

OMPI



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

S

WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 27 de marzo de 2006

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

**Novena sesión
Ginebra, 24 a 28 de abril de 2006**

LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES
TRADICIONALES/EXPRESIONES DEL FOLCLORE:

PROYECTO ACTUALIZADO DE ESQUEMA DE LAS OPCIONES DE POLÍTICA Y LOS
MECANISMOS JURÍDICOS

Documento preparado por la Secretaría

I. RESUMEN

1. El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (el Comité) encargó la elaboración de un proyecto de esquema de las opciones de política y los mecanismos jurídicos para la protección de las expresiones culturales tradicionales (ECT)/expresiones del folclore (EF). El Comité solicitó este esquema por primera vez durante su sexta sesión y durante la séptima sesión examinó ampliamente un proyecto inicial (WIPO/GRTKF/IC/7/4). El presente documento es la revisión del proyecto que el Comité solicitó entonces.

2. Aun cuando los objetivos y los principios de protección de las ECT/EF se establecieran a nivel internacional, seguiría siendo necesario determinar cómo aplicarlos en el plano de la legislación nacional y regional. Este esquema, por tanto, proporciona información actualizada sobre las opciones de política y los mecanismos jurídicos reales que los sistemas jurídicos nacionales y regionales ya han empleado para poner en práctica la clase de proyecto de objetivos y principios expuestos en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4, que es el principal documento de trabajo en relación con las ECT/EF durante esta novena sesión del Comité, y en las versiones que le precedieron (documentos WIPO/GRTKF/IC/7/3 y WIPO/GRTKF/IC/8/4). Un esquema de las opciones de política y los mecanismos jurídicos podría servir como fuente de información para ayudar a elegir los mecanismos convenientes para alcanzar los objetivos políticos y para aplicar principios tales como los que se presentan a consideración en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4.

3. En concordancia con las orientaciones sugeridas por el Comité, este proyecto se ha actualizado “a la luz de las modificaciones del proyecto de objetivos y principios fundamentales [WIPO/GRTKF/IC/9/4], y de los comentarios recibidos.” Este documento es simplemente un recurso informativo y un instrumento potencial de desarrollo de capacidad, y en esta fase no se sugiere ninguna decisión específica a tomar en relación con este documento, más allá de tomar nota de su contenido y formular comentarios al respecto. En el futuro se podrían preparar actualizaciones adicionales del presente documento, si el Comité lo considerara útil o conveniente.

II. INTRODUCCIÓN

4. En su sexta sesión (celebrada en marzo de 2004), el Comité decidió que la Secretaría preparara dos proyectos complementarios en relación con la protección de las ECT/EF:

i) una perspectiva general de los objetivos políticos y de los principios fundamentales para la protección de las ECT; y

ii) un esquema de las opciones de política y los mecanismos jurídicos para la protección de la materia de las ECT,

tomando como base todos los enfoques ya estudiados por el Comité, junto con un breve análisis de las consecuencias políticas y prácticas de cada opción.¹

5. El primero de los documentos (la perspectiva general de los objetivos políticos y los principios fundamentales) se distribuyó como documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 y fue examinado por el Comité durante la séptima sesión (noviembre de 2004). Los objetivos políticos y los principios fundamentales se revisaron a la luz de las orientaciones proporcionadas por el Comité y mediante el proceso de formulación de observaciones entre períodos de sesiones instituida por éste. La versión revisada resultante se distribuyó como documento WIPO/GRTKF/IC/8/4 y, luego, como documento WIPO/GRTKF/IC/9/4.

6. El segundo documento (el esquema de las opciones de política y los mecanismos jurídicos) se preparó como documento correlativo del primero. Proporciona información acerca de cómo los sistemas jurídicos nacionales y regionales han aplicado verdaderamente los objetivos y los principios de protección de las ECT/EF – la clase de opciones de política y mecanismos jurídicos que se han empleado en la práctica para hacer realidad los objetivos y los principios que están siendo objeto de examen por el Comité. Los objetivos y los principios definen el espacio de la política, que comprende la dimensión internacional de la protección; las opciones de política y los mecanismos jurídicos describen cómo se ha utilizado en la práctica este espacio de la política para proteger las ECT/EF contra la apropiación y la utilización indebidas.

7. La primera versión del esquema de las opciones de política y los mecanismos jurídicos se presentó al Comité como documento WIPO/GRTKF/IC/7/4 y se examinó en la séptima sesión. El Comité pidió que se elaborara una versión revisada que debía actualizarse “a la luz de las modificaciones del proyecto de objetivos y principios fundamentales, y de los comentarios recibidos”². El presente documento es la actualización solicitada.

8. Este proyecto de documento actualizado conserva su función de proporcionar información sobre las opciones de política y los mecanismos jurídicos que los sistemas jurídicos nacionales y regionales han empleado para poner en práctica la clase de proyecto de objetivos y principios expuestos en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4, que es el principal documento de trabajo en relación con las ECT/EF durante esta novena sesión del Comité, y en los proyectos que le precedieron, los documentos WIPO/GRTKF/IC/7/3 y WIPO/GRTKF/IC/8/4.

III. CONTEXTO DE LAS OPCIONES DE POLÍTICA Y LOS MECANISMOS JURÍDICOS

9. El presente documento, por tanto, puede considerarse un recurso informativo y un instrumento de desarrollo de capacidad para aprovechar la amplia base de experiencia práctica

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

² Informe de la séptima sesión, WIPO/GRTKF/IC/7/15, párr. 102.

como ayuda para elegir los mecanismos adecuados para alcanzar el proyecto de objetivos y aplicar el proyecto de principios expuestos en el documento correlativo, WIPO/GRTKF/IC/9/4. En la práctica, dicho proyecto de principios internacionales puede aplicarse a través de una variedad de mecanismos jurídicos nacionales y regionales diferentes, que van desde distintas formas de derechos de P.I., o derechos de P.I. adaptados, hasta normas generales sobre competencia desleal, pasando por varios mecanismos jurídicos que tienen un alcance más amplio que el derecho de P.I. propiamente dicho (como el derecho penal, las normas sobre delitos menores, los principios generales de la responsabilidad civil, las leyes sobre preservación del patrimonio cultural, las disposiciones contra la blasfemia, el derecho consuetudinario, contractual y laboral, y las normas y regímenes sobre comercialización y etiquetado). Los encargados nacionales de la formulación de políticas cuentan con una amplia gama de opciones de política y mecanismos jurídicos para hacer realidad los objetivos y principios como los que se sugieren en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4. En el presente documento se ilustran esas opciones y se presentan los borradores que han de someterse al examen del Comité. De este documento se desprende que a partir de las distintas experiencias prácticas y de determinados mecanismos específicos, fundamentos de acción, doctrinas y otros medios, pueden lograrse esos objetivos y aplicarse esos principios.

10. Este enfoque responde a la necesidad de respetar el hecho de que, al examinar la dimensión internacional, una protección eficaz y adecuada podría materializarse a través de una amplia gama de mecanismos jurídicos, y el hecho de que un enfoque basado en principios demasiado limitados, pormenorizados o rígidos podría restringir el espacio para la formulación de políticas en el plano nacional, cercenar la eficacia de la protección, entrar en conflicto con la legislación en vigor sobre protección de las ECT/EF, y dificultar las consultas necesarias con las partes interesadas y en particular con los titulares de las ECT. También, se refiere a la necesidad de basarse en un amplio espectro de mecanismos jurídicos para lograr el objetivo deseado, que es la protección.

11. Este es un enfoque relativamente común en el ámbito de la propiedad intelectual. En documentos anteriores se dieron ejemplos de convenios sobre propiedad intelectual que establecen principios generales y dan cabida a variaciones amplias en cuanto a la aplicación en la legislación de los signatarios³. Este enfoque guarda la coherencia y da expresión directa al “principio de flexibilidad y exhaustividad” sugerido en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 y sus versiones anteriores.

12. La experiencia real en cuanto a la protección de las ECT/EF ha demostrado que es poco probable que pueda encontrarse un único modelo internacional “talle único” o “universal” para proteger adecuadamente las ECT y que se acomode a las prioridades nacionales, al entorno jurídico y cultural, y a las necesidades de las comunidades tradicionales de todos los

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

países⁴. Hay una gran variedad de formas de expresión creativa tradicional y de medios consuetudinarios para reglamentar su utilización, transmisión, protección y preservación. Se ha dicho que no es conveniente intentar codificar e institucionalizar la protección de la “identidad cultural” y que sería preferible adoptar un enfoque flexible e integrador. Una organización indígena lo ha expuesto de manera muy clara: “Cualquier intento por elaborar directrices uniformes para el reconocimiento y la protección de los conocimientos de los pueblos indígenas corre el riesgo de reducir esta rica diversidad de la jurisprudencia a un “modelo único” que no se adecue a los valores, concepciones o leyes de las sociedades indígenas”⁵. Las disposiciones para la protección de las ECT/EF adoptadas en el plano internacional también tendrían que adecuarse a la diversidad legislativa y jurisprudencial de los actuales regímenes nacionales y regionales⁶. En particular, la experiencia ha demostrado que una combinación de enfoques, de derechos exclusivos y no exclusivos, de nuevas medidas y la adaptación de los derechos de P.I. existentes, tiene más probabilidades de lograr el objetivo de protección.

IV. ESTRUCTURA DE ESTE DOCUMENTO

13. En concordancia con las indicaciones sugeridas por el Comité, para que resulte una referencia útil y en aras de la coherencia, el presente documento sigue la estructura propuesta en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4. Está estructurado de la manera siguiente:

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

i) *opciones destinadas a lograr los objetivos de protección*, en las que se detallan las distintas formas en que se expresan los objetivos políticos sugeridos en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 en las leyes e instrumentos internacionales, regionales y nacionales;

ii) *opciones relativas a la forma general de protección*, en las que se detalla el abanico de doctrinas jurídicas y principios generales que se aplican a la protección de las ECT/EF, y que corresponden de manera amplia a los principios rectores generales sugeridos en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4;

⁴ Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 72), Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 73), Canadá (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 79), República Árabe Siria (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 80), Nueva Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 88), *Kaska Dena Council* (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 59).

⁵ *Four Directions Council*, ‘Forests, Indigenous Peoples and Biodiversity,’ documento presentado a la Secretaría del CDB en 1996.

⁶ Véase el informe final sobre las experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore (WIPO/GRTKF/IC/3/10); véase también *Folklore*, de Lucas-Schloetter, en *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, compilado en 2004 por S. von Lewinski (Kluwer); y *Protecting Folklore Under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States*, de P. Kuruk, 48, *American University Law Review* 769 (1999).

b) *elementos jurídicos de protección de las ECT/EF*, mediante los cuales se indica en qué forma las disposiciones jurídicas elaboradas y aplicadas en legislaciones e instrumentos internacionales, nacionales y regionales podrían llevar a efecto los principios sustantivos concretos sugeridos en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4.

14. En el presente documento se delinear provisionalmente las opciones y los mecanismos jurídicos. El documento podrá evolucionar siguiendo el paso de los objetivos y principios expuestos en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4. En esta etapa, sin embargo, no se sugieren decisiones específicas respecto del presente documento ya que tan sólo se invita al Comité a tomar nota de su contenido y formular comentarios al respecto, y a solicitar su subsiguiente actualización si así lo deseara.

15. En cuanto concierne a la terminología, los términos “expresiones culturales tradicionales” y “expresiones del folclore”; “protección”; y “pueblos indígenas y comunidades tradicionales y otras comunidades culturales”, se emplean tal y como se explicó en documentos anteriores, en particular en los documentos WIPO/GRTKF/IC/7/3, WIPO/GRTKF/IC/7/4 y WIPO/GRTKF/IC/8/4, y según se utilizan en el documento correlativo WIPO/GRTKF/IC/9/4.

V. BASE DE LOS DEBATES ANTERIORES Y EXPERIENCIA CONCRETA

16. El presente documento se nutre directamente del amplio espectro de material que ha servido hasta ahora como base de la labor del Comité, por ejemplo, los documentos de trabajo anteriores preparados para el Comité⁷; las intervenciones y ponencias presentadas por los Estados miembros, las comunidades y demás partes interesadas durante las sesiones del Comité, así como en talleres y consultas nacionales y regionales⁸; informes⁹; estudios¹⁰; respuestas a cuestionarios¹¹; y comentarios sobre documentos de trabajo anteriores realizados para otras sesiones del Comité¹². También se han tomado en consideración documentos y ponencias de los Estados miembros, como la propuesta presentada al Comité por el Grupo

⁷ Véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/3/10, WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 Add., WIPO/GRTKF/IC/7/3, WIPO/GRTKF/IC/7/4 y WIPO/GRTKF/IC/8/4.

⁸ Por ejemplo, véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/4/4, WIPO/GRTKF/IC/5/4 y WIPO/GRTKF/IC/6/7, en los que figuran las listas de esas reuniones y consultas. Véanse también las intervenciones citadas en los informes de las sesiones anteriores del Comité. Entre los talleres y consultas que tuvieron lugar desde que se redactara el documento anterior, en agosto de 2004, se incluyen los celebrados en Indonesia (noviembre de 2004), Noruega (octubre de 2004), la República de Corea (octubre de 2004), la Federación de Rusia (abril de 2005), Sudáfrica (mayo de 2005), Panamá (octubre de 2005), Grecia (octubre de 2005), y Sudán (noviembre de 2005).

⁹ Como el informe sobre las misiones exploratorias realizadas por la OMPI en 1998 y 1999.

¹⁰ Como *Minding Culture*, de Terri Janke, y *National Experiences of India, Indonesia and the Philippines*, de Valsala Kutty.

¹¹ Como el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10.

¹² Véanse en particular los informes de las sesiones anteriores del Comité.

Africano en la sexta sesión (documento WIPO/GRTKF/IC/6/12, titulado “Objetivos, principios y elementos de uno o varios instrumentos internacionales sobre la propiedad intelectual y los recursos genéticos, y sobre la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore”), que muchas delegaciones acogieron con agrado y consideraron útil como marco para proseguir los debates y el estudio del tema¹³.

17. También se han estudiado y tenido en cuenta varios instrumentos, medidas y normas internacionales, regionales y nacionales (muchos de los cuales se resumen y analizan en los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3 y WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4; véase el Anexo II de este documento), como los siguientes:

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

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

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

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

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

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

vii) la Base de Datos de Insignias Oficiales de las Tribus Americanas Autóctonas de los Estados Unidos de América, establecida en virtud del Artículo 2.a) de la Ley de Marcas de 1946, en su forma enmendada (“la base de datos de insignias de tribus americanas autóctonas de EE.UU.”);

¹³ Como el Grupo B (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 191), la Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 192), el Grupo de Países de Europa Central y el Báltico (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 193), China (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 194), la República Árabe Siria (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 203), el Canadá (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 205), Noruega (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 216), el Pakistán (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 217), la ARIPO (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 225), la URTNA (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 227) y el *Kaska Dena Council* haciendo uso de la palabra en nombre de varias organizaciones representativas de pueblos indígenas (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 228).

viii) la sección 17.1)b)ii) de la Ley de Marcas de 2002 de Nueva Zelanda, que establece los motivos por los cuales el Comisionado de Marcas puede denegar el registro de una marca cuyo uso o registro pudieran ser ofensivos para un amplio sector de la comunidad, incluida la comunidad Maorí; y

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

18. Para facilitar la consulta, en el Anexo II figura un cuadro analítico y comparativo de muchas de esas normas.

19. Además, se ha examinado un gran número de leyes nacionales. Se trata principalmente de leyes de Estados africanos y otros Estados que han incorporado la protección de las ECT/EF sobre la base de la Ley Tipo de Túnez de 1976 o de las Disposiciones Tipo de 1982. A título de ejemplo, cabe señalar que se prestó particular atención a la legislación sobre derecho de autor de Nigeria y de Túnez, presentada en el Grupo Especial sobre ECT/EF reunido durante la cuarta sesión del Comité. También se analizó y se tuvo en cuenta la Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos (“la Ley del Perú de 2002”).

20. La labor que realizan las organizaciones regionales también contribuye notablemente a identificar y desarrollar opciones y mecanismos. Más recientemente, cabe tomar nota de la importante iniciativa de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO) y la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI). Hacia finales de 2004, ambas organizaciones regionales decidieron elaborar proyectos de marco de instrumentos africanos para proteger los conocimientos tradicionales y las expresiones del folclore contra la apropiación y el uso indebidos. Primero cada una de las organizaciones celebró reuniones de expertos para elaborar los respectivos proyectos de la ARIPO y la OAPI (las reuniones tuvieron lugar en Dakar (Senegal), en febrero de 2005, y en Harare (Zimbabwe), en abril de 2005). Posteriormente, en noviembre de 2005 se celebró en Kampala (Uganda) una reunión conjunta de expertos de la ARIPO y la OAPI, en la que se elaboraron proyectos de marco armonizados para preparar instrumentos africanos sobre conocimientos tradicionales y expresiones del folclore. Dichos proyectos de marco se han presentado a los Estados miembros de ambas organizaciones para que estos puedan formular sus observaciones.

21. La salvaguardia, preservación, promoción y protección de las expresiones de las culturas tradicionales se abordan asimismo en otros foros de políticas, y tanto el documento WIPO/GRTKF/9/4 como el presente documento correlativo recogen y toman en consideración las cuestiones planteadas en tales foros. Entre ellas cabe destacar:

a) en el ámbito de *derechos humanos*, la renovada atención prestada por el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, auspiciado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al proyecto de “Principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas”, que el Grupo de Trabajo estudió en última ocasión en julio de 2005; la adopción por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) de las Naciones Unidas de una observación general sobre el Artículo 15.1)c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR), 1966, en noviembre de 2005; y el debate en curso sobre el “Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, elaborado por el Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Declaración creado a tal fin por la Comisión de

Derechos Humanos de las Naciones Unidas;

b) en los ámbitos de *patrimonio cultural y diversidad cultural*, la Convención Internacional de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, de 2003, que entrará en vigor el 20 de abril de 2006, y la reciente adopción, a finales de 2005, de la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales;

c) en el ámbito de *derechos de las poblaciones indígenas*, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (el Foro Permanente) continúa con su labor de ofrecer asesoramiento técnico y recomendaciones en torno a las cuestiones indígenas, contribuir a la sensibilización y fomentar la integración y la coordinación de las actividades relacionadas con las cuestiones indígenas en el seno del sistema de las Naciones Unidas, así como de preparar y difundir información acerca de las cuestiones indígenas. En enero de 2005, el Foro organizó un Taller Internacional sobre Metodologías Relativas al Consentimiento Libre, Previo y Fundamentado de los Pueblos Indígenas, y en septiembre de 2005, el Grupo Interinstitucional de Apoyo para las Cuestiones Indígenas (del cual la OMPI es un miembro activo) organizó en Panamá un seminario internacional sobre conocimientos indígenas tradicionales que fue acogido por la Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

22. Muchos de estos procesos regionales e internacionales tomaron ideas y texto directamente de los proyectos de objetivos y principios para la protección de las ECT tal como se presentan en el presente documento o en las versiones anteriores del mismo.

23. Los primeros borradores de este documento y de las ideas que figuran en él se examinaron y consultaron en la medida de lo posible en varias reuniones y en otras ocasiones¹⁴. Como consecuencia de las sugerencias formuladas por las Delegaciones de Egipto y de la República Islámica del Irán, y por otros participantes en la sexta sesión¹⁵, se procuró recabar comentarios e información de folcloristas y otros expertos en el tema, entre otras cosas, en reuniones y comunicaciones oficiales y oficiosas¹⁶.

¹⁴ Por ejemplo, Simposio OMPI/EE.UU. sobre Derecho de Autor, Washington DC, 6 y 7 de mayo de 2004; 43ª Sesión Anual de la Organización Jurídica y Consultiva Asiática Africana, Bali, 21 a 25 de junio de 2004; Taller de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo (SADC) sobre Sistemas, Elaboración de Políticas y Creación de Capacidad en el Ámbito de los Conocimientos Indígenas, Pretoria, 7 a 9 de junio de 2004; 3ª Sesión del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, 10 a 21 de mayo de 2004; Programa del ACNUDH y la OIT de Subsidios a Indígenas, 10 de junio de 2004; Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Ginebra, julio de 2004; Coloquio OMPI OMC para Profesores de Derecho de Propiedad Intelectual, Ginebra, 28 de junio a 9 de julio de 2004.

¹⁵ WIPO/GRTKF/IC/6/14, párrafos 42 y 52.

¹⁶ Por ejemplo, *Folklore, Aesthetic Ecologies and Public Domain*, Universidad de Pennsylvania, 2 y 3 de abril de 2004; Octavo Congreso de la *Société internationale d'ethnologie et de folklore* (SIEF) y Tercer Congreso de la *Association d'anthropologie méditerranéenne* (ADAM), Marsella, 28 de abril de 2004.

24. Entre los talleres, seminarios y reuniones consultivas celebrados más recientemente desde que se redactara la versión anterior de este documento, en agosto de 2004, cabe citar los celebrados en Indonesia (noviembre de 2004), Noruega (Foro Permanente/UNESCO/University of Tromso, octubre de 2004), República de Corea (octubre de 2004), Senegal (OAPI, febrero de 2005), Francia (taller de la UNESCO, marzo de 2005), Brasil (UNCTAD, abril de 2005), Federación de Rusia (Congreso de la RAIPON, abril de 2005), Zimbabwe (ARIPO, abril de 2005), Sudáfrica (mayo de 2005), Panamá (IASG/Foro Permanente, septiembre de 2005), Panamá (octubre de 2005), Grecia (ICOM-ICME, octubre de 2005), Uganda (ARIPO/OAPI, noviembre de 2005), Sudán (noviembre de 2005) y Tailandia (ONCC/ACCU, diciembre de 2005).

25. Si bien estos acontecimientos más recientes aún no están reflejados íntegramente en el Anexo I, si el Comité así lo deseara dicho anexo podría irse actualizando poco a poco para incluir las novedades que se vayan produciendo.

VI. CONCLUSIONES

26. El presente documento conserva su condición de instrumento informativo en relación con las opciones específicas dentro del espacio de la política nacional para dar aplicación a principios internacionales generales, así como en relación con la clase de mecanismos jurídicos que hay disponibles para hacer el mejor uso posible, con las adaptaciones pertinentes, de dicho espacio de la política. Ha sido preparado como recurso complementario, según la estructura básica sugerida en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4. La aceptación general de este enfoque podría sugerir que la evolución futura de este material debería seguir teniendo en cuenta el desarrollo ulterior de aquel documento. El presente documento puede seguir desempeñando su función en lo concerniente a la coordinación del fortalecimiento de capacidades y el desarrollo de políticas en el ámbito nacional y regional. Podrá seguir desarrollándose y perfeccionándose según la orientación general que ofrezca el Comité en cuanto al desarrollo del documento WIPO/GRTKF/IC/9/4.

27. Se invita al Comité a: i) a tomar nota del esquema actualizado de las opciones de política y los mecanismos jurídicos de protección expuesto en los Anexos I y II del presente documento y a formular comentarios al respecto; y ii) a tomar nota de la posibilidad de perfeccionar este material a la luz de la futura labor del Comité sobre los objetivos y principios de protección.

[Siguen los Anexos]

ANEXO I

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

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

A.1 Opciones para realizar los objetivos de protección

1. En el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4, se sugieren los siguientes objetivos que la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore debería tender a lograr:

Reconocer el valor

i) *reconocer que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales consideran que su patrimonio cultural tiene un valor intrínseco y, en particular, un valor social, cultural, espiritual, económico, científico, intelectual, comercial y educativo, y admitir que las culturas tradicionales y el folclore constituyen marcos de innovación y creatividad que benefician a los pueblos indígenas y a las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, así como a toda la humanidad;*

Promover el respeto

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

Responder a las verdaderas necesidades de las comunidades

iii) *adecuarse a las aspiraciones y expectativas expresadas directamente por los pueblos indígenas y por las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, respetar sus derechos en virtud de las legislaciones nacionales e internacional y contribuir al bienestar y al desarrollo económico, cultural, medioambiental y social duraderos de dichos pueblos y comunidades;*

Impedir la apropiación indebida de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore

iv) *proporcionar a los pueblos indígenas y a las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales los medios jurídicos y prácticos, incluidas las medidas eficaces de observancia, para impedir la apropiación indebida de sus expresiones culturales y sus derivados, controlar la forma en que se utilizan fuera del contexto consuetudinario y tradicional y promover la participación equitativa en los beneficios derivados de su utilización;*

Potenciar a las comunidades

v) *lograr este objetivo de una manera equilibrada y equitativa, pero de modo que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales puedan realmente ejercer derechos y autoridad sobre sus propias expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore;*

Apoyar las prácticas consuetudinarias y la cooperación en las comunidades

vi) *respetar la transmisión, el intercambio, el desarrollo y el uso ininterrumpido y consuetudinario de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore por las comunidades, tanto en su interior como entre ellas;*

Contribuir a la salvaguardia de las culturas tradicionales

vii) *contribuir a la preservación y la salvaguardia del entorno en el que se generan y se mantienen las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, lo que redunde directamente en beneficio de los pueblos indígenas y de las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, así como de la humanidad en general;*

Promover la innovación y la creatividad en las comunidades

viii) *recompensar y proteger la creatividad y la innovación basadas en las tradiciones, en especial por parte de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales;*

Promover la libertad intelectual y artística, la investigación y el intercambio cultural en condiciones equitativas

ix) *promover la libertad intelectual y artística, las prácticas investigativas y el intercambio cultural en condiciones que sean equitativas para los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales;*

Contribuir a la diversidad cultural

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

Promover el desarrollo de las comunidades y las actividades comerciales legítimas

xi) *cuando así lo deseen las comunidades y sus miembros, fomentar el uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore para el desarrollo de las comunidades, reconociéndolas como un activo de las comunidades que se identifican con ellas, por ejemplo mediante la creación y la ampliación de oportunidades comerciales para las creaciones y las innovaciones basadas en las tradiciones;*

Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual no autorizados

xii) *impedir la concesión, el ejercicio y la observancia de derechos de propiedad intelectual adquiridos sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore y las obras derivadas de las mismas por partes no autorizadas;*

Aumentar la seguridad, la transparencia y la confianza mutua

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

2. Figuran a continuación algunos ejemplos de objetivos y de lenguaje de preámbulo extraídos de legislación e instrumentos en vigor para la protección de las ECT/EF; en ellos se manifiestan las distintas maneras de expresar en el ámbito nacional y regional los objetivos expuestos en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

vi) los objetivos políticos de la Ley de Derecho de Autor de Nigeria en lo que concierne a las ECT/EF son “impedir la utilización no autorizada de los recursos del folclore; garantizar el honor y la dignidad y salvaguardar los intereses culturales de la comunidad de origen; reconocer la fuente del folclore, sin obstaculizar de manera innecesaria el acceso del público a esos recursos”¹.

A.2 Opciones relativas a la forma general de protección

Introducción

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

4. El debate acerca de la protección de las ECT suele girar en torno a la mejor manera de darles protección adecuada, ya sea mediante los sistemas convencionales de P.I. o mediante un sistema alternativo *sui generis*. Sin embargo, las experiencias prácticas concretas de muchos Estados miembros reflejan que los derechos vigentes de P.I. y las medidas *sui generis* no se excluyen mutuamente, sino que son complementarios². Es probable que un enfoque

¹ Presentación de Nigeria en la cuarta sesión del Comité; véase el documento WIPO/GRTKF/IC/4/INF/2.

² GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5), Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párrafos 20 y 165), Canadá (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párrafos 46 y 166), Noruega (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 33), Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 49), Polonia (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 156), Grupo Asiático (WIPO/GRTKF/IC/2/10 y WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 170), Etiopía (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 50), Grupo Asiático (WIPO/GRTKF/IC/2/16 párr. 170), Tailandia (WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 172). Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 62), Brasil (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 63), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 65), Colombia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 67), Federación de Rusia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 68), Irán (República Islámica del) (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 69), Indonesia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 74), Marruecos

[Sigue la nota en la página siguiente]

exhaustivo examine cada una de esas opciones y las aplique cuidadosamente con el fin de lograr los objetivos de protección, con la visión realista de que los límites entre esas opciones no son rígidos. Por lo tanto, podrá lograrse una protección eficaz mediante un enfoque combinado y exhaustivo, con varios niveles y formas de protección diferenciados. La opción escogida por varios países ha dependido en gran medida de sus objetivos políticos y metas nacionales.

5. Esta flexibilidad -que engloba un enfoque exhaustivo y combinado- es la expresión práctica de varios de los principios rectores generales propuestos en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4. En el “principio de flexibilidad y exhaustividad” sugerido se destaca que en la protección que se conceda deberá respetarse la diversidad de las ECT/EF y la amplia gama de necesidades de los beneficiarios de la protección, reconocerse la diversidad de circunstancias y sistemas jurídicos de los distintos países, y otorgarse la flexibilidad necesaria para que las autoridades nacionales puedan determinar el medio apropiado de lograr los objetivos de la protección. Por consiguiente, a los fines de la protección pueden contemplarse numerosas opciones, que combinen derechos de propiedad y medidas de otro tipo o medidas no relacionadas con la propiedad intelectual, y podrá recurrirse a los derechos de propiedad intelectual vigentes, las ampliaciones o adaptaciones *sui generis* de derechos de P.I., y las medidas y sistemas *sui generis* creados con fines específicos, incluidas las medidas preventivas y positivas. Los derechos de propiedad privada deben ser complementarios de las medidas que no guardan relación con los derechos exclusivos ni con la P.I., y deben estar cuidadosamente equilibrados con ellas.

6. Los demás principios sugeridos también reciben impulso directo de ese enfoque. Por ejemplo, el “principio de receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades” se refiere a la necesidad de reconocer y respetar en lo posible las normas y protocolos indígenas y consuetudinarios, promover el uso complementario de la protección positiva y preventiva, abordar los aspectos culturales y económicos del desarrollo, tomar medidas contra los actos insultantes, injuriosos y ofensivos, permitir la participación plena y efectiva de esas comunidades, y reconocer que para muchas comunidades las ECT/EF son inseparables de los conocimientos tradicionales. También debe considerarse que las medidas de protección jurídica de las ECT/EF son facultativas para los pueblos indígenas y demás comunidades que siempre tendrán derecho a basarse de manera parcial o exclusiva en sus propias formas consuetudinarias y tradicionales de protección contra el acceso no autorizado a sus ECT/EF o su uso indebido.

7. El “principio de equilibrio” debe reflejar la necesidad de lograr un justo equilibrio entre los derechos y los intereses de quienes desarrollan, preservan y perpetúan las ECT/EF y de quienes las utilizan y disfrutan; la necesidad de reconciliar preocupaciones políticas diversas; y la necesidad de que las medidas concretas de protección sean proporcionales a los objetivos de la protección, las experiencias y necesidades reales, y el mantenimiento de un justo equilibrio de intereses. El “principio de respeto de los acuerdos e instrumentos regionales e internacionales y de concordancia con los mismos” se refiere a que las ECT/EF deben ser protegidas de una forma tal que se guarde coherencia con los objetivos de otros instrumentos y procesos regionales e internacionales pertinentes, y sin menoscabar los derechos y

[Continuación de la nota de la página anterior]

(WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 76), Egipto (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 80), Comunidad Andina (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 82), Perú (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 77), India (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 81), Nueva Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 88).

obligaciones específicos ya establecidos en instrumentos jurídicos vinculantes. El “principio de reconocimiento de la naturaleza específica y las características de las expresiones culturales” tiende a que la protección responda al carácter tradicional de las ECT/EF, a su contexto colectivo o comunal y al carácter intergeneracional de su desarrollo, preservación y transmisión; a su relación con la identidad e integridad cultural y social, las creencias, espiritualidad y valores de la comunidad; a su calidad de vehículos de expresión religiosa y cultural; y a su carácter en constante evolución dentro de las comunidades. Asimismo, significa que en las medidas especiales de protección jurídica también debe reconocerse que, en la práctica, las ECT/EF no siempre se han creado dentro de “comunidades” identificables con un hábitat definido que puedan considerarse como personas jurídicas o una colectividad de actores. Las ECT/EF no siempre son la expresión de identidades locales singulares; tampoco suelen ser enteramente originales, sino antes bien producto de intercambio e influencia entre distintas culturas.

8. En el principio clave de “respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de las ECT/EF” se expresa que la protección debe promover el uso, el desarrollo, el intercambio, la transmisión y la difusión de las ECT/EF por las comunidades interesadas de conformidad con sus normas y prácticas consuetudinarias. El uso, las prácticas y las normas de índole consuetudinaria deberán orientar la protección jurídica de las ECT/EF en la medida de lo posible respecto de cuestiones tales como la titularidad de los derechos, la gestión de los derechos y la toma de decisiones comunitarias, la participación equitativa en los beneficios, y las excepciones y limitaciones respecto de los derechos y recursos. Por último, el “principio de efectividad y accesibilidad de las medidas de protección” indica que las medidas destinadas a la adquisición, la gestión y la observancia de los derechos, así como a la aplicación de otras formas de protección, deben ser efectivas, apropiadas y accesibles, habida cuenta del contexto cultural, social, político y económico de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales.

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

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

- a) distintos derechos de propiedad intelectual, entre ellos:
 - i) derechos vigentes de P.I.,
 - ii) derechos de P.I. modificados o adaptados, y
 - iii) sistemas de P.I. *sui generis* independientes;
- b) normas sobre competencia desleal;
- c) prácticas comerciales y legislación sobre comercialización;
- d) utilización de contratos y licencias;
- e) registros, inventarios y bases de datos;
- f) legislación y protocolos consuetudinarios e indígenas;

- g) legislación y programas sobre preservación del patrimonio cultural;
- h) legislación sobre responsabilidad civil y otros recursos, como el derecho a la imagen, y disposiciones sobre la información confidencial y contra el enriquecimiento ilícito y la blasfemia;
- i) Derecho penal³.

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

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

11. Está demostrado que algunas de las necesidades y preocupaciones de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y otras comunidades culturales y sus miembros, si no todas, pueden ser atendidas mediante soluciones que ya existen en los sistemas vigentes de P.I., en algunos casos, mediante la extensión o adaptación de esos sistemas⁴. Por ejemplo:

- a) mediante la legislación sobre derecho de autor y diseños industriales pueden protegerse las adaptaciones y las interpretaciones o ejecuciones contemporáneas de material preexistente, aunque estén realizadas en un contexto tradicional;
- b) mediante el derecho de autor pueden protegerse las obras no publicadas de autor desconocido;
- c) el *droit de suite* (derecho de reventa) del derecho de autor permite a los autores de las obras de arte beneficiarse económicamente de las ventas sucesivas de sus obras;
- d) las interpretaciones o ejecuciones de ECT/EF pueden protegerse en virtud del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) de 1996;
- e) los signos, símbolos y otras marcas tradicionales pueden registrarse como marcas;

³ Por ejemplo, el Derecho penal se ha aplicado para combatir el contrabando de interpretaciones o ejecuciones y las sanciones penales figuran entre los medios de aplicación de las normas expuestas en el Convenio Fonogramas.

⁴ Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párrafos 20 y 165), Canadá (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párrafos 46 y 166), Noruega (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 33), Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 49), Polonia (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 156), Grupo Asiático (WIPO/GRTKF/IC/2/10 y WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 170).

f) los nombres geográficos y las denominaciones de origen tradicionales pueden ser registrados como indicaciones geográficas;

g) el carácter distintivo y la buena reputación asociada a algunos productos o servicios tradicionales pueden protegerse de la atribución engañosa mediante la legislación sobre competencia desleal y/o la utilización de marcas de certificación y marcas colectivas;

h) las ECT/EF secretas pueden protegerse como “información confidencial” o mediante doctrinas como la del “abuso de confianza”.

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

13. Por lo tanto, muchos participantes en el Comité han afirmado que los sistemas de P.I. vigentes presentan algún grado de utilidad y, en algunos casos, satisfacen las necesidades de las comunidades indígenas y tradicionales⁵. Han declarado que las normas y los mecanismos existentes deberían utilizarse para aprovechar la experiencia adquirida y porque ofrecen beneficios prácticos inmediatos (incluida la protección internacional en virtud de los instrumentos existentes). Por ejemplo, el Grupo de Países de América Latina y el Caribe (GRULAC) observó que la utilización de las legislaciones vigentes en materia de P.I. es una de las opciones posibles:

“Muchas de las reivindicaciones, necesidades y expectativas de protección manifestadas por los poseedores de recursos genéticos y de conocimientos tradicionales (incluyendo el folclore), podrían ser atendidas total o parcialmente a través de los regímenes y de la normativa existentes actualmente en la propiedad intelectual. [...] Los recursos que la propiedad intelectual ofrece no han sido suficientemente explotados por los poseedores de conocimientos tradicionales de cultura, ni por las empresas (pequeñas y medianas) formadas por ellos.”⁶

14. También debería alentarse la creatividad basada en la tradición y, en la medida de lo posible, las comunidades y sus miembros deberían valerse de la P.I. para proteger las ECT/EF y las obras derivadas. Por ejemplo, el Grupo Africano observó que la protección de las

⁵ Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párrafos 20 y 165), Canadá (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párrafos 46 y 166), Noruega (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 33), Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 49), Polonia (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 156), Grupo Asiático (WIPO/GRTKF/IC/2/10 y WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 170).

⁶ WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 2.

ECT/EF, entre otras cosas, debería tender a “proteger y otorgar reconocimiento a las obras creativas e innovadoras derivadas de conocimientos tradicionales y expresiones del folclore”⁷.

15. Muchos participantes en el Comité también han afirmado que los sistemas vigentes de P.I. no son totalmente adecuados y que deberían ser modificados y/o deberían establecerse sistemas *sui generis*. En otros casos se ha promovido el establecimiento de sistemas *sui generis* independientes⁸.

16. Asimismo, se ha sostenido que las nuevas medidas y los nuevos sistemas deberían ponerse a prueba, en primer lugar, en el ámbito nacional⁹, y que deberían ser examinados, desarrollados y puestos en práctica con la participación plena y real de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales¹⁰.

Medidas de carácter privado y otras medidas

17. Los derechos exclusivos de propiedad sobre las ECT/EF, y los mecanismos del ámbito de la P.I. en general, deberían ser complementarios de las medidas que no guardan relación con los derechos exclusivos ni con la propiedad intelectual, y estar cuidadosamente equilibrados y coordinados con ellos, para reflejar las características de las formas y los procesos tradicionales de creatividad, los intereses de las partes que intervienen, los usos y las prácticas consuetudinarios relacionados con dichas formas y procesos y las estructuras sociales de las comunidades, sus prácticas y esquemas de funcionamiento¹¹. Los derechos exclusivos de propiedad privada sobre las ECT, aunque sus titulares sean las comunidades, podrían entrar en conflicto con las características de las formas y procesos tradicionales de

⁷ WIPO/GRTKF/IC/6/12. Véase también el documento presentado por la Comunidad Europea (WIPO/GRTKF/IC/3/11).

⁸ Etiopía (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 50), Grupo Asiático (WIPO/GRTKF/IC/2/16 párr. 170), Tailandia (WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 172). Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 62), Brasil (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 63), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 65), Colombia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 67), Federación de Rusia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 68), Irán (República Islámica del) (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 69), Indonesia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 74), Marruecos (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 76), Egipto (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 80), y Comunidad Andina (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 82).

⁹ Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 49).

¹⁰ Véase WIPO/GRTKF/IC/1/13, párr. 87; WIPO/GRTKF/IC/2/16, párrafos 75, 91, 117; Ponencia del Grupo Asiático y de China (WIPO/GRTKF/IC/2/10). Véase también la Consulta Regional africana OMPI-UNESCO sobre protección de las expresiones del folclore, Pretoria, 23 a 25 de marzo de 1999 (WIPO-UNESCO/Folk/AFR/99/1) párr. 3; véase *OMPI, Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de los conocimientos tradicionales: Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales* (1998-1999) párrafos 80, 128 y 142; WIPO/GRTKF/IC/2/26, párr. 152; WIPO/GRTKF/IC/2/16, párr. 186. Nueva Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 41).

¹¹ Véase, por ejemplo, Nueva Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 41) y Consejo Saami (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 57).

creatividad y producir efectos secundarios imprevistos, como generar competencia entre las comunidades y dentro de ellas.

18. Las experiencias legislativas nacionales son ilustrativas: de los muchos países que ya han sancionado legislación específica para proteger las ECT/EF, sólo unos pocos prevén derechos exclusivos de propiedad sobre las ECT/EF, antes bien, la mayoría tiende sólo a regular su explotación¹². Así pues, los derechos de propiedad intelectual no son la única manera de proteger las ECT. Para lograr una protección amplia podrá ser necesario aplicar una serie de elementos del ámbito de la propiedad privada y ajenos a ella; ello incluye algunos que no guarden relación con la propiedad intelectual. Entre los enfoques ajenos a la propiedad privada figuran las normas sobre competencia desleal; los regímenes de remuneración equitativa; las prácticas comerciales y las normas sobre comercialización; los contratos y las licencias; los registros, inventarios y bases de datos; las normas y protocolos consuetudinarios e indígenas; las leyes y programas sobre preservación del patrimonio cultural; y los programas de promoción y desarrollo de la artesanía (como los sellos de calidad). Esas opciones no se excluyen entre sí y cada una, en funcionamiento conjunto, desempeña su papel en un enfoque amplio de protección. Las modalidades y enfoques adoptados dependerán también de la naturaleza de las ECT que deban protegerse y de los objetivos de política que se procure respaldar mediante la protección.

19. Las leyes vigentes de protección de las ECT/EF ponen de manifiesto un amplio espectro de doctrinas y mecanismos jurídicos que deberían conformar los principios fundamentales del alcance de la protección. En algunos casos se trata de un verdadero derecho exclusivo sobre las ECT/EF. En muchos casos la protección no está dada por un verdadero derecho exclusivo, sino que se tiende a regular la utilización de las ECT/EF protegidas. Estas distintas opciones no se excluyen mutuamente, sino que podrían combinarse, de conformidad con el principio rector de flexibilidad y exhaustividad. Por ejemplo, una opción podrá ser más pertinente o más adecuada para una determinada forma de ECT/EF. La mayoría de los sistemas *sui generis* incluyen una de esas opciones, y a menudo más de una, y una protección exhaustiva de las ECT/EF podrá estar garantizada por más de una ley o por normas consuetudinarias y códigos legales. En resumidas cuentas, los enfoques existentes son los siguientes:

Derechos exclusivos de propiedad

20. Los derechos exclusivos de propiedad, como los contemplados en el derecho de autor, facultan a autorizar o impedir que terceros realicen ciertos actos en relación con las ECT/EF¹³. Un régimen de derechos exclusivos sería una manera posible de poner en práctica el principio del “consentimiento fundamentado previo”, previsto con distintas formulaciones en algunas de las leyes que han incorporado o bien la Ley Tipo de Túnez de 1976, o bien las

¹² Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10 y véase también *Folklore*, de Lucas-Schloetter, en *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, compilado en 2004 por S. von Lewinski (Kluwer), pág. 291.

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

Disposiciones Tipo de 1982, y muchas de las cuales asimilan las ECT/EF a las obras literarias y artísticas o prevén alguna forma de protección muy similar a la protección por derecho de autor. Sin embargo, las medidas *sui generis* en el marco de la legislación sobre derecho de autor son muy variadas en cuanto al tratamiento de los derechos y sería difícil codificar sus elementos comunes¹⁴ (véase más adelante “Actos de apropiación indebida (alcance de la protección)”). En muchos casos, no queda claro si en la legislación se contempla un verdadero derecho exclusivo. A continuación figuran algunos ejemplos de legislación en la que sí se contempla, o así parecería, un derecho exclusivo:

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

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

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

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

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

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

¹⁴ Por ejemplo, véanse y compárense las legislaciones de Angola, Argelia, Benin, Burkina Faso, Camerún, Congo, Côte d’Ivoire, Djibouti, Gabón, Ghana, Guinea, Lesotho, Malawi, Malí, Marruecos, Nigeria, Qatar, República Centroafricana, Senegal, Sri Lanka, Togo y Túnez. Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10, así como *Folklore* de Lucas-Schloetter, en *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, compilado en 2004 por S. von Lewinski (Kluwer), pp. 286 a 291, en el que se analizan y comparan minuciosamente los sistemas basados en derecho de autor. Asimismo, véase Kuruk, P., *Protecting Folklore Under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States*, 48 *American University Law Review* 769 (1999).

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

Atribuciones previstas en los sistemas de remuneración equitativa/responsabilidad pecuniaria

21. La remuneración equitativa (los sistemas de licencias obligatorias o de responsabilidad pecuniaria) prevén alguna forma de compensación equitativa para los titulares de derechos por la utilización de sus ECT/EF, sin crear un derecho exclusivo sobre las ECT/EF. Este criterio ha sido utilizado en algunos sistemas de protección de las ECT/EF, a menudo aplicando lo que se denomina “*domaine public payant*”¹⁵. Por ejemplo, en el Acuerdo de Bangui por el que se establece la OAPI, modificado en 1999, las expresiones del folclore y las obras que ya forman parte del dominio público están sujetas al denominado “*domaine public payant*” (Artículo 59). La explotación de las expresiones del folclore y la de obras o producciones que han pasado al dominio público al terminar los plazos de protección estarán subordinadas a la condición de que el explotador se comprometa a pagar una remuneración al organismo nacional de gestión colectiva de derechos. Las remuneraciones percibidas por la explotación de las expresiones del folclore se dedicarán a fines sociales y culturales.

Protección de los derechos morales

22. Por lo general, los derechos morales comprenden los derechos siguientes: el derecho a la atribución de la titularidad; el derecho a impedir una falsa atribución; el derecho a que el material protegido no sea objeto de un tratamiento despectivo; y en algunas jurisdicciones, el derecho a publicar o divulgar (el derecho a decidir si, cuándo y cómo el material protegido deberá ponerse a disposición del público¹⁶). En las Disposiciones Tipo de 1982 y en el Marco Regional para el Pacífico de 2002 se prevé la protección de los derechos morales (así como en el WPPT de 1996, en relación con la interpretación o ejecución de las ECT/EF). El Convenio de Berna de 1971 impone la protección de los derechos morales y en la mayoría de las legislaciones sobre derecho de autor y derechos conexos ya se prevé la protección de los derechos morales respecto de las obras literarias y artísticas o éstas se protegen mediante otras normas o medidas. El Artículo 6bis del Convenio de Berna dispone lo siguiente:

¹⁵ GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 2 y Anexo II, pág. 5), Acuerdo de Bangui por el que se establece la OAPI, véase WIPO/GRTKF/IC/5/INF 3.

¹⁶ El *droit de divulgation*; que se aplica en el derecho francés, pero no forma parte de los derechos morales contemplados en el Convenio de Berna; véase Stewart, “International Copyright and Neighbouring Rights”, pág. 73. Asimismo, véase “*Folklore*”, de Lucas-Schloetter en *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, compilado en 2004 por S. von Lewinski, (Kluwer), pág. 298.

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

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

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

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

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

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

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

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

i) en el Artículo 5.1 de las Disposiciones Tipo se establece que “[e]n todas las publicaciones impresas, y en relación con cualesquiera comunicaciones al público de una expresión identificable del folclore, deberá indicarse su fuente de forma apropiada,

mencionando la comunidad y/o el lugar geográfico del que procede la expresión utilizada.” El incumplimiento de esta obligación constituye una infracción (artículo 6).

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

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

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

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

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

3) Los derechos morales de los titulares tradicionales sobre sus conocimientos tradicionales y expresiones culturales existen con independencia de sus derechos culturales tradicionales.

4) Los derechos morales tienen vigencia permanente, son inalienables y no pueden ser objeto de renuncia ni de cesión.”

Los enfoques basados en la competencia desleal/prácticas engañosas que perjudican a los consumidores

25. Los enfoques basados en la competencia desleal y en las prácticas engañosas que perjudican a los consumidores prevén el derecho a impedir distintos actos que constituyan

“competencia desleal” en sentido amplio, como las prácticas comerciales engañosas o fraudulentas, el enriquecimiento ilícito, la atribución engañosa y el aprovechamiento comercial indebido¹⁷. Por ejemplo:

i) las medidas de corrección del derecho común inglés para la atribución engañosa, el enriquecimiento ilícito y casos similares, así como las prácticas comerciales y la legislación sobre etiquetado pueden a menudo garantizar la protección necesaria. Janke ofrece varios ejemplos en su estudio “Minding Culture”. Otro ejemplo concreto surge de un caso reciente ventilado en Australia y perteneciente al ámbito de la práctica comercial: en 2003 se prohibió a una empresa que siguiera describiendo sus *souvenir* de tipo indígena pintados o tallados a mano con la mención “arte aborígen” o “auténtico” a menos que creyera razonablemente que la obra de arte o el *souvenir* hubiese sido pintado o tallado por una persona aborígen. La empresa fue llevada a juicio porque indicaba que algunos de sus *souvenirs* pintados a mano en estilo aborígen eran “auténticos”, contaban con certificado de autenticidad y/o eran piezas de “arte australiano aborígen” y se sostuvo que era probable que esas indicaciones indujeran a error a los consumidores porque la mayoría de los artistas que produjeron esos “*souvenirs*” no eran aborígenes ni de descendencia aborígen¹⁸;

ii) la legislación específica de esta índole, aplicable directamente a las ECT/EF, también puede constituir un recurso útil. Un ejemplo es la Ley de Artes y Oficios de los Estados Unidos de América (IACA), que protege a los artesanos norteamericanos autóctonos garantizándoles la autenticidad de sus artesanías en virtud de la autoridad de una Junta de Artes y Oficios Indígenas. La IACA, una ley que propicia la transparencia en las transacciones comerciales, impide la comercialización con la mención “*Indian made*” cuando los productos no hayan sido realizados por norteamericanos autóctonos, según los define la Ley¹⁹;

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

iv) cabe mencionar igualmente en este apartado varias medidas relativas a las marcas, por ejemplo, las establecidas por los Estados Unidos de América y Nueva Zelandia para impedir el registro de marcas que sean ofensivas para los pueblos indígenas o que induzcan erróneamente a pensar que existe un vínculo con ellos (véanse más adelante las informaciones específicas a ese respecto).

El criterio basado en sanciones del derecho penal

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

¹⁷ Véase GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 2).

¹⁸ Véanse mayores detalles en WIPO/GRTKF/IC/5/3 y <http://www.acc.gov.au/> (7 de abril de 2003).

¹⁹ WIPO/GRTKF/IC/3/10, párr. 122.i).

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

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

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

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

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

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

27. En esta sección se exponen las disposiciones jurídicas concretas que han sido elaboradas y aplicadas en las legislaciones y sistemas jurídicos nacionales y regionales, correspondientes en general a los principios sustantivos específicos que describen el fundamento jurídico de la protección y que se sugieren en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4.

1. Materia protegida

28. En el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 se sugiere el principio siguiente:

ARTÍCULO 1:

MATERIA PROTEGIDA

a) *Las “expresiones culturales tradicionales” o “expresiones del folclore” son todas las formas tangibles o intangibles en que se expresan, aparecen o se manifiestan los conocimientos y la cultura tradicionales, y comprenden las siguientes formas de expresión o combinaciones de las mismas:*

i) *las expresiones verbales, tales como los relatos, las gestas épicas, las leyendas, la poesía, los enigmas y otras narraciones; las palabras, los signos, los nombres y los símbolos;*

ii) *las expresiones musicales, tales como las canciones y la música instrumental;*

iii) *las expresiones corporales, tales como las danzas, las representaciones escénicas, las ceremonias, los rituales y otras interpretaciones o ejecuciones, independientemente de que estén o no fijadas en un soporte; y*

iv) *las expresiones tangibles, tales como las obras de arte y, en particular, dibujos, pinturas (incluidas las pinturas corporales), tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, cristalería, tapices, indumentaria; artesanía; instrumentos musicales; y obras arquitectónicas;*

que son:

– aa) *producto de la actividad intelectual creativa, en particular la creatividad del individuo y la de la comunidad;*

– bb) *características de la identidad cultural y social de una comunidad, así como de su patrimonio cultural; y*

– cc) *mantenidas, utilizadas o desarrolladas por esa comunidad o por individuos que tienen el derecho o la responsabilidad de hacerlo de conformidad con las leyes y las prácticas consuetudinarias de dicha comunidad.*

b) *La elección concreta de los términos que califiquen la materia protegida debe determinarse en el ámbito regional y nacional.*

Examen de las opciones y los mecanismos

29. A diferencia del proyecto de disposición del documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, el proyecto de disposición incorpora actualmente una descripción de la materia protegida así como lo que anteriormente se mencionaba como “Criterios de protección”. Con arreglo a la estructura básica del documento WIPO/GRTKF/IC/7/4, se abordan estos dos aspectos por separado.

Materia protegida

30. Varias delegaciones han señalado las ventajas de la claridad en lo relativo a la materia de las “ECT/EF”²⁰. Por consiguiente, en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 se ha efectuado una propuesta específica que se basa en los proyectos anteriores de los documentos WIPO/GRTKF/IC/7/3 y WIPO/GRTKF/IC/8/4 y en los comentarios formulados al respecto, que podría servir como punto de partida para el debate en curso y la elaboración de una disposición o principio sustantivo.

31. Sin embargo, en muchas normas internacionales sobre P.I. queda a discreción de los países la determinación del alcance preciso de la materia protegida. Esta práctica también se adecua a los principios de flexibilidad y responsabilidad con respecto a las aspiraciones y expectativas de las comunidades de que se trate. Las leyes en vigor son muy diversas en cuanto a los términos utilizados para referirse a la materia, y esta práctica debería mantenerse –cabe observar asimismo que la palabra “folclore” se utiliza ampliamente en las leyes e instrumentos en vigor, pero que algunas comunidades prefieren evitar este término. La cuestión terminológica ha sido estudiada en detalle en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/9. Las leyes nacionales y regionales, en vigor y en proyecto, así como los instrumentos internacionales pertinentes podrían servir de base para modificar o bien seguir elaborando esa descripción²¹. Además, debido a la particular atención que se presta a la artesanía, podría ser conveniente elaborar en su debido tiempo una descripción específica o una definición de “artesanía”²².

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

²⁰ Por ejemplo, en la sexta sesión, los Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 35), República Islámica del Irán (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 36), Suiza (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 37), Nigeria (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 43), Rusia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 45), Unión Internacional de Editores (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 65).

²¹ Véanse las leyes de Panamá, de los Estados insulares del Pacífico, el proyecto de ley de China (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 32) y otras. Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF 3.

²² Por ejemplo, véase el Capítulo 2 de “Comercialización de la artesanía y las artes visuales: La función de la propiedad intelectual: Guía práctica” de la OMPI y el CCI.

33. En las Disposiciones Tipo de 1982 se describe la materia protegida en los términos siguientes:

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

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

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

- las expresiones tangibles, tales como:
 - a) las obras de arte popular y tradicional, tales como: dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaico, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, tapices, trajes;
 - b) los instrumentos musicales;
 - c) [las obras arquitectónicas]”;

34. En la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas de 1997, de Filipinas, se prevé la protección de los “derechos de propiedad intelectual de la comunidad”, descritos como:

- a) las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, tales como los lugares históricos y arqueológicos, los artefactos, diseños, ceremonias, tecnologías y artes visuales y de representación, así como literatura y bienes religiosos y espirituales;
- b) ciencia y tecnología, en particular, aunque no exclusivamente, los recursos humanos y otros recursos genéticos, las semillas, las prácticas sanitarias, las plantas medicinales vitales, los animales, los minerales, los sistemas y prácticas de conocimientos indígenas, los sistemas de gestión de recursos, las tecnologías agrícolas, los conocimientos de las propiedades de la flora y la fauna y los descubrimientos científicos; y

c) el lenguaje, la música, el baile, la escritura, los cuentos populares, las tradiciones orales, los mecanismos de solución de conflictos, los procesos de pacificación, la filosofía y perspectivas de la vida y los sistemas de enseñanza y aprendizaje²³.

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

- a) nombres, cuentos, cantos, enigmas, historias, canciones de transmisión oral;
- b) arte y artesanía, instrumentos musicales, escultura, pintura, tallas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, pintura, joyería, hilados, labores de punto, artesanía realizada con caracoles, alfombras, trajes y textiles;
- c) música, danzas, teatro, literatura, ceremonias, interpretaciones rituales, prácticas culturales; y
- d) las formas delineadas, patrones y detalles de diseños y composiciones visuales; y
- e) diseños y obras arquitectónicas.

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

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

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

39. También en la Decisión 486 de la (Comunidad Andina)²⁴, que se refiere, entre otras cosas, al patrimonio biológico y genético y los conocimientos tradicionales, se contempla la protección para el “nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica [...]”.

²³ Artículo 10, Regla VI del Reglamento de Aplicación de la Ley de la República N.º 8371.

²⁴ Decisión 486 relativa al Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

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

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

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

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

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

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

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

vi) en Bolivia, en el Artículo 21 de la Ley de Derechos de Autor de 1992 se estipula: “entendiéndose por folclore en sentido estricto: el conjunto de obras literarias y artísticas creadas en el territorio nacional por autores no conocidos o que no se identifiquen y que se

presumen nacionales del país o de sus comunidades étnicas y se transmitan de generación en generación, constituyendo uno de los elementos fundamentales del patrimonio cultural tradicional de la nación.”;

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

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

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

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

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

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

xiii) en Sri Lanka, en la Ley de Propiedad Intelectual de 1979, en su forma enmendada hasta 1990, se estipula que “se entenderá por folclore todas las obras literarias y artísticas

creadas en Sri Lanka por varias comunidades, que se transmitan de generación en generación y constituyan uno de los elementos fundamentales del patrimonio cultural tradicional”;

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

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

a) en el proyecto revisado de “Principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas” elaborados bajo los auspicios del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas²⁵ se declara que: “Se entiende por “patrimonio cultural indígena” el conjunto de las creaciones, manifestaciones y producciones tangibles e intangibles constituidas por elementos característicos del patrimonio cultural desarrollado y perpetuado por un pueblo, o individuos indígenas si la creación refleja las expectativas artísticas, literarias o científicas del pueblo. Tales creaciones, manifestaciones y producciones abarcan las prácticas, representaciones, expresiones (además de los instrumentos, objetos, artefactos, sitios y espacios culturales asociados con ellas) que los pueblos y los individuos indígenas reconocen como parte de su patrimonio cultural. Además incluyen los conocimientos derivados de la actividad intelectual y las ideas en un contexto tradicional, y abarcan los conocimientos y las aptitudes especializados, las innovaciones, las prácticas y el aprendizaje que forman parte de los sistemas de conocimiento tradicionales, así como el conocimiento plasmado en el estilo de vida tradicional de un pueblo indígena o recogido en los sistemas de conocimiento codificados transmitidos entre generaciones. Los pueblos indígenas recrean constantemente el patrimonio cultural, transmitido de una generación a otra, en función de los cambios de su entorno y su interacción con la naturaleza y su historia, que les da identidad y continuidad... El “patrimonio cultural” ... se manifiesta, entre otras cosas, en los siguientes ámbitos: las tierras y aguas tradicionales, incluidos los sitios históricos, sagrados y espirituales, y los recursos naturales, incluidos los recursos genéticos, como semillas, medicinas y plantas; los conocimientos y prácticas tradicionales relacionados con la naturaleza y el universo; las obras literarias y las tradiciones y expresiones orales, tales como los cuentos, la poesía y los enigmas, aspectos del lenguaje como palabras, signos, nombres, símbolos y otras indicaciones; expresiones musicales como las canciones y la música instrumental; representaciones u obras como las danzas, las obras teatrales y formas artísticas o rituales, independientemente de que estén o no reproducidos en un soporte; obras artísticas, en particular dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, mosaico, ebanistería, forja, joyería, instrumentos musicales, cestería, artesanía, labores de

²⁵ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/2005/3.

punto, textiles, alfombras, indumentaria, obras arquitectónicas; y prácticas sociales, rituales y fiestas.”

b) en el Artículo 29 del Proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas²⁶ se declara: “Indigenous peoples have the right to maintain, control, protect and develop their cultural heritage, traditional knowledge and traditional cultural expressions, as well as the manifestations of their sciences, technologies and cultures, including human and genetic resources, seeds, medicines, knowledge of the properties of flora and fauna, oral traditions, literatures, designs, sports and traditional games and visual and performing arts. They also have the right to maintain, control, protect and develop their intellectual property over such cultural heritage, traditional knowledge, and traditional cultural expressions. In conjunction with indigenous peoples, States shall take effective measures to recognize and protect the exercise of these rights.”;

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

d) En la Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO, de 2003, se declara que por “Patrimonio cultural inmaterial” se entiende: “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.” Además, en la Convención se declara que el patrimonio cultural inmaterial, definido en la manera anterior, se manifiesta, entre otros, en los ámbitos siguientes: tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; artes del espectáculo, usos sociales, rituales y actos festivos; conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; y, técnicas artesanales tradicionales.

²⁶ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2006/79.

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

Terminología empleada

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

Criterios de protección

Examen de opciones y mecanismos jurídicos

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

45. La finalidad del principio propuesto es proporcionar criterios jurídicos o prácticos objetivos que permitan distinguir las imitaciones de las ECT/EF “auténticas”. Un criterio de ese tipo tendría una utilidad práctica, ya que implicaría la existencia de un vínculo claro y continuo entre las ECT y el folclore, y una comunidad indígena, tradicional o cultural identificable. Asimismo, expresaría la frecuente naturaleza colectiva y comunal de las ECT/EF. Un concepto más amplio de equidad y la represión de prácticas deshonestas permitiría centrar la atención en aquellas ECT/EF vinculadas y muy particularmente asociadas a comunidades específicas. La “autenticidad” como tal es un término controvertido en el ámbito del folclore y su utilización en instrumentos nacionales e internacionales ha sido problemática²⁷. Sin embargo, en la medida en que connota “carácter real”, “genuino” y “no

²⁷ Véanse los debates de la conferencia sobre “Folclore, ecología estética y dominio público” celebrada en la Universidad de Pennsylvania, los días 2 y 3 de abril de 2004, el VIII Congreso de la *Société Internationale d’Ethnologie et de Folklore*, y el III Congreso de la *Association d’Anthropologie Méditerranéenne*, celebrado el 28 de abril de 2004 en Marsella; véanse asimismo las comunicaciones personales entre Dorothy Noyes, Profesora Asociada de Folclore

falso o una imitación”²⁸, se aproxima a un criterio apropiado que establece el vínculo deseado entre las ECT/EF y una comunidad (es decir, que las ECT/EF sean un “atributo” de una comunidad específica).

46. La mayoría, si no todos los sistemas actuales de protección de las ECT/EF establecen un criterio cuyo objetivo es definir algún tipo de vínculo entre las ECT/EF y la comunidad. Los criterios pueden diferir, pero todos tienen en común que tratan de establecer la diferencia entre ECT/EF “auténticas” y “no auténticas”. A continuación figuran ejemplos de cómo se ha articulado ese criterio en las legislaciones e instrumentos internacionales, regionales y nacionales hasta la fecha:

a) la Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América sólo protege las artes y los oficios que son “productos indígenas”. Éstos últimos se determinan casi exclusivamente respecto de la identidad de su fabricante (el “componente laboral” del producto debe ser “indígena”). Un producto se considera “indígena” si el fabricante es un miembro de una “tribu indígena” o ha sido declarado artista indígena por esa tribu. En particular, la Ley aborda la cuestión de los criterios de la forma siguiente:

Por “productos indígenas” se entiende todo oficio o producto artesanal elaborado por un indígena (la expresión “elaborado por un indígena” significa que uno o varios indígenas han aportado la mano de obra artística o artesanal necesaria para poner en práctica un diseño artístico, transformando sustancialmente los materiales para producir el arte o la obra artesanal). Sin embargo, el componente laboral del producto debe ser totalmente indígena para que el arte indígena o el objeto artesanal sea un “producto indígena”. (Artículo 309.2)d), Derecho público 101-497)

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

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

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

- i) productos cuyo estilo sea característico del arte o la artesanía indígenas y hayan sido elaborados por mano de obra no indígena;

[Continuación de la nota de la página anterior]

de la Universidad Estatal de Ohio y Valdimar Hafstein, Investigador de la Academia de Reykjavik (Islandia) y Profesor Adjunto de Etnología y Folclore de la Universidad de Islandia.

²⁸ Véanse por ejemplo los diccionarios *Merriam-Webster* y *Concise Oxford*.

ii) productos cuyo estilo sea característico del arte o la artesanía indígenas y hayan sido diseñados por un indígena pero elaborados por mano de obra no indígena;

iii) productos cuyo estilo sea característico del arte o la artesanía indígenas y que estén ensamblados;

iv) productos cuyo estilo sea característico del arte o la artesanía indígenas que procedan de un producto comercial sin que el artista indígena o la mano de obra artesanal hayan intervenido transformándolos sustancialmente;

v) los productos industriales, que a este fin se definen como productos que tienen una finalidad exclusivamente funcional, no sirven como medio artístico tradicional, y no se prestan a una función ornamental indígena (por ejemplo, los electrodomésticos y los vehículos). Un producto industrial no puede considerarse un producto indígena;

vi) el arte indígena o un producto artesanal que se elaboren en una cadena de ensamblaje o en una línea de producción con la intervención de varios trabajadores, no siendo todos indígenas. (Basta con que sólo una de las personas que trabajan en la creación del producto no sea indígena, para que el producto no se considere “indígena”). (Artículo 309.2)3), Derecho público 101-497).

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

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

a) Para que una tribu indígena declare a un individuo artesano indígena aunque no sea miembro de esa tribu:

1) el individuo debe ser descendiente indígena de uno o más miembros de esa tribu; y

2) la certificación debe estar documentada por escrito por el organismo rector de una tribu indígena o por un organismo de certificación en el que delegue esa función el organismo rector de la tribu indígena.

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

c) el *Label of Authenticity* (sello indígena de autenticidad) de Australia del que

informó Janke, sólo pueden utilizarlo “creadores indígenas certificados”²⁹;

d) la marca *Toi Iho*TM de Nueva Zelanda “de fabricación maorí”, una marca registrada “de autenticidad y calidad de las artes y los oficios maoríes”, se concede bajo licencia a artistas de ascendencia maorí para ser utilizada en obras producidas que contengan un referente maorí explícito o implícito...”³⁰.

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

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

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

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

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

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

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

²⁹ Véanse las pp. 134 a 158 de “Cuidar la cultura” de Terri Janke.

³⁰ *Rules Governing Use by Artists of the Toi Iho Maori Made Mark*, www.toiho.com. (18 de agosto de 2004).

oralmente, por imitación o de otras maneras.

2. Beneficiarios

48. En el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 se propone el siguiente principio:

ARTÍCULO 2:

BENEFICIARIOS

La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore debe redundar en beneficio de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales¹:

i) en las que se confía la custodia, el cuidado y la salvaguardia de las ECT/EF de conformidad con sus leyes y prácticas consuetudinarias; y

ii) que mantienen, utilizan o desarrollan las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore como elementos característicos de su identidad cultural y social y su patrimonio cultural.

Examen de opciones y mecanismos jurídicos

49. Muchos participantes en el Comité han destacado que generalmente se considera que las ECT se originan y mantienen colectivamente, con objeto de que todo derecho e interés en las mismas recaiga en las comunidades, en lugar de hacerlo en los individuos³¹ (de conformidad con los principios de receptividad a las aspiraciones de las comunidades pertinentes y del reconocimiento de las características y formas específicas de expresión cultural). Cabe la posibilidad de que sea necesario determinar la titularidad de los derechos o la distribución de los beneficios entre comunidades que compartan un folclore similar o igual en el mismo país o en países diferentes (el denominado “folclore original”).

Reconocimiento de derechos y beneficios comunales

50. Existen varias maneras de aplicar un principio de esta índole en la práctica. Los derechos específicos se pueden conceder directamente a las comunidades y a una oficina, un organismo o una autoridad competente, de acuerdo con las comunidades pertinentes y en beneficio de éstas últimas. Se pueden hallar precedentes de protección de derechos de grupos en las normas sobre derecho de autor relativas a obras anónimas, no publicadas, conjuntas y

³¹ GRULAC (documento OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 5), SAARC (documento OMPI/GRTKF/IC/1/13, párr. 26), Indonesia (documento OMPI/GRTKF/IC/1/13, párr. 29).

colectivas³², y en ámbitos de políticas no relacionadas con propiedad intelectual, entre las que figuran las legislaciones sobre propiedades culturales y sobre el patrimonio (como la Ley de Protección y Repatriación de Sepulturas de Indígenas Americanos) (NAGPRA) de 1990; la Ley sobre la Protección de los Activos Culturales de la República de Corea, de 1962; y la Ley de Protección y Preservación de los Bienes Culturales de Croacia, de 1999). Entre las legislaciones *sui generis* y de derecho de autor relativas a la protección específica de las ECT/EF, cabe citar los siguientes ejemplos:

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

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

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

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

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

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

f) las disposiciones específicas *sui generis* que figuran en las legislaciones sobre derecho de autor también pueden estipular derechos comunales. Por ejemplo, Australia está

³² Véase el Artículo 15 del Convenio de Berna de 1971.

preparando una normativa para conceder a las comunidades la “capacidad jurídica” de ejercer derechos morales que impidan que el material protegido por derecho de autor se utilice de manera inadecuada, despreciativa o irrespetuosa³³;

g) los beneficiarios comunales también pueden estar reconocidos en la jurisprudencia. A título de ejemplo, los tribunales australianos están dispuestos a reconocer intereses comunales en una obra protegida por derecho de autor³⁴;

h) en la Ley Tipo de Túnez de 1976 se conceden los derechos a un organismo público, opción que también está prevista en las Disposiciones Tipo de 1982. Por consiguiente, la mayoría de las legislaciones nacionales que han seguido estos modelos confieren los derechos al Estado o a un organismo público, o al menos estipulan que el Estado puede gestionar y ejercer los derechos. En la mayoría de esos casos, los beneficios dimanantes de la concesión de esos derechos van a parar al patrimonio nacional y a los programas de bienestar social y relacionados con la cultura. En la sexta sesión del Comité, el Grupo Africano dejó constancia de uno de sus principios: “Reconocer la función del Estado en la preservación y la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones del folclore”³⁵. Por ejemplo:

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

³³ Documento WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 131.

³⁴ Véase “*The Protection of Traditional Cultural Expressions*”, que figura entre los estudios de casos preparados por Terri Janke para la OMPI.

³⁵ Documento WIPO/GRTKF/IC/6/12.

3. Actos de apropiación indebida (alcance de la protección)

51. En el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 se propone el siguiente principio:

ARTÍCULO 3:

ACTOS DE APROPIACIÓN INDEBIDA (ALCANCE DE LA PROTECCIÓN)

Expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de valor o importancia singulares

a) *En relación con las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de valor cultural o espiritual o importancia singulares para una comunidad, y que se han registrado o notificado, tal como se menciona en el Artículo 7, se adoptarán las medidas jurídicas y prácticas adecuadas y eficaces para garantizar que la comunidad pertinente pueda impedir que tengan lugar, sin su consentimiento fundamentado previo y gratuito, los siguientes actos:*

i) *en relación con las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore distintas de las palabras, los signos, los nombres y los símbolos:*

- *la reproducción, publicación, adaptación, radiodifusión, interpretación o ejecución pública, comunicación al público, distribución, alquiler, puesta a disposición del público y fijación (incluida la fotografía estática) de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o las obras derivadas de las mismas;*
- *todo uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o adaptación de las mismas que no reconoce debidamente a la comunidad como fuente de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore;*
- *toda deformación, mutilación u otra modificación de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, o atentado a las mismas;*
y
- *la adquisición o ejercicio de derechos de propiedad intelectual sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o adaptaciones de las mismas;*

ii) *en relación con las palabras, los signos, los nombres y los símbolos que son expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, todo uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o las obras derivadas de las mismas, o la adquisición o ejercicio de derechos de propiedad intelectual sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o las obras derivadas de las mismas, que desacredite u ofenda a la comunidad en cuestión o sugiera una falsa conexión con ésta, o desprestigie a la comunidad;*

Otras expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore

b) *En relación con el uso y la explotación de otras expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore no registradas o notificadas, tal como se menciona en el Artículo 7, se adoptarán medidas jurídicas y prácticas adecuadas y eficaces para garantizar que:*

i) *se reconozca a la comunidad pertinente como la fuente de toda obra u otra producción adaptada de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore;*

ii) *pueda impedirse o sancionarse por lo civil o lo penal toda deformación, mutilación u otra modificación de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, u otro atentado a las mismas;*

iii) *pueda impedirse o sancionarse por lo civil o lo penal toda indicación o aseveración falsa, engañosa o confusa que, en relación con los bienes o servicios que hagan referencia a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de una comunidad, se valgan de ellas o las evoquen, sugiera la aprobación por esa comunidad o el vínculo con ella; y*

haya una remuneración equitativa o una participación en los beneficios con arreglo a las condiciones definidas por el organismo mencionado en el Artículo 4 en consulta con la comunidad pertinente cuando el uso o la explotación se realice con ánimo de lucro; y

Expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore secretas

Se adoptarán medidas jurídicas y prácticas adecuadas y eficaces para garantizar que las comunidades dispongan de los medios necesarios para impedir la divulgación no autorizada de expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore secretas, su consiguiente utilización y la adquisición y ejercicio de derechos de propiedad intelectual sobre las mismas.

Examen de opciones y mecanismos

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

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

53. En este principio se apuntan, entre otras cosas, los derechos patrimoniales respecto de las ECT/EF de valor cultural o espiritual o importancia singulares para una comunidad. Siguiendo el ejemplo de la mayoría de las legislaciones nacionales que se inspiran en el derecho de autor para proteger las ECT/EF, los derechos sobre el material literario y artístico tradicional podrían ampliarse a actos como la reproducción, la adaptación, la interpretación

pública, la distribución, la recitación pública, la comunicación al público, la realización de obras derivadas y la importación (de copias y adaptaciones no autorizadas en virtud de la normativa del país importador). No obstante, las medidas *sui generis* vigentes en las legislaciones de derecho de autor tratan los derechos de forma muy diferente, por lo que resultaría difícil codificar sus elementos comunes³⁶. Se podrían ceder esos derechos y otorgar una licencia sobre los mismos (aunque en función de la legislación de que se trate podrían restringirse esas cesiones para asegurar que los derechos permanecen en las comunidades tradicionales, como en el caso del Marco Regional del Pacífico³⁷, o para exigir el consentimiento de una autoridad competente³⁸).

54. Las cuestiones políticas y jurídicas claves giran en torno al derecho de adaptación, el derecho a realizar obras derivadas, y el establecimiento de excepciones y limitaciones apropiadas. Las Disposiciones Tipo no proporcionan un derecho de adaptación y permiten una amplia excepción respecto del “préstamo de las expresiones del folclore para crear una obra original de un autor o autores”³⁹. Las legislaciones *sui generis* nacionales sobre protección de las ECT difieren en este punto: algunas conceden un derecho de adaptación y otras no. El Marco Regional del Pacífico contempla un derecho de adaptación e impone determinadas obligaciones a los creadores externos para con la comunidad vinculada a ese derecho (como el reconocimiento expreso y/o la distribución de beneficios dimanantes de la explotación del derecho de autor y el respeto de alguna forma de derechos morales sobre la utilización de las tradiciones).

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

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

³⁶ Véanse y compárense, por ejemplo, las legislaciones de Angola, Argelia, Benin, Burkina Faso, Camerún, Congo, Côte d’Ivoire, Djibouti, Gabón, Ghana, Guinea, Lesotho, Malawi, Malí, Marruecos, Nigeria, Qatar, República Centroafricana, Senegal, Sri Lanka, Togo y Túnez. Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10, así como “*Folklore*” de Lucas-Schloetter en von Lewinski, S. (Ed.), “*Indigenous Heritage and Intellectual Property*”, 2004 (Kluwer), párrafos 286 a 291, donde los sistemas vigentes basados en el derecho de autor se analizan y comparan en profundidad. Asimismo, P. Kuruk, “*Protecting Folklore Under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States*,” 48 *American University Law Review* 769 (1999).

³⁷ Artículo 10.

³⁸ Malí, Marruecos, Rwanda, Túnez. Véase “*Folklore*” de Lucas-Schloetter en von Lewinski, S. (Ed.), “*Indigenous Heritage and Intellectual Property*”, 2004 (Kluwer), *ibid.*

³⁹ Artículo 4.1)iii) de las Disposiciones Tipo de 1982.

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

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

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

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

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

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

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

c) en el Marco Regional del Pacífico de 2002 se establecen derechos patrimoniales y morales sobre las ECT/EF (los derechos morales se citan en el presente documento)⁴⁰;

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

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

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

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

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

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

57. En las Disposiciones Tipo se prevé lo siguiente:

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

⁴⁰ Véase el Artículo 13.

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

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

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

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

a) la autenticidad de los productos y servicios puede salvaguardarse mediante el registro de marcas de certificación. En Australia, las marcas de certificación han sido registradas por la Asociación de Defensa de las Artes Indígenas Nacionales (NIAAA)⁴¹ y en Nueva Zelandia, el *Te Waka Toi* (Consejo Maorí de Artes Creativas de Nueva Zelandia) utiliza la protección de marcas por medio del establecimiento de la marca *Toi Iho*™ (de fabricación Maorí⁴²). La Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 permite a la Junta de Artes y Oficios Indígenas registrar marcas genuinas y de calidad;

b) la normativa sobre “verdad en la publicidad”, prácticas comerciales y etiquetado (por ejemplo, la Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de 1990⁴³, sobre la que se informa en el presente documento);

c) las indicaciones geográficas (Portugal, la Federación de Rusia y México ofrecen ejemplos de registro de indicaciones geográficas con respecto a las ECT y los conocimientos tradicionales conexos⁴⁴); y

d) la normativa sobre competencia o prácticas comerciales desleales (por ejemplo, véase el debate en torno a la empresa australiana a la que se impidió continuar describiendo o catalogando sus *souvenirs* de tipo indígena, pintados o tallados a mano, como “arte aborigen”

⁴¹ Véanse “*Indigenous Arts Certification Mark*” que figura entre los estudios de casos “Cuidar la cultura” de Terri Janke, en la dirección

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

⁴² Para más información sobre la marca *Toi Iho*™, véase <http://www.toiiho.com>.

⁴³ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10, párr. 122.i).

⁴⁴ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3.

o “auténtico”, a menos que tuviera razones para creer que la obra de arte o el *souvenir* habían sido pintados o tallados por una persona de descendencia aborigen⁴⁵.

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

60. Cuando procede, la adquisición de derechos de propiedad intelectual sobre ECT/EF o determinadas ECT/EF puede realizarse de varias maneras. Por ejemplo, determinados Estados y organizaciones regionales han tomado disposiciones para impedir en la medida de lo posible el registro no autorizado de marcas indígenas como marcas de fábrica (medidas de “protección preventiva”). Entre otros ejemplos se encuentran la Comunidad Andina, los Estados Unidos de América y Nueva Zelanda:

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

b) La Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América (USPTO) ha establecido una base de datos exhaustiva de las insignias oficiales de todas las tribus americanas autóctonas reconocidas por los Estados o por la Federación⁴⁶. En virtud del Artículo 2.a) de la Ley de Marcas de 1946, en su forma enmendada, una propuesta de registro de marca puede rechazarse o cancelarse (en todo momento) si la marca consta de elementos que puedan inducir al error de pensar que existe una conexión con personas vivas o fallecidas, instituciones, creencias o símbolos nacionales, o que puedan desprestigiar a estas últimas. La USPTO puede denegar el registro de una marca propuesta que sugiera una falsa conexión con una tribu indígena o con creencias de dicha tribu. En este Artículo no sólo se prevé la protección de los aspectos folclóricos de las tribus americanas autóctonas, sino también “la de los demás pueblos indígenas del mundo”. De conformidad con la Ley de Aplicación del Tratado sobre el Derecho de Marcas, de 1998, la USPTO tuvo que realizar un estudio sobre la protección de las insignias oficiales de las tribus americanas autóctonas reconocidas en los

⁴⁵ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3 y <http://www.accc.gov.au> (7 de abril de 2003).

⁴⁶ Véase “*Report on the Official Insignia of Native American Tribes*”. 30 de septiembre de 1999.

Estados y en toda la Federación. Como resultado directo de este estudio⁴⁷, el 31 de agosto de 2001, la USPTO estableció una base de datos de insignias oficiales de tribus americanas autóctonas. Es posible efectuar búsquedas en dicha base de datos e impedir así el registro de una marca que pueda confundirse con una insignia oficial. Por “insignia” se entiende “la bandera o el escudo de armas u otro emblema o dispositivo de cualquier tribu americana autóctona reconocida por los Estados o por la Federación” y no incluye palabras⁴⁸;

c) La Ley de Marcas de Nueva Zelanda de 2002 contiene una disposición que permite al Comisionado de Marcas denegar el registro de una marca, siempre que se base en motivos razonables, cuando su uso o registro sea susceptible de constituir una ofensa para una parte importante de la comunidad, incluido el pueblo indígena de dicho país, los maoríes. En el artículo en que se enumeran los motivos en los que puede basarse la denegación del registro de una marca, la Ley establece lo siguiente:

“1) El Comisionado no debe:

b) registrar una marca o parte de una marca si –

i) considera que su uso o registro es susceptible de ofender a una parte importante de la comunidad, incluidos los maoríes”⁴⁹.

61. Es posible impedir la concesión de derechos de patente sobre ECT/EF y obras derivadas que no presentan grado alguno de innovación, por ejemplo, catalogando y publicando información relativa a las ECT/EF, destruyendo así la novedad e impidiendo su patentamiento. En el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3 Add. se informó de que se está examinando la posibilidad de elaborar mecanismos de clasificación de la propiedad industrial para la protección preventiva de las ECT/EF, con respecto al posible uso de mecanismos de clasificación de patentes para facilitar la búsqueda de documentos de patente que abarquen las ECT que guardan relación con las invenciones reivindicadas. El uso de estos mecanismos de clasificación podría ayudar a incluir los documentos de patente que guardan relación con las ECT en el “estado de la técnica” en el que es posible buscar, reduciendo así la probabilidad de que se concedan patentes sobre ECT que ya hayan sido divulgadas. Más concretamente, el Grupo de Trabajo sobre Clasificación de Conocimientos Tradicionales, establecido por el Comité de Expertos de la Unión Especial para la Clasificación Internacional de Patentes (CIP)⁵⁰ ha preparado, a petición de este último, un informe que contiene un estudio sobre “los

⁴⁷ Disponible en <http://www.uspto.gov/web/menu/current.html> (publicado el 30 de noviembre de 99).

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 24 a 26.

⁴⁹ La Ley está disponible en <http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/2002/an/049.html>.

⁵⁰ La Clasificación Internacional de Patentes (CIP) está basada en un tratado multilateral administrado por la OMPI. Se trata del Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes, que fue adoptado en 1971 y entró en vigor en 1975. El 1 de marzo de 2004, 54 Estados eran parte en el Arreglo de Estrasburgo. Sin embargo, las oficinas de propiedad industrial de más de 100 Estados, cuatro oficinas regionales y la Oficina Internacional

[Sigue la nota en la página siguiente]

posibles aspectos de clasificación relacionados con ... las expresiones culturales tradicionales”. Ese informe se debatió en una reunión del Comité de Expertos celebrada del 23 al 27 de febrero de 2004⁵¹. El Comité de Expertos de la CIP es responsable de la revisión de la CIP. Se espera que entre en vigor una nueva edición de dicha clasificación el 1 de enero de 2006 (en principio estaba previsto que entrara en vigor un año antes, pero por motivos técnicos se ha pospuesto)⁵². La CIP revisada contendrá un sistema de clasificación ampliado para los conocimientos medicinales tradicionales, como se ha venido debatiendo en el Comité de Expertos y en el Comité Intergubernamental. Véase también el documento WIPO/GRTKF/IC/6/8, donde se informa del importante progreso realizado en este aspecto, así como de otras actividades conexas y complementarias destinadas a la protección preventiva de los conocimientos tradicionales. Sin embargo, cabe recordar que a efectos de la labor del Comité Intergubernamental, del Comité de Expertos de la CIP y de otras instancias de la OMPI, la expresión “conocimientos tradicionales” hace referencia únicamente a los grupos de conocimientos técnicos y científicos, como los conocimientos medicinales, para los que el sistema de patentes, en particular, es de una importancia directa y mayor. En lo relativo a las ECT, el estudio, que figura como apéndice del informe del Grupo de Trabajo⁵³, proporciona una perspectiva general del modo en que la CIP actual se relaciona con componentes de las ECT y los abarca. Como se expone en el informe, varias subclases ya existentes de la CIP podrían abarcar determinadas ECT tangibles, como la joyería, el mobiliario, el tejido, las artes decorativas, el encaje y los instrumentos musicales. El Grupo de Trabajo concluyó en su informe que podría utilizar esta perspectiva general “como base de su labor relativa a la concepción de mecanismos de clasificación de los conocimientos tradicionales y otros ámbitos pertinentes”. En su reunión celebrada del 23 al 27 de febrero de 2004, el Comité de Expertos estuvo de acuerdo con esas conclusiones del Grupo de Trabajo y dio instrucciones a dicho grupo para “continuar su trabajo de elaboración de mecanismos de clasificación de los conocimientos tradicionales y otros ámbitos pertinentes...”⁵⁴, entendiéndose por “otros ámbitos pertinentes”, por ejemplo, las ECT. En anteriores documentos sobre las ECT preparados para el Comité Intergubernamental se había hecho alusión al uso y el desarrollo de mecanismos de clasificación de la propiedad industrial como posible contribución a la protección preventiva de las ECT (véanse, por ejemplo, los párrafos 164 a 167 del documento WIPO/GRTKF/IC/4/3, y los párrafos 269 a 272 del WIPO/GRTKF/IC/5/3). En esos párrafos se hace referencia principalmente a la posible actualización y ampliación del sistema de clasificación internacional vigente para dar cabida a los diseños industriales⁵⁵, habida cuenta de la especial importancia que reviste la protección de los diseños industriales para las ECT.

[Continuación de la nota de la página anterior]

de la OMPI, ejerciendo la función que le incumbe con arreglo al Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT), utilizan la CIP. La clasificación es indispensable para la consulta de documentos de patente en las búsquedas en el “estado de la técnica”, a fin de comprobar la novedad y evaluar la actividad inventiva de las solicitudes de patente. Esas consultas son necesarias para las autoridades encargadas de conceder patentes, los inventores, las instituciones de investigación y desarrollo y otras partes interesadas en la aplicación o el desarrollo de la tecnología. Véase http://www.wipo.int/classifications/en/ipc/ipc_ce/34/index.htm.

⁵¹ Véase la dirección http://www.wipo.int/classifications/en/ipc/ipc_ce/34/index.htm.

⁵² Véase el proyecto de informe de la sesión del Comité de Expertos IPC/CE/34/10 Prov., párrafos 36 a 47.

⁵³ Disponible como documento de la OMPI IPC/CE/34/8.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 55.

⁵⁵ Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales, 1979.

Medidas preventivas contra la explotación de objetos sagrados y secretos

62. Para proteger los objetos sagrados o secretos cabe remitirse a los principios de competencia desleal, información no divulgada y confidencial, abuso de confianza y otros ámbitos conexos. Por ejemplo, en el Artículo 39 del Acuerdo sobre los ADPIC se dispone que al garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el Artículo 10*bis* del Convenio de París, los Miembros de la Organización Mundial del Comercio protegerán la “información no divulgada”, de conformidad con la definición que figura en ese artículo, contra la adquisición ilegítima, la divulgación o la utilización contraria a las prácticas comerciales honestas.

63. En el caso *Foster* contra *Mountford*⁵⁶, que se dirimió en un tribunal australiano, se aplicó la doctrina del Derecho común inglés relativa a la información confidencial para impedir la publicación de un libro que contenía información delicada desde el punto de vista cultural. El caso se refería a un antropólogo, el Dr. Mountford, que emprendió una expedición al interior del territorio septentrional de Australia, en 1940. Los pueblos aborígenes locales le revelaron lugares y objetos de la tribu que tenían para ellos un profundo significado religioso y cultural. El demandado tomó nota de dicha información, de la que publicó una parte en 1976. Los demandantes lograron que se dictara un mandamiento interlocutorio impidiendo la publicación del libro, por violación de confidencialidad. (Los demandantes no pudieron interponer una acción por infracción del derecho de autor porque al no ser autores del libro, no gozaban de ese derecho). El tribunal dictaminó que la publicación del libro habría divulgado información con profundo significado religioso y cultural para los aborígenes que la habían revelado al demandado partiendo de un acuerdo implícito de confidencialidad, que habría sido violado divulgando esa información.

Control comunal sobre las obras derivadas

64. En debates anteriores se ha centrado la atención en la posibilidad de establecer un reglamento comunal para la explotación de las obras derivadas, en particular, las no vinculadas a las tradiciones y al material cultural que hayan adaptado o en los que se hayan inspirado:

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

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

c) por contraste, el Marco Regional del Pacífico impone a los creadores de obras derivadas determinadas obligaciones para con la comunidad pertinente (como el reconocimiento expreso, la distribución de beneficios dimanantes de la explotación de la

⁵⁶ (1976) 29 FLR 233.

propiedad intelectual sobre las obras y el respeto de alguna forma de derechos morales sobre la utilización de las tradiciones y el patrimonio).

4. Gestión de los derechos

65. En el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 se propone el siguiente principio:

ARTÍCULO 4:

GESTIÓN DE LOS DERECHOS

a) Las autorizaciones previas para utilizar expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, cuando se soliciten con arreglo a estas disposiciones, deben obtenerse directamente de la comunidad interesada cuando la comunidad así lo desee, o de un organismo que actúe a petición de la comunidad y en nombre de ella (denominado en adelante “el Organismo”). Cuando dicho Organismo conceda la autorización:

i) lo hará únicamente en consulta apropiada con la comunidad pertinente, de conformidad con sus procesos tradicionales de toma de decisiones y de gobierno;

ii) todo beneficio monetario o de otro tipo que recaude el Organismo por el uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore debe ser directamente entregado por éste a la comunidad interesada.

b) Por lo general, se debe encomendar al Organismo las tareas de concienciación, educación, asesoramiento y orientación. Asimismo, el Organismo debe:

i) cuando así lo solicite una comunidad, controlar el uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore con el fin de garantizar un uso leal y apropiado, tal como se prevé en el Artículo 3 b); y

ii) establecer la remuneración equitativa mencionada en el Artículo 3 b), en consulta con la comunidad pertinente.

Examen de opciones y mecanismos jurídicos

66. En el principio propuesto se refleja la necesidad de aclarar cómo se solicitan las autorizaciones para utilizar las ECT, a quién se dirigen las solicitudes, la notificación pública, la identificación de los beneficiarios y la asignación de beneficios, cómo se resuelven los conflictos, y cuestiones similares. Esos aspectos son pertinentes, independientemente de si las comunidades o los organismos designados por el Estado son o no beneficiarios de la protección (véase el epígrafe “Beneficiarios”). En algunas legislaciones existen disposiciones detalladas sobre la gestión de los derechos y la tramitación de las solicitudes de autorización (como el Marco Regional del Pacífico). En los ejemplos actuales se propone la posibilidad de asignar una función de “autoridad” que establezca el Estado, al menos en algunas circunstancias, para conceder autorizaciones con objeto de utilizar las ECT/EF, controlar los usos de las ECT/EF para asegurar que son apropiadas (especialmente cuando se trata de la regulación de su uso y no sólo de un derecho de propiedad exclusivo); asesorar y ayudar a las

comunidades pertinentes; resolver conflictos en relación con la titularidad y la distribución de beneficios; fomentar una toma de conciencia respecto a la necesidad de respetar y proteger las ECT/EF; y si procede, incoar procedimientos civiles o penales en nombre de las comunidades. En caso de que se adopte algún tipo de sistema de notificación (véase el epígrafe “Formalidades” más adelante), esa autoridad también podría ocuparse del mismo. En muchos países ya existen oficinas, juntas, organismos y otras autoridades competentes que desempeñan funciones similares.

67. Mientras que en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 se propone un proyecto de disposición que se podría aplicar, es evidente que el aspecto práctico de su elaboración depende enormemente de factores comunitarios: podrían perfeccionarse las opciones disponibles estableciendo disposiciones más detalladas a nivel nacional y comunitario, a saber:

a) por ejemplo, las Disposiciones Tipo de 1982 disponen que los derechos se pueden conceder directamente a una comunidad o a una autoridad competente. En el Artículo 3 se estipula: “...las siguientes formas de utilización de las expresiones del folclore están sujetas a autorización de [la autoridad competente que se menciona en el párrafo 1) del Artículo 9,] [la comunidad concernida,]...”. Estas Disposiciones ofrecen pautas sobre cómo solicitar y obtener autorizaciones. Asimismo, prevén solicitudes escritas o verbales, así como la concesión de licencias individuales y globales (Artículo 10). Por otra parte, no ofrecen orientación respecto a la información que toda solicitud de utilización debe contener, ni disposiciones relativas al proceso de concesión de la autorización. En virtud del párrafo 2) del Artículo 10 de las Disposiciones Tipo se permite percibir regalías por las autorizaciones sin carácter obligatorio, y se aborda la cuestión respecto a dónde deben destinarse las regalías recaudadas. Asimismo, se ofrece la posibilidad de fomentar o salvaguardar la cultura o el folclore nacionales. En el párrafo 3) del Artículo 10 se dispone que toda decisión de la autoridad competente es apelable. Sin embargo, las decisiones de una comunidad no están sujetas a apelación;

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

c) muchos Estados (basándose en la Ley Tipo de Túnez de 1976 y en las Disposiciones Tipo de 1982) designan un organismo público como titular de los derechos sobre las ECT y otorgan poderes a ese organismo para conceder autorizaciones para su utilización⁵⁷. Por ejemplo, en virtud del Artículo 7 de la Ley sobre el Derecho de Autor de Túnez de 1994, “...toda reproducción del folclore para su explotación con fines lucrativos exigirá la autorización del Ministerio de Cultura y el pago de una tasa en beneficio del fondo de ayuda del organismo de protección por derecho de autor establecido de conformidad con esta Ley”. En la Ley sobre Derecho de Autor de 1997 de Nigeria se confiere el derecho a

⁵⁷ Véanse las respuestas al cuestionario sobre folclore, el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10 y el GRULAC (documento OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 5).

autorizar actos en relación con el folclore a la Comisión Nigeriana de Derecho de Autor (Artículo 28);

d) en la Ley del Perú de 2002 se estipula el registro de los contratos de licencia que entraron en vigor al amparo de esa ley y se abordan asuntos como el contenido de los contratos⁵⁸. Asimismo se dispone el establecimiento de una “autoridad nacional competente” y un “consejo especializado en la protección de conocimientos indígenas” que se ocupen de funciones específicas respectivamente;

e) en el Marco Regional del Pacífico de 2002 se estipula el consentimiento fundamentado previo y el establecimiento de una “Autoridad cultural” a la que el eventual usuario de una ECT deberá dirigir la solicitud para obtener el consentimiento fundamentado previo de los “titulares de los conocimientos tradicionales”⁵⁹. La función de esa autoridad es actuar en interés de las comunidades pertinentes y mediar entre éstas últimas y los usuarios. Asimismo, se ocupa de la recepción de las solicitudes de los posibles usuarios de una ECT para obtener el consentimiento fundamentado previo de los “titulares de los conocimientos tradicionales”. Entre otras cosas, esa autoridad debe identificar a los “titulares de los conocimientos tradicionales” y resolver las dudas o los conflictos que se planteen en relación con la titularidad, así como supervisar la firma de los “acuerdos de usuario autorizado” entre el usuario y los titulares de los conocimientos tradicionales. Los conflictos respecto de la titularidad deben resolverse conforme al Derecho consuetudinario o por otros medios. Si no se encuentran “titulares de conocimientos tradicionales” o no se llega a un acuerdo respecto de la titularidad, puede decidirse que la titularidad de los conocimientos tradicionales recaiga en dicha Autoridad. En este modelo también se especifica la información que deben contener las solicitudes de autorización y las condiciones que deben figurar en los acuerdos de usuario autorizado⁶⁰;

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

g) por otra parte, las organizaciones de gestión colectiva existentes son el medio potencial más práctico para administrar los derechos derivados de las ECT. Los participantes en el Comité⁶¹ y las propias organizaciones de gestión colectiva⁶² han expresado interés en analizar esta posibilidad más detenidamente.

⁵⁸ Artículos 25 a 33.

⁵⁹ Véase la parte 4 del Modelo Regional.

⁶⁰ Véase la parte 4 del Modelo Regional.

⁶¹ GRULAC (documento OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II, pág. 5).

⁶² Como la Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción (IFRRO).

5. Excepciones y limitaciones

68. En el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 se propone el siguiente principio:

ARTÍCULO 5:

EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

a) *Las medidas de protección de las ECT/EF deben:*

i) *evitar que a los miembros de la comunidad de que se trate se les impongan restricciones o impedimentos para usar, transmitir, intercambiar y desarrollar las ECT/EF dentro del contexto tradicional y consuetudinario, y con arreglo a las leyes y prácticas consuetudinarias;*

ii) *abarcarse únicamente la utilización de las ECT/EF que tengan lugar fuera del contexto tradicional o consuetudinario, ya sea con o sin ánimo de lucro; y*

iii) *no aplicarse a la utilización de las ECT/EF en los siguientes casos:*

- por medio de ilustración para enseñanza y aprendizaje;*
- investigación no comercial o estudio privado;*
- crítica o examen;*
- transmisión de noticias o acontecimientos de actualidad;*
- utilización en procedimientos judiciales;*
- registros y otras reproducciones de las ECT/EF para su inclusión en un archivo o inventario con fines no comerciales de salvaguardia del patrimonio cultural; y*
- utilización incidental,*

en cada caso, siempre que la utilización de las ECT/EF sea compatible con las prácticas leales, se reconoce a la comunidad pertinente como fuente de las ECT/EF cuando sea viable y posible, y tal utilización no es ofensiva para esa comunidad.

b) *En las medidas de protección de las ECT/EF puede permitirse, de conformidad con las prácticas consuetudinarias y tradicionales, el uso ilimitado de las ECT/EF o de algunas de ellas en concreto por todos los miembros de una comunidad, incluidos todos los nacionales de un país.*

Examen de opciones y mecanismos

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

a) *si hay un fin lucrativo;*

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

70. Por ejemplo:

- a) las Disposiciones Tipo de 1982 sólo son aplicables a los usos de las ECT/EF que tengan lugar en el contexto acostumbrado o tradicional y con fines lucrativos. En ellas se contemplan también excepciones típicas del derecho de autor;
- b) el Marco Regional del Pacífico no es aplicable a los usos habituales de los “titulares de conocimientos tradicionales” (Artículos 5 y 7.3). La Ley de Panamá de 2000 y la Ley del Perú de 2002 también contienen disposiciones similares. En el Marco Regional del Pacífico también figuran excepciones típicas del derecho de autor.

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

- a) el “préstamo” de una expresión del folclore para crear una obra original de autor (Disposiciones Tipo de 1982 y Lesotho, Malawi y Nigeria⁶³);
- b) los usos por grupos de danza folclórica y pequeños artesanos no indígenas (Ley de Panamá);
- c) los usos por entidades públicas con fines no comerciales (Ley Tipo de Túnez, y Angola, Congo, Djibouti, Kenya y Togo⁶⁴);
- d) los usos por nacionales – en contraposición a los no nacionales – (Ley de Derecho de Autor de Indonesia de 2002).

⁶³ Véase “*Folklore*” de Lucas-Schloetter en von Lewinski, S. (Ed.), “*Indigenous Heritage and Intellectual Property*”, 2004 (Kluwer), pág. 289.

⁶⁴ Véase “*Folklore*” de Lucas-Schloetter en von Lewinski, S. (Ed.), “*Indigenous Heritage and Intellectual Property*”, 2004 (Kluwer), pág. 289.

6. Duración de la protección

72. En el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 se propone el siguiente principio:

ARTÍCULO 6:

DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN

La protección concedida a expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore durará mientras las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore satisfagan los criterios de la protección en virtud del Artículo 1 de estas disposiciones, y

i) en lo que respecta a las ECT/EF citadas en el Artículo 3.a), su protección en virtud de ese sub-artículo durará mientras permanezcan registradas o notificadas, tal como se menciona en el Artículo 7; y

ii) en lo que respecta a las ECT/EF secretas, su protección como tal durará mientras permanezcan secretas.

Examen de opciones y mecanismos jurídicos

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

a) En el Convenio de Berna y en el Acuerdo sobre los ADPIC se estipula un plazo mínimo de protección de 50 años pero se reserva a los países la libertad de prever plazos de protección más largos (y muchos se acogen a esa posibilidad). Conforme a la Ley sobre Derecho de Autor del Reino Unido, los derechos sobre la famosa obra “*Peter Pan*” están conferidos en perpetuidad, y las ganancias sobre la misma van a parar a obras de beneficencia, y en Australia se ha realizado una propuesta para conceder protección perpetua a las obras de arte de un conocido artista indígena, cuyos beneficios irían a su descendencia;

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

c) en la Ley de Panamá la duración de la protección parece estar vinculada a la materia protegida y se insiste ante todo en las características que la califican para ser objeto de protección (ya que la protección es más indefinida que ilimitada; véase el Artículo 7). Esa es la esencia del principio propuesto en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4. Eso entraña al igual que con las marcas, un criterio de uso en curso, de modo que una vez que la comunidad

vinculada a la ECT deja de utilizarla o deja de existir como entidad definida (también de forma análoga al abandono de una marca), se pierde la protección de la ECT⁶⁵. Un enfoque de este tipo tiene la ventaja de que hace efectivas las legislaciones y prácticas consuetudinarias y de que se inspira en la auténtica esencia de la protección (cabe recordar que la esencia de las ECT/EF es que son representativas de una comunidad y que la identifican, como ya se ha mencionado). Cuando una ECT deja de cumplir estos requisitos, por definición deja de ser una ECT y por consiguiente, deja de estar protegida. En la Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 se refleja en parte este enfoque, al excluir de la protección los productos que ya no son “indígenas” por ejemplo por haber pasado a ser “industriales”. En esa Ley se expone en detalle lo que se entiende por “producto indígena”.

7. Formalidades

74. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/4 se propone el siguiente principio:

ARTÍCULO 7:

FORMALIDADES

a) Como principio general, la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore no estará sujeta a ninguna formalidad. Las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore mencionadas en el Artículo 1 están protegidas desde el momento de su creación.

b) En las medidas de protección de determinadas expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de valor cultural o espiritual o importancia singulares y para las que se solicita un nivel de protección, tal como se prevé en el Artículo 3 a), se debe exigir que dichas expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore sean notificadas o registradas con una oficina u organización competentes por la comunidad pertinente o por el Organismo mencionado en el Artículo 4 que actúa a petición de la comunidad y en nombre de ella.

i) En la medida en que dicho registro o notificación implique el registro u otra fijación de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de que se trate, todo derecho de propiedad intelectual sobre dicho registro o fijación debe conferirse o concederse a la comunidad pertinente.

⁶⁵ S. Scafidi, “Intellectual Property and Cultural Products” 81 B.U.L. Rev. 793.

ii) *La información sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore y las representaciones de las mismas que se hayan registrado o notificado deben hacerse accesibles al público al menos en la medida necesaria para brindar transparencia y seguridad a terceros en cuanto a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore que están protegidas y en beneficio de quién.*

iii) *Dicho registro o notificación es declaratorio y no crea derechos. Sin perjuicio de ello, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos que en ella consten, a no ser que se demuestre lo contrario. Ninguna inscripción como tal afecta a los derechos de terceros.*

La oficina u organización que reciba dichos registros o notificaciones debe resolver toda duda o conflicto que se plantee en relación con las comunidades, incluidas aquellas en más de un país, que deben tener derecho al registro o notificación o deben ser las beneficiarias de la protección, tal como se menciona en el Artículo 2, valiéndose para ello, en la medida de lo posible, de leyes y procesos consuetudinarios, mecanismos alternativos de solución de controversias y recursos culturales existentes, tales como los inventarios de patrimonio cultural.

Examen de opciones y mecanismos jurídicos

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

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

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

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

77. Otro ejemplo es la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América (USPTO)⁶⁶, que ha creado una base de datos de las insignias oficiales de todas las tribus americanas autóctonas reconocidas por los Estados o por la Federación. En virtud del Artículo 2.a) de la Ley de Marcas de 1946, en su forma enmendada, una propuesta de registro de marca puede rechazarse o cancelarse (en todo momento) si la marca consta de elementos que puedan inducir al error de pensar que existe una conexión con personas vivas o fallecidas, instituciones, creencias o símbolos nacionales, o que puedan desprestigiarlos. La USPTO puede denegar el registro de una marca propuesta que sugiera una falsa conexión con una tribu indígena o con creencias de dicha tribu. En este Artículo no sólo se prevé la protección de los aspectos folclóricos de las tribus americanas autóctonas sino “la de los demás pueblos indígenas del mundo”. De conformidad con la Ley de Aplicación del Tratado sobre el Derecho de Marcas, de 1998, la USPTO tuvo que realizar un estudio sobre la protección de las insignias oficiales de las tribus americanas autóctonas reconocidas en los Estados y en toda la Federación. Como resultado directo de este estudio⁶⁷, el 31 de agosto de 2001, la USPTO estableció una base de datos de insignias oficiales de las tribus americanas autóctonas. Es posible efectuar búsquedas en dicha base de datos e impedir así el registro de una marca que pueda confundirse con una insignia oficial. Por “insignia” se entiende “la bandera o el escudo de armas u otro emblema o dispositivo de cualquier tribu americana autóctona reconocida por los Estados o por la Federación”, quedando excluidas las palabras,⁶⁸

8. Sanciones, recursos y observancia

78. En el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 se propone el siguiente principio:

ARTÍCULO 8:

SANCIONES, RECURSOS Y EJERCICIO DE DERECHOS

a) Para los casos de quebrantamiento de la protección concedida a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, se deberían establecer mecanismos de observancia y solución de controversias, así como medidas en frontera, sanciones y recursos, incluidos los recursos del ámbito penal y civil, accesibles, apropiados y adecuados.

b) El Organismo mencionado en el Artículo 4 estará encargado, entre otras cosas, de asesorar y asistir a las comunidades en cuestiones relacionadas con la observancia de los derechos, y de iniciar procedimientos civiles, penales y administrativos en su nombre cuando resulte apropiado y cuando éstas lo soliciten.

⁶⁶ Véase el “*Report on the Official Insignia of Native American Tribes*”, 30 de septiembre de 1999.

⁶⁷ Disponible en <http://www.uspto.gov/web/menu/current.html> (publicado el 30 de noviembre de 1999).

⁶⁸ *Ibid*, pp. 24 a 26.

Examen de opciones y mecanismos jurídicos

79. Las sanciones y medidas de subsanación civiles y penales disponibles en caso de vulneración de los derechos no se analizan detalladamente en el presente documento. La legislación sobre propiedad intelectual y *sui generis* vigente, la jurisprudencia y otras fuentes son una base para establecer principios, opciones y mecanismos adecuados más adelante, probablemente una vez que los principios de protección se examinen más exhaustivamente. Por ejemplo, en el Marco Regional del Pacífico figuran disposiciones detalladas sobre la observancia de los derechos⁶⁹. Cabe remitirse también a la Ley sobre Derecho de Autor de Nigeria de 1992. Anteriormente se ha hecho referencia a la posible función que desempeñaría una “autoridad”, en el sentido de ayudar a las comunidades a hacer valer sus derechos.

80. No obstante, en las comunidades y en otras instancias se argumenta que las medidas de subsanación previstas en la legislación vigente no siempre son apropiadas para disuadir el uso ilegal de las obras protegidas por derecho de autor de los artistas indígenas, y no siempre prevén una compensación por daños y perjuicios equivalente al daño cultural y no económico ocasionado por la infracción. Las sentencias por daños y perjuicios de los tribunales podrían tomar en consideración esas cuestiones culturales, como ocurrió en el caso *George M*, Payunka, Marika* y otros contra *Indofurn Pty. Ltd*⁷⁰. También se ha hecho referencia a la conveniencia de establecer mecanismos alternativos de solución de controversias en este ámbito⁷¹ y en el Marco Regional del Pacífico se hace referencia específica a esos mecanismos⁷².

9. Disposiciones transitorias

81. En el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 se propone el siguiente principio:

ARTÍCULO 9:

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

a) Estas disposiciones se aplican a todas las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore que, en el momento de la entrada en vigor de las disposiciones, satisfagan los criterios previstos en el Artículo 1.

b) Todo acto que aún perdure de una expresión cultural tradicional/expresión del folclore, que haya comenzado antes de la entrada en vigor de estas disposiciones y que no estaría permitido o, si no, estaría reglamentado por las disposiciones, deberá ser puesto en conformidad con las disposiciones en un plazo razonable tras su entrada en vigor, y con sujeción a que se respeten los derechos adquiridos anteriormente por terceros.

⁶⁹ Artículos 26 a 34.

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

⁷¹ GRULAC (documento OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 9), Grupo Asiático (documento OMPI/GRTKF/IC/2/10), Grupo Africano (documento WIPO/GRTKF/IC/3/15).

⁷² Artículo 33.

Examen de opciones y mecanismos

82. Cabe plantearse si la protección debería tener efecto retroactivo y en particular, cómo abordar los usos de las ECT/EF que perduren y hayan comenzado legalmente antes de la entrada en vigor de la legislación o el instrumento. El principio propuesto en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 puede ponerse en práctica de varias maneras, por ejemplo:

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

“Esta Ley se aplica a los conocimientos tradicionales y a las expresiones culturales existentes antes de la elaboración de la misma, así como a los creados tras su entrada en vigor. Esta Ley no afecta a los derechos que se hayan adquirido inmediatamente antes de su entrada en vigor, incluidos los derechos de propiedad intelectual. Esta Ley no afecta a contratos, licencias u otros acuerdos firmados por titulares de conocimientos tradicionales antes de la entrada en vigor de esta Ley en relación con el uso de los conocimientos tradicionales o las expresiones culturales”.
- c) la Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de 1990 sólo funciona prospectivamente (desde 1935, cuando la Ley anterior entró en vigor).

10. Relación con la protección por propiedad intelectual y otras formas de protección, preservación y promoción

83. En el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 se propone el siguiente principio:

ARTÍCULO 10:

RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN POR PROPIEDAD INTELECTUAL Y OTRAS FORMAS DE PROTECCIÓN, PRESERVACIÓN Y PROMOCIÓN

La protección concedida a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de conformidad con estas disposiciones no sustituirá (más bien complementará) a la protección aplicable a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore y a las obras derivadas de las mismas en virtud de otras disposiciones de propiedad intelectual, leyes y programas sobre salvaguardia, preservación y promoción del patrimonio cultural, y otras medidas jurídicas y no jurídicas disponibles para la protección y preservación de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore.

Examen de opciones y mecanismos jurídicos

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

a) en muchas legislaciones se establece la diferencia entre las ECT/EF y las obras derivadas de las mismas. Las primeras reciben protección *sui generis* y las últimas, protección por derecho de autor convencional u otro tipo de protección por propiedad intelectual. En documentos anteriores⁷³ se destacaba la distinción que se hace en las legislaciones de derecho de autor y otras leyes de propiedad intelectual entre las expresiones contemporáneas, las adaptaciones y las interpretaciones de culturas tradicionales y el folclore (que suelen estar protegidas por derecho de autor, diseños industriales y otras leyes de propiedad intelectual), y otras expresiones de culturas tradicionales o folclore que no reciben esa protección (a las que se ha denominado “ya existentes”, “subyacentes” o “expresiones de culturas tradicionales y folclore en sentido estricto”). Por ejemplo, en la Ley Tipo de Túnez sobre el Derecho de Autor, las “obras derivadas del folclore nacional” quedan amparadas como obras originales protegidas por derecho de autor, mientras que al folclore propiamente dicho, descrito como “obras del folclore nacional”, se le concede un tipo especial (*sui generis*) de protección por derecho de autor, ya que no cuentan con ese tipo de protección. En las Disposiciones Tipo y en el Acuerdo Bangui de la OAPI se establecen distinciones similares. Esta diferenciación también se refleja en legislaciones nacionales, como las de Túnez (que se refiere tanto a “folclore” como a “obras inspiradas en el folclore”)⁷⁴, Hungría, Indonesia y muchas otras;

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

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

“11) Derechos adicionales

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

12) Obras derivadas

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

⁷³ Véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/3 y WIPO/GRTKF/IC/6/3.

⁷⁴ Ley 94–36 de 24 de febrero de 1994 sobre Propiedad Literaria y Artística.

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

- a) incluir un acuerdo de distribución de beneficios en virtud del cual se proporcione una compensación monetaria o no monetaria equitativa a los titulares de los conocimientos tradicionales;
- b) identificar los conocimientos tradicionales o las expresiones culturales en los que se base la obra derivada en relación con la explotación de dicha obra, mencionando los titulares de los conocimientos y/o la procedencia geográfica; y
- c) estipular que los conocimientos tradicionales o las expresiones culturales de la obra derivada no serán objeto de trato despectivo”.

B.11. Protección regional e internacional

85. En el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 se propone el siguiente principio:

ARTÍCULO 11:

PROTECCIÓN REGIONAL E INTERNACIONAL

Los derechos y beneficios derivados de la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore en virtud de las medidas o legislaciones nacionales que hagan efectivas estas disposiciones internacionales estarán al alcance de todos los beneficiarios que cumplan las condiciones pertinentes y sean nacionales o residentes habituales de un país prescrito, tal como definen las obligaciones o compromisos internacionales. Los beneficiarios extranjeros facultados para ello gozarán de los mismos derechos y beneficios que los beneficiarios que sean nacionales del país de la protección, así como de los derechos y beneficios específicamente concedidos por estas disposiciones internacionales.

Examen de opciones y mecanismos jurídicos

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

“Protección de las expresiones del folclore extranjero

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

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

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

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

“Folclore regional”

88. Entre las opciones y los mecanismos jurídicos y prácticos que permiten a las comunidades de diferentes países, e incluso regiones, reivindicar el mismo folclore o un folclore similar (“folclore regional”), figura el uso de registros y bases de datos de folclore nacional e internacional, mecanismos alternativos de solución de controversias, sistemas de registro y notificación, la gestión colectiva y el establecimiento de organizaciones encargadas de resolver controversias, o una combinación de esos mecanismos⁷⁵. Algunos expertos, como Kuruk, han propuesto que se establezcan sistemas regionales, instituciones y organizaciones de solución de controversias, que se ocupen de estas cuestiones⁷⁶. Asimismo, en un seminario subregional sobre las ECT/EF celebrado en Rabat (Marruecos) en mayo de 2003, se recomendó, entre otras cosas, que los países árabes que comparten patrimonio popular y cultural tradicional creen comisiones conjuntas para estudiar y definir estrategias equitativas que permitan proteger las ECT/EF. Las organizaciones regionales y los mecanismos existentes (como la ARIPO y la OAPI en África, que junto con Zambia han planteado esta cuestión al Comité⁷⁷) pueden ser importantes interlocutores a la hora de resolver la cuestión del “folclore regional”.

[Sigue el Anexo II]

⁷⁵ Véanse por ejemplo las respuestas al cuestionario de la OMPI de 2001 del Canadá, Colombia, Egipto, la Federación de Rusia, Gambia, Indonesia, Jamaica, Kirguistán, Malasia, México y Rumania. Véase asimismo el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10.

⁷⁶ P. Kuruk, “*Protecting Folklore Under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States*”, 48 *American University Law Review* 769 (1999).

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

ANEXO II

RESUMEN COMPARATIVO DE LA LEGISLACIÓN *SUI GENERIS*

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui por el que se crea la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|----------------------------------|---|---|--|--|--|---|
| CONTEXTO Y OBJETIVOS DE POLÍTICA | En lo relativo al “folclore”, se confiere protección para “impedir cualquier explotación indebida y para permitir la protección adecuada del patrimonio cultural denominado folclore, que representa no sólo la capacidad potencial de expansión económica, sino también un legado cultural vinculado íntimamente al carácter individual de la comunidad” (Notas del Artículo 6). | <p>El folclore constituye una parte importante del patrimonio cultural de las naciones.</p> <p>La difusión del folclore puede ocasionar la explotación inadecuada del patrimonio cultural, y cualquier abuso o desnaturalización del folclore es perjudicial para los intereses culturales y económicos de las naciones.</p> <p>Las expresiones del folclore en cuanto constituyen manifestaciones de la creatividad intelectual merecen una protección inspirada en la propiedad intelectual.</p> <p>Tal protección de las expresiones del folclore resulta indispensable para su desarrollo, conservación y divulgación.</p> <p>Por lo tanto:</p> <p>Las expresiones del folclore estarán protegidas contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas (Preámbulo y Artículo 1).</p> | <p>Promover la contribución eficaz de la propiedad intelectual al desarrollo de los Estados miembros.</p> <p>Proteger la propiedad intelectual de manera eficaz y uniforme.</p> <p>Contribuir a la promoción de la protección de la propiedad literaria y artística como expresión de valores culturales y sociales.</p> | <p>El objetivo es proteger los derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas a través de un sistema de registro, promoción y comercialización de sus derechos, a fin de resaltar los valores socioculturales de las culturas indígenas y en aras de la justicia social (Preámbulo y Artículo 1 de la Ley; preámbulo del Decreto).</p> <p>Otro objetivo fundamental es proteger la autenticidad de la artesanía y otras expresiones artísticas tradicionales.</p> | <p>El objetivo consiste en proteger los derechos de los titulares de conocimientos tradicionales y expresiones de la cultura, así como permitir la creatividad y la innovación basadas en la tradición, incluyendo su comercialización, con sujeción al consentimiento fundamentado previo y la distribución de beneficios. La Ley Tipo también refleja la política de que deberían dejarse de lado en este ámbito las normas sobre propiedad intelectual.</p> | <p>1) <i>IACA</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Promover el desarrollo de las artes y oficios indígenas y crear una Junta que preste asistencia en éstas y otras cuestiones; <p>2) <i>Base de datos de emblemas oficiales</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Abordar cuestiones relativas a la protección de los emblemas oficiales de las tribus americanas nativas reconocidas en el ámbito estatal y federal. (Artículo 302.a)), Ley de Aplicación del Tratado sobre el Derecho de Autor). <p>La protección jurídica existente en Estados Unidos pretende, en síntesis:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Proteger y preservar el patrimonio cultural; - Evitar que los intereses comerciales relacionen fraudulentamente sus bienes o servicios con los pueblos indígenas. |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui por el que se crea la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|--|--|--|--|--|--|--|
| MATERIA (Objeto de la protección) | <p>Según la definición del Artículo 18, “folclore” está integrado por todas las obras literarias, artísticas y científicas creadas en territorio nacional por autores que se presume son nacionales de los países de que se trate o por comunidades étnicas; obras pasadas de generación en generación y que constituyen uno de los elementos básicos del patrimonio cultural tradicional.</p> <p>Se otorga al folclore protección <i>sui generis</i>.</p> <p>Por otra parte, las obras derivadas del folclore se tratan como obras protegidas por derecho de autor.</p> | <p>Producciones integradas por elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad, en particular, las expresiones verbales (cuentos populares, poesía popular y enigmas); las expresiones musicales (canciones y música instrumental populares); las expresiones corporales (danzas y representaciones escénicas populares y formas artísticas de rituales); y las expresiones tangibles (obras de arte popular, dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaico, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, tapices, trajes, instrumentos musicales, y [obras arquitectónicas] (Artículo 2).</p> | <p>Se definen las “expresiones del folclore” como producciones de elementos característicos del patrimonio artístico tradicional elaboradas y perpetuadas por una comunidad o por individuos que se reconoce satisfacen las expectativas de dicha comunidad, e incluyen los cuentos, poesía y canciones populares, música instrumental, danzas y espectáculos populares, así como las expresiones artísticas de los rituales y las producciones de arte popular (Artículo 2.xx)).</p> <p>Las expresiones del folclore y las obras derivadas de éste parecen quedar protegidas por el derecho de autor (Artículo 5.xii)).</p> | <p>Las costumbres, tradiciones, creencias, espiritualidad, religiosidad, cosmovisión, expresiones folclóricas, manifestaciones artísticas, conocimientos tradicionales y cualquier otra forma de expresión tradicional de los pueblos indígenas, que forman parte de su patrimonio cultural (Artículo 2 de la Ley).</p> <p>“Los derechos colectivos de propiedad intelectual” y “los conocimientos tradicionales” incorporados en creaciones, tales como invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones contenidas en las imágenes, figuras, símbolos gráficos, petroglifos y otros detalles; elementos culturales de historia, música, arte y expresiones artísticas tradicionales (Artículo 1 del Decreto).</p> | <p>La Ley centra su atención principalmente en las expresiones culturales.</p> <p>Las expresiones de la cultura se definen como cualquier forma de manifestación de los conocimientos tradicionales, incluyendo nombres, cuentos, cantos, enigmas, historias, canciones de transmisión oral, arte y artesanía, instrumentos musicales, escultura, pintura, tallas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, pintura, joyería, hilados, labores de punto, artesanía realizada con caracoles, alfombras, trajes y textiles, música, danzas, teatro, literatura, ceremonias, interpretaciones rituales, prácticas culturales, diseños y obras arquitectónicas.</p> | <p>1) <i>IACA</i>: Los reglamentos de aplicación de la Ley establecen que, en general, los términos “producto indígena” se refieren a “cualquier producto de artesanía elaborado por un indígena.” (Artículo 309.2.d.1)). En el Reglamento se señala además que los productos indígenas abarcan, si bien no exclusivamente: i) las obras de arte realizadas en un estilo o medio indígena tradicional o no tradicional; ii) artesanías fabricadas en un estilo o medio indígena tradicional o no tradicional; iii) artesanías, como por ejemplo los objetos creados únicamente con la ayuda de dispositivos que permitan a las capacidades manuales del fabricante modular la forma y el diseño de cada producto individual. (Artículo 309.2.d.2)) <i>Excepciones y limitaciones</i>: Los reglamentos de aplicación excluyen del ámbito de aplicación de la Ley cualquier producto de artesanía fabricado con anterioridad a 1935. (Artículo 309.2.d.3), reglamento de aplicación, de fecha 21 de octubre de 1996)</p> |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui por el que se crea la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|--|--|---------------------------|--|--|---|--|
| | | | <p>Las traducciones, adaptaciones, arreglos y demás transformaciones de expresiones del folclore también parecen quedar protegidas por el derecho de autor, así como las colecciones y bases de datos sobre obras y expresiones del folclore (Artículo 6.1)i) y ii)).</p> <p>En las definición de “interpretaciones” se incluye la interpretación de “expresiones del folclore” (Artículo 46).</p> | <p>Los “derechos colectivos indígenas” son los derechos indígenas de propiedad cultural e intelectual por lo que respecta a arte, música, literatura, conocimientos biológicos, médicos y ecológicos, y otros aspectos y expresiones que no tienen un autor o un dueño conocido ni una fecha de origen y son patrimonio de un pueblo indígena (Artículo 2 del Decreto).</p> <p>Los “conocimientos tradicionales” son los conocimientos colectivos de un pueblo indígena, fundados en tradiciones centenarias y hasta milenarias que a la vez son expresiones tangibles e intangibles que abarcan sus ciencias, tecnologías, manifestaciones culturales, incluyendo los recursos genéticos, medicinas, semillas, conocimientos sobre las propiedades de la fauna y flora, las tradiciones orales, diseños, artes visuales y representativas (Artículo 2 del Decreto).</p> <p>Sólo la materia susceptible de uso comercial queda cubierta por la Ley (Artículo 1 de la Ley).</p> | | <p>2) <i>Base de datos de emblemas oficiales:</i> Los términos “emblemas oficiales de las tribus americanas nativas” se refieren a la bandera, escudo de armas u otro emblema o dispositivo de cualquier tribu americana nativa reconocida en el ámbito estatal o federal, tal y como se adoptó en la Resolución Tribal y se notificó a la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos.</p> |

| | | | | | | |
|--|--|---------------------------|---|---|---|--|
| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui por el que se crea la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
| | | | | El Decreto (Artículo 3) establece un sistema de clasificación; en la Ley y en el Decreto se ofrecen varios ejemplos de materia protegida, como los vestidos tradicionales de ciertas comunidades indígenas mencionadas, instrumentos musicales, música, danzas o forma de ejecución, expresiones orales y escritas, instrumentos de trabajo y arte tradicionales, así como la técnica para su confección, cestas tradicionales, abalorios (Artículos 3, 4 y 5 de la Ley). | | |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui por el que se crea la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|---|---|--|--|---|--|--|
| <p>CRITERIOS DE PROTECCIÓN</p> <p>(Condiciones que la materia debe cumplir para recibir protección. Ejemplos: originalidad, novedad, distinción, estar fijada, etcétera.)</p> | <p>No se exigen la fijación (Artículo 5bis), ni la originalidad.</p> <p>No se establecen criterios específicos.</p> | <p>No se establece criterio alguno</p> | <p>Las expresiones del folclore y las obras inspiradas en ellas se consideran obras “originales” protegidas por el derecho de autor (Artículo 5).</p> <p>No es necesaria la fijación en un medio material (Artículo 4.2)).</p> | <p>La materia deberá:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) ser susceptible de uso comercial (Artículo 1 de la Ley); ii) basarse en la tradición, sin ser necesariamente “antigua” (Artículo 15 de la Ley); iii) estar incluida en el sistema de clasificación establecido por el Artículo 3 del Decreto; iv) ser “colectiva”, es decir que la materia no deberá tener un autor o dueño conocido, ni fecha de origen, y deberá constituir el patrimonio de toda una comunidad indígena (Artículo 2 del Decreto), o deberá considerarse que pertenece a una o más comunidades indígenas de Panamá (Artículos 5 y 6 del Decreto). | <p>La materia deberá ser “tradicional” es decir, i) creada, adquirida o inspirada con fines económicos, espirituales, rituales, narrativos, decorativos y recreativos tradicionales; ii) transmitida de generación en generación; iii) considerarse que pertenece a un determinado grupo, clan o comunidad tradicionales; y iv) se origine y mantenga en forma colectiva (Artículo 4).</p> <p>No es necesario que tenga forma tangible (Artículo 8).</p> | <p>1) <i>IACA</i>: Para que un producto reciba protección en el marco de la Ley, debe cumplir los siguientes requisitos: – debe ser un “producto indígena”, en los términos establecidos en la Ley y en los reglamentos de aplicación; – se debe haber fabricado con posterioridad a 1935; – el productor del producto indígena en cuestión debe residir en los Estados Unidos.</p> <p>2) <i>Base de datos de emblemas oficiales</i>: – en el caso de que los signos o símbolos contengan nombres de tribus, elementos similares a nombres americanos nativos o símbolos percibidos como pertenecientes a americanos nativos en su origen, quedarán incluidos en la base de datos.</p> |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui por el que se crea la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|-------------------------|--|--|---|---|--|---|
| TITULAR DE LOS DERECHOS | Los derechos sobre el folclore serán ejercidos por la autoridad competente (Artículos 6 y 18). | Ya sea una “autoridad competente”, ya sea la comunidad pertinente. | El autor es el primer titular de los derechos patrimoniales y morales. Algunas disposiciones específicas tratan de las obras en colaboración, las obras colectivas, las obras realizadas por empleados, y demás casos – no hay disposiciones específicas respecto de las expresiones del folclore (Artículo 28 a 33). | Las comunidades indígenas pertinentes, representadas por sus congresos generales o autoridades tradicionales. Un conjunto de comunidades podrá registrarse colectivamente como titular de los derechos (Artículo 5 del Decreto). | Los titulares tradicionales de los conocimientos tradicionales o las expresiones de la cultura son el grupo, clan o comunidad, o una persona reconocida como parte del grupo, clan o comunidad, a la que se confía la custodia o protección de los conocimientos tradicionales o las expresiones de la cultura, de conformidad con las normas y prácticas consuetudinarias (Artículo 4). | <i>IACA:</i> El término “indígena” se define como “cualquier persona que sea miembro de una tribu indígena o que, para los efectos de este Artículo, haya sido certificado como artesano indígena por parte de una tribu indígena”. (Artículo 6.d).3)) La expresión “tribu indígena” se refiere a: “A) cualquier tribu indígena, grupo, nación, pueblo nativo de Alaska u otro grupo organizado o comunidad susceptible de beneficiarse de los servicios y programas especiales que les proporcione Estados Unidos en base a su condición de indígenas; o B) cualquier grupo indígena que haya sido reconocido formalmente como tribu indígena por parte de los órganos legislativos de un Estado o por una comisión u organización estatal similar investida de la potestad legislativa del Estado para reconocer a una tribu como indígena”. (Artículo 6.d)3)) La expresión “organización artesanal indígena” se refiere a cualquier organización comercial artesanal legalmente constituida e integrada por miembros de tribus indígenas. (Artículo 6.d)4)). |

| | | | | | | |
|---|--|--|--|---|--|--|
| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui por el que se crea la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
| | | | | | Si se crea una obra derivada, la PI sobre la misma corresponderá al creador, sin perjuicio de lo que disponga la legislación sobre propiedad intelectual (véase más adelante). | <i>Base de datos de emblemas oficiales:</i> Los beneficiarios de la base de datos serán las tribus que hayan sido reconocidas como tales por las autoridades estatales o federales. |
| DERECHOS CONFERIDOS (Incluyendo las exenciones y la libre utilización) | <p>Artículo 6 – Las obras del folclore nacional gozan de los derechos mencionados en los Artículo 4 y 5.1), que ejercerá la autoridad competente.</p> <p>Artículo 4 – Derechos patrimoniales: el autor goza del derecho exclusivo a reproducir, traducir, adaptar, arreglar, transformar, comunicar la obra al público, mediante interpretación directa o radiodifusión.</p> | <p>Los usos siguientes, realizados con fines lucrativos y fuera de su contexto tradicional o acostumbrado, están sujetos a autorización: la publicación, reproducción, distribución de ejemplares, recitación, ejecución o interpretación pública, transmisión por hilo o inalámbrica y cualquier otra forma de comunicación al público (Artículo 3).</p> <p>En todas las publicaciones impresas y en relación con las comunicaciones al público deberá indicarse la fuente (Artículo 5) – de forma apropiada (mencionando la comunidad y/o el lugar geográfico del que procede la expresión utilizada).</p> | <p>Las expresiones del folclore y las obras inspiradas en ellas se consideran como obras protegidas por derecho de autor; parecerían aplicarse aquí los derechos patrimoniales y morales tal como se los entiende en el ámbito del derecho de autor (Artículos 8 y 9).</p> <p>Se concede a las interpretaciones de expresiones del folclore la misma protección concedida a otras interpretaciones o ejecuciones. (Artículo 48.)</p> <p>Sin embargo, además, las expresiones del folclore y las obras que ya forman parte del dominio público están sujetas al “<i>domaine public payant</i>” (Artículo 59).</p> | <p>Derecho colectivo a autorizar o prohibir:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) el uso y la comercialización (Artículo 15); ii) la reproducción industrial (Artículo 20 de la Ley). <p>Derecho colectivo a solicitar un título de propiedad intelectual respecto de la materia protegida (Artículo 2 de la Ley).</p> <p>Derecho colectivo a impedir o autorizar a terceros la adquisición de derechos exclusivos de propiedad intelectual sobre la materia protegida (Artículo 2 de la Ley).</p> | <p>La Ley Tipo establece “derechos relativos a la cultura tradicional” y “derechos morales” sobre los conocimientos tradicionales o las expresiones de la cultura.</p> <p>Los derechos relativos a la cultura tradicional consisten en el derecho a autorizar o impedir los usos siguientes respecto de los conocimientos tradicionales o las expresiones de la cultura:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) la reproducción; ii) la publicación; iii) la interpretación o exhibición al público; | |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui por el que se crea la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|--|--|---|--|--|--|--|
| | <p>Artículo 5.1) – Derechos morales: reivindicar la paternidad, oponerse a toda deformación, mutilación, modificación o cualquier otra acción que atente contra el honor o la reputación del autor, así como solicitar indemnización por esas acciones.</p> <p>Sin embargo, esos derechos no se aplican cuando las obras del folclore nacional son utilizadas por una entidad pública con fines no comerciales (Artículo 61bis).</p> <p>También se introduce el sistema de <i>domaine public payant</i> (Artículo 17). Los usuarios de obras del folclore nacional deben pagar a la autoridad competente un porcentaje de las ganancias, que se destinará a fines específicos (Artículo 17).</p> | <p>Excepciones (Artículos 4 y 5.2)): No se exige autorización:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) para fines de actividades pedagógicas; ii) para la utilización con fines de ilustración de la obra original; iii) cuando las expresiones del folclore se “toman” para crear una obra original de autor; iv) para la “utilización fortuita”, como la que se produce durante un servicio de información sobre acontecimientos de actualidad, en medios situados de manera permanente en algún lugar público. | <p>La explotación de expresiones del folclore y la de obras o producciones que ya formen parte del dominio público al expirar las condiciones de protección estarán sujetas a la condición de que el usuario se comprometa a pagar la regalía pertinente al órgano nacional de administración de derechos colectivos. Las regalías recaudadas por la explotación de expresiones del folclore se dedicarán a fines culturales y de bienestar.</p> | <p>El derecho colectivo a consentir la certificación de expresiones culturales como obras de arte tradicional indígena o artesanía realizada por manos indígenas (Artículo 10 de la Ley y Artículo 15 del Decreto).</p> <p>Excepciones en favor de conjuntos de bailes folclóricos (Artículo 16 de la Ley) y pequeños artesanos no indígenas, en ciertos casos -pueden realizar y comercializar reproducciones, pero no podrán reivindicar los derechos colectivos reconocidos por la Ley (Artículos 23 y 24 de la Ley; Artículos 26 y 27 del Decreto).</p> <p>El registro del derecho colectivo de un objeto o conocimiento tradicional no afectará el intercambio tradicional entre pueblos indígenas del objeto o conocimiento en cuestión (Artículo 11 del Decreto).</p> | <ul style="list-style-type: none"> iv) la radiodifusión al público por radio, televisión, satélite, cable o cualquier otro medio de comunicación; v) la traducción, adaptación, arreglo, transformación o modificación; vi) la fijación mediante cualquier procedimiento como, por ejemplo, una fotografía, película o grabación sonora; vii) la puesta a disposición en línea o en formato electrónico, la transmisión al público (por un canal o una combinación de canales o ambos); viii) la creación de obras derivadas; | |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui por el que se crea la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|--|--|---------------------------|---|---|--|--|
| | | | | | ix) la realización, utilización, oferta en venta, venta, importación o exportación; ello incluye los productos derivados de los conocimientos tradicionales o las expresiones de la cultura; x) la utilización en cualquier otra forma material, si se trata de usos no acostumbrados (con independencia de que sean de naturaleza comercial) (Artículo 7). | |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui por el que se crea la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|--|--|---------------------------|---|---|---|--|
| | | | | | <p>Los “derechos morales” se refieren al derecho de atribución de la titularidad; el derecho a que no se atribuya erróneamente la titularidad; el derecho a que los conocimientos tradicionales no sean objeto de trato denigrante (Artículo 13).</p> <p>Si las expresiones culturales y obras derivadas se utilizan con fines comerciales, el usuario deberá compartir los beneficios con los titulares de los conocimientos tradicionales, reconocer la fuente y respetar los derechos morales (Artículo 12).</p> <p>Los derechos relativos a la cultura tradicional no impiden la utilización de las expresiones culturales por los titulares tradicionales (Artículo 7.3)) ni la enseñanza directa, la crítica o el examen, la transmisión de noticias o acontecimientos de actualidad, los procedimientos judiciales y la utilización incidental, si bien en esos casos es necesario que se reconozca la fuente (Artículos 7.4) y 5)).</p> | |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui por el que se crea la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|--|---|---|---|--|--|---|
| PROCEDI- MIENTOS Y FORMALIDA- DES | <p>No se establecen.</p> <p>Los acuerdos de licencia autorizados por la autoridad competente deberán estar precedidos por negociaciones con las partes interesadas.</p> | <p>Los usos previstos en el Artículo 3 están sujetos a autorización. (Artículo 9.)</p> <p>La autoridad competente concede autorización, se exige el pago de una tasa (Artículo 10.2)).</p> <p>Podrán interponer recursos contra las decisiones de la autoridad competente el solicitante de la autorización y/o el representante de la comunidad interesada (Artículo 10.3)).</p> | <p>No se establecen procedimientos particulares para las expresiones del folclore.</p> | <p>Creación de un sistema especial de registro (Artículo 1 de la Ley).</p> <p>La solicitud de registro deberá indicar que se trata de un derecho colectivo, que la materia objeto de protección pertenece a una comunidad indígena, así como la técnica utilizada y una breve descripción del objeto (Artículo 6 del Decreto).</p> <p>El registro deberá ser hecho por la comunidad indígena, por sus Congresos Generales o por una autoridad indígena tradicional (Artículo 7 de la Ley).</p> <p>La solicitud deberá contener la información prescrita (Artículo 7 del Decreto); el formulario correspondiente está a disposición del público. Deberá incluirse en la solicitud una muestra del objeto.</p> | <p>La utilización de las expresiones culturales exige el consentimiento fundamentado previo.</p> <p>Las solicitudes de consentimiento pueden presentarse directamente ante una "autoridad encargada de asuntos culturales" o directamente a los titulares tradicionales.</p> <p>Las solicitudes ante la autoridad encargada de asuntos culturales deberá realizarse según la forma prescrita; indicar el uso propuesto por el solicitante; declarar el propósito de ese uso; pagar la tasa prescrita.</p> <p>La autoridad encargada de asuntos culturales tramitará la solicitud en el plazo prescrito. De no ser así, se considerará que los titulares tradicionales no dieron su consentimiento.</p> <p>Las solicitudes se publican mediante una copia dirigida a los titulares de conocimientos tradicionales, una copia publicada en el boletín nacional y, si procede, la difusión por radio y televisión</p> | <p>1) <i>IACA</i>: La Junta Indígena de Artes y Oficios podrá registrar en la USPTO las marcas gubernamentales de autenticidad y calidad para los productos indígenas, sin costo alguno. (Artículo 2.g)).</p> <p>2) <i>Base de datos de emblemas oficiales</i>: En agosto de 2001 la USPTO creó una base de datos de emblemas oficiales de las tribus americanas nativas, con fines informativos y en base a la certificación propia.</p> |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui por el que se crea la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|--|--|---------------------------|---|---|---|--|
| | | | | <p>La tramitación no requerirá los servicios de un abogado y se exceptúa de cualquier pago (Artículo 7 de la Ley).</p> <p>Los registros se publican y pueden ser objeto de apelación (Artículo 10 del Decreto).</p> <p>El acceso al Registro del Derecho Colectivo es público, a excepción de las experiencias y procesos cognoscitivos desarrollados por los pueblos indígenas, la técnica o método de elaboración tradicional (Artículo 12 del Decreto).</p> <p>Se creará un cargo de examinador de derechos colectivos indígenas en la oficina de propiedad industrial, que será competente para examinar todas las solicitudes que se presenten y de velar por que no sean inscritos en violación de la Ley (Artículo 9 de la Ley).</p> | <p>Toda apelación relativa a una solicitud debe efectuarse en un plazo de 28 días contados a partir de la publicación.</p> <p>En caso de negociaciones directas entre el usuario y los titulares, la autoridad encargada de los asuntos culturales deberá recibir una copia de la propuesta de acuerdo de autorización del usuario (Artículo 25.2)).</p> <p>Todo usuario potencial de una expresión cultural debe firmar un acuerdo de autorización del usuario con los titulares de los conocimientos tradicionales de que se trate, en caso de que estos últimos aprueben dicha utilización. En dicho acuerdo deben estipularse las condiciones relativas a lo siguiente:</p> | |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui por el que se crea la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|--|--|---------------------------|---|---|---|--|
| | | | | | <ul style="list-style-type: none"> i) distribución de beneficios financieros y otros beneficios derivados del uso de los conocimientos tradicionales o las expresiones culturales; ii) compensación, tasas, regalías u otros pagos relativos al uso; iii) utilización exclusiva o no exclusiva; iv) período de autorización para la utilización y derechos de renovación; v) requisitos en materia de divulgación en relación con el uso; vi) posible participación por los titulares de los conocimientos tradicionales en todo derecho de propiedad intelectual que pueda derivarse del uso del conocimiento tradicional o de la expresión cultural; vii) acuerdos de acceso por los titulares de los conocimientos tradicionales; | |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui por el que se crea la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|--|--|---------------------------|---|---|--|--|
| | | | | | <p>viii) requisitos de formación y capacitación relativos al solicitante;</p> <p>ix) controles en materia de publicación;</p> <p>x) especificar si los derechos derivados del acuerdo pueden ser objeto de cesión;</p> <p>xi) Derecho aplicable en relación con las controversias que surjan a raíz del acuerdo;</p> <p>xii) respeto de los derechos morales de los titulares de los conocimientos tradicionales.</p> <p>Si el usuario potencial y los titulares de los conocimientos tradicionales firman un acuerdo de autorización de uso se considerará que los titulares han dado el consentimiento fundamentado previo en cuanto al uso propuesto.</p> <p>La autoridad encargada de los asuntos culturales deberá mantener un registro de los acuerdos firmados en materia de autorización de uso.</p> | |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui por el que se crea la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|--|--|--|---|---|--|--|
| RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y OTRAS INSTITUCIONES NUEVAS O EXISTENTES | <p>La autoridad competente delegará la responsabilidad en el organismo encargado de la gestión de los derechos de los autores en el plano nacional (notas).</p> <p>Deberá obtenerse una autorización de las autoridades competentes en relación con todo uso que desea hacerse de una obra de folclore.</p> <p>En el Artículo 18 se define lo que se entiende por autoridades competentes.</p> <p>Las sumas recaudadas por las autoridades competentes deben utilizarse <i>inter alia</i> para proteger y difundir el folclore nacional (Artículo 17).</p> | <p>Incumbirá a los Estados promulgantes determinar lo que se entiende por autoridades competentes (Artículo 9.1))</p> <p>De los recursos interpuestos contra las decisiones de la autoridad competente entenderá el Tribunal (Artículo 11.1)).</p> <p style="text-align: center;">O</p> <p>Toda infracción prevista en los Artículos 6 a 11.2) será de competencia del Tribunal.</p> | No se contemplan disposiciones relativas a las expresiones del folclore. | <p>Las solicitudes de registro se cursarán ante la oficina de propiedad industrial o la oficina de derecho de autor (Artículo 4 de la Ley).</p> <p>Se crea dentro de la oficina de propiedad industrial el Departamento de Derechos Colectivos y Expresiones Folclóricas, encargado de aprobar solicitudes y de mantener el registro (Artículo 7 de la Ley).</p> <p>Los funcionarios de la oficina de propiedad industrial y del Departamento de Derechos Colectivos y Expresiones Folclóricas pueden dirigirse a las comunidades tradicionales a fin de recabar la información necesaria para la tramitación de solicitudes.</p> | <p>Incumbe a las autoridades encargadas de los asuntos culturales:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) recibir y tramitar solicitudes; ii) determinar quiénes son los titulares de los conocimientos tradicionales; ii) supervisar la observancia de los derechos e informar de toda infracción al respecto; iv) elaborar condiciones estándar relativas a los acuerdos de autorización de uso; v) mantener un registro de acuerdos de autorización de uso; vi) ofrecer oportunidades de formación y capacitación a los titulares y usuarios de conocimientos tradicionales; vii) elaborar un código de ética; viii) formular directrices de orientación; ix) establecer vínculos con entidades regionales; x) mantener un registro de titulares de conocimientos tradicionales y de conocimientos tradicionales; xi) ofrecer orientación sobre el significado de "utilización consuetudinaria" | |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui por el que se crea la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|---|---|--|---|---|--|--|
| SANCIONES Y PROCEDIMIENTOS DE OBSERVANCIA | <p>La importación en el territorio nacional de ejemplares de obras protegidas constituye una infracción que puede dar lugar a la confiscación de los bienes.</p> <p>El infractor de los derechos tiene la obligación de cesar dicha infracción y puede ser demandado por daños y perjuicios; si se trata de un daño premeditado, el infractor puede verse obligado a pagar una multa, ser encarcelado o ser objeto de ambas medidas (Artículo 15.1)).</p> <p>Podrán combatirse por todos los medios legítimos las infracciones de los derechos mencionados que constituya una violación del patrimonio cultural nacional (Artículo 15.2)).</p> <p>El material infractor puede ser objeto de confiscación (Artículo 15.3)).</p> <p>La prueba sustancial de que ha habido infracción puede presentarse mediante una declaración efectuada por funcionarios de la policía o mediante declaraciones certificadas por agentes jurados de organismos de autores (Artículo 15.4)).</p> | <p>Incumbirá a cada Estados promulgante determinar lo que constituye un delito (Artículo 6).</p> <p>Confiscación de bienes que infrinjan la ley (Artículo 7).</p> <p>Las tasas recaudadas se utilizarán a los fines de salvaguardar la cultura nacional. (Artículo 10.3)).</p> <p>Toda omisión de reconocer la fuente en los casos estipulados podrá ser objeto de multa (Artículo 6).</p> | No existen disposiciones específicas en relación con las expresiones del folclore | <p>La importación, el contrabando, la reproducción industrial de los objetos protegidos y otras infracciones de la ley están prohibidas y el importe de las multas deberá compartirse con las respectivas comunidades indígenas (Artículos 17 a 21 de la Ley).</p> <p>Además de las comunidades indígenas perjudicadas, el gobernador comarcal o el gobernador de provincia podrán tomar medidas preventivas (Artículo 22 de la Ley).</p> | <p>Los delitos de diversa índole son sancionables por medio de multas o con períodos de prisión, o con ambas medidas.</p> <p>Los titulares de conocimientos tradicionales pueden entablar procedimientos civiles.</p> <p>Medidas de subsanación: requerimiento judicial, indemnización por pérdida, disculpas públicas, cese o anulación de la atribución falsa de titularidad o trato peyorativo, orden de liquidación de beneficios, confiscación de objetos, etcétera.</p> <p>Pueden también interponerse procedimientos de mediación y solución alternativa de controversias y se puede recurrir a la legislación consuetudinaria.</p> | <p>IACA: En Estados Unidos, la IACA ha autorizado a la Junta Indígena de Artes y Oficios (IACB), una agencia federal, a que remita las infracciones a la Oficina Federal de Investigaciones. La IACB puede, de manera independiente, recomendar al Fiscal General de los Estados Unidos que incoe diligencias penales. La IACB puede también recomendar al Secretario de Interior que remita la cuestión al Fiscal General para que emprenda acciones civiles ejecutorias. Las sanciones civiles y penales por infracción de la IACA son las siguientes: 250.000 dólares o cinco años de prisión para las personas que incurran en este tipo de acciones por primera vez; un millón de dólares en el caso de empresas; un millón de dólares o cinco años de prisión para los delincuentes individuales, y cinco millones de dólares de multa para las empresas, para el caso de que sean reincidentes.</p> |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui para la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|---------------------|---|---------------------------|--|---|--|--|
| PLAZO DE PROTECCIÓN | Sin limitación en el tiempo (Artículo 6.2)). | No se especifican plazos. | Derechos patrimoniales: el plazo de protección se extiende hasta 70 años contados a partir de la muerte del autor. Los derechos morales no tienen limitación en el tiempo. Una vez expiren los derechos patrimoniales, el organismo encargado de la gestión colectiva de los derechos (Artículo 60) velará por el cumplimiento de los derechos morales. Autores anónimos = plazo de protección de 70 años contados a partir de la primera publicación o elaboración de la obra o de que la obra se haya puesto a disposición del público por medios legales (Artículo 24). | Los derechos son indefinidos (no ilimitados) (Artículo 7 de la Ley). | Los derechos morales y los derechos culturales tradicionales permanecen perpetuamente en vigor, son inalienables y no pueden ser objeto de renuncia ni de transferencia (Artículos 9 y 13.4)). | |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui para la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|--|---|--|---|---|---|--|
| <p>INTERACCIÓN CON LEYES DE PROPIEDAD INTELECTUAL</p> <p>(y con otras leyes, como la legislación sobre el patrimonio cultural)</p> | <p>Las obras derivadas del folclore se consideran obras susceptibles de protección por derecho de autor (Artículo 2).</p> | <p>En virtud del Artículo 12, no se limitará ni perjudicará ninguna forma de protección aplicable a las expresiones del folclore en virtud de otras leyes vigentes u otras formas de protección.</p> | <p>Se estipula la protección de las expresiones del folclore en calidad de obras susceptibles de protección por derecho de autor y se dispone que toda interpretación o ejecución realizada a partir de dichas obras quedarán protegidas mediante derechos conexos.</p> <p>Ahora bien, también se estipula el <i>dominio público de pago</i>.</p> <p>En el Título II se contempla el patrimonio cultural y se estipula lo siguiente:</p> <p>Por “patrimonio cultural” se entiende el folclore, los sitios culturales y monumentos, y los conjuntos artísticos (Artículo 67). En virtud del Artículo 68, se entiende por “folclore” el conjunto de tradiciones y producciones literarias, artísticas religiosas, científicas, tecnológicas y otras creadas por las comunidades y transmitidas de generación en generación. En los Artículos 68 a 71 se ofrecen ejemplos.</p> | <p>En la Ley de Derecho de Autor de Panamá, de 1984, no se contempla la protección de las “expresiones genéricas del folclore” (Artículo 9).</p> <p>Otras leyes importantes en esta esfera son la Ley N.º 27 de 30 de julio de 1997 por la que se establece la “protección, promoción y desarrollo de las artesanías” y la Ley N.º 14, de 5 de mayo de 1982 “por la cual se dictan medidas sobre custodia, conservación y administración del patrimonio histórico de la nación”.</p> <p>En la Ley y el Decreto se hace también referencia al Código Fiscal, la Ley sobre Aduanas y la Legislación sobre Marcas.</p> | <p>La ley no afecta a ningún derecho que existiera antes de que la misma entrara en vigor (en cada país), incluidos los derechos de propiedad intelectual.</p> <p>Los derechos culturales tradicionales son complementarios y no afectan a los derechos de propiedad intelectual.</p> <p>Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras derivadas (creaciones basadas en la tradición) pertenecen al titular del objeto de propiedad intelectual en virtud de las leyes de propiedad intelectual aplicables. Ahora bien, si la obra derivada es objeto de comercialización se plantean varias obligaciones (véase <i>supra</i>).</p> | |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui para la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|--|--|---------------------------|--|---|---|--|
| | | | <p>En el Artículo 73 se prohíbe la distorsión, destrucción, exportación, venta y transferencia ilícita de todos o parte de los bienes que constituyen el patrimonio cultural salvo que se obtenga la debida autorización de las autoridades competentes (Artículo 73.1)).</p> <p>En el Artículo 73.2) se prohíbe realizar los siguientes actos con fines lucrativos:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) publicación, reproducción, distribución de ejemplares de todo bien cultural; y ii) recitación, interpretación o ejecución pública, transmisión por hilo o inalámbrica y cualquier otra forma de comunicación al público. <p>Se estipulan varias limitaciones en relación con esos derechos, en particular, los préstamos de bienes del patrimonio cultural para la creación de obras originales (Artículo 74.1c)).</p> <p>Los Estados harán un inventario y determinarán, clasificarán, protegerán e ilustrarán los elementos que integran el patrimonio cultural (Artículo 72)</p> <p>Se establecerá una comisión superior encargada del patrimonio cultural (Artículo 97) a la que deberá consultarse sobre toda cuestión relativa a la protección, la salvaguardia y la promoción del patrimonio cultural.</p> | | | |

| | | | | | | |
|-------------------------------------|--|---------------------------|---|---|--|--|
| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui para la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
| LEYES Y PROTOCOLOS CONSUETUDINARIOS | No figuran referencias | | No figuran referencias | El registro no afectará el intercambio tradicional entre pueblos indígenas del objeto o conocimiento en cuestión (Artículo 11 del Decreto). | Para la solución de controversias cabe aplicar las leyes y prácticas consuetudinarias. | No existen disposiciones específicas. |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui para la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|---|--|---|--|---|--|--|
| <p>PROTECCIÓN REGIONAL E INTERNACIONAL</p> <p>(incluida la cuestión de la protección de expresiones culturales idénticas o similares de países vecinos (el denominado “folclore nacional”)).</p> | <p>Las copias, adaptaciones, etc. de obras del folclore nacional que se hagan en el extranjero sin la debida autorización, no podrán importarse ni distribuirse en el territorio nacional. (Artículo 6.3)).</p> <p>Artículo 16.2), apartado X: – la ley se aplica a todas las obras que, en virtud de los tratados que haya firmado el país, deban protegerse, así como a las obras del folclore nacional.</p> <p>En el apartado Y se dispone la aplicación de la ley al folclore nacional de los países que hayan promulgado dicha ley.</p> | <p>Con sujeción a la reciprocidad (Artículo 14.1)).</p> <p>Sobre la base de tratados u otros acuerdos internacionales (Artículo 14.2)).</p> | <p>Artículo 3.1): Los derechos de propiedad intelectual que se estipulan en los anexos al Acuerdo son derechos nacionales independientes que están sujetos a la legislación de cada Estado miembro en el que surtan efecto.</p> <p>Artículo 4.2) – el Acuerdo y sus anexos son aplicables en su totalidad a cada Estado que haya ratificado o se haya adherido al Acuerdo.</p> | <p>Las expresiones artísticas y tradicionales indígenas de otros países tendrán los mismos beneficios establecidos en la ley, siempre que sean efectuados mediante acuerdos internacionales recíprocos con dichos países. (Artículo 25 de la Ley).</p> <p>Está prohibido importar reproducciones no originales de objetos protegidos (Artículo 17).</p> | <p>Con sujeción a la concertación de acuerdos recíprocos, en la ley se estipula que la protección de los conocimientos tradicionales y expresiones culturales de otros países o territorios será equivalente a la que se ejerce en el propio país.</p> | <p>No existen disposiciones específicas.</p> |

| | Ley Tipo de Túnez sobre derecho de autor (1976) (sólo las partes que guardan relación con el folclore) | Disposiciones Tipo (1982) | Acuerdo de Bangui para la OAPI (modificado en 1999) Anexo VII, Título I (derecho de autor y derechos conexos) | Ley de Panamá N.º 20 (26 de junio de 2000) y Decreto Ejecutivo N.º 12 (20 de marzo de 2001) | Ley Tipo del Pacífico Meridional para leyes nacionales (2002) | Ley de Artes y Oficios de los Pueblos Indígenas de los Estados Unidos de América de 1990 |
|----------------------------|--|--|---|---|---|--|
| DISPOSICIONES TRANSITORIAS | No existen disposiciones específicas en relación con el folclore | <p>No se estipulan disposiciones transitorias específicas.</p> <p>En función de la legislación de cada país</p> <p>El legislador puede optar entre lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) la retroactividad de la ley ii) la no retroactividad de la ley iii) una solución intermedia: las utilizaciones que conforme a la ley quedan sujetas a la necesidad de autorización pero se iniciaron sin ella antes de la entrada en vigor de la ley deberán finalizar dentro de cierto plazo si mientras tanto el interesado no obtiene la autorización correspondiente. <p>(Comentario sobre las Disposiciones Tipo)</p> | <p>Las disposiciones se aplican a las obras creadas, a las interpretaciones y ejecuciones que hayan tenido lugar, o que hayan sido fijadas, etc. antes de la fecha de entrada en vigor del Anexo VII, a condición de que dichas obras no hayan pasado al dominio público en razón de la expiración del plazo de protección de que gocen en virtud de la legislación anterior (Artículo 66.1)).</p> <p>Los efectos legales de los actos y contratos celebrados antes de la fecha de entrada en vigor del Anexo no se verán afectados (Artículo 66.2)).</p> | <p>En la Ley se estipula que los derechos concedidos anteriormente en virtud de la legislación pertinente deberán respetarse y no se verán afectados.</p> | <p>La ley se aplica a las expresiones culturales existentes antes de la elaboración de la ley (en el país de que se trate) y a las expresiones creadas tras la entrada en vigor (Artículo 3).</p> <p>La ley no afectará a la propiedad intelectual ya existente (como ya se ha mencionado) ni a ningún contrato o licencia concertada (Artículo 3.2) y 3.3)).</p> <p>Toda persona que haga un uso no consuetudinario de expresiones culturales en el momento de entrada en vigor de la ley (en el país de que se trate) tendrá 60 días de plazo para solicitar la autorización necesaria en virtud de la ley (Artículo 35).</p> | |