelectual que se concede a las creaciones contemporáneas basadas en la tradición desvía la atención de la necesidad de proteger indefinidamente la materia subyacente, cuya titularidad es colectiva. Esta perspectiva apunta a la necesidad de estudiar más detalladamente el carácter preciso de las “expresiones del folclore”/“expresiones culturales tradicionales” para las que se solicita protección y, sobre esta base, comprender las formas de protección que puedan resultar apropiadas para cada materia objeto de protección.

¹¹ Ley 94-36 de 24 de febrero de 1994 sobre propiedad literaria y artística.

¹² Artículo 1, párrafo 7).

¹³ Artículo 12.

¹⁴ Artículo 10.

¹⁵ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3.

¹⁶ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/15. Intervenciones de la Delegación de la India en el párrafo 31, Egipto en el párrafo 35, Nigeria en el párrafo 37, Arabia Saudita en el párrafo 49, y los representantes de la OAPI y la ARIPO en los párrafos 50 y 51, respectivamente.

31. Habida cuenta de que las culturas tradicionales evolucionan y que las comunidades y las personas utilizan constantemente formas de expresión nuevas y adaptadas, ¿en qué consisten exactamente las expresiones culturales “tradicionales”? ¿Cómo se crean y quién las crea? Las “expresiones culturales tradicionales” comprenden una amplia gama de expresiones que van desde los materiales verdaderamente antiguos y subyacentes que se crearon colectivamente o que fueron creados por “autores desconocidos”, a las expresiones más recientes y contemporáneas de los mismos, con un número infinito de adaptaciones, imitaciones, revitalizaciones y recreaciones en constante evolución e incremento, algunas de las cuales pueden seguir identificando a una cultura o comunidad particular y portar significados religiosos o de otra índole, mientras que otras pueden no tener para su creador otro valor que el estrictamente comercial. ¿Son algunas o todas ellas “expresiones del folclore”/“expresiones culturales tradicionales”?

32. Estas preguntas remiten a las teorías y concepciones de la creación y la creatividad y, en particular, la función de la persona y el significado de la “originalidad” en la creatividad “tradicional”¹⁷. Las cuestiones relativas a la función de la persona en la creación de expresiones del folclore se debatió en profundidad durante la elaboración de las Disposiciones Tipo. ¿Crean o pueden crear las personas expresiones del folclore? En caso afirmativo, ¿deben ser consideradas como “autores” en el sentido del derecho de autor? ¿Cabe decir entonces que todas las ECT han tenido, en algún momento, un “autor” identificable y fueron posteriormente adoptadas y recreadas por una comunidad? De ser así, ¿son las ECT simples producciones para las que ha expirado el plazo de protección (entendiéndose que no deben protegerse de nuevo)? o, ¿existen características de las expresiones del folclore/ECT que las han descalificado para gozar de protección en virtud de las normas de propiedad intelectual en vigor (entendiéndose que su protección puede justificarse al menos por motivos de equidad)?

33. Un examen más cuidadoso de estas cuestiones puede contribuir a determinar de manera más precisa las características clave de las ECT y qué es exactamente lo que debe protegerse y por qué, así como a sugerir qué opciones jurídicas pueden ser aconsejables y posibles.

34. En el presente documento no se pretende consignar el carácter de las culturas tradicionales y el modo en que evolucionan y se desarrollan. Para este debate es preciso contar con la contribución de folcloristas, etnomusicólogos, antropólogos y archivistas, así como la de otros académicos de ámbitos conexos. No obstante, en los siguientes apartados se intentan resumir varias características clave de las expresiones del folclore/ECT pertinentes a las cuestiones relativas a la propiedad intelectual¹⁸.

¹⁷ Véase Hafstein, V., “The Politics of Origins”, en el *Journal of American Folklore* 117 (2004) 465.

¹⁸ Véase Brown, M., *Who Owns Native Culture*, Harvard University Press, 2003; Hafstein, *op. cit.*; Scafidi, S., “Intellectual Property and Cultural Products”, 81 *B.U.L. Rev.* 793; Farley, Christine Haight, “Protecting Folklore of Indigenous Peoples: Is Intellectual Property the Answer?” *Connecticut Law Review*, otoño de 1997; Shand P., “Scenes from a Colonial Catwalk: Cultural Appropriation, Intellectual Property Rights, and Fashion”, *Cultural Analysis*, Volumen 3, 2002; Sherylle Mills, “Indigenous Music and the Law: An Analysis of National and International Legislation”, *Yearbook for Traditional Knowledge Music*, 1996, pág. 57; Lindahl, Carl, “Who Wrote ‘O Death’”, manuscrito inédito; Feintuch, B. (Ed.), *The Conservation of Culture – Folklorists and the Public Sector*, University Press of Kentucky, 1988; *Travaux préparatoires* para las Disposiciones Tipo de 1982.

Características de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore

35. Al igual que la materia protegible por la mayor parte de las formas de propiedad intelectual, y a diferencia de los objetos culturales únicos, las expresiones del folclore/ECT son reproducibles, y susceptibles de ser copiadas, adaptadas y explotadas comercialmente. Ahora bien, a diferencia de numerosas formas de propiedad intelectual convencionales, e independientemente de que hayan sido creadas por personas individuales o por comunidades, numerosas expresiones del folclore/ECT obtienen su significado y su valía gracias al reconocimiento y la identificación de la comunidad y no en tanto que signo individual de originalidad. Además, aunque son reproducibles, las copias no autorizadas de las expresiones del folclore/expresiones culturales tradicionales no suelen ser consideradas como “auténticas” por una comunidad, aunque las personas ajenas a esa comunidad no sean conscientes de ello.

36. La creatividad “tradicional” suele estar marcada por fluidas influencias creativas de carácter social y colectivo¹⁹. Numerosas expresiones del folclore se han transmitido de generación en generación, de manera oral o por imitación. Las letras, las notas de las canciones, los proverbios, los diseños, las fábulas y otras expresiones similares suelen crearse de manera anónima y se incorporan a las tradiciones orales de las comunidades, donde circulan durante numerosos años (como motivos, “letras flotantes” o “fórmulas”²⁰). Si bien no pueden atribuirse a ninguna persona conocida y aún no tienen una forma identificable y distintiva, están marcadas culturalmente y tienen un carácter colectivo.

37. Las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore reflejan e identifican la historia de una comunidad, su identidad social y cultural y sus valores. Con frecuencia son portadoras de un significado religioso y espiritual y desempeñan distintas funciones espirituales, sociales y culturales (vinculadas, por ejemplo, a los ritos de iniciación, la caza, el matrimonio y los rituales que acompañan al nacimiento y la muerte), si bien pueden tener asimismo funciones decorativas. Por lo general, desempeñan una función primordial a la hora de identificar a una cultura o a una comunidad y de encarnar y comunicar significados, creencias y valores religiosos, espirituales, sociales y culturales. Quizás sea ésta la razón por la que las comunidades culturales e indígenas insisten tanto en la necesidad de proteger las ECT contra reivindicaciones falsas y que puedan inducir a error en relación con la “autenticidad” y el origen, así como contra los usos cultural y espiritualmente ofensivos de las ECT.

38. Lo que *denotan* las expresiones del folclore/ECT gracias a su forma externa es reproducible y sujeto a explotación. Ahora bien, las creencias, valores y significados que *connotan* revisten al menos la misma importancia para las comunidades concernidas. Tal como ha señalado la *American Folklore Society*, la comercialización y privatización de los valores asociados con las expresiones del folclore/ECT pueden ir en detrimento de los derechos y deseos de sus titulares²¹. Debe alcanzarse un equilibrio entre la protección mediante propiedad intelectual de las expresiones culturales tradicionales y el respeto de los valores culturales y espirituales que connotan.

¹⁹ Véase Hafstein, *op. cit.*

²⁰ Lindahl, *op. cit.* Véanse asimismo las comunicaciones personales con el Sr. Michael Taft, Jefe del Archivo de Cultura Tradicional del *American Folklife Center*.

²¹ Documento presentado por la *American Folklore Society* en la cuarta sesión del Comité. Véase asimismo el Artículo 8 de la Declaración de la UNESCO sobre la diversidad cultural.

39. Si bien el patrimonio cultural de una comunidad constituye el núcleo de su identidad y vincula su pasado a su presente y su futuro, también es un elemento “vivo”, recreado constantemente a medida que los artistas y profesionales tradicionales aportan nuevas perspectivas y experiencias a su trabajo. La tradición puede constituir una considerable fuente de creatividad e innovación para las comunidades indígenas, locales y otras comunidades culturales, así como para las industrias locales y extranjeras.

40. Con el transcurso del tiempo, los compositores, cantantes, creadores e intérpretes o ejecutantes han calificado esos motivos, quizás incluso de manera inconsciente, de “letras flotantes” y “fórmulas” destinadas a ser conservadas para volverlas a utilizar, haciendo nuevos arreglos y contextualizándolas de nuevas maneras²². La “expresión” resultante suele convertirse en una nueva “obra” a los fines del derecho de autor.

41. Por consiguiente, existe una relación creativa y dinámica entre la creatividad colectiva e individual, en la que puede producirse un número infinito de variaciones de las expresiones culturales tradicionales, tanto de manera individual como colectiva.

42. En este dinámico y creativo contexto suele resultar difícil determinar desde la perspectiva del derecho de autor qué constituye creación independiente, ya que todos los artistas de una comunidad beben en una fuente común de versos, melodías y proverbios, y pueden estar influenciados asimismo por el uso que hacen de estos elementos los demás artistas. Una cuestión que se plantea en el contexto del derecho de autor y la propiedad intelectual es determinar si estas “letras flotantes” de titularidad compartida deberían gozar de protección.

43. No obstante, al parecer, incluso cuando una persona puede ser considerada por las leyes de propiedad intelectual como el autor de una creación basada en la tradición, desde una perspectiva comunitaria será considerada como el producto de un proceso creativo social y colectivo e incluso espiritual. Las características esenciales de dichas creaciones “individuales” y empero tradicionales residen en el hecho de que aún contienen motivos, un estilo u otros elementos característicos de una tradición y una comunidad, o que sirven para identificarla, que son creados o interpretados por personas a las que la comunidad reconoce el derecho, asigna la responsabilidad o concede el permiso para hacerlo. Por consiguiente, las “obras” e interpretaciones o ejecuciones creadas de manera individual pero basadas en la tradición no son “propiedad” de las personas sino que están “controladas” por la comunidad, habitualmente de conformidad con los sistemas y prácticas jurídicos consuetudinarios e indígenas²³.

44. Así pues, la esencia de las expresiones culturales “tradicionales”/expresiones del folclore, ya nos refiramos a las expresiones más antiguas, ya existentes y colectivas de una cultura tradicional, o a las adaptaciones, interpretaciones o ejecuciones y variaciones de las mismas más recientes, es que siguen siendo consideradas por las comunidades como el modo de identificar y reflejar sus tradiciones, sus valores y creencias y, por ende, “pertenecen” a

²² Lindahl, C., *op cit.*

²³ Intervención de las Tribus Tulalip de Washington en la quinta sesión del Comité (documento WIPO/GRTKF/IC/5/15, párrafo 56); Mills, *op cit.*; Duffy, Karen, “Carry it on for me – Tradition and Familial Bonds in the Art of Acoma Pottery”, tesis de doctorado, Universidad de Indiana, noviembre de 2002, pág. 211.

dicha comunidad. Podría afirmarse, por consiguiente, que las expresiones del folclore/expresiones culturales tradicionales, ya se trate de expresiones “antiguas” o “contemporáneas”, son “tradicionales” si siguen reflejando e identificando las tradiciones, valores y creencias de una comunidad, y son creadas o interpretadas por personas a quienes esa comunidad reconoce el derecho, asigna la responsabilidad o concede el permiso para hacerlo. Esto refleja la necesidad expresada por las comunidades de controlar las reivindicaciones falsas o que puedan inducir a engaño en cuanto a la “autenticidad” y el origen. Puede aclarar asimismo qué usos de las culturas tradicionales debían reglamentarse y cuáles no, y sentar las bases, tal como han hecho numerosas legislaciones nacionales, para distinguir entre los usos de los materiales tradicionales por parte de personas procedentes de dicha cultura (sin que sea necesarias la autorización o normativas adicionales) y por personas ajenas a dicha cultura (para lo que se requerirá la autorización u otras normativas).

45. La protección mediante propiedad intelectual que se concede a las personas en relación con adaptaciones y derivaciones recientes del folclore, así como de interpretaciones o ejecuciones de expresiones del folclore, es un importante factor que debe tomarse en consideración al determinar, desde el punto de vista de las políticas culturales y jurídicas, hasta qué punto se necesita protección adicional para las expresiones del folclore/ECT subyacentes y que no gozan de protección. La protección disponible en el plano internacional en virtud del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), de 1996, puede resultar sumamente útil, debido a que el folclore suele darle a conocer por medio de sus interpretaciones o ejecuciones más recientes, que son las que suelen apropiarse las terceras partes. En virtud del WPPT, los artistas intérpretes o ejecutantes del folclore gozan del derecho a impedir, en todos los países que hayan ratificado el WPPT, la fijación no autorizada de sus interpretaciones o ejecuciones en grabaciones sonoras y ciertas transacciones relativas a dichas fijaciones. Algunos autores sostienen que ésta y otras formas de protección existentes son adecuadas, y que gracias a ellas se logra el equilibrio necesario. Ahora bien, el reconocimiento de la posibilidad de conceder derechos de propiedad intelectual individuales en relación con obras derivadas de la tradición no debe ir en detrimento del carácter cultural y comunitario específico de las expresiones del folclore/ECT en sentido estricto.

46. El carácter de identificación cultural y comunitaria que revisten las expresiones del folclore/ECT, incluso cuando son creadas por personas individuales, se refleja en el modo en que son descritas en numerosas leyes nacionales y en instrumentos como la Ley Tipo de Túnez, las Disposiciones Tipo, las Recomendaciones de la UNESCO sobre la Salvaguardia de la Cultura y del Folclore Tradicionales, de 1989, el Acuerdo de Bangui de la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI), revisado en 1999, y la Convención Internacional de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, aprobada en octubre de 2003 (en la que se define el patrimonio cultural inmaterial como “...los usos, representaciones, expresiones... que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”).

47. En las Disposiciones Tipo, por ejemplo, se describen las “expresiones del folclore” de la siguiente manera:

“... las producciones integradas por *elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad, o por individuos que reflejen las expectativas artísticas tradicionales de esa comunidad*, en particular:

- i) las expresiones verbales, tales como: los cuentos populares, la poesía popular y los enigmas;
- ii) las expresiones musicales, tales como: las canciones y la música instrumental populares;
- iii) las expresiones corporales, tales como: las danzas y representaciones escénicas populares y formas artísticas de rituales; y
- iv) las expresiones tangibles, tales como: los dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaico, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, tapices, trajes, instrumentos musicales y [obras arquitectónicas]” (la cursiva es nuestra).

48. En el Acuerdo de Bangui (Artículo 2.xx)) se definen las “expresiones del folclore” de la siguiente manera:

“la producción que contenga elementos característicos del patrimonio artístico tradicional *creado y perpetuado por una comunidad o por individuos, reconocidas como una respuesta a las expectativas de esa comunidad*, y comprenden los cuentos, la poesía, las canciones y la música instrumental populares, las danzas y espectáculos populares y las expresiones artísticas de actos rituales, así como las producciones del arte popular” (la cursiva es nuestra).

49. Una cuestión política fundamental en materia de propiedad intelectual es el reconocimiento de las reivindicaciones de las comunidades en relación con materiales creados en el transcurso de procesos creativos sociales, colectivos e incluso espirituales, así como de las reivindicaciones colectivas basadas en prácticas y sistemas jurídicos consuetudinarios e indígenas en relación con “obras” contemporáneas que la legislación en materia de propiedad intelectual considera “propiedad” de personas individuales. Así pues, las reivindicaciones sobre “derechos colectivos” podrían articularse en torno a dos preguntas:

i) ¿deberían reconocerse los derechos e intereses consuetudinarios de las comunidades en relación con expresiones del folclore subyacentes en sentido estricto, hayan adoptado o no una forma distintiva pero que estén marcados culturalmente e identifiquen a una comunidad (motivos y “letras flotantes” por ejemplo, así como expresiones formadas de manera más clara pero que pertenezcan a una comunidad)?

ii) ¿Deberían reconocerse de alguna manera los derechos e intereses consuetudinarios colectivos sobre una obra cuyo autor ya goza de protección mediante derecho de autor?

50. En resumen, considerando el modo en que se han definido las expresiones del folclore/ECT en sentido estricto en numerosas leyes nacionales y regionales, cabe afirmar que: i) se transmiten de generación en generación, oralmente o por imitación, ii) reflejan la identidad cultural y social de una comunidad, iii) consisten en elementos característicos del patrimonio de una comunidad, iv) son creadas por “autores desconocidos” o por comunidades o individuos a los que la comunidad reconoce el derecho, asigna la responsabilidad o concede el permiso para hacerlo, y v) se encuentran en constante evolución y son recreadas en el seno de la comunidad.

El carácter de la protección mediante propiedad intelectual

51. Las reivindicaciones destinadas a proteger las expresiones del folclore/ECT pueden basarse en valores sociales, culturales y económicos distintos de aquéllos en los que se basa el sistema de propiedad intelectual en vigor. Por lo general, la protección mediante propiedad intelectual no ofrece control alguno sobre conocimientos que no se plasmen en una expresión externa o hayan sido delineados precisamente, no cuenten con un autor o inventor identificable, no aporten elementos de novedad u originalidad y para los que no exista un plazo de protección²⁴.

“Protección mediante propiedad intelectual” y “preservación/salvaguardia”

52. Debe distinguirse la protección mediante propiedad intelectual de los conceptos de “preservación” y “salvaguardia”. El derecho de autor, por ejemplo, protege los productos de la creatividad, en forma de obras literarias y artísticas originales, contra ciertos usos como la reproducción, la adaptación, la interpretación o ejecución en público, la radiodifusión y otras formas de comunicación al público. El titular del derecho de autor sobre una obra goza del derecho exclusivo a impedir o autorizar a terceros realizar dichos actos, con sujeción a ciertas excepciones y limitaciones. La protección mediante derecho de autor tiene por objeto alentar la creatividad y la divulgación de las obras, así como permitir a los titulares de derechos controlar la explotación comercial de sus obras. Puede asimismo ofrecer protección contra la utilización distorsionadora, peyorativa o degradante de una obra, cuestión que suele ser objeto de preocupación en relación con los materiales culturales tradicionales.

53. Por el contrario, la preservación y la salvaguardia en el contexto del patrimonio cultural suele referirse a la identificación, catalogación, transmisión, revitalización y promoción del patrimonio cultural (tangibles o intangibles), a fin de garantizar su conservación y viabilidad²⁵. La clave consiste en aclarar lo que se entiende por “protección”, ya que, en ocasiones, las medidas destinadas a preservar y salvaguardar las expresiones pueden dar una respuesta más adecuada a las necesidades y expectativas de los titulares y profesionales que utilizan las ECT que la protección mediante propiedad intelectual.

54. También se requiere una apreciación clara del significado de “protección mediante propiedad intelectual” a fin de dar respuesta a las reivindicaciones de las comunidades tradicionales e indígenas. Hasta cierto punto, estas reivindicaciones pueden basarse en el deseo de obtener reconocimiento y recompensa por haber preservado y conservado tradiciones y material cultural que pueden utilizarse actualmente como fuente de creatividad. Si así fuera, ¿sería ésta la función de la propiedad intelectual? La propiedad intelectual es esencialmente un “sistema con visión de futuro”, destinado a recompensar la innovación y la creatividad y no meramente a preservar el pasado. El hecho de que las expresiones del folclore/ECT reciban algún tipo de protección mediante propiedad intelectual, ¿implica un cambio en los objetivos de la protección mediante propiedad intelectual? Es obvio que no todos los aspectos de la protección mediante propiedad intelectual se centran directamente en la innovación y la creatividad, particularmente en lo que concierne a la legislación en materia

²⁴ Véase Van Caenegem, W., “The Public Domain: Scientia Nullius?”, [2002] E.I.P.R.6, pág. 324.

²⁵ Véase el glosario sobre patrimonio cultural inmaterial de la Comisión de los Países Bajos para la UNESCO–2002.

de marcas, indicaciones y signos distintivos (leyes que rigen las marcas, las indicaciones geográficas y los símbolos nacionales), así como la esfera conexas de las leyes contra la competencia desleal. Estas leyes están destinadas a proteger las reputaciones establecidas, el carácter distintivo y el fondo de comercio de que gozan las comunidades tradicionales gracias a la creación de sus obras de arte y de artesanía, y otros productos tradicionales.

Convención de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial

55. En octubre de 2003, los Estados miembros de la UNESCO aprobaron una convención internacional para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial. En esta convención se abordan cuestiones fundamentales como la preservación de las tradiciones y expresiones orales, incluidos las lenguas en tanto que vehículos de transmisión del patrimonio cultural; las artes interpretativas; las prácticas sociales; los rituales y acontecimientos festivos; los conocimientos y prácticas relativos a la naturaleza y el universo; y los oficios tradicionales. Este patrimonio se preserva mediante la creación de inventarios nacionales destinados a salvaguardar la propiedad cultural y el establecimiento de un Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

56. En la Convención no se abordan cuestiones de propiedad intelectual. En el Artículo 3.b) se afirma que ninguna disposición de la Convención podrá ser interpretada de tal manera que “afecte los derechos y obligaciones que tengan los Estados Partes en virtud de otros instrumentos internacionales relativos a los derechos de propiedad intelectual o a la utilización de los recursos biológicos y ecológicos de los que sean partes”. Por consiguiente, en la Convención no se abordan el tipo de cuestiones que ocupan al Comité de la OMPI, tales como ¿quién debería ser el titular, en caso de que debiera existir algún titular, de las expresiones derivadas de la creatividad inmaterial (incluida la propiedad colectiva o comunitaria)? ¿Quién, en caso de que debiera concederse a alguna persona, debería gozar del derecho exclusivo a explotar comercialmente la creatividad tradicional y material? ¿Deberían existir medidas de subsanación jurídicas contra los usos peyorativos, degradantes y ofensivos de las expresiones culturales tradicionales o de las derivaciones de las mismas? Éste es el tipo de preguntas complejas, directamente relacionadas con cuestiones comerciales y culturales, de que se ocupa el Comité de la OMPI. Tal como afirmó el representante de la UNESCO en la quinta sesión, las nociones de preservación y protección mediante propiedad intelectual del patrimonio cultural inmaterial son complementarias y es preciso alcanzar cierto equilibrio y coordinación en este ámbito²⁶. La OMPI continuará colaborando con la UNESCO al respecto.

Características clave de la protección por derecho de autor

57. Tal como se establece en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1971 (el Convenio de Berna) se otorga protección mediante derecho de autor a las “obras literarias y artísticas”. Numerosas ECT son “producciones en el campo literario, científico y artístico” y, por consiguiente, constituyen en principio la materia real o potencial susceptible de protección mediante derecho de autor.

²⁶ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/15.

58. La protección que concede el derecho de autor (los derechos patrimoniales a impedir o autorizar, entre otras cosas, la reproducción, adaptación, distribución, y comunicación al público, y los derechos morales de atribución e integridad) parecen adecuados para satisfacer numerosas de las necesidades y objetivos de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales.

59. Llegados a este punto, cabría describir brevemente algunas de las principales características del sistema de derecho de autor, al menos por dos razones:

i) numerosas de las expresiones del folclore/ECT son producciones literarias y artísticas. Las cuestiones políticas que ha abordado el sistema de derecho de autor al intentar lograr un equilibrio apropiado entre los autores y los usuarios, puede aplicarse asimismo a las creaciones literarias y artísticas “tradicionales”. Por consiguiente, las estrategias o sistemas destinados a su protección podrán basarse, o al menos inspirarse, en el sistema de derecho de autor. Con esto no se pretende sugerir que el sistema de derecho de autor en vigor constituya necesariamente un modelo apropiado para la protección de las ECT, sino que puede resultar útil examinar algunas de sus características y principios a la hora de considerar el mejor modo de proteger las producciones literarias y artísticas tradicionales.

ii) examinar algunas de las características del derecho de autor puede resultar útil asimismo para comprender la interacción que existe entre la legislación sobre derecho de autor en vigor y las formas de creatividad “tradicionales”, particularmente las adaptaciones e interpretaciones “contemporáneas” de expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, así como la relación que mantienen, en virtud del derecho de autor, con las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore “subyacentes”. Una mejor comprensión del modo en que funciona el sistema de derecho de autor en este contexto puede sentar las bases para analizar adecuadamente las preocupaciones de las comunidades tradicionales e indígenas, así como las posibles opciones que existen para darles respuesta.

60. Esta sección contiene una breve reseña de la cuestión sin que se aborden exhaustivamente todos los aspectos de la legislación sobre derecho de autor. Se inspira en anteriores documentos²⁷ y en las fuentes citadas en los mismos, así como en otros textos clásicos sobre el derecho de autor²⁸.

Carácter general de la protección por derecho de autor

61. En esencia, el derecho de autor es el derecho que tiene un autor a controlar la reproducción de sus creaciones intelectuales. Mientras el autor conserve el control físico de la creación, posee un control absoluto sobre la misma. No obstante, cuando la creación se divulga a terceras personas, éstas podrán reproducirla. El derecho de autor es un mecanismo jurídico que permite al autor controlar la reproducción de su creación una vez que ha sido divulgada.

²⁷ Véase el documento de la OMPI WIPO/GRTKF/IC/5/3.

²⁸ Véase Gorman, R. y Ginsburg, J., *Copyright*, 2002, Goldstein, P., *International Intellectual Property Law*, 2001; Ricketson, S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986* (Londres, 1987).

El requisito de la originalidad

62. A fin de poder gozar de protección, las obras deben ser “originales”. Este término no está definido en los tratados internacionales pertinentes ni tampoco, por lo general, en las legislaciones nacionales. Es una cuestión que suele dejarse a discreción de los tribunales en relación con casos particulares. Si bien pueden existir ciertas diferencias sobre esta cuestión entre los sistemas de derecho civil y los sistemas de derecho jurisprudencial, en ambos sistemas jurídicos cabe afirmar que una obra es “original” si se ha invertido en ella cierto esfuerzo intelectual y no ha sido copiada de otra persona. La “originalidad” en el derecho de autor no tiene el mismo significado que la “novedad” en el sentido propio a la legislación sobre patentes.

63. Para satisfacer el requisito de originalidad se requiere un nivel relativamente bajo de creatividad, al menos en las jurisdicciones de derecho jurisprudencial. Esta es la razón que explica que formas contemporáneas de expresiones culturales tradicionales realizadas por generaciones actuales e inspiradas o basadas en diseños tradicionales o indígenas ya existentes puedan protegerse como obras nuevas mediante derecho de autor (véase más adelante la sección “Obras derivadas”).

Materia susceptible de protección

64. El derecho de autor no impide a terceros utilizar las ideas, sistemas, hechos, conceptos o información revelados en la obra del autor²⁹. Esto se aplica únicamente a la forma literaria, musical, gráfica o artística en la que el autor expresa las ideas, la información u otros conceptos intelectuales. El derecho de autor permite al autor controlar la reproducción de la forma en la que se ha expresado. Cualquiera puede expresar a su manera las mismas ideas y conceptos, o utilizarlos de manera práctica, siempre que no copie la forma de expresión del autor. La dicotomía entre las “ideas”/“información” y la “expresión” puede resultar difícil de aplicar en la práctica.

65. Por razones similares, la protección mediante derecho de autor no se amplía a los aspectos utilitarios, las fórmulas u otros elementos no originales, los colores y las técnicas utilizadas para crear una obra, o lo que suele denominarse el “estilo” de una obra. El derecho de autor permite la imitación de los elementos no originales o de las ideas y conceptos subyacentes de las obras, habida cuenta de que la creatividad se alimenta e inspira de otras obras. Otras ramas de la legislación sobre propiedad intelectual pueden resultar más útiles para proteger el “estilo” de una obra, como las leyes contra la competencia desleal y el fraude de imitación.

Titularidad colectiva

66. El derecho de autor no sólo protege a los creadores individuales sino que puede proteger asimismo a grupos de creadores como co-autores o empleados. No obstante, es necesario poder identificar al creador o creadores³⁰. Por lo que respecta a las expresiones culturales

²⁹ Tal como queda claro en el Artículo 9.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”.

³⁰ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3.

contemporáneas basadas en la tradición, casi siempre existe un creador o creadores identificables, por lo que generalmente se cumple este requisito. La titularidad del derecho de autor puede cederse. Por ejemplo, es posible que distintos creadores cedan sus derechos a una entidad colectiva, como una asociación comunitaria, que podrá ejercer los derechos en nombre de la comunidad. Asimismo, los tribunales han reconocido que las comunidades tradicionales pueden tener intereses de equidad en hacer valer el derecho de autor sobre obras originales creadas a partir de su patrimonio cultural, intereses que corren parejos con la titularidad formal del creador real³¹.

67. Ahora bien, cuando no hay un creador identificable, como en el caso de las expresiones culturales ya existentes creadas de manera colectiva o por “autores desconocidos”, el caso es más complicado y es poco probable que puedan protegerse mediante derecho de autor. Es más, es improbable que se aplique el derecho de autor a las producciones creadas de manera colectiva, en las que no hay autores identificables y en las que quizás no pueda aplicarse siquiera la noción de “titularidad”. Si bien la legislación sobre el derecho de autor ha dado pruebas de creatividad para soslayar el requisito del “autor identificable”, estableciendo mecanismos para la protección de obras anónimas y pseudoanónimas³², estos mecanismos no se aplican en el caso de las expresiones culturales antiguas, ya existentes y colectivas.

Fijación

68. De conformidad con los principios internacionales generales, la protección mediante derecho de autor se concede tanto a las obras orales como escritas³³. Intencionalmente, el Convenio de Berna no se pronuncia acerca de si las obras deberían protegerse únicamente en caso de que hayan sido fijadas en algún soporte material. Numerosas legislaciones nacionales, en particular las de los países con sistemas jurídicos jurisprudenciales, requieren la fijación ya que esto prueba la existencia de la obra y ofrece una base más clara y definida para el establecimiento de derechos. No obstante, numerosos países no requieren la fijación, incluidos países con una tradición de Derecho civil, como los países africanos, latinoamericanos y europeos (incluidos España, Francia y Alemania).

Derechos en virtud del derecho de autor

69. Los derechos exclusivos de un titular de derecho de autor incluyen, por lo general, el derecho a controlar la reproducción (incluida la grabación sonora o visual), la distribución, la interpretación o ejecución en público, la declamación en público y la radiodifusión de la obra. También incluyen el derecho de adaptación, o el derecho a controlar la realización de adaptaciones, arreglos u otras alteraciones (llamadas obras derivadas, de las que nos ocuparemos más adelante). Estos derechos se denominan por lo general “derechos patrimoniales”.

70. No obstante, no todos los derechos comprendidos en el derecho de autor son derechos exclusivos. En algunos casos, los derechos pueden ser limitados a fin de permitir determinados usos de la obra protegida sin la autorización previa del titular del derecho de

³¹ Véase Janke, Terri, “Minding Culture – Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions”, encargado por la OMPI.

³² Véanse, por ejemplo, los Artículos 7.3) y 15.4) del Convenio de Berna.

³³ Véanse los Artículos 2.1) y 2.2) del Convenio de Berna.

autor, a cambio de una regalía justa y razonable. Esto se conoce como “licencia obligatoria” o “derecho a obtener una remuneración equitativa”.

71. Los autores gozan asimismo de ciertos “derechos morales”. Se trata del derecho a reivindicar la paternidad de la obra e impedir cualquier distorsión, mutilación o demás modificaciones, así como toda acción peyorativa en relación con la obra que pudiera ir en detrimento del honor o la reputación del autor. Los derechos morales se conceden al autor de la obra, incluso si los derechos patrimoniales han sido objeto de una licencia o cedidos a terceros.

Obras derivadas

72. Por lo general, los autores o los titulares ulteriores, gozan del derecho exclusivo de controlar las adaptaciones de su obra, ya que se trata de obras basadas en obras ya existentes, lo que incluye cualquier forma en que pueda volver a redactarse, transformarse o adaptarse una obra. Entre los ejemplos se encuentran las traducciones, las revisiones y las adaptaciones. Todas ellas se denominan conjuntamente “obras derivadas”. Si bien las terceras partes precisan la autorización del autor para realizar una obra derivada basada en la obra del mismo, las obras derivadas pueden gozar de protección mediante derecho de autor si son lo suficientemente originales.

73. Incluso las obras derivadas de materiales que se encuentran en el dominio público pueden protegerse mediante el derecho de autor debido a que una nueva interpretación, arreglo, adaptación o compilación de materiales que se encuentren en el dominio público, así como su “nueva presentación” en formato digital o en color, etc. pueden dar como resultado una nueva expresión diferenciada que sea lo suficientemente “original”. Esto contribuye asimismo a explicar por qué las producciones literarias y artísticas contemporáneas, derivadas de la cultura tradicional o inspiradas en la misma, que incorporan nuevos elementos y expresiones pueden ser consideradas como obras distintas y originales y, por consiguiente, ser protegidas.

74. No obstante, la protección que se concede a dichas obras derivadas se otorga únicamente en relación con el material o los aspectos nuevos de la obra derivada. Esto se denomina “derecho de autor restringido”. Este término se utiliza para referirse a la pequeña cantidad de elementos protegibles en una obra que no goza de protección, ya que los elementos restantes están dictados por la funcionalidad, pertenecen a otro autor o se encuentran en el dominio público. La idea subyacente es que, si bien una adaptación puede gozar de protección por derecho de autor, no puede servir para que dejen de encontrarse en el dominio público elementos que se encontraban en él, o menoscabar los derechos de un autor anterior³⁴.

75. Así pues, además del nuevo material que pertenece al autor, una obra derivada puede comprender asimismo material que ya pertenezca a otro titular o material que se encuentre en el dominio público. El derecho de autor o la condición de dominio público de este material, según sea el caso, no se modifica.

³⁴ Farlye Haight, *op. cit.*, nota 85.

76. Si bien entre los derechos exclusivos del titular del derecho de autor se incluye el derecho de autorizar o impedir la adaptación de la obra protegida, esto no suele impedir a los creadores que se inspiren en otras obras o que tomen elementos prestados de las mismas. El derecho de autor comulga con la idea de que los nuevos artistas se inspiran en la labor de otros artistas y recompensa la improvisación. No obstante, el desafío consiste en diferenciar la copia y la adaptación ilícitas de la inspiración legítima.

77. Algunas de las cuestiones de política jurídica y cultural pertinentes a las ECT pueden girar en torno a si debe o no concederse un derecho de adaptación en relación con la ECT, y las excepciones y limitaciones que resulten apropiadas, tal como se debate a continuación.

Excepciones y limitaciones

78. Además de no proteger las ideas o los hechos contenidos en la obra protegida por derecho de autor, éste permite asimismo ciertos “usos justos” de la propia expresión³⁵. Entre estos usos pueden incluirse, dependiendo de las circunstancias, la reproducción de una obra para el uso meramente personal y privado de la persona que realiza la copia; las citas extraídas de una obra; y la utilización de una obra para revisarla, criticarla o parodiarla, por mencionar únicamente algunos ejemplos.

Plazo de protección

79. La duración de la protección por derecho de autor suele ampliarse a 50 años después del fallecimiento del autor, o a 70 años en algunas jurisdicciones. El Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC estipulan como plazo mínimo de protección un período de 50 años, y los países tienen la facultad de ampliar este plazo.

80. No obstante, por lo general se considera inherente al sistema de derecho de autor que el plazo de protección no sea indefinido; el sistema se basa en un plazo de protección limitado a fin de que la obra acabe por pertenecer al dominio público. Ahora bien, existen excepciones. En virtud de la legislación británica de derecho de autor, se han concedido en perpetuidad los derechos sobre la famosa obra “Peter Pan” en beneficio de una causa caritativa, y en Australia se ha propuesto la posibilidad de conceder protección perpetua a las obras de arte de un célebre artista indígena en beneficio de sus descendientes.

81. Numerosos pueblos indígenas y comunidades tradicionales desean protección indefinida al menos para determinados aspectos de las expresiones de sus culturas tradicionales y, a este respecto, el sistema de derecho de autor no satisface sus necesidades. Las reivindicaciones para obtener la protección indefinida están íntimamente relacionadas con las reivindicaciones tendentes a obtener protección retroactiva.

Derechos conexos

82. Existen asimismo derechos “conexos” o “afines” al derecho de autor. Con estos derechos se pretende otorgar protección a aquellas personas que ayudan a los autores a comunicar y divulgar sus obras al público. Por lo general, se entiende que existen tres tipos

³⁵ Harper & Row Publishers, Inc. contra Nation Enterprises, 471 U.S. 539, citado en Eldred contra Ashcroft, 537 U.S. 2003.

de derechos conexos: los derechos sobre las grabaciones sonoras (fonogramas), las emisiones y las interpretaciones o ejecuciones de obras literarias o artísticas y, en virtud del WPPT, de 1996, las expresiones del folclore. Estos derechos, así como el modo en que se ejercen, pueden ser sumamente significativos para la protección de las expresiones del folclore/ECT. Por ejemplo, en las culturas orales, los elementos de la cultura tradicional circulan dentro de una comunidad y se transmiten de generación en generación por medio de interpretaciones o ejecuciones de canciones, cánticos o narraciones de cuentos. En virtud de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los artistas intérpretes o ejecutantes tradicionales gozan del derecho a determinar si sus interpretaciones o ejecuciones deberían fijarse (por ejemplo grabarse en cinta), y cómo debería divulgarse y utilizarse la fijación (por ejemplo, la grabación) de la interpretación o ejecución.

III. MARCO DE POLÍTICAS JURÍDICAS Y CULTURALES

Introducción

83. En el Comité se ha destacado que la protección de las expresiones del folclore/ECT no debería considerarse un fin en sí mismo, sino un instrumento para lograr los objetivos y las aspiraciones de los pueblos y comunidades concernidas, y promover los objetivos políticos nacionales e internacionales.

84. En anteriores documentos del Comité se ha sugerido que el marco político para la protección jurídica de las ECT comprende cuestiones como las siguientes: i) la preservación y salvaguardia del patrimonio cultural ii) la promoción de la diversidad cultural; iii) el respeto de los derechos culturales; iv) las necesidades e intereses de los pueblos y las comunidades tradicionales e indígenas; y v) la promoción y protección de la creatividad – particularmente la creatividad basada en la tradición – como ingrediente de desarrollo económico sostenible.

85. La relación que existe entre la propiedad intelectual y las políticas culturales relativas al patrimonio, la diversidad y la creatividad es compleja y requiere cierto grado de equilibrio y coordinación. Tal como afirmó la Comunidad Europea en una alocución sobre el folclore presentada ante el Comité: “... están en juego intereses importantes y principios fundamentales del intercambio cultural”³⁶. La *American Folklore Society* (AFS) ha expresado la inquietud por el hecho de que los sistemas de propiedad intelectual repercutan negativamente en las personas y grupos que conservan las dinámicas culturas tradicionales que contribuyen a los conocimientos y la diversidad del mundo³⁷.

86. Para comprender mejor esta relación deben esclarecerse el carácter y los objetivos de la protección mediante propiedad intelectual, así como las necesidades y expectativas de los titulares y profesionales que utilizan las expresiones del folclore/ECT, en relación con la preservación y la protección jurídica de las expresiones del folclore/ECT. Un desafío capital consiste en proteger las expresiones del folclore/ECT respetando a la vez las inquietudes de los usuarios, los derechos de las terceras partes y los intereses del público.

³⁶ WIPO/GRTKF/IC/3/11.

³⁷ Documento presentado por la *American Folklore Society* en la cuarta sesión del Comité.

Cuestiones normativas específicas

87. De los anteriores debates sobre el carácter de las expresiones del folclore/ECT y su relación con la propiedad intelectual se desprende que las cuestiones normativas clave son las siguientes:

i) en relación con las expresiones y adaptaciones contemporáneas de las culturas tradicionales realizadas por personas que pueden no formar parte de la comunidad concernida y que están protegidas mediante propiedad intelectual:

- ¿debería reglamentarse de algún modo el ejercicio individual de los derechos de propiedad intelectual, particularmente si la persona no es miembro de la comunidad a cuya identificación contribuye la tradición que ha utilizado?, y
- ¿debería la comunidad concernida gozar de derechos colectivos similares a la propiedad intelectual en relación con la expresión contemporánea, además de los derechos de que goza la persona e independientemente de los mismos?

ii) en relación con las expresiones del folclore/ECT no protegidas por sistemas de propiedad intelectual por no considerarse como “originales” o “nuevas” o porque no existe un “autor” identificable u otro creador, ¿deberían estar protegidas mediante propiedad intelectual?

88. Se trata de cuestiones complejas desde el punto de vista jurídico y cultural, a las que únicamente pueden dar respuesta los Estados y sus comunidades, y el alcance de las normas de protección sustantivas que puedan hallarse en el plano internacional dependerá en primer lugar de que se logre un amplio consenso en relación con esas respuestas. En los siguientes párrafos se resumen anteriores debates celebrados en el Comité en relación con estas cuestiones. Las opciones jurídicas específicas para abordarlas figuran en la Sección IV.

Creaciones contemporáneas basadas en la tradición protegidas mediante propiedad intelectual

89. Tal como se ha señalado en numerosas ocasiones, la tradición puede constituir una importante fuente de creatividad e innovación para las comunidades indígenas, locales y otras comunidades culturales y sus miembros. La utilización de materiales culturales tradicionales como fuente de creatividad contemporánea puede contribuir al desarrollo económico de las comunidades tradicionales y sus miembros (en forma de creación de empleos y capacidades, promoción del turismo, ingreso de divisas, etc.).

90. El reconocimiento y la promoción de la protección mediante propiedad intelectual de esta creatividad contemporánea puede a su vez fomentar dicho desarrollo económico. Este hecho, tal como han señalado varios Estados, guarda conformidad con la idea de utilizar la protección mediante propiedad intelectual como un enfoque “con visión de futuro” destinado a recompensar las innovaciones y la creatividad. Por consiguiente, un objetivo de protección designado por varios Estados y comunidades consiste en sacar partido a la cultura y el patrimonio a los fines del desarrollo económico (“las industrias culturales”).

91. La comercialización de productos artesanales representa asimismo para las comunidades un medio de mostrar y consolidar su identidad cultural y contribuir a la diversidad cultural. En este ámbito, la propiedad intelectual puede desempeñar también una función al certificar el origen de las obras de arte y de artesanía (por medio de marcas de certificación), o combatiendo la falsificación de productos, que se hacen pasar por

“auténticos”, por medio de las leyes contra la competencia desleal), por ejemplo, reforzando así el reconocimiento y la valía de los componentes tradicionales de estos productos y su carácter de identificación cultural.

92. El hecho de alentar y recompensar la creatividad basada en la tradición, reconociendo el derecho de autor y otras formas de propiedad intelectual que se le puedan conceder, quizás de respuesta a las necesidades de dichas comunidades e individuos tradicionales que desean introducirse en el mercado y establecer y defender derechos de propiedad sobre sus creaciones basadas en la tradición. Para ellos, pueden resultar útiles los derechos de propiedad intelectual, tanto para comercializar sus creaciones basadas en la tradición como para excluir a los beneficiarios sin contrapartida.

93. El patrimonio cultural constituye asimismo una fuente de inspiración y creatividad para partes ajenas al contexto tradicional o consuetudinario, tales como la industria del espectáculo, la moda, la edición, el diseño y otras industrias culturales. Estas industrias se sitúan en los países a los que pertenecen las comunidades. Por ejemplo, las industrias editoras, musicales y audiovisuales de numerosos países en desarrollo, como la India y Nigeria, se inspiran en materiales culturales locales que, entre otras cosas, promueven la diversidad cultural.

94. Ahora bien, habida cuenta que en las leyes sobre el derecho de autor y los diseños industriales, por ejemplo, no se efectúan distinciones basándose en la “autenticidad” o la identidad del autor, los autores y diseñadores que no son miembros de la comunidad cultural en la que se originó la tradición pueden asimismo reivindicar y hacer valer el derecho de autor y los derechos sobre los diseños en obras y diseños derivados o inspirados en un folclore que no es propiamente “suyo”. En virtud de las leyes en vigor, no tendrían obligación alguna en relación con la comunidad fuente, como la obligación de reconocer el origen de su inspiración, distribuir los beneficios o respetar los valores y significados culturales y espirituales asociados al folclore subyacente que han adaptado, a menos que sus obras se presenten de manera tal que sugieran o puedan inducir al público a pensar que existe dicha conexión.

95. En este contexto, algunos autores abogan por el control estricto de todas las utilidades de las ECT por parte de personas ajenas a la comunidad, incluida la realización y la explotación de dichas obras derivadas, es decir, las obras basadas e inspiradas en sus ECT. Esta propuesta plantea la cuestión política fundamental de determinar si el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual por parte de dichas personas ajenas a la comunidad debería regularse de algún modo, además de la represión de conductas claramente engañosas o que puedan inducir a error.

96. Otra cuestión política consiste en determinar -independientemente de los derechos de propiedad intelectual individuales en relación con la adaptación contemporánea de una expresión del folclore/ECT- si los derechos e intereses consuetudinarios de una comunidad sobre dicha adaptación o el folclore subyacente deberían ser reconocidos por el derecho de autor u otro tipo de legislación. Dichos derechos e intereses colectivos pueden referirse a la protección contra los usos culturalmente ofensivos de la adaptación (usos que quizás no infrinjan el derecho de autor del autor pero que violan los valores culturales y espirituales que connota el folclore subyacente), el reconocimiento de los daños culturales y colectivos, sancionándolos mediante la imposición de daños y perjuicios y el derecho a tomar medidas en virtud del derecho de autor en caso de que la persona no pueda o no desee ofrecer reparación.

Expresiones culturales que se encuentran en el “dominio público”

97. En este apartado se plantean las siguientes cuestiones principales: ¿deberían establecerse derechos ejecutables de propiedad intelectual en relación con las ECT que se consideran actualmente en el “dominio público”? o ¿se considera que la protección que concede actualmente la propiedad intelectual a las interpretaciones contemporáneas de las culturas tradicionales logra el equilibrio adecuado y satisface las necesidades de las comunidades tradicionales y del público en general? ¿ofrece esta protección las mejores oportunidades en pos del desarrollo económico y de la creatividad? ¿favorece la diversidad y la preservación culturales? ¿da respuesta a las preocupaciones de los custodios de las culturas tradicionales?

98. En anteriores documentos se sugirió que un elemento indispensable para elaborar un marco político en el que insertar la protección mediante propiedad intelectual de las ECT consiste en comprender adecuadamente la función y los límites del llamado “dominio público”³⁸.

99. El término “dominio público” se utiliza aquí con el mismo sentido que reviste en el contexto del derecho de autor y se refiere a elementos de la propiedad intelectual que no pueden ser objeto de titularidad privada y cuyo contenido está disponible para ser utilizado por cualquier miembro del público³⁹. Esta noción convencional del dominio público contiene:

- i) propiedad intelectual para la que ha expirado el plazo de protección;
- ii) propiedad intelectual confiscada o no reivindicada; y
- iii) productos intangibles que no entran dentro del ámbito de protección de las leyes de propiedad intelectual⁴⁰.

100. El “dominio público” en este contexto no equivale al concepto de “a disposición del público” – por ejemplo, los contenidos que figuran en Internet pueden estar a disposición del público pero no en el dominio público desde la perspectiva del derecho de autor, lo que tampoco se aparenta con la noción de “estado de la técnica” propia al derecho de patentes.

101. El “dominio público” suele caracterizarse como un constructo del sistema de propiedad intelectual, que no toma en consideración dominios privados o patrimonios intelectuales compartidos establecidos por las leyes consuetudinarias e indígenas. La Delegación de Nigeria y los representantes de la OAPI, el Consejo Saami y las tribus Tulalip de Washington, entre otros, señalaron en la quinta sesión del Comité que los pueblos indígenas no reconocen el concepto de dominio público y que, habida cuenta de que las expresiones del folclore en sentido estricto nunca han sido protegidas mediante propiedad intelectual, no podía considerarse que hayan pasado a ser de “dominio público”. Tal como observaron varios

³⁸ Véase el documento de la OMPI WIPO/GRTKF/IC/5/3, párrafos 22 a 33.

³⁹ Litman, J., *The Public Domain*, citado en Bragdon, Susan, “Rights and Responsibilities for Plant Genetic Resources: Understanding the role of the public domain and private rights in the production of public goods”. Proyecto de documento presentado en la primera reunión del Comité Asesor para el proyecto del IPGRI sobre el dominio público, Portland (Oregon), 14 y 15 de noviembre de 2002. Véase asimismo Coombe, R., “Fear, Hope, and Longing for the Future of Authorship and a Revitalised Public Domain in Global Regimes of Intellectual Property,” 52 *DePaul L. Rev.* 1171, 2003.

⁴⁰ Véase Van Caenegem, en la nota 24.

participantes, el constructo de “dominio público” puede utilizarse para justificar la desposesión de las comunidades indígenas y tradicionales de los derechos sobre sus creaciones e innovaciones.

102. Por otra parte, otros autores sostienen que el “patrimonio cultural común” (una forma de dominio público) satisface objetivos jurídicos y culturales considerables. Por medio de las adaptaciones y los arreglos contemporáneos el patrimonio cultural se mantiene vivo y se transmite a las generaciones futuras⁴¹. Varios Estados han sugerido que el carácter de dominio público que tiene el folclore no impide su desarrollo; por el contrario, permite la creación de nuevas obras derivadas del folclore o inspiradas en el mismo cuyos autores son artistas contemporáneos, y el derecho de autor alienta a los miembros de una comunidad a mantener vivo el “patrimonio cultural ya existente”, ofreciendo a los individuos de la comunidad protección mediante derecho de autor cuando utilizan distintas expresiones del “patrimonio cultural ya existente” en sus creaciones u obras actuales⁴².

103. Por consiguiente, algunos participantes en el Comité sostuvieron que toda forma de protección de las ECT debería tender a lograr el equilibrio adecuado entre la protección contra el abuso de las ECT y el fomento de su desarrollo y divulgación, así como de la creatividad individual inspirada por las ECT⁴³. Sugirieron que los mecanismos de propiedad intelectual en vigor lograban este equilibrio concediendo a los autores ciertos derechos exclusivos atenuados por importantes limitaciones y excepciones.

IV. OPCIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES

Introducción

104. En esta sección se examinan las diversas opciones jurídicas para la protección de las ECT que ya han sido estudiadas o utilizadas en la práctica en el plano nacional, o que han sido debatidas por los participantes en el Comité. Las cuestiones de principio específicas y las opciones jurídicas y políticas que los países podrían tener interés en examinar aparecen en recuadros para facilitar la referencia.

105. La experiencia con la protección de las ECT ha demostrado que es poco probable que una sola solución “para todos” se considere adecuada para proteger las ECT de una manera exhaustiva y adaptada a las prioridades nacionales, al entorno jurídico y cultural, y a las necesidades de las comunidades tradicionales de todos los países. Por el contrario, puede obtenerse una protección eficaz mediante un “menú” de niveles y formas de protección diferenciados y múltiples.

⁴¹ Véase Uchtenhagen, Ulrich, “Protection of Adaptations and Collections of Expressions of Folklore”, Simposio Nacional sobre la protección jurídica de las expresiones del folclore, celebrado en Beijing, los días 13 a 15 de septiembre de 1993.

⁴² Comments of European Community and its Member States and Canada on WIPO document WIPO/GRTKF/IC/4/3.

⁴³ Por ejemplo, Canadá, China, Ecuador, Kirguistán, Malasia, México, República de Corea, Rumania, Suiza, y los Estados Unidos de América.

106. Así pues, en esta sección se examina la gama de opciones posibles que pueden considerarse al desarrollar enfoques nacionales o de otro tipo o sistemas para la protección de las ECT. Entre estas opciones se incluye el uso de los sistemas de propiedad intelectual existentes, los derechos de propiedad intelectual adaptados y nuevos sistemas independientes *sui generis*, así como opciones no relacionadas con la propiedad intelectual. Las opciones seleccionadas por varios países han dependido en gran medida de los objetivos políticos y de los fines que se pretendía alcanzar en el plano nacional. Los países que ya han decidido proporcionar una protección específica al folclore han elegido hacerlo a través de leyes específicas sobre el folclore, incluidas en leyes más amplias sobre el derecho de autor, o en conjunto con la protección de los conocimientos tradicionales. Sin embargo, al examinar las opciones adoptadas, se distinguen algunas pautas generales que podrían ser útiles para el establecimiento de principios comunes.

Sistemas de propiedad intelectual actuales, sistemas de propiedad intelectual adaptados y sistemas de propiedad intelectual independientes sui generis

107. Muchos participantes en el Comité han declarado que los sistemas de propiedad intelectual actuales son útiles, al menos en cierta medida y en algunos casos, para atender las necesidades de las comunidades indígenas y tradicionales⁴⁴ (véase el diagrama que aparece en la página 49), y han afirmado que las normas y mecanismos vigentes deben utilizarse porque la experiencia con ellos es una guía útil y porque ofrecen beneficios prácticos inmediatos (incluida la protección internacional en virtud de los tratados vigentes). Por ejemplo, el Grupo de Países de América Latina y el Caribe (GRULAC) ha señalado que el uso de las leyes de propiedad intelectual actuales es una opción entre varias:

“Muchas de las reivindicaciones, necesidades y expectativas de protección manifestadas por los poseedores de recursos genéticos y de conocimientos tradicionales (incluyendo el folclore), podrían ser atendidas total o parcialmente a través de los regímenes y de la normativa existentes actualmente en la propiedad intelectual.(...) Los recursos que la propiedad intelectual ofrece no han sido suficientemente explotados por los poseedores de conocimientos tradicionales de cultura, ni por las empresas (pequeñas y medianas) formadas por ellos”⁴⁵.

108. Muchos participantes en el Comité han afirmado también que los sistemas de propiedad intelectual actuales no son del todo suficientes ni adecuados, y que deberían ser modificados y/o deberían establecerse sistemas *sui generis*. Muchos participantes se han mostrado a favor de la creación de sistemas independientes *sui generis*⁴⁶.

⁴⁴ Comunidad Europea (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafos 20 y 165), Canadá (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafos 46 y 166), Noruega (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 33), EE.UU. (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 49), Polonia (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 156), el Grupo Asiático (OMPI/GRTKF/IC/2/10 y OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafo 170).

⁴⁵ OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 2.

⁴⁶ Etiopía (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 50), Grupo Asiático (OMPI/GRTKF/IC/2/16 párrafo 170), Tailandia (OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafo 172), Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párrafo 62), Brasil (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párrafo 63), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párrafo 65), Colombia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párrafo 67), Federación de Rusia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párrafo 68), República Islámica del Irán (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párrafo 69), Indonesia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párrafo 74), Marruecos (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párrafo 76), Egipto (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párrafo 80), y Comunidad Andina (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párrafo 82).

109. También se ha afirmado que las nuevas medidas y sistemas deben probarse primero en el plano nacional⁴⁷, y que deben debatirse, elaborarse y aplicarse con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales afectadas⁴⁸.

Opciones relacionadas y no relacionadas con la propiedad intelectual

110. Los derechos vinculados a la propiedad intelectual no son la única manera de dar protección a las ECT. Para una protección completa pueden necesitarse diversos instrumentos jurídicos relacionados o no relacionados con la propiedad intelectual. Los enfoques para la protección de las ECT, tanto dentro como fuera del sistema de propiedad intelectual, podrían incluir:

- i) Los derechos de propiedad:
 - a) El uso de los derechos de propiedad intelectual existentes y posibles modificaciones a éstos;
 - b) los sistemas de propiedad intelectual independientes *sui generis*;
- ii) la competencia desleal;
- iii) las prácticas comerciales y las leyes de comercialización;
- iv) el uso de contratos y licencias;
- v) los registros, inventarios y bases de datos;
- vi) las leyes y protocolos consuetudinarios e indígenas;
- vii) leyes y programas de conservación del patrimonio cultural;
- viii) los recursos del derecho consuetudinario y de otro tipo, como los derechos de publicidad, el enriquecimiento injusto, la información confidencial y la blasfemia;
- xiv) el derecho penal⁴⁹.

111. Estas opciones no se excluyen mutuamente, y cada una de ellas, actuando junto a las demás, puede desempeñar una función. Las modalidades y enfoques que se adopten dependerán también de la naturaleza de las ECT que deban protegerse, y de los objetivos políticos que la protección pretenda alcanzar.

112. En este documento no se abordarán todas estas opciones, en parte por motivos de espacio y en parte porque no se tiene documentación sobre experiencias prácticas ni sobre el uso de algunas de estas opciones.

⁴⁷ EE.UU. (OMPI/GRTKF/1/13, párrafo 49).

⁴⁸ Véanse los documentos OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 87; OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafos 75, 91, 117; Ponencia del Grupo Asiático y China (OMPI/GRTKF/IC/2/10). Véanse también la (Consulta Regional Africana de la OMPI y la UNESCO sobre la Protección de las Expresiones del Folclore), Pretoria, 23 a 25 de marzo de 1999 (WIPO-UNESCO/Folk/AFR/99/1) pág. 3; OMPI, *Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales: Informe de la OMPI sobre las misiones exploratorias en materia de propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999)*, págs. 80, 128 y 142; OMPI/GRTKF/IC/2/26, párrafo 152; OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafo 186. Nueva Zelanda (OMPI/GRTKF/IC/5/15, párrafo 41).

⁴⁹ Por ejemplo, el derecho penal se ha utilizado para proteger las interpretaciones o ejecuciones de la piratería y se mencionan las sanciones penales como un medio de aplicar las normas establecidas en la Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).

Objetivos

113. El modo en que se configura y define un sistema de protección depende en gran medida de los objetivos que se desea que cumpla. Por tanto, un primer paso fundamental de cualquier régimen o enfoque jurídico para la protección de las expresiones del folclore/ECT sería establecer los objetivos políticos pertinentes.

Objetivos políticos expresados por los Estados

114. Los Estados han expresado diversos objetivos políticos en que se basa la protección de las expresiones del folclore/ECT. Algunos de ellos tienen puntos en común, mientras que a unos pueden resultarles más útiles que a otros los sistemas de propiedad intelectual. Los sistemas *sui generis* vigentes que abordan la protección de las expresiones del folclore/ECT revelan también una serie de objetivos distintos que se pretende que cumpla la protección de las expresiones del folclore/ECT. Estos incluyen:

- i) la contribución a la creación de riqueza, a las oportunidades comerciales y al desarrollo económico sostenible de las comunidades y las personas⁵⁰;
- ii) la promoción de la seguridad en las relaciones económicas entre comunidades y entre intereses comerciales⁵¹;
- iii) la promoción del desarrollo del folclore⁵²;
- iv) el fomento del respeto por el sistema de propiedad intelectual en general⁵³;
- v) la prevención de la explotación no autorizada, el uso ilícito y el abuso de las expresiones del folclore/ECT⁵⁴
- vi) la contribución a la conservación de las culturas tradicionales y el folclore⁵⁵;
- vii) la promoción del respeto a las culturas tradicionales y a las comunidades que las conservan⁵⁶;
- viii) la promoción de la diversidad cultural⁵⁷;
- ix) la puesta a disposición del público de las expresiones del folclore/ECT en beneficio de todos los seres humanos, manteniendo al mismo tiempo los derechos de las comunidades e individuos,⁵⁸

⁵⁰ GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 3), República Islámica del Irán (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 30 y OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafo 168), Madagascar (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 54), Panamá (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 170), Rumania (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 176). Ley Tipo de Túnez, 1976; Disposiciones Tipo, 1982; Marco Regional para el Pacífico, 2002.

⁵¹ GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 3).

⁵² Noruega (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 33), Egipto (WIPO/GRTKF/IC/2/16, párrafo 167), Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/3/11). Disposiciones Tipo, 1982.

⁵³ Egipto (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 34).

⁵⁴ Egipto (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 34), Rumania (OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafo 176). Ley Tipo de Túnez, 1976; Disposiciones Tipo, 1982; Marco Regional para el Pacífico, 2002.

⁵⁵ Egipto (OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafo 167), República Islámica del Irán, Ecuador (OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafo 166).

⁵⁶ Egipto (OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafo 167). Ley de Panamá, 2000; Acuerdo de Bangui, OAPI, revisado en 1999.

⁵⁷ Ley sobre derechos de autor de Indonesia, 2002, preámbulo.

⁵⁸ Egipto (OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafo 167).

- x) la estimulación de la creatividad y la inversión, respetando al mismo tiempo los intereses de otras personas y de la sociedad en general;⁵⁹ y
- xi) la protección de la autenticidad de las expresiones del folclore/ECT⁶⁰.

Objetivos de las comunidades en materia de propiedad intelectual

115. Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales han expresado diversos objetivos en relación con la protección de la propiedad intelectual, como por ejemplo:

- i) fomentar el desarrollo económico: algunas comunidades desean reivindicar y ejercer los derechos de propiedad intelectual sobre sus creaciones e innovaciones basadas en la tradición para tener la posibilidad de explotar comercialmente sus creaciones e innovaciones con el fin de contribuir a su desarrollo económico;
- ii) impedir el uso no deseado por parte de otras personas: algunas comunidades pueden tener interés en reivindicar la propiedad intelectual a fin de poder ejercer activamente unos derechos de propiedad intelectual que impidan el uso y la comercialización de su patrimonio cultural por otras personas, incluido el uso culturalmente ofensivo o degradante. Entre los usos a evitar puede incluirse el uso que sugiera falsamente una conexión con una comunidad, el uso peyorativo, injurioso, difamatorio o engañoso y el uso de las ECT sagradas y secretas;
- iii) impedir que otras personas adquieran derechos de propiedad intelectual sobre las ECT: a las comunidades también les interesa impedir que otras personas adquieran o mantengan derechos de propiedad intelectual sobre las obras derivadas y las adaptaciones de las ECT y las representaciones de éstas. Esto entraña el uso de mecanismos preventivos para bloquear o ejercer su derecho de prioridad sobre los derechos de propiedad intelectual de terceros que se consideren perjudiciales para los intereses de la comunidad y para la integridad de su patrimonio cultural y sus expresiones culturales.

Establecer objetivos políticos

Las estrategias y sistemas nacionales deben basarse en una evaluación de los objetivos y necesidades políticas que deben atenderse mediante la protección de las expresiones del folclore y de las culturas tradicionales, teniendo en cuenta las necesidades y preocupaciones de las comunidades indígenas y tradicionales, así como las cuestiones políticas de carácter jurídico y cultural pertinentes.

Las opciones en materia de protección

Lecciones extraídas de ejemplos reales de apropiación y de apropiación indebida

116. En anteriores documentos del Comité se citaban ejemplos de los tipos de apropiaciones de expresiones culturales que las comunidades indígenas y locales, así como otros custodios y

⁵⁹ Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/3/11).

⁶⁰ Ley de Panamá, 2000.

titulares, ponen de manifiesto. Estos ejemplos reales sugieren que dichas comunidades y demás sectores interesados necesitarían protección contra:

- i) la adaptación, reproducción y posterior comercialización no autorizadas de las ECT, sin distribución de los beneficios económicos;
- ii) el uso de las ECT de manera insultante, degradante y/o culturalmente y espiritualmente ofensiva;
- iii) la apropiación de la reputación o del carácter distintivo de las ECT en modos que evoquen un auténtico producto tradicional, utilizando indicaciones engañosas o falsas sobre su autenticidad u origen, o la adopción de sus métodos de fabricación y “estilo”; y
- iv) la omisión de la mención de la fuente de una creación o innovación basada en la tradición.

117. Estas preocupaciones demuestran que por protección de las ECT puede entenderse la protección de: i) las expresiones propiamente dichas; ii) la reputación o el carácter distintivo asociados a éstas; o iii) su método de fabricación (en el caso de los productos artesanales y textiles, por ejemplo). Por tanto, todas las ramas y formas de la propiedad intelectual, ya sean los derechos de autor, los derechos conexos, las marcas, los dibujos y modelos industriales, las patentes o la competencia desleal, son pertinentes para la protección de las ECT.

118. Para que este análisis de las opciones sea lo más práctico posible, y utilizando como base lo anteriormente mencionado, esta sección aborda opciones en relación con algunos ejemplos de apropiación indebida para demostrar cómo pueden haberse aplicado o examinado hasta el momento las diversas opciones en la práctica, y cómo las opciones pueden interactuar entre sí:

- i) la protección de las producciones literarias y artísticas tradicionales contra la reproducción, la adaptación y otros actos similares, así como la prevención de los usos insultantes, peyorativos y/u ofensivos desde el punto de vista cultural y espiritual;
- ii) la protección de las artesanías, en particular contra la imitación de su estilo;
- iii) la prevención de las afirmaciones falsas o engañosas sobre la autenticidad y el origen/omisión de la mención de la fuente;
- iv) la protección preventiva de los signos y símbolos tradicionales.

Cuestiones fundamentales para desarrollar enfoques o sistemas

119. En anteriores documentos se ha sugerido que al desarrollar cualquier enfoque general o régimen jurídico para la protección de las ECT en general deben tratarse las siguientes cuestiones fundamentales⁶¹:

- i) objetivos de la protección (ya tratados en este documento);
- ii) materia (ámbito de protección);
- iii) criterios que debe cumplir la materia como condición para su protección;
- iv) titulares de los derechos y gestión de los derechos;
- v) derechos concedidos, excepciones y limitaciones;

⁶¹ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3.

- vi) procedimientos y formalidades, si los hay, para la adquisición y el mantenimiento de los derechos concedidos;
- vii) sanciones y procedimientos de observancia;
- viii) cómo se pierden y caducan los derechos; y
- ix) acuerdos transitorios.

120. Se utilizó la misma estructura para las presentaciones sobre la protección de las ECT realizadas durante la cuarta sesión del Comité⁶², y para el análisis comparativo de los sistemas *sui generis* en el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3.

Opciones para la protección de las producciones literarias y artísticas tradicionales

Opciones basadas en el derecho de autor

Criterios para la protección

121. *Requisito de originalidad.* Las producciones literarias y artísticas contemporáneas basadas en la tradición a menudo son suficientemente originales para estar protegidas en virtud de la legislación de derecho de autor⁶³. Estas producciones contemporáneas pueden incluir nuevas interpretaciones, arreglos, adaptaciones o compilaciones de expresiones culturales ya existentes, o incluso la “nueva presentación” de éstas en formato digital, en color o de otro modo.

122. Una cuestión política fundamental es si la protección debe extenderse a las expresiones del folclore en sentido estricto, y a las meras recreaciones e imitaciones de estas obras, que actualmente se consideran de dominio público desde el punto de vista del sistema de propiedad intelectual. Al aclarar las opciones en cuanto a los criterios para la protección, esta cuestión depende de si se requiere alguna forma de “originalidad”, y en tal caso, cómo se interpretaría la originalidad en el contexto tradicional o del folclore.

123. Por lo general, los sistemas *sui generis* existentes no están concebidos como un subconjunto de los derechos de autor, y no tienen como requisito la originalidad. Por ejemplo, las Disposiciones Tipo no hacen referencia a ningún requisito de originalidad; en consecuencia, muchas de las legislaciones nacionales en materia de derecho de autor que las aplicadas esas disposiciones tampoco lo hacen. Del mismo modo, no hay ningún requisito explícito de originalidad en la Ley de Panamá ni en el Marco Regional para el Pacífico.

124. *Fijación en un soporte:* a menudo se sugiere que las producciones literarias y artísticas orales tradicionales no están protegidas, ni pueden estarlo, porque no están fijadas. Muchas ECT se conservan y se transmiten de una generación a otra de modo oral y tradicionalmente nunca se escriben. La fijación no es un elemento necesario de la legislación de derecho de autor, y los países pueden disponer que las obras en general, o las ECT en particular, no necesitan estar fijadas en un soporte material para estar protegidas.

125. Por ejemplo, en la Ley Tipo de Túnez se excluye la posibilidad de exigir la fijación de las obras del folclore. Los legisladores consideraban que las obras del folclore suelen ser, por su naturaleza, obras orales de las que no hay constancia por escrito, por lo que exigir que

⁶² Documentos WIPO/GRTKF/IC/4/INF/2 a 5 Add.

⁶³ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3.

estén fijadas como condición para gozar de protección pone en compromiso la posibilidad de obtener esta protección y, conforme a los comentarios sobre la Ley Tipo, entraña el riesgo de otorgar el derecho de autor a los que fijen esas obras. La fijación no figura como requisito en las Disposiciones Tipo, ni en la Ley de Panamá, ni en el Acuerdo de Bangui, ni en el Marco Regional para el Pacífico.

126. *Capacidad de uso comercial*: un sistema *sui generis* existente ha establecido que las ECT protegidas deben ser, entre otras cosas, “susceptibles de uso comercial”⁶⁴.

127. *Tradicición*: varios sistemas *sui generis* establecen que la materia protegida debe basarse en la “tradicición”⁶⁵ o ser “tradicional”⁶⁶ (lo que significa, en ese caso, que la ECT debe haber sido creada con fines tradicionales, ser intergeneracional, pertenecer a un grupo específico y ser de titularidad colectiva).

Titularidad de los derechos y gestión de los derechos

128. *Derechos comunitarios*: varios participantes en el Comité han insistido en que suele considerarse que las expresiones del folclore/ECT se originan y mantienen en forma de propiedad colectiva, de modo que cualquier derecho sobre este material debe recaer en las comunidades y no en los individuos⁶⁷. Estos derechos comunitarios pueden tener dos dimensiones:

i) los derechos e intereses comunitarios consuetudinarios respecto de las expresiones en que se basa el folclore en sentido estricto podrían ser reconocidos y protegidos mediante derechos de propiedad intelectual, y/o;

ii) los derechos e intereses comunitarios consuetudinarios sobre una obra que también está protegida por derecho de autor en nombre de un autor particular podrían ser reconocidos y protegidos.

129. Se ha capacitado a los tribunales para que reconozcan los intereses comunitarios sobre una obra protegida por derecho de autor⁶⁸. El derecho de autor comunitario también podría ser objeto de una disposición específica *sui generis* incluida en la legislación en materia de derechos de autor. Australia, por ejemplo, está estudiando la posibilidad de conceder a las comunidades el derecho de ejercer derechos morales para protegerse del uso inadecuado, peyorativo o culturalmente insensible de las obras tradicionales protegidas por derechos de autor⁶⁹. Recientemente, el Fiscal General australiano declaró la intención de su Gobierno de someter al Parlamento las enmiendas necesarias a la Ley de derecho de autor para finales de 2003⁷⁰.

⁶⁴ Ley de Panamá.

⁶⁵ Ley de Panamá.

⁶⁶ Marco Regional para el Pacífico.

⁶⁷ GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 5), SAARC (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 26), Indonesia (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 29).

⁶⁸ Véase Janke, Terri, “Minding Culture – The Protection of Traditional Cultural Expressions”, encomendado por la OMPI.

⁶⁹ Intervención de la Delegación de Australia (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párrafo 131).

⁷⁰ Undécimo simposio bienal sobre la ley y la práctica del derecho de autor de 2003, Sidney, 20 y 21 de noviembre de 2003.

130. También se han establecido derechos colectivos en leyes independientes *sui generis*:

- i) La Ley de Filipinas establece derechos para las “comunidades culturales indígenas y los pueblos indígenas”;
- ii) La Ley de Panamá establece la protección de los “derechos colectivos de las comunidades indígenas”, y que las solicitudes de registro de estos derechos serán realizadas por “los congresos generales respectivos o las autoridades tradicionales indígenas”;
- iii) El Marco Regional para el Pacífico confiere “derechos culturales tradicionales” a los “titulares tradicionales”, definidos como el grupo, clan o comunidad de personas, o el individuo que sea reconocido por el grupo, clan o comunidad de personas como aquél a quien se confía la custodia o la protección de las expresiones de la cultura de acuerdo con la legislación y las prácticas consuetudinarias de dicho grupo, clan o comunidad. Estos derechos se añaden y no afectan a ningún derecho de propiedad intelectual que pueda recaer en las expresiones de la cultura.

131. Sin embargo, la mayoría de las leyes nacionales que proporcionan actualmente una protección *sui generis* a las ECT, y que se basan en las Disposiciones Tipo y en la Ley Tipo de Túnez, confieren derechos al Estado o a un órgano establecido por ley, o como mínimo disponen que los derechos serán gestionados y ejercidos por el Estado. En estas leyes se exige que las autorizaciones para utilizar las expresiones del folclore se obtengan de una entidad (una “autoridad competente”) establecida por el Estado (esta opción crea la ficción jurídica de que el Estado es el “autor” y/o el “titular” de los derechos sobre las expresiones) o de la “comunidad correspondiente” (Sección 10). La Ley Tipo de Túnez exige que los derechos sobre el folclore sean ejercidos por una autoridad designada por el Gobierno (Sección 6). En la mayoría de estos casos, los beneficios obtenidos de la concesión de estos derechos se dedican a programas de patrimonio nacional, de bienestar social y relacionados con la cultura.

132. *Derechos individuales*: los Estados también han señalado que las personas desarrollan y crean expresiones del folclore/ECT y que los derechos que les corresponden en virtud del derecho de autor y otros derechos de propiedad intelectual deben ser reconocidos. Algunas personas afirman que reconocer este tipo de derechos es fundamental para fomentar y promover la creatividad basada en la tradición. Así es precisamente, según afirman algunos, como se pretende que funcione el sistema de propiedad intelectual: no para recompensar la conservación del pasado, sino para revitalizarlo e incentivar la creatividad basada en la tradición para favorecer el crecimiento económico⁷¹. Se ha señalado que cualquier derecho de autor sobre la obra derivada recae sólo en el material nuevo y no afecta al material original. En una parte anterior de este documento se ha llamado a esto el principio de “derecho de autor restringido”.

133. Sin embargo, surge la cuestión de si debe haber, y cómo, una reglamentación de las obras derivadas creadas por particulares, en especial las que no están vinculadas a las tradiciones y al material cultural que han adaptado o en el que se han inspirado.

⁷¹ Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/3/11.), Egipto (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 34). Comunicación del Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/3/15).

134. Las Disposiciones Tipo, la Ley Tipo de Túnez, el Acuerdo de Bangui y otros sistemas *sui generis* y legislaciones nacionales suelen carecer de este tipo de restricciones. Las Disposiciones Tipo no contienen ningún derecho de adaptación y tienen una amplia “excepción de préstamo” (véase la sección posterior “Derechos, excepciones y limitaciones”). Sin embargo, a menudo la adaptación y comercialización del material tradicional por personas ajenas a éste es lo que puede causar una ofensa cultural y daños económicos más graves. Hay incluso quien podría sugerir que el derecho de autor y otros derechos de propiedad intelectual sobre esas creaciones basadas en la tradición realizadas por personas ajenas no deberían ser reconocidos.

135. Un posible enfoque, que figura en el Marco Regional para el Pacífico, consiste en no negar el derecho de autor u otros derechos de propiedad intelectual a las obras derivadas realizadas por creadores no tradicionales, sino imponer a estos creadores externos determinadas obligaciones hacia la comunidad en cuestión (como las de hacer mención de la comunidad, distribuir los beneficios obtenidos de la explotación de los derechos de autor o respetar algún tipo de derechos morales sobre las tradiciones que se han utilizado como base). Este enfoque cubre el vacío existente en las Disposiciones Tipo en cuanto a la adaptación del folclore y la creación de obras derivadas.

136. *Gestión de los derechos*: Hay varias opciones posibles en los casos en que se prefiere conceder los derechos a una entidad que no sea la comunidad. Ya se han mencionado las prácticas nacionales actuales de muchos Estados en las que se designa a un órgano establecido por ley como titular de los derechos sobre las ECT, que deben ejercerse velando por los intereses de una comunidad determinada o de las comunidades del Estado en general⁷². En muchos casos, la oficina de derecho de autor es la que cumple esta función, pero no necesariamente.

137. Independientemente de si se conceden o no derechos a las comunidades o los órganos nombrados por el Estados, las organizaciones de gestión colectiva existentes (CMO) son potencialmente el medio más práctico de administrar los derechos sobre las expresiones del folclore/ECT. Los participantes en el Comité⁷³ y las propias organizaciones de gestión colectiva⁷⁴ han mostrado interés en seguir explorando esta posibilidad.

138. La Ley Tipo de Túnez, las Disposiciones Tipo, la Ley de Filipinas y el Marco Regional del Pacífico prevén una autoridad que administre los derechos, conceda autorizaciones y ejerza otras funciones (por ejemplo, la “autoridad cultural” que establece el Marco Regional para el Pacífico y la Comisión Nacional de los Pueblos Indígenas (NCIP) de la Ley de Filipinas cumplen muchas otras funciones.

139. *Folclore compartido por varias comunidades y “folclore regional”*: en algunos casos, dos o más comunidades de un país pueden tener derechos que coincidan en algunos puntos sobre las mismas o similares ECT. ¿Cómo se abordarían las reivindicaciones concurrentes de derechos sobre las mismas o similares ECT? Las opciones incluyen la cotitularidad de los

⁷² Véanse las respuestas al cuestionario sobre el folclore, el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10, y GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 5).

⁷³ GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 5).

⁷⁴ Por ejemplo, la Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción (IFRRO).

derechos y la posibilidad de permitir a las comunidades por separado solicitar (si es necesaria alguna forma de solicitud) y adquirir derechos sobre las mismas o similares ECT.

i) En la Ley de Panamá, por ejemplo, se establece que más de una comunidad puede solicitar y estar registrada como titular de los derechos sobre unas mismas ECT. Otra solución posible a esta cuestión es conferir los derechos al Estado o a un órgano establecido por ley, como se ha mencionado anteriormente.

ii) De acuerdo con el Marco Regional para el Pacífico, la “autoridad cultural” se encarga de resolver las controversias sobre la titularidad de una ECT específica. La controversia debe resolverse de acuerdo con el derecho consuetudinario o por otros medios. Si no puede encontrarse ningún “titular tradicional” o no se llega a un acuerdo respecto a la titularidad, puede decidirse que el titular tradicional es la autoridad cultural⁷⁵.

140. Además, las comunidades de diferentes países e incluso de diferentes regiones pueden reivindicar un mismo folclore o folclores similares (denominados anteriormente “folclore regional”). Este último aspecto se trata en mayor profundidad en el documento WIPO/GRTKF/IC/6/6 sobre la “dimensión internacional”. En las respuestas al cuestionario de 2001 sobre el folclore, los Estados sugirieron, entre otras cosas, el uso en estos casos de bases de datos nacionales y/o internacionales sobre el folclore, la solución alternativa de controversias, sistemas de registro y de notificación, la gestión colectiva y el establecimiento de organizaciones de solución de controversias⁷⁶.

141. Las organizaciones y mecanismos regionales existentes (como la ARIPO y la OAPI en África, que, junto con Zambia, han planteado cuestiones en el Comité⁷⁷) pueden ser importantes sectores interesados en resolver la cuestión del “folclore regional”. Su papel potencial debe seguir estudiándose.

Derechos, excepciones y limitaciones

142. *Naturaleza de los derechos:* A menudo se ha afirmado que los sistemas y mecanismos para la protección de las ECT deben procurar, en la medida de lo posible, reconocer y poner en práctica el principio del “consentimiento fundamentado previo” para los titulares de las ECT. Este consentimiento podría tener dos contextos básicos:

i) garantizar el consentimiento fundamentado previo a la grabación o fijación en un soporte de las expresiones del folclore (como una grabación sonora, una fotografía o una transcripción por escrito de una narración oral); por ejemplo, esto podría aplicarse en parte mediante un derecho a dar consentimiento para la fijación de la interpretación o ejecución de una expresión del folclore (como ya se prevé en el WPPT); y

ii) garantizar que los depositarios de las ECT puedan ejercer derechos sobre determinados usos de las expresiones del folclore/ECT por parte de terceros, dándoles así la capacidad de establecer las condiciones para la explotación comercial y de vetar algunos usos (incluido el uso ofensivo o peyorativo).

⁷⁵ Artículos 18 y 19.

⁷⁶ Véanse como ejemplos las respuestas del Canadá, Egipto, la Federación de Rusia, Gambia, Indonesia, Jamaica, Kirguistán, Malasia, México y Rumania.

⁷⁷ WIPO/GRTKF/IC/5/15, párrafos 48, 50 y 51.

143. En la legislación sobre derecho de autor y propiedad intelectual, el principal mecanismo para aplicar el consentimiento fundamentado previo sería reconocer derechos exclusivos sobre la materia protegida. Los derechos exclusivos (los derechos a autorizar o impedir que se lleven a cabo determinados actos) están establecidos en la Ley Tipo de Túnez, las Disposiciones Tipo, la Ley de Panamá, el Marco Regional para el Pacífico y la Ley de Filipinas.

144. Hay quien considera los derechos exclusivos como el modo de dar a las comunidades la capacidad de impedir los usos no autorizados de sus expresiones del folclore/ECT y/o de controlar su uso comercial por terceros a fin de asegurar una mención adecuada de la fuente, la distribución de los beneficios y el respeto a los valores culturales y espirituales consuetudinarios⁷⁸.

145. Sin embargo, no todos los derechos que se conceden mediante el derecho de autor y los derechos conexos son necesariamente exclusivos. Algunos sistemas de derechos del intérprete o ejecutante han establecido un derecho sencillo para dar (o denegar) el consentimiento a la fijación de una interpretación o ejecución, en lugar de un derecho exclusivo separado sobre la interpretación o ejecución propiamente dicha, que puede ejercerse por separado después de la fijación. Otras formas de protección por derecho de autor no dependen del consentimiento previo, pero permiten al titular de los derechos recibir una remuneración equitativa por el uso del material protegido. Estos arreglos son muy conocidos en la esfera del derecho de autor, y se les llama también licencias no voluntarias u obligatorias (véanse, por ejemplo, los Artículos 11*bis*2) y 13.1) del Convenio de Berna).

146. Se ha considerado que estos enfoques establecen un equilibrio adecuado para algunos derechos incluidos en el sistema de derecho de autor y algunos sistemas para la protección de las expresiones del folclore han utilizado también un enfoque vinculado al derecho a una remuneración equitativa, a menudo a través de un sistema de *domaine public payant* (dominio público con pago)⁷⁹. En virtud de este sistema, se da una autorización general para utilizar las producciones que se consideran de “dominio público”, sujetas únicamente al pago de una regalía justa. Esto se utiliza en el Acuerdo de Bangui y en las legislaciones nacionales que lo han seguido. Se ha criticado este sistema diciendo que va en detrimento de la importante función que desempeña el dominio público en el sistema de derecho de autor.

147. *¿Qué derechos?* Siguiendo el ejemplo marcado por la mayoría de legislaciones nacionales que se inspiran en el derecho de autor, los derechos sobre las obras literarias y artísticas tradicionales podrían abarcar actos como la reproducción, la interpretación o ejecución públicas, la distribución, la recitación en público, la comunicación al público y la importación (de copias y adaptaciones no autorizadas por la legislación del país importador). Estos derechos podrían cederse o podrían concederse licencias sobre ellos (aunque las leyes podrían limitar esta cesión para velar por que los derechos sigan perteneciendo a las comunidades tradicionales). Los derechos morales (incluida la posibilidad de los derechos morales comunitarios) pueden tener también una importancia especial, y por lo general no podrían ser cedidos ni traspasados.

⁷⁸ GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 2 y Anexo II, pág. 5), Zambia (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 38)

⁷⁹ GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 2 y Anexo II, pág. 5), Acuerdo de Bangui de la OAPI, véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF 3.

148. Algunas cuestiones políticas y jurídicas fundamentales que cubre este documento giran en torno al derecho de adaptación en la legislación en materia de derecho de autor, y al establecimiento de unas excepciones y limitaciones adecuadas. Un derecho de adaptación es aplicable a la creación de obras derivadas basadas en las expresiones del folclore/ECT: estas obras pueden acogerse a la protección por derecho de autor como obras originales. Un derecho de adaptación permitiría a la comunidad o a otro titular de derechos impedir o autorizar esa obra derivada, o en su lugar, percibir una remuneración equitativa por su uso, cuando la obra se derive de sus expresiones del folclore/ECT. Si no existe este tipo de derecho de adaptación, la comunidad no puede controlar este uso de su material y tradiciones culturales.

149. Las Disposiciones Tipo no proporcionan el derecho de adaptación a los titulares de derechos sobre las expresiones del folclore, y a fin de hacer hincapié sobre este punto, prevén también una amplia excepción respecto de la “toma de expresiones del folclore para fines de creación de una obra original de uno o varios autores”⁸⁰. Esta excepción se concibió específicamente para permitir el libre desarrollo de la creatividad individual inspirada en expresiones culturales. Las Disposiciones Tipo no tenían como objetivo impedir en modo alguno la creación y posterior protección por propiedad intelectual de las obras originales basadas en expresiones culturales.

150. Las legislaciones nacionales que han establecido sistemas *sui generis* para la protección de las ECT o del folclore difieren sobre este aspecto. Algunas conceden el derecho de adaptación y otras no. El Marco Regional para el Pacífico contiene un derecho de adaptación, pero impone a los creadores externos determinadas obligaciones hacia la comunidad en cuestión (como la de mencionar la comunidad y/o repartir los beneficios obtenidos de la explotación de los derechos de autor y/o respetar algún tipo de derechos morales sobre las tradiciones que se utilizan como base).

151. La omisión de la mención de la fuente o las indicaciones engañosas sobre ésta son una acusación frecuente por parte de las comunidades indígenas tradicionales. Aunque este aspecto se trata más detalladamente a continuación, las Disposiciones Tipo y muchos sistemas para la protección del folclore basados en el derecho de autor proporcionan derechos y recursos ante la omisión de la mención de la fuente.

152. *¿Cuáles son las excepciones y limitaciones?* Al igual que la protección por derecho de autor está sujeta a determinadas limitaciones y excepciones, las legislaciones nacionales inspiradas en el derecho de autor que protegen las expresiones del folclore/ECT contienen la mayoría de las excepciones y limitaciones que suelen encontrarse en las legislaciones sobre derecho de autor. Las Disposiciones Tipo establecen que no se necesita ninguna autorización para el uso de las expresiones del folclore con fines educativos, para su utilización “para fines de ilustración” en una obra original, cuando las expresiones del folclore “se toman” para crear una obra original de un autor, y para la “utilización fortuita”, como por ejemplo para informar sobre acontecimientos de actualidad, y los usos de las expresiones del folclore situadas permanentemente en un lugar público.

⁸⁰ Apartado 4.1)iii), Disposiciones Tipo, 1982.

153. De modo más general, muchos Estados han insistido en que cualquier protección por propiedad intelectual de las ECT debe estar sujeta a numerosas limitaciones a fin de no protegerlas de un modo demasiado rígido. Una protección excesivamente estricta puede ahogar la creatividad y los intercambios culturales, además de ser impracticable en su aplicación, supervisión y observancia.

154. Puede que no todas las excepciones típicas del derecho de autor sean adecuadas, ya que podrían menoscabar los derechos consuetudinarios que conceden las legislaciones y protocolos consuetudinarios: por ejemplo, las excepciones que permitan que una escultura u obra artística artesanal expuesta permanentemente en un lugar público se reproduzca en fotografías, dibujos y por otros medios sin permiso⁸¹. Del mismo modo, las legislaciones nacionales en materia de derechos de autor a menudo permiten a los archivos públicos, bibliotecas y entidades similares realizar reproducciones de obras y tenerlas a disposición del público. Sin embargo, hacer esto con expresiones culturales protegidas por derecho de autor puede suscitar cuestiones culturales y espirituales.

155. Los sistemas *sui generis* existentes, ya sean parte de las legislaciones en materia de derecho de autor o independientes, han establecido exenciones para:

- i) los usos de las ECT por los “titulares tradicionales” (Marco Regional para el Pacífico);
- ii) los usos sin ánimo de lucro y dentro del contexto tradicional o consuetudinario (Disposiciones Tipo);
- iii) los grupos folclóricos de danza y los pequeños artesanos no indígenas (Ley de Panamá);
- iv) los usos por organismos públicos con fines no comerciales (Ley Tipo de Túnez);
- v) los usos por ciudadanos del país (a diferencia de los no ciudadanos).

Procedimientos y formalidades

156. Los participantes en el Comité han sugerido que las formas de protección deben ser factibles en la práctica, especialmente desde el punto de vista de las comunidades tradicionales, y no crear cargas administrativas excesivas para los titulares ni para los administradores de los derechos. Deben utilizarse siempre que sea posible mecanismos alternativos para la solución de controversias⁸².

157. *Protección automática y registro.* Una decisión fundamental es la de establecer o no la protección automática o algún tipo de registro.

- i) Una opción sería exigir la protección automática sin formalidades, a fin de que se dispusiera de protección a partir del momento en que se crea la ECT, como ocurre con el derecho de autor.

⁸¹ McDonald, I., *Protecting Indigenous Intellectual Property* (Australian Copyright Council, Sydney, 1997, 1998), pág. 44.

⁸² GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 9), Grupo Asiático (OMPI/GRTKF/IC/2/10, Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/3/15).

ii) Una segunda opción consiste en exigir alguna forma de registro, posiblemente sujeta a un examen de forma o de fondo. Un sistema de registro puede tener meramente un efecto declaratorio, en cuyo caso se utilizaría la prueba de registro para fundamentar una reivindicación de titularidad, o puede constituir derechos. Con alguna forma de registro se podría dar una precisión y una seguridad útiles sobre qué ECT están protegidas, y en beneficio de quién. Para las expresiones culturales intangibles, la fijación en algún soporte, por ejemplo mediante la grabación o la documentación, supone un modo de protección en sí mismo.

158. Cabe señalar que en anteriores borradores de las Disposiciones Tipo se estableció un sistema de registro, pero este aspecto se suprimió posteriormente porque se consideró que el registro y la documentación estaban más relacionados con la conservación que con la protección de la propiedad intelectual. Las Disposiciones Tipo y el Marco Regional para el Pacífico no prevén ninguna forma de registro ni de documentación.

159. Varias leyes *sui generis* para la protección de las ECT utilizan un sistema de registro, entre ellas las de Panamá y Filipinas. Otros países, como Cuba⁸³, establecen registros. En la respuesta de Costa Rica al cuestionario sobre folclore de la OMPI de 2001 se formularon propuestas detalladas para la creación y la gestión de este tipo de registros.

Sanciones y procedimientos de observancia

160. Las comunidades y otros sectores afirman que los recursos disponibles en virtud de la legislación actual pueden no ser adecuados para disuadir de cometer infracciones en el uso de las obras de un artista o titular de derechos indígena, o pueden no establecer una compensación por daños y perjuicios equivalente al grado del daño cultural y no económico ocasionado por la infracción. En las medidas de subsanación concedidas por los tribunales se podrían tener en cuenta estas cuestiones culturales, como en el caso *George M*, Payunka, Marika y otros contra Indofurn Pty. Ltd*⁸⁴.

Cómo se pierden o expiran los derechos

161. La duración de la protección por derecho de autor suele ser de 50 años después del fallecimiento del autor, o de 70 años en algunas jurisdicciones. El Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC fijan en 50 años el período mínimo de protección, y los países tienen libertad para proteger los derechos de autor durante períodos más largos. Pueden aplicarse condiciones diferentes a determinados derechos conexos.

162. Suele considerarse fundamental para el equilibrio en el sistema del derecho de autor que el período de protección no sea indefinido, a fin de que en un momento dado las obras pasen a ser de dominio público. Sin embargo, hay excepciones. Los derechos sobre la famosa obra “Peter Pan” recaen a perpetuidad, de acuerdo con la legislación del Reino Unido sobre derecho de autor, en provecho de una causa benéfica, y en Australia se ha propuesto conceder

⁸³ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10 y el documento de Dolores Isabel Agüero Boza, “las obras artesanales y los derechos de autor”, presentado en el taller OMPI/CCI sobre protección jurídica de artesanías originales, celebrado en la Habana, del 30 de enero al 1º de febrero de 2001, WIPO-ITC/DA/HAV/01/6.

⁸⁴ 30 IPR 209. Véanse los estudios de Janke, “Minding Culture” (Cuidar la cultura) (WIPO/GRTKF/IC/5/Study 2).

protección perpetua a las obras de arte de un conocido artista indígena en beneficio de sus descendientes.

163. Muchos pueblos indígenas y comunidades tradicionales desean obtener protección indefinida para, al menos, algunos aspectos de las expresiones de sus culturas tradicionales, y en este sentido el sistema del derecho de autor no cubre sus necesidades. Las peticiones de protección indefinida van estrechamente unidas a peticiones de protección retroactiva.

164. En las Disposiciones Tipo, la Ley de Panamá y el Marco Regional para el Pacífico no se establece ningún límite de tiempo. Se ha sugerido que la reivindicación de una protección indefinida podría estar limitada a un período de protección “en el futuro”, en lugar de retrospectivo, y que las ECT podrían protegerse, por ejemplo, durante los 150 años siguientes⁸⁵. También se ha sugerido que la duración máxima de la protección podría estar vinculada a la existencia de la comunidad de origen. Esto implicaría dar al uso corriente una importancia similar a la que dan las marcas, de modo que, una vez que la comunidad a la que identifica la ECT deje de usar esa ECT o deje de existir como una entidad definida, la protección de la ECT expire⁸⁶.

Las grabaciones y las interpretaciones o ejecuciones de producciones literarias o artísticas

El uso de los contratos y la función de los especialistas en folclore

165. El derecho de autor y/o los derechos conexos recaen en las grabaciones audiovisuales y sonoras, y cuando las grabaciones recogen una interpretación o ejecución folclórica u otro material (como música o fábulas), los derechos sobre las grabaciones pueden utilizarse para proteger, indirectamente, los intereses sobre el material folclórico.

166. Los pueblos indígenas y las comunidades locales afirman en ocasiones que sus derechos e intereses vinculados a la propiedad intelectual, incluidos los derechos en virtud de las leyes consuetudinarias e indígenas, no siempre están protegidos cuando sus expresiones del folclore/ECT son grabadas y documentadas por primera vez por los especialistas en folclore y otros investigadores que trabajan en el terreno, o cuando son mostradas posteriormente y puestas a disposición del público en museos, archivos y otras colecciones.

167. Las actividades de los especialistas en folclore, coleccionistas, personas que trabajan en el terreno, museos, archivos, etc., son de suma importancia para la preservación, conservación, mantenimiento, protección y transmisión a generaciones futuras de las formas tangibles e intangibles del patrimonio cultural. Los museos desempeñan también una valiosa función educativa. Es especialmente importante para la propiedad intelectual el hecho de que, en ocasiones, los esfuerzos de los especialistas en folclore y las colecciones son el único modo de descubrir los verdaderos orígenes de creaciones musicales o de otro tipo basadas en la tradición e intentar velar por que los creadores o sus herederos reciban el reconocimiento adecuado y sean recompensados, siempre que esto sea posible. En anteriores documentos se ha proporcionado información sobre las actividades y experiencias de los especialistas en folclore, los museos, los archivos y las instituciones del patrimonio cultural⁸⁷.

⁸⁵ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/15, párrafo 37.

⁸⁶ Scafidi, S., “Intellectual Property and Cultural Products”, 81 *B.U.L. Rev.* 793.

⁸⁷ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3, párrafos 223 a 276.

168. Sin embargo, en relación con las cuestiones de propiedad intelectual, las grabaciones efectuadas en el terreno que poseen los archivos, museos y otras instituciones de este tipo adquieren una importancia crucial, ya que pueden ser las únicas grabaciones de una canción y de su interpretación o ejecución disponibles y accesibles para los usuarios comerciales y de otro tipo. La gestión estratégica de los derechos de propiedad intelectual sobre estas grabaciones puede fomentar los derechos e intereses de los suministradores y custodios originales de las ECT. Estas instituciones pueden desempeñar una función mediadora fundamental en la protección de las ECT, y al mismo tiempo hacer posible que las personas utilicen, reutilicen y recreen el patrimonio cultural vital para su supervivencia. Estos derechos de propiedad intelectual podrían utilizarse también en modos que reconozcan las leyes y protocolos indígenas y consuetudinarios, una demanda que vienen realizando durante mucho tiempo los pueblos indígenas y las comunidades locales. Estas cuestiones se tratan en más profundidad en documentos anteriores⁸⁸.

169. Este asunto demuestra también de un modo práctico las tensiones que pueden surgir entre la preservación y la protección, como se ha explicado anteriormente, ya que el propio proceso de preservación puede suscitar preocupaciones por la falta de protección y puede correr el riesgo de poner las ECT, involuntariamente, en el “dominio público” desde la perspectiva del sistema de la propiedad intelectual.

170. La relación entre la preservación en forma de grabaciones y bases de datos y la protección es también de carácter positivo. Grabar y fijar las ECT en un soporte material (por ejemplo, en una grabación audiovisual) puede ser el único modo de establecer los derechos de propiedad intelectual sobre las formas intangibles y orales de las ECT que de otro modo quedarían desprotegidas en virtud de los derechos de propiedad intelectual vigentes.

Posibles instrumentos prácticos

171. En anteriores debates del Comité se han tratado diversos instrumentos prácticos para abordar éstas y otras cuestiones similares de la propiedad intelectual en relación con las grabaciones y compilaciones de ECT. En resumen, éstas incluyen la elaboración de:

- i) *protocolos, códigos de conducta y directrices* relacionados con la propiedad intelectual que deben aplicar los especialistas en folclore, los museos y los archivos;
- ii) *listas de verificación y cláusulas contractuales tipo en materia de propiedad intelectual* aplicables a la elaboración de acuerdos relativos al depósito, el acceso, la distribución y la concesión de licencias que utilizan los especialistas en folclore, los museos y los archivos;
- iii) para el patrimonio cultural digitalizado, “normas de uso” y “avisos sobre derecho de autor” tipo vinculados a la propiedad intelectual para utilizar en sitios Web, CD-ROM, bases de datos especializadas y otros productos electrónicos de multimedios.

172. Otras dos vías que merece la pena seguir explorando son el uso de los programas informáticos y de los instrumentos digitales de gestión de derechos, y el aprovechamiento de la protección por propiedad intelectual de las colecciones y las bases de datos.

⁸⁸ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3.

173. Los Estados miembros de la OMPI se han mostrado a favor de que la OMPI continúe estudiando estas opciones y cuestiones, colaborando estrechamente con las instituciones, asociaciones y centros pertinentes, organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales y otros expertos.

174. Se han abordado estas cuestiones en muchas ocasiones, y las actividades como las mencionadas podrían basarse en gran medida en la amplia experiencia que se tiene en esta esfera. Los antropólogos, especialistas en folclore, etnomusicólogos y otros expertos han debatido extensamente esta cuestión⁸⁹. Algunas asociaciones de folcloristas, etnógrafos, antropólogos y otros órganos profesionales han elaborado ya diversas políticas, códigos éticos, protocolos y directrices. En reuniones anuales recientes de la *American Folklore Society* (AFS) y de la *International Association of Sound and Audiovisual Archives* (IASA) se han abordado estos temas.

Interpretaciones o ejecuciones de obras literarias y artísticas tradicionales

175. Los derechos del intérprete o ejecutante, tal como se reconocen en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996 (WPPT), protegen las interpretaciones o ejecuciones de “obras literarias y artísticas o expresiones del folclore”. Por tanto, según los términos del Derecho internacional público, las interpretaciones o ejecuciones para las que se solicita protección están protegidas bien por ser obras literarias y artísticas, bien por ser expresiones del folclore.

176. Los derechos del intérprete o ejecutante ofrecen protección, indirectamente, para la obra o producción que se interpreta o ejecuta. Por ejemplo, la fijación de una interpretación o ejecución representa el momento en que el folclore en el que se basa queda recogido en un soporte susceptible de explotación, pero los derechos del intérprete o ejecutante establecen el control sobre la fijación de la interpretación o ejecución, y los derechos morales y económicos sobre su posterior explotación. Hay numerosos casos en que los derechos del intérprete o ejecutante se han utilizado para proteger intereses comunitarios en las expresiones culturales que se interpretan o ejecutan, como es el caso de la conocida canción de Enigma “*Return to Innocence*”⁹⁰.

177. En consecuencia, los intérpretes o ejecutantes de las expresiones del folclore de los Estados contratantes del WPPT pueden obtener derechos morales y económicos en los demás Estados contratantes, de conformidad con los Artículos 5 a 10 del WPPT; así pues, ya está en vigor un sistema internacional de protección para las interpretaciones o ejecuciones de las expresiones del folclore.

⁸⁹ Seeger, A., *op. cit.*, Chaudhuri, S., “La experiencia de Asia,” documento presentado en el Foro Mundial de la OMPI-UNESCO sobre la Protección del Folclore, Phuket, Tailandia, 8 a 10 de abril de 2002; Peters, M., “*Protection of the collection of expressions of folklore; the role of libraries and archives*,” documento presentado en el Foro Mundial de la OMPI-UNESCO sobre la Protección del Folclore, Phuket, Tailandia, 8 a 10 de abril de 2002; Seeger, A., “*Ethnomusicologists, Archives, Professional Organizations, and the Shifting Ethics of Intellectual Property*,” *1996 Yearbook for Traditional Music*, pág. 87; Toelken, Barre “*The Yellowman Tapes, 1996-1997*,” *Journal of American Folklore* 111 (442) 381-391, 1998.

⁹⁰ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3 y Coombe, *op. cit.*

178. Una limitación es el hecho de que la protección en virtud del WPPT no cubre la parte visual de las interpretaciones o ejecuciones. Sólo están protegidas las partes sonoras, es decir, las partes que pueden ser percibidas por el oído humano. En la OMPI se sigue trabajando en la elaboración de un instrumento para la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

Documentación de las producciones literarias y artísticas

179. Algunos participantes en el Comité han pedido que se documenten las expresiones del folclore y se creen inventarios, bases de datos y listas. Estas peticiones, aparentemente, se realizan en su mayoría en el contexto de programas para la preservación del folclore y el patrimonio cultural. La cuestión de la documentación también está relacionada en cierto modo con el requisito de la fijación que existe en el derecho de autor (antes examinado) y la cuestión de si el registro debe ser un requisito para la protección (antes abordado).

180. En los programas de patrimonio cultural en el plano internacional, regional y nacional a menudo se establecen registros, listas e inventarios del patrimonio cultural intangible y tangible como instrumentos útiles para su identificación, promoción y protección. Por ejemplo, el Brasil ha creado un Registro del patrimonio intangible y la recientemente adoptada Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO prevé la creación de inventarios y listas nacionales e internacionales.

181. Sin embargo, no está claro en qué medida la documentación y la creación de registros, listas e inventarios puede contribuir a la protección por propiedad intelectual de las ECT. Las ECT o las expresiones del folclore suelen ser intangibles y se mantienen de modo oral. Éste es uno de los motivos por los que se critica el requisito de la fijación para la protección por derecho de autor, y por ello la mayoría de los sistemas *sui generis* no requieren la fijación. Las expresiones del folclore/ECT están además “vivas”, ya que se adaptan y se recrean constantemente. Exigir alguna forma de documentación y/o registro previos puede ir en contra del carácter oral, intangible y “vivo” de muchas ECT.

182. El sistema de derecho de autor, cuyos principios y formas de protección son especialmente importantes para las expresiones del folclore/ECT, no permite la imposición de ninguna formalidad y la protección es automática al crearse una obra. No hay ningún examen previo, a diferencia de la mayoría de las formas de propiedad industrial. Existe una razón práctica de primer orden para documentar los conocimientos tradicionales de carácter técnico como medida preventiva, y ésta es rechazar las reivindicaciones de novedad y de actividad inventiva a efectos del examen de patentes, pero esto no es aplicable al material cultural protegido por derecho de autor.

183. En anteriores borradores de las Disposiciones Tipo se establecía un sistema de registro para el folclore, pero esto se suprimió porque se consideró que el registro y la documentación eran más importantes para la preservación que la protección de la propiedad intelectual. La Ley Tipo de Túnez excluye toda posibilidad de exigir la fijación para una obra del folclore. Los legisladores consideraron que, por su naturaleza, las obras del folclore suelen estar en forma oral y nunca se graban, y el exigir que estén fijadas para que gocen de protección pone en compromiso esa protección e incluso, conforme a los comentarios sobre la Ley Tipo, entraña el riesgo de otorgar el derecho de autor a quienes fijen esas obras. La fijación no figura como requisito en las Disposiciones Tipo, la Ley de Panamá (a pesar de que tiene un requisito de registro, que es una cuestión distinta), el Acuerdo de Bangui o el Marco Regional para el Pacífico.

184. Además de los costos que supone documentar y grabar las ECT, el derecho de autor que recae en la documentación y las grabaciones: i) puede no proteger a las propias comunidades (a menos que sean los autores o se les hayan cedido los derechos) y ii) en cualquier caso, sólo cubre las maneras en que se expresan las ECT, y no los valores, significados y otras “ideas” que las ECT connotan. La documentación y la grabación, por otra parte, y especialmente si se realizan en forma digital, hacen las ECT más accesibles y disponibles, y pueden menoscabar los esfuerzos de las comunidades por protegerlas.

185. Por tanto, la documentación de las producciones literarias y artísticas tradicionales no ha sido considerada necesariamente como una opción útil, a efectos estratégicos, de la propiedad intelectual en documentos anteriores del Comité en que se trataban las expresiones del folclore/ECT.

186. La documentación, por supuesto, desempeña un papel importante en las estrategias de protección del patrimonio cultural y de las culturas tradicionales, y debería seguir explorándose cómo pueden utilizarse los inventarios y listas de patrimonio cultural existentes para fines vinculados a la propiedad intelectual, como el de establecer los titulares tradicionales y las leyes consuetudinarias aplicables.

187. Además, hay otros ámbitos en que merece la pena ahondar, que pueden aumentar el valor de la documentación y la grabación de las ECT como estrategia para la protección positiva, concretamente el uso de programas informáticos y de instrumentos digitales de gestión de derechos y la evolución de la protección disponible para las colecciones y las bases de datos⁹¹

Protección contra los usos insultantes, peyorativos y ofensivos

188. Dado el carácter cultural y espiritual de las expresiones del folclore/ECT, debe hacerse especial hincapié en impedir los usos insultantes, peyorativos y cultural y espiritualmente ofensivos de éstas, en particular las ECT sagradas. De hecho, esta “protección preventiva” podría ser la forma de protección más importante y la única que podrían plantearse algunos Estados.

189. Aparte de las leyes contra la blasfemia y otros instrumentos similares no relacionados con la propiedad intelectual, se han debatido algunas opciones basadas en la propiedad intelectual. Por ejemplo, un derecho moral comunitario, como se propone en Australia (véase el párrafo 129 del presente documento) permitiría a las comunidades oponerse a determinados usos del material cultural indígena, de manera parecida a cómo los derechos morales dan al autor la capacidad de oponerse a la distorsión, la mutilación u otros usos peyorativos de sus obras.

190. Otra posibilidad, comentada anteriormente, es la creación de un registro, o tal vez incluso un registro internacional, para que las comunidades registren las ECT cuyos usos no deberían permitirse por motivos culturales y espirituales, como por ejemplo, las expresiones sagradas. La ventaja del registro es que permite proteger cada ECT por separado, y proteger aquellas expresiones que las comunidades consideren dignas de protección y a cuyo registro den prioridad. Con un registro anticipado se gana en precisión y certidumbre, a diferencia de los sistemas de protección más generales.

⁹¹ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3, párrafos 241 a 262.

Cuestiones y opciones: las producciones literarias y artísticas tradicionales

La decisión política fundamental está entre:

- a) si la protección de las adaptaciones contemporáneas, obras derivadas e interpretaciones o ejecuciones de las expresiones del folclore/ECT mediante las leyes de propiedad intelectual vigentes es suficiente, o
- b) a efectos de los sistemas jurídicos nacionales, está garantizada alguna forma de protección por propiedad intelectual de las expresiones del folclore/ECT en sentido estricto. Véase también el diagrama que aparece en la página 56.

La protección por propiedad intelectual de las expresiones del folclore/ECT en sentido estricto se ha incorporado en varias legislaciones convencionales sobre propiedad intelectual y en el WPPT.

Las siguientes opciones y cuestiones (basadas en la experiencia real obtenida hasta el momento) pueden servir de guía para el desarrollo de una mayor protección de las producciones literarias y artísticas tradicionales:

Criterios para la protección: entre las cuestiones está si se debe o no exigir la “originalidad” y la “fijación” como criterios para la protección, y si las expresiones del folclore/ECT que pueden recibir protección deben ser “susceptibles de uso comercial”, “tradicionales” y/o “basadas en la tradición”.

Derechos comunitarios o colectivos: las opciones podrían incluir el reconocimiento oficial de los “derechos colectivos”, la introducción de derechos morales comunitarios y la concesión de derechos a una autoridad u oficina nombrada por el Estado nueva o ya existente, como la Oficina de Derecho de autor. Una opción en relación con ello es el uso de los sistemas de gestión colectiva de los derechos de autor.

Derecho de autor de particulares: la cuestión es cómo integrar y equilibrar mejor la protección de los derechos comunitarios sobre las expresiones del folclore/ECT con los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual de las personas creadoras de obras derivadas. Por ejemplo, una opción podría consistir en regular el ejercicio de estos derechos de propiedad intelectual a favor de la comunidad y de sus valores.

Naturaleza de los derechos: podría decidirse si son más adecuados los derechos exclusivos o los derechos a una remuneración equitativa.

Derechos concedidos: éstos podrían incluir los derechos económicos y morales habituales que concede el derecho de autor. Es posible que deba decidirse específicamente si se concede o no un derecho de adaptación. Otra opción es la de proporcionar derechos y recursos para la omisión de la mención, por parte del usuario de una expresión del folclore o de la cultura tradicional, de la fuente de ésta.

Excepciones y limitaciones: las opciones podrían incluir las excepciones y limitaciones habituales que figuran en la mayoría de las legislaciones en materia de derecho de autor. Sin embargo, los Estados pueden querer limitar algunas de estas excepciones en caso de que permitan usos de las ECT contrarios a los valores culturales y espirituales. Las opciones incluyen también excepciones específicas *sui generis*, como las exenciones para: los usos tradicionales o consuetudinarios de las ECT y/o los usos de éstas sin ánimo de lucro; los usos por grupos de baile folclóricos y por pequeños artesanos no indígenas; los usos por nacionales, a diferencia de los no nacionales; y los usos por organismos públicos con fines no comerciales.

Procedimientos y formalidades: una elección fundamental para los Estados es la de establecer o no la protección automática o alguna forma de registro.

Sanciones y recursos: las comunidades exigen el reconocimiento del daño no económico y espiritual que pueden causar los usos ilícitos de las ECT. Una opción para los Estados podría consistir en proporcionar medios legislativos para reconocer este daño no económico y espiritual en los casos adecuados.

Período de protección: puede elegirse entre la protección ilimitada o la protección durante un período claramente definido. Si los Estados desean ofrecer una protección indefinida, las opciones pueden ser: que la legislación establezca simplemente una protección indefinida o no mencione ningún límite de tiempo; que la protección sea ilimitada en el tiempo en lo relativo a las ECT existentes, pero limitada a un período determinado en el futuro; o que el período de protección esté vinculado a la existencia de una comunidad específica o de una tradición con la que se identifica la ECT, o al uso continuado de la ECT por la comunidad en cuestión. Algunas propuestas de protección pueden tener como objetivo una aplicación retrospectiva, lo cual plantea cuestiones sobre los intereses legítimos de terceros.

Folclore compartido dentro de un país y “folclore regional”: entre las opciones puede estar la cotitularidad de los derechos, permitir a las comunidades ser titulares de derechos, por separado, sobre las mismas ECT o similares, o conceder derechos al Estado o a un órgano establecido por ley. La solución de controversias podría contener referencias a las leyes y prácticas consuetudinarias. Respecto al “folclore regional” en particular, las opciones incluyen: establecer bases de datos nacionales y/o internacionales sobre folclore, mecanismos alternativos de solución de controversias, sistemas de registro y notificación, la gestión colectiva y la creación de organizaciones de solución de controversias. Las organizaciones y mecanismos regionales existentes podrían ser útiles.

Interpretaciones o ejecuciones de producciones literarias y artísticas tradicionales: el WPPT, de 1996, ya ofrece protección internacional a las interpretaciones o ejecuciones de “expresiones del folclore”. Los Estados que todavía no han aplicado esta protección podrían hacerlo.

Documentación: la documentación y el registro de las producciones literarias y artísticas tradicionales con el fin de obtener protección por propiedad intelectual (a diferencia de cuando el objetivo es la conservación) parece ir en contra del carácter oral y “vivo” de las obras culturales. Además, el derecho de autor sobre la documentación, los registros y las bases de datos puede no recaer en las comunidades pertinentes. Debe procurarse, por tanto, que la documentación o el registro sean útiles como estrategias de propiedad intelectual. Los programas informáticos y los instrumentos digitales de gestión de derechos, así como la protección cambiante de las bases de datos, pueden ser opciones útiles. Los inventarios y registros del patrimonio cultural también pueden contribuir a establecer los titulares tradicionales y las leyes consuetudinarias aplicables al ámbito de la propiedad intelectual.

Prevención de los usos insultantes, peyorativos y cultural o espiritualmente ofensivos: las opciones incluyen los derechos morales comunitarios y un registro que contenga las ECT que las comunidades no desean que se utilicen comercialmente o como parte de una materia de propiedad intelectual.

Opciones para la protección de la artesanía

191. Los Estados han pedido que se preste una especial atención a la artesanía⁹², y en particular a la necesidad de proteger su “estilo”⁹³.

192. Primero en términos más generales, y de un modo similar al tratamiento de las producciones literarias y artísticas contemporáneas en virtud del derecho de autor, hay ejemplos que muestran que los diseños tradicionales pero “contemporáneos” pueden ser protegidos mediante la legislación sobre diseños industriales. La protección por propiedad intelectual de las adaptaciones contemporáneas de los diseños tradicionales recompensa la creatividad y la innovación orientadas hacia el futuro, y puede fomentar el desarrollo económico de los individuos y de sus comunidades tradicionales.

193. De nuevo, como en el caso de las obras literarias y artísticas, puede que los diseños comunitarios realmente antiguos no puedan ser protegidos, y que los diseños incluidos en telas tejidas a mano y en objetos de artesanía no puedan estar protegidos en los países en que se requiere que los dibujos y modelos industriales sean susceptibles de réplica industrial.

194. Sin embargo, la protección de los dibujos y modelos parece adecuada para proteger el diseño, la forma y las características visuales de los productos artesanales, especialmente cuando éstos son de carácter utilitario y no pueden ser considerados como obras de arte y, por tanto, recibir protección por derecho de autor. Sin embargo, para los diseños basados en la tradición que pueden ser protegidos en virtud de la legislación de diseños, el plazo limitado de protección disponible en virtud de la legislación convencional sobre diseños no satisface las necesidades de todos los interesados. Las opciones a este respecto son similares a las del derecho de autor y han sido mencionadas también en documentos anteriores⁹⁴.

195. Los sistemas *sui generis* existentes se ocupan también de los diseños tradicionales. En resumen:

- i) las Disposiciones Tipo establecen la protección de los diseños como expresiones tangibles del folclore⁹⁵ contra su reproducción o uso no autorizados;
- ii) la Ley de Panamá se refiere explícitamente a los tejidos y diseños de vestidos tradicionales. Las disposiciones “por las que se establecen la protección, el fomento y el desarrollo artesanal”⁹⁶ protegen la artesanía nacional mediante la prohibición de la importación de productos artesanales y de las actividades de quienes imitan los artículos y la indumentaria tradicionales e indígenas panameños.

196. Además de las leyes de derecho de autor y de diseños, la legislación sobre la competencia desleal y las leyes de comercialización pueden servir de ayuda (véase más adelante). Algunos grupos indígenas han registrado también marcas de certificación para regular la comercialización de las artes y oficios tradicionales (véase más adelante).

⁹² Grupo Asiático, OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 22.

⁹³ GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 5).

⁹⁴ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3, párrafos 184 a 186.

⁹⁵ Véase la Sección 2 de las Disposiciones Tipo.

⁹⁶ Ley de Panamá N.º 27, de 24 de julio de 1997.

Imitación del “estilo”

197. Una de las reivindicaciones que se escuchan más frecuentemente es la de que el “estilo” de una producción indígena ha sido imitado o apropiado de manera indebida.

198. Ni la protección por derecho de autor ni la protección concedida a los diseños abarcan los aspectos utilitarios, conceptos, elementos simbólicos u otros elementos no originales, colores, materia y técnicas utilizadas para crear una obra. Las leyes en materia de derecho de autor y de diseños permiten la imitación de los elementos no originales o de las ideas y conceptos en que se basan las obras, lo cual es una práctica muy generalizada ya que la creatividad se alimenta y se inspira en otras obras. Por supuesto, los elementos de estilo pueden estar protegidos siempre que un estilo incorpore una expresión original.

199. Una vez más, pueden resultar más útiles otras ramas del derecho de propiedad intelectual como la ley de competencia desleal, y el acto de imitación fraudulenta, que contempla el Derecho anglosajón.

Cuestiones y opciones: la protección contra la imitación del “estilo”

La protección contra la imitación del “estilo” de la artesanía y de otras ECT podría basarse en la legislación sobre la competencia desleal, o en diferentes leyes para la protección basadas en los principios de la competencia desleal.

Reivindicaciones falsas y engañosas respecto de la autenticidad y el origen y omisión de la mención de la fuente

200. Aunque algunos de los ejemplos anteriores corresponden a la protección de los signos tradicionales propiamente dichos, las marcas también pueden utilizarse para proteger la reputación asociada a las ECT. La protección de la reputación (el carácter distintivo, el “estilo” y la “autenticidad”) de las ECT se ha revelado como, posiblemente, una de las necesidades más importantes de los custodios de las ECT.

Marcas de certificación

201. En Australia, la Asociación de Defensa de las Artes Indígenas Nacionales (NIAAA) ha registrado marcas de certificación⁹⁷, y en Nueva Zelandia, la *Maori Arts Board, Te Waka Toi*, está utilizando la protección por marca en el desarrollo de la marca Maorí *Toi Iho*⁹⁸.

“La verdad en la publicidad” y las leyes de etiquetado

202. La Ley de Artes y Oficios de los Indígenas de 1990 de los Estados Unidos de América protege a los artesanos nativos norteamericanos garantizándoles la autenticidad de sus artesanías indígenas en virtud de la autoridad de un Consejo Indígena de Artes y Oficios. Esta

⁹⁷ Véanse los estudios de casos del documento “*Minding Culture*” (Cuidar la Cultura), de Terri Janke, “Indigenous Arts Certification Mark”, <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

⁹⁸ Para más información sobre la marca *Toi Iho*, véase: <http://www.toiho.com>.

Ley de “la verdad en la comercialización” impide la comercialización de productos “fabricados por indígenas” cuando los productos no han sido realizados por los indígenas en la forma en que están definidos en la Ley⁹⁹.

Indicaciones geográficas

203. Varios participantes en el Comité han destacado el uso potencial de las indicaciones geográficas en esta esfera. Algunas ECT, como los productos artesanales creados utilizando recursos naturales, pueden ser calificados de “bienes” que podrían estar protegidos por indicaciones geográficas. Además, algunas ECT pueden ser en sí mismas indicaciones geográficas, como los nombres indígenas y tradicionales, los signos y otras indicaciones. Portugal, México y la Federación de Rusia han aportado ejemplos del registro de las indicaciones geográficas pertinentes para las ECT y los conocimientos tradicionales conexos¹⁰⁰.

Legislación en materia de competencia desleal o en materia de prácticas comerciales

204. En un caso reciente correspondiente a la legislación en materia de prácticas comerciales, se impidió a una empresa australiana que continuara describiendo o refiriéndose a su gama de *souvenirs* pintados a mano o tallados a mano de apariencia indígena como “arte aborigen” o “auténticos”, a menos que tuviera razones para creer que la obra de arte o el *souvenir* hubieran sido pintados o tallados por una persona aborigen. Se iniciaron procedimientos contra la empresa porque ésta indicaba que algunos de sus *souvenirs* pintados a mano con estilo aborigen eran “auténticos”, contaban con “certificado de autenticidad” y/o eran “arte australiano aborigen”, y se afirmó que estas indicaciones podían engañar a los consumidores ya que la mayoría de los artistas que producían los *souvenirs* no eran aborígenes ni de ascendencia aborigen¹⁰¹.

Opciones y cuestiones: las reivindicaciones falsas y engañosas sobre la autenticidad y el origen

Las opciones incluyen:

- alentar a las comunidades a registrar marcas de certificación;
- explorar las posibilidades que existen en virtud de las leyes sobre prácticas comerciales y sobre etiquetado;
- seguir explorando el uso de las indicaciones geográficas por parte de las comunidades;
- fomentar el uso de las leyes sobre competencia desleal o desarrollar sistemas basados en los principios de la competencia desleal.

⁹⁹ WIPO/GRTKF/IC/3/10, párrafo 122.i).

¹⁰⁰ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3.

¹⁰¹ Véase también el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3 y el sitio Web: <http://www.accc.gov.au> (7 de abril de 2003)

Palabras, nombres, símbolos y otros signos distintivos tradicionales

205. A los pueblos indígenas y a las comunidades tradicionales les preocupa que empresas y personas no indígenas usen sus palabras, nombres, diseños, símbolos y otros signos distintivos para el comercio, y que los registren como marcas. Al mismo tiempo, afirman que ellos mismos no pueden proteger sus palabras y símbolos utilizando las leyes de marcas vigentes, ya que éstas no se adaptan suficientemente a sus necesidades. Al igual que en otras esferas, las necesidades de las comunidades podrían describirse como necesidades de “protección positiva” y “protección preventiva”.

206. Estas cuestiones están estrechamente vinculadas a la protección de la reputación y del carácter distintivo de las ECT, a menudo representados en su “estilo” y/o su “autenticidad”. Esta importante cuestión se ha tratado por separado en párrafos anteriores.

207. Determinadas organizaciones regionales y Estados ya han tomado medidas para impedir el registro no autorizado de marcas indígenas como marcas registradas. A pesar de que se informa en detalle sobre esto en documentos anteriores, esta información aparece aquí de nuevo porque estas medidas son mecanismos *sui generis* actuales que pueden servir como ejemplos prácticos y empíricos para otros Estados que deseen establecer mecanismos similares:

i) en el Artículo 136g) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina se establece que “no podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyen la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso”;

ii) la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América (USPTO) ha establecido una exhaustiva base de datos para incluir las insignias oficiales de todos los Estados y tribus nativas americanas federalmente reconocidas¹⁰². La USPTO puede negarse a registrar una marca propuesta si ésta sugiere falsamente una conexión con una tribu indígena o con las creencias de dicha tribu¹⁰³; y

iii) la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio de Nueva Zelandia exige que se deniegue el registro de una marca (o de una parte de una marca) si se considera que su uso o registro puede ofender a un sector importante de la comunidad, incluida la población indígena de ese país, los maoríes¹⁰⁴.

¹⁰² Véase el documento “Report on the Official Insignia of Native American Tribes”, 30 de septiembre de 1999.

¹⁰³ *Ibid.*, págs. 24 a 26.

¹⁰⁴ La Ley está disponible en: <http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/2002/an/049.html>.

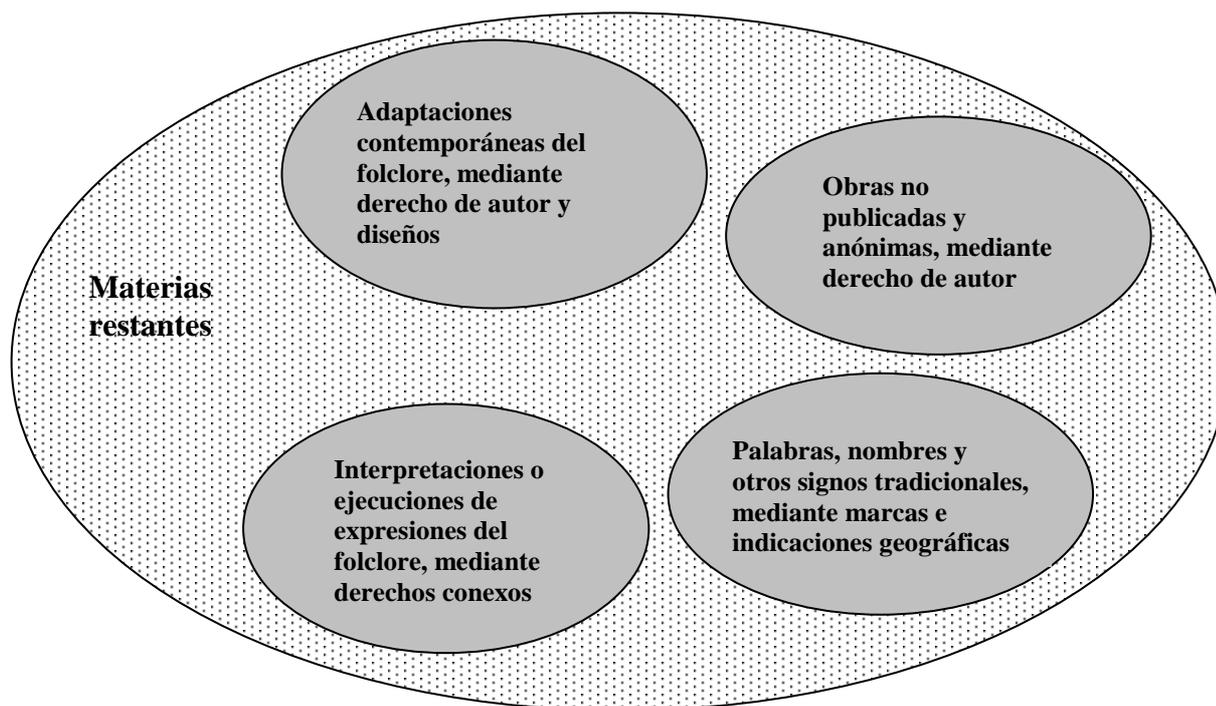
Opciones y cuestiones: las palabras, nombres, símbolos y signos tradicionales

Las opciones incluyen:

- i) una legislación específica o enmiendas legislativas para impedir o regular la concesión de derechos relativos a las marcas sobre los símbolos tradicionales;
- ii) la elaboración de registros en los que las comunidades puedan registrar las palabras, nombres, símbolos y signos que no desean que formen parte de una marca registrada.

Diagrama: La propiedad intelectual y las expresiones del folclore/expresiones culturales tradicionales

Las zonas sombreadas (■) muestran el material cultural folclórico o basado en la tradición que ya recibe una protección positiva por propiedad intelectual en virtud de las leyes nacionales de propiedad intelectual y de los tratados internacionales vigentes.



V. MEDIDAS PRÁCTICAS PARA ESTABLECER DIRECTRICES GENERALES

208. La siguiente serie de medidas, basada en los datos anteriores, puede ayudar a los encargados de la adopción de políticas a barajar estas cuestiones, e ilustra además las opciones disponibles:

Primera medida: determinar los objetivos políticos nacionales, incluidas las necesidades de las comunidades y de los grupos que son depositarios y custodios del folclore. ¿Están vinculados a la propiedad intelectual, o más preocupados por otros objetivos políticos, como

la conservación del patrimonio cultural? ¿Qué materias deben protegerse? ¿Contra qué actos se busca protección? ¿Se trata de una protección positiva o preventiva, o de una combinación de ambas?

Segunda medida: establecer las consideraciones políticas que pueden ser importantes para enmarcar las directrices generales (por ejemplo: la promoción de la diversidad cultural, la estimulación de las industrias culturales para el desarrollo económico, la preservación del patrimonio cultural, la salvaguardia de un dominio público en movimiento y multicultural, la protección de los derechos culturales, la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, etcétera).

Tercera medida: establecer las opciones disponibles en virtud de los sistemas de propiedad intelectual convencionales, incluida la competencia desleal, así como las opciones relativas a los elementos adaptados o modificados del derecho de propiedad intelectual existente.

Cuarta medida: analizar las opciones disponibles en los sistemas no vinculados a la propiedad intelectual adecuados para cumplir los objetivos deseados, como las leyes sobre el patrimonio cultural, la protección del consumidor y sobre el comercio, y las leyes indígenas y consuetudinarias.

Quinta medida: determinar si es necesario un sistema independiente *sui generis* o pueden utilizarse los derechos existentes y las modificaciones de éstos, cubrir las necesidades establecidas y mantener el equilibrio necesario. En tal caso, ¿cómo se relacionaría un sistema *sui generis* con los sistemas de propiedad intelectual convencionales, especialmente en lo relativo a las materias que tienen en común?

Sexta medida: establecer qué medidas, instituciones y programas prácticos y operacionales pueden ser necesarios para facilitar el uso efectivo y la aplicación de las formas de protección que ya se utilizan o están por crearse.

Séptima medida: establecer cómo interactuarían unos con otros los sistemas nacionales para proporcionar protección regional e internacional, mediante marcos jurídicos bilaterales, regionales o internacionales.

VI. CONCLUSIONES

209. En este documento se han examinado algunos de los objetivos políticos y principios generales de los que se ha partido para conceder protección mediante propiedad intelectual a las expresiones del folclore/ECT en un gran número de Estados miembros. Estos objetivos y principios están estrechamente relacionados con los principios fundamentales del sistema de propiedad intelectual, de modo más general.

210. Por tanto, podría resultar oportuno que el Comité estableciera una serie de objetivos y principios fundamentales que guíen la labor futura, el diálogo político, la creación de capacidades y la cooperación técnica vinculados a la protección de las expresiones del folclore/ECT por parte de la OMPI. Estos principios fundamentales podrían complementarse posteriormente con una descripción de las opciones políticas y los mecanismos jurídicos, basándose en toda la gama de enfoques que ya ha estudiado el Comité, junto con un breve análisis de las consecuencias políticas y prácticas de cada opción. Este análisis serviría también para aclarar los puntos en común y la interacción entre los enfoques convencionales y

los enfoques *sui generis* de la protección, así como la relación entre las formas de protección vinculadas a la propiedad intelectual y las formas no vinculadas a ésta. Esta descripción y análisis sentarían una sucinta base para la labor sustantiva futura, incluida la formulación de políticas nacionales, la cooperación regional y la asistencia jurídica y técnica de la OMPI, y establecería un marco claro para proseguir con el diálogo internacional sobre las opciones políticas y una posible coordinación internacional, en caso de que el Comité decida producir material concreto.

211. Se invita al Comité Intergubernamental a:

i) tomar nota y formular comentarios sobre el contenido del presente documento y sus consecuencias en la propiedad intelectual y la protección de las ECT;

ii) estudiar las posibilidades de concentrarse en la labor sustantiva del Comité sobre las ECT y acelerarla, incluida la preparación de borradores de:

- una perspectiva general de los objetivos políticos y de los principios fundamentales para la protección de las ECT; y*
- una descripción de las opciones políticas y los mecanismos jurídicos para la protección de la materia de las ECT, basada en todos los enfoques ya estudiados por el Comité, junto con un breve análisis de las consecuencias políticas y prácticas de cada opción.*

LISTA DE REFERENCIAS

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

Janke, T., “Cuidar la cultura. Estudios de casos sobre propiedad intelectual y expresiones culturales tradicionales” (trabajo preparado para la OMPI (WIPO/GRTKF/Study/2)

Kutty, P. V., “Study on the Protection of Expressions of Folklore”, elaborado para la OMPI (WIPO/GRTKF/Study/1)

Foro Mundial UNESCO-OMPI sobre la Protección del Folclore, celebrado en Phuket (Tailandia) (Publicación de la OMPI N.º 758 (E/F/S))

Secretaría de la OMPI, “Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de los conocimientos tradicionales: Informe de la OMPI sobre las misiones exploratorias (1998-1999)”, Publicación de la OMPI 768(E/F/S)

Resoluciones/Recomendaciones de las consultas regionales sobre folclore de la OMPI/UNESCO de 1999 (WIPO-UNESCO/FOLK/AFR/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/ARAB /99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/LAC/99/1)

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

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

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

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

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

Secretaría de la OMPI, “Presentations on National and Regional Experiences with Specific Legislation for the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions” (WIPO/GRTKF/IC/4/INF 2 a 5Add)

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

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

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