

OMPI



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

WIPO/GRTKF/IC/3/10

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 25 de marzo de 2002

S

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

**Tercera sesión
Ginebra, 13 a 21 de junio de 2002**

**INFORME FINAL SOBRE LAS EXPERIENCIAS NACIONALES
EN MATERIA DE PROTECCIÓN JURÍDICA
DE LAS EXPRESIONES DEL FOLCLORE**

preparado por la Secretaría

ÍNDICE

	Página
RESUMEN OPERATIVO	5
I. INTRODUCCIÓN	6
II. CONTEXTO DEL INFORME FINAL	8
II.A. Panorama de las necesidades y cuestiones de propiedad intelectual relacionadas con las expresiones del folclore	8
a) Protección internacional para las “obras no publicadas” en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas	9
b) Aprobación de la Ley Tipo de Túnez sobre Derecho de Autor para los países en desarrollo (1976)	9
c) Las Disposiciones Tipo, 1982	10
d) Intentos por elaborar un tratado internacional, 1982 a 1985	11
e) Aprobación del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), 1996	12
f) Foro Mundial UNESCO-OMPI sobre la Protección del Folclore, 1997	13
g) Misiones exploratorias de la OMPI, 1998-1999	13
h) Consultas regionales OMPI-UNESCO sobre la protección de las expresiones del folclore, 1999	15
i) Primera sesión del Comité Intergubernamental	17
j) Segunda sesión del Comité Intergubernamental	19
II.B. Otras actividades pertinentes de la OMPI	21
a) Nombres de dominio	21
b) Protección de bases de datos no originales	22
c) Derechos conexos	23
II.C. Labor pertinente de otras organizaciones e instituciones intergubernamentales	24
a) Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)	24
b) Centro de Comercio Internacional (CCI)	27

c)	Oficina del Alto Comisionado (de las Naciones Unidas) para los Derechos Humanos (OACDH)	28
i)	Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (WGIP)	28
ii)	Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas	29
d)	Organización Internacional del Trabajo (OIT)	29
e)	Organización Mundial del Comercio (OMC)	30
II.D.	Labor pertinente de organizaciones regionales	31
a)	Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI)	31
b)	Secretaría de la Comunidad del Pacífico	31
c)	La Comunidad Andina	31
III.	RESUMEN GENERAL, CONCLUSIONES Y TAREAS PROPUESTAS	32
A.	Cuestiones de carácter conceptual y operativo	33
a)	Materia	34
b)	Objetivos de la protección	36
c)	Sujetos de la protección	37
d)	Alcance de la protección – excepciones y limitaciones	38
e)	Participación efectiva de los pueblos indígenas y las comunidades locales	39
B.	Resumen General	40
a)	Estados que prevén una protección jurídica específica para las expresiones del folclore	40
b)	Estados que no prevén una protección específica para las expresiones del folclore	45
c)	Formas de protección distintas de la propiedad intelectual	50
d)	Las Disposiciones Tipo de 1982	52
e)	Protección extraterritorial	54
f)	Propuestas de modificación de las normas de propiedad intelectual existentes y de las normas <i>sui generis</i>	55
g)	Documentación	58

C.	Conclusiones y tareas propuestas	61
a)	Establecimiento, fortalecimiento y aplicación efectiva de los sistemas nacionales de protección	61
b)	Protección extraterritorial	66
c)	Relaciones entre las leyes y protocolos consuetudinarios y el sistema oficial de propiedad intelectual	69
Anexo I:	Estadísticas detalladas y resumen de las respuestas dadas al Cuestionario	
Anexo II:	Lista de Estados miembros que respondieron al Cuestionario al 31 de enero de 2002	
Anexo III:	Disposiciones Tipo para las leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra las explotación ilícita y otras acciones lesivas, 1982	
Anexo IV:	Proyecto de Tratado para la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, 1985	
Anexo V:	Lista de tareas propuestas	

RESUMEN OPERATIVO

El presente documento es un informe final sobre las respuestas recibidas de los Estados al “Cuestionario sobre experiencias nacionales en la protección jurídica de las expresiones del folclore” (OMPI/GRTKF/IC/2/7) publicado por la Secretaría de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en junio de 2001. Se había sugerido el establecimiento de ese cuestionario en la primera sesión del Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore que se celebró del 30 de abril al 3 de mayo de 2001.

El 31 de enero de 2002, fecha límite para completar el cuestionario, fijada por los miembros del Comité Intergubernamental en su segunda sesión celebrada del 10 al 14 de diciembre de 2001, la Secretaría de la OMPI había recibido 64 respuestas al cuestionario. En el presente informe final se efectúa un resumen, se sacan conclusiones y se proponen tareas que el Comité Intergubernamental podrá, si así lo desea, aprobar o emprender sobre la base de las 64 respuestas recibidas.

Después de la Introducción (Sección I), en la sección II, “Contexto del informe final” se da información sobre actividades anteriores en las que se han identificado las necesidades en materia de propiedad intelectual y las cuestiones relacionadas con las expresiones del folclore. Además, se describen brevemente en esta sección otras actividades pertinentes de la OMPI y la labor conexas realizadas por otras organizaciones intergubernamentales y regionales.

En la sección III, “Resumen general, conclusiones y tareas propuestas”, se proponen cuatro tareas que el Comité Intergubernamental podrá aprobar o emprender si lo considera conveniente. Las dos primeras tareas se relacionan con la necesidad patente de establecer, consolidar y aplicar en forma eficaz sistemas nacionales de protección de las expresiones del folclore. A este respecto, se propusieron dos tareas. La primera (mencionada como Tarea Posible N° 1) consiste en una mayor asistencia técnico-jurídica que la Secretaría de la OMPI prestaría, previa solicitud, en el establecimiento, fortalecimiento y aplicación efectiva de los sistemas y medidas existentes de protección jurídica de las expresiones del folclore a nivel nacional. La segunda tarea propuesta (mencionada como Tarea Posible N° 2) consiste en la actualización y modificación de las Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y Otras Acciones Lesivas, de 1982, tal como lo han propuesto los Estados y demás partes interesadas en actividades anteriores de la OMPI, en las dos primeras sesiones del Comité Intergubernamental y en las respuestas al Cuestionario.

Muchos Estados y otras partes interesadas también han puesto de relieve la urgente necesidad de que los Estados y/o poblaciones indígenas y comunidades locales estén en condiciones de ejercer sus derechos respecto de las expresiones del folclore en países extranjeros, en otras palabras, la necesidad de contar con una protección extraterritorial (o internacional) de las expresiones del folclore. De ahí que la tercera tarea propuesta (mencionada como Tarea Posible N° 3) tenga que ver con el examen, por parte del Comité Intergubernamental, de los elementos de eventuales medidas, mecanismos o marcos para una protección extraterritorial eficaz de las expresiones del folclore.

Por último, en actividades anteriores de la OMPI, en sesiones anteriores del Comité Intergubernamental y en las respuestas al Cuestionario, los Estados y demás partes interesadas han propuesto que se siga examinando la relación existente entre las leyes y protocolos consuetudinarios y el sistema oficial de propiedad intelectual, en la medida en que se ocupen

de la protección jurídica de las expresiones del folclore. Por consiguiente, la Tarea Posible N° 4 propone que la Secretaría de la OMPI encargue la realización de un estudio práctico sobre esta cuestión para que pueda ser examinado ulteriormente por el Comité Intergubernamental.

I. INTRODUCCIÓN

1. En la primera sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (30 de abril a 3 de mayo de 2001) (“el Comité Intergubernamental”), los miembros indicaron que sería conveniente de disponer de más información sobre las experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore. En particular, los miembros solicitaron información sobre las experiencias prácticas en la aplicación de las Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore Contra la Explotación Ilícita y Otras Acciones Lesivas, que fueron adoptadas en 1982 bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) (“las Disposiciones Tipo”)¹.

2. En consecuencia, la Secretaría de la OMPI preparó y publicó un “Cuestionario sobre experiencias nacionales en la protección jurídica de las expresiones del folclore” (OMPI/GRTKF/IC/2/7) (“el Cuestionario”)².

3. La fecha que se fijó para el envío de los cuestionarios completados fue la del 14 de septiembre de 2001. Esa fecha se prorrogó luego hasta el 30 de septiembre de 2001. En esa fecha, se habían recibido cuestionarios cumplimentados de los siguientes Estados miembros: Alemania, Argentina, Australia, Barbados, Bhután, Bosnia y Herzegovina, Brunei Darussalam, Burkina Faso, Canadá, China, Côte d’Ivoire, Croacia, Etiopía, Federación de Rusia, Filipinas, Gambia, Indonesia, Irán (República Islámica del), Jamaica, Kirguistán, Letonia, Malasia, México, Namibia, Pakistán, Países Bajos, República Checa, República Unida de Tanzania, Rumania, Sierra Leona, Sri Lanka y Suiza (32).

4. Las 32 primeras respuestas recibidas fueron objeto de un “Informe preliminar sobre las experiencias nacionales relativas a la protección jurídica de las expresiones del folclore” (OMPI/GRTKF/IC/2/8) que fue examinado en la segunda sesión del Comité Intergubernamental, celebrada del 10 al 14 de diciembre de 2001. Como informe preliminar, el documento presentaba el contexto y resumía las respuestas recibidas hasta el 30 de septiembre de 2001, aunque sin analizarlas ni sacar ninguna conclusión o sugerir actividades o tareas adicionales que los miembros del Comité Intergubernamental pudieran fijar o emprender, si lo estimasen conveniente. Se invitó al Comité Intergubernamental a que tomara nota del informe preliminar y formulara comentarios generales sobre el mismo y se invitó a los Estados que aún no habían completado el Cuestionario a que lo hicieran antes del 31 de diciembre de 2001. Acto seguido, se propuso que la Secretaría preparase y

¹ Véase el documento OMPI/GRTKF/IC/1/13 (Informe de la primera sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore), párrafos 156 a 175.

² El cuestionario se distribuyó a todos los Estados miembros de la OMPI y demás Miembros del Comité Intergubernamental, y también está disponible en el sitio Web de la OMPI en <<http://www.wipo.int/globalissues/igc/documents/index.html>>

publicase antes del 28 de febrero de 2002 un informe final sobre todos los cuestionarios recibidos hasta esa fecha. En ese informe final se resumirían y analizarían las respuestas recibidas, se sacarían conclusiones y se propondrían tareas y actividades que el Comité Intergubernamental podría emprender, si lo estimase conveniente³.

5. En la segunda sesión del Comité Intergubernamental se aprobaron las etapas fijadas en el informe preliminar, salvo que el plazo para el envío de las respuestas al Cuestionario se fijó al 31 de enero de 2002 y se acordó que el informe final se publicaría un tiempo después del 28 de febrero de 2002⁴.

6. El 31 de enero de 2002, la Secretaría de la OMPI había recibido 32 respuestas adicionales. Por consiguiente, el número total de respuestas recibidas asciende a 64. Éstas proceden de los siguientes Estados: Alemania, Antigua y Barbuda, Argentina, Australia, Barbados, Bélgica, Bhután, Bosnia y Herzegovina, Brunei Darussalam, Burkina Faso, Burundi, Canadá, Chad, China, Colombia, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croacia, Ecuador, Egipto, Etiopía, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Filipinas, Gambia, Ghana, Grecia, Irán (República Islámica del), Italia, Guinea, Honduras, Hungría, Indonesia, Jamaica, Japón, Kenya, Kirguistán, Letonia, Lituania, Malasia, México, Mónaco, Mozambique, Namibia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Corea, República Unida de Tanzania, Rumania, Senegal, Sierra Leona, Sri Lanka, Suiza, Togo, Túnez, Venezuela, Viet Nam y Zimbabwe (64).

7. Están disponibles en la Secretaría de la OMPI y también en la dirección electrónica <<http://www.wipo.int/globalissues/igc/questionnaire/index.html>> ejemplares de los cuestionarios completados, en los idiomas en que fueron recibidos.

8. Se invita a los Estados que no hayan enviado un cuestionario relleno antes del plazo final a que así lo hagan. Las respuestas que se reciban después de ese plazo se publicarán en el sitio Web y se tomarán en cuenta en actividades futuras de la OMPI.

9. La parte restante del presente documento tiene la siguiente estructura:

II. Contexto del informe final

En esta sección se elabora un contexto en el que puede verse la labor del Comité Intergubernamental relacionada con las expresiones del folclore y, en particular, el presente informe final. En la primera parte se exponen actividades anteriores de la OMPI y otras actividades directamente relacionadas con la protección jurídica de las expresiones del folclore; en la segunda parte se describen otras realizaciones de la OMPI que guardan o pueden guardar relación con esta cuestión; finalmente, en las dos últimas partes se reseñan las actividades pertinentes de algunas otras organizaciones intergubernamentales y regionales. Por consiguiente, esta sección tiene la siguiente estructura:

³ Véanse los párrafos 7, 8 y 51 del Informe Preliminar (OMPI/GRTKF/IC/2/8).

⁴ Véanse los párrafos 183 y 184 del documento OMPI/GRTKF/IC/2/16 (Informe de la segunda sesión).

- II.A. Panorama de las necesidades y cuestiones de propiedad intelectual relacionadas con las expresiones del folclore
 - II.B. Otras actividades pertinentes de la OMPI actualmente en curso
 - II.C. Labor pertinente de otras organizaciones e instituciones intergubernamentales
 - II.D. Labor pertinente de las organizaciones regionales
- III. Resumen general, conclusiones y tareas propuestas

Si bien el Anexo I contiene una reseña estadística detallada, pregunta por pregunta, de las respuestas al Cuestionario, en esta sección se da un resumen general, se sacan conclusiones y se sugieren tareas que el Comité Intergubernamental podría emprender, si lo estima conveniente.

IV. Anexos

II. CONTEXTO DEL INFORME FINAL

II.A. Panorama de las necesidades y cuestiones de propiedad intelectual relacionadas con las expresiones del folclore

10. Gracias a anteriores actividades de la OMPI en la esfera de la propiedad intelectual y de las expresiones del folclore, varias de las cuales se realizaron en colaboración con la UNESCO, en los últimos 30 años, se han identificado y, en ocasiones, intentado abordar varias necesidades y cuestiones jurídicas, conceptuales, operativas y administrativas relacionadas con la propiedad intelectual y las expresiones del folclore.

11. En esta Sección se presenta un panorama de dichas necesidades y cuestiones consignando cronológicamente las principales actividades y procesos en los que se identificaron o abordaron. Entre éstas se cuentan:

- i) la disposición relativa a la protección internacional mediante derecho de autor de “obras no publicadas” en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1967;
- ii) la aprobación de la Ley Tipo de Túnez sobre el Derecho de Autor para los Países en Desarrollo, de 1976;
- iii) la aprobación de las Disposiciones Tipo en 1982;
- iv) los intentos por establecer un tratado internacional, entre 1982 y 1985;
- v) la aprobación del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (el WPPT), de 1996;
- vi) el Foro Mundial OMPI-UNESCO sobre expresiones del folclore, Phuket (Tailandia) (1997);

vii) las misiones exploratorias de la OMPI sobre los conocimientos tradicionales (1998-1999);

viii) las Consultas Regionales de la OMPI-UNESCO sobre la protección de las expresiones del folclore (1999);

ix) la primera sesión del Comité Intergubernamental; y

x) la segunda sesión del Comité Intergubernamental.

a) Protección internacional para las “obras no publicadas” en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas

12. La Conferencia Diplomática de Estocolmo de revisión del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (el “Convenio de Berna”), celebrada en 1967, constituyó un primer intento por proteger el folclore mediante el derecho de autor en el plano internacional. Como resultado, el Artículo 15.4) de las Actas de Estocolmo (1967) y París (1971) del Convenio de Berna contienen la siguiente disposición:

“4)a) Para las obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor pero por las que se pueda suponer que él es nacional de un país de la Unión queda reservada a la legislación de ese país la facultad de designar la autoridad competente para representar a ese autor y defender y hacer valer los derechos del mismo en los países de la Unión.”

“b) Los países de la Unión que, en virtud de lo establecido anteriormente, procedan a esa designación, lo notificarán al Director General [de la OMPI] mediante una declaración escrita en la que se indicará toda la información relativa a la autoridad designada. El Director General comunicará inmediatamente esta declaración a todos los demás países de la Unión.”

13. Este Artículo del Convenio de Berna, de conformidad con las intenciones de la conferencia de revisión, implica la posibilidad de conceder protección a las expresiones del folclore. Su inclusión en el Convenio de Berna responde a las demandas de protección internacional específica para las expresiones del folclore formuladas en aquel momento⁵.

b) Aprobación de la Ley Tipo de Túnez sobre el Derecho de Autor para los Países en Desarrollo (1976)

14. En 1971 se revisó el Convenio de Berna, a fin de satisfacer las necesidades específicas de los países en desarrollo y de facilitar el acceso de los mismos a las obras extranjeras

⁵ Véase Ficsor, M., “Attempts to Provide International Protection for Folklore by Intellectual Property Rights”, documento presentado en el Foro Mundial UNESCO-OMPI sobre la protección del folclore, celebrado en Phuket (Tailandia), del 8 al 10 de abril de 1997, página 17; Ricketson, S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986* (Londres, 1987) pág. 313 a 315. Únicamente un país, la India, procedió a la designación mencionada en el Artículo.

protegidas por el derecho de autor, garantizando al mismo tiempo la protección internacional adecuada de sus propias obras. Se consideró apropiado dotar a los Estados con una ley tipo destinada a prestarles asistencia en la adaptación de sus legislaciones nacionales a las normas del Convenio.

15. Así pues, en 1976, el Comité de Expertos Gubernamentales nombrados por el Gobierno tunecino, que se reunió en Túnez del 23 de febrero al 2 de marzo de 1976, aprobó la Ley Tipo de Túnez sobre el Derecho de Autor para los Países en Desarrollo, con la asistencia de la OMPI y de la UNESCO.

16. La Ley Tipo de Túnez prevé protección específica para obras del folclore nacional. Dichas obras no necesitan plasmarse en forma material para recibir protección, y su protección no tiene límite temporal⁶.

c) Las Disposiciones Tipo (1982)

17. Las Disposiciones Tipo fueron aprobadas en 1982 por un Comité de Expertos Gubernamentales sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual de la Protección de Expresiones del Folclore, nombrado por los Directores Generales de la OMPI y la UNESCO⁷.

18. Durante la elaboración de las Disposiciones Tipo, un grupo de trabajo creado por la OMPI y la UNESCO acordó que: i) era conveniente proporcionar una protección jurídica apropiada del folclore; ii) esa protección jurídica podía ser fomentada en el plano nacional mediante disposiciones tipo que pasarían a formar parte de la ley; iii) esas disposiciones tipo deberían ser lo suficientemente precisas para que pudieran aplicarse tanto en países donde no existe ninguna legislación al respecto, como en países cuya legislación en vigor se podía seguir desarrollando; iv) las disposiciones tipo mencionadas también deberían prever la protección mediante el derecho de autor y los derechos conexos en los casos en los que pudiese aplicarse ese tipo de protección; y v) las disposiciones tipo para las legislaciones nacionales deberían allanar el terreno para la protección de las creaciones del folclore en los planos subregional, regional e internacional.

19. Las Disposiciones Tipo fueron elaboradas a la vista de la preocupación suscitada por el hecho de que las expresiones del folclore, que representan una parte importante del patrimonio cultural vivo de las naciones, sean susceptibles de experimentar varias formas de explotación ilícita y otras acciones lesivas. En particular, tal como se afirma en el preámbulo a las Disposiciones Tipo, el Comité de Expertos consideró que la divulgación del folclore podría conducir a la explotación indebida del patrimonio cultural de una nación, que todo abuso de naturaleza comercial o de otra índole o toda distorsión de las expresiones del folclore eran perjudiciales para los intereses culturales y económicos de esa nación, que las expresiones del folclore constituían manifestaciones de creatividad intelectual que merecían ser protegidas de manera similar a la protección que se otorga a las producciones intelectuales, y que la protección del folclore se habían convertido en un medio indispensable de fomento de su propio desarrollo, conservación y divulgación.

20. Con respecto a la aplicación de las Disposiciones Tipo, varios países las han utilizado como base de legislaciones nacionales para la protección del folclore. Muchos de esos países

⁶ Véase en particular el Artículo 1 (^{5bis}) y el Artículo 6 de la Ley Tipo de Túnez.

⁷ Véase Ficsor, M., *op. cit.*

han promulgado disposiciones para la protección del folclore en el marco de sus legislaciones sobre el derecho de autor.

21. No obstante, al parecer las Disposiciones Tipo no han tenido una gran influencia en los marcos legislativos de los Estados miembros de la OMPI. Se han alegado varias razones para explicar este hecho, entre las que se cuenta el ámbito de protección de las expresiones del folclore en las Disposiciones Tipo. A este respecto, por ejemplo, se propuso que las Disposiciones Tipo abarcasen también formas de “conocimientos tradicionales” relacionadas con la medicina tradicional y las prácticas médicas, los conocimientos agrícolas tradicionales y los conocimientos relacionados con la diversidad biológica⁸. Otra razón citada es la naturaleza y el alcance de los derechos concedidos en relación con las expresiones del folclore en las Disposiciones Tipo. Se insinuó, por ejemplo, que las Disposiciones Tipo tienen una utilidad limitada porque no prevén derechos de titularidad exclusiva en relación con el folclore⁹. Además, también se ha citado como razón que explicaría por qué relativamente pocos países han aplicado o seguido las Disposiciones Tipo, el hecho ya señalado de que las Disposiciones Tipo estén desfasadas, habida cuenta de los cambios tecnológicos, jurídicos, sociales, culturales y comerciales que se han producido desde 1982¹⁰.

d) Intentos por elaborar un tratado internacional (1982 a 1985)

22. Varios participantes destacaron en la reunión del Comité de Expertos Gubernamentales que aprobaron las Disposiciones Tipo, que sería indispensable contar con medidas internacionales para ampliar la protección de las expresiones del folclore de un país determinado más allá de las fronteras de ese país. La OMPI y la UNESCO siguieron esas recomendaciones cuando crearon conjuntamente un Grupo de Expertos sobre la protección internacional de expresiones del folclore mediante propiedad intelectual, que se reunió en París del 10 al 14 de diciembre de 1984. Se pidió al Grupo de Expertos que examinase la necesidad de una normativa internacional específica sobre la protección internacional de las expresiones del folclore mediante la propiedad intelectual, así como el contenido de un proyecto apropiado. Los debates de la reunión del Grupo de Expertos reflejaron el reconocimiento general de la necesidad de contar con una protección internacional para las expresiones del folclore, en particular con respecto al uso cada vez mayor y menos controlado de esas expresiones mediante las modernas tecnologías, más allá de las fronteras del país de las comunidades donde se inician.

23. No obstante, la gran mayoría de los participantes consideró prematuro el establecimiento de un tratado internacional ya que no se disponía de la suficiente experiencia en relación con la protección de las expresiones del folclore en el plano nacional, en particular, en lo tocante a la aplicación de las Disposiciones Tipo. El Grupo de Expertos encontró dos problemas principales: la falta de recursos apropiados para identificar las expresiones del folclore que debían protegerse y la falta de mecanismos viables para resolver las cuestiones relativas a las expresiones del folclore que no se encuentran en un sólo país,

⁸ Véanse los documentos OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1, OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1, OMPI-UNESCO/FOLK/ARAB /99/1 y OMPI-UNESCO/FOLK/LAC /99/1. Véase asimismo Kutty, P. V., “Study on the Protection of Expressions of Folklore,” (1999), estudio elaborado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), no publicado, págs. 76 y 77.

⁹ Véase Kutty, *op. cit.*, págs. 76 y 77.

¹⁰ Véase en particular el documento OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1, OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1 y OMPI-UNESCO/FOLK/ARAB /99/1.

sino en varios países de una región. El Comité Ejecutivo del Convenio de Berna y el Comité Intergubernamental del Convenio Universal sobre el Derecho de Autor, en sus sesiones conjuntas celebradas en París en junio de 1985, examinaron el informe del Grupo de Expertos y, en líneas generales, se mostraron de acuerdo con sus conclusiones. La inmensa mayoría de los participantes consideró prematuro elaborar un tratado para proteger las expresiones del folclore. La elaboración de un instrumento internacional debía ser realista y, por el momento, no podía ser más que una especie de recomendación para el futuro.

24. El proyecto de tratado considerado en ese momento figura como Anexo IV.

e) Aprobación del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) (1996)

25. Los cuentos populares, poesías, canciones, música instrumental, bailes, obras de teatro y expresiones similares del folclore siguen vivos gracias a las interpretaciones o ejecuciones regulares. Así pues, si se amplía la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes a los intérpretes o ejecutantes de dichas expresiones del folclore -tal como sucede en numerosos países- también gozarán de protección las interpretaciones o ejecuciones de dichas expresiones del folclore.

26. No obstante, existe un ligero problema en relación con la noción de “artistas intérpretes o ejecutantes” (y la noción de “interpretaciones o ejecuciones” derivada indirectamente de la noción de “artistas intérpretes o ejecutantes”), tal como figura en la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (la “Convención de Roma”) (1961). En virtud del Artículo 3.a) de la Convención de Roma, se entiende por “artista intérprete o ejecutante”, todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma *una obra literaria o artística*” (la cursiva es nuestra). Al igual que las expresiones del folclore no se corresponden exactamente con el concepto de obras literarias y artísticas, la definición de “artistas intérpretes o ejecutantes” en la Convención de Roma no parece aplicarse a los intérpretes o ejecutantes que interpretan expresiones del folclore.

27. No obstante, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), que fue aprobado en diciembre de 1996, establece que, a los fines del Tratado, la definición de “artista intérprete o ejecutante” incluirá al intérprete o ejecutante de una expresión del folclore¹¹. Al 22 de octubre de 2001, 26 Estados habían ratificado el WPPT.

28. En la Conferencia Diplomática en la que se aprobaron, en diciembre de 1996 el WPPT, y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), el Comité de Expertos de la OMPI sobre un posible protocolo al Convenio de Berna y el Comité de Expertos de la OMPI sobre un posible instrumento para la Protección de los Derechos de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes y los Productores de Fonogramas recomendaron que “se adoptasen disposiciones para la organización de un foro internacional, con el fin de examinar las cuestiones relativas a

¹¹ A los fines del WPPT, se entenderá por artista intérprete o ejecutante que puede gozar de protección, todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística o expresiones del folclore”.

la preservación y protección de las expresiones del folclore, los aspectos de propiedad intelectual del folclore, y la armonización de los diferentes intereses regionales”¹².

f) Foro mundial UNESCO-OMPI sobre la Protección del Folclore (1997)

29. De conformidad con la recomendación formulada durante la Conferencia Diplomática de 1996, se celebró en Phuket (Tailandia), en abril de 1997, el Foro Mundial UNESCO-OMPI sobre la Protección del Folclore. Durante la reunión se examinaron numerosas necesidades y cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual y el folclore¹³. Se aprobó asimismo un “plan de acción” en el que se identificaban, entre otras, las siguientes cuestiones y necesidades:

i) la necesidad de elaborar nuevas normas internacionales para la protección jurídica del folclore; y

ii) la importancia de alcanzar un equilibrio entre la comunidad titular del folclore y los usuarios de las expresiones del folclore.

30. A fin de realizar progresos para satisfacer dichas necesidades y cuestiones, en el Plan de Acción se sugería, entre otras cosas, que “se celebrase a cabo consultas regionales ...”¹⁴

g) Misiones exploratorias de la OMPI (1998-1999)

31. Durante los años 1998 y 1999, la OMPI realizó misiones exploratorias a fin de determinar, en la medida de lo posible, las necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales. Entre los grupos de personas consultadas en el curso de estas misiones se encontraban comunidades locales e indígenas, organizaciones no gubernamentales, representantes gubernamentales, representantes del mundo académico, así como investigadores y representantes del sector privado.

32. Las misiones exploratorias se llevaron a cabo en 28 países, entre mayo de 1998 y noviembre de 1999. La OMPI publicó el resultado de estas misiones en un informe titulado “Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales: Informe de la OMPI sobre las misiones exploratorias (1998-1999)”¹⁵.

33. A los fines de estas misiones, se incluyen expresiones del folclore como un subconjunto de los “conocimientos tradicionales”¹⁶. Las “expresiones del folclore” incluyen la artesanía y otras expresiones culturales tangibles. La mayoría de la información obtenida en dichas misiones se relacionaba directa o indirectamente con expresiones del folclore.

¹² Véase el documento BCP/CE/VI/16-INR/CE/V/14, párrafo 269.

¹³ Véase la publicación N° 758 de la OMPI (E/F/I).

¹⁴ En el Plan de Acción se indica que “los participantes de los Gobiernos de los Estados Unidos de América y del Reino Unido afirmaron expresamente que no se asociarían con el Plan de Acción”.

¹⁵ Publicación 768E de la OMPI. El Informe figura asimismo en la siguiente dirección: <http://www.wipo.int/globalissues/tk/report/final/index>.

¹⁶ Véase el capítulo relativo a la “Terminología” en el Informe sobre las misiones exploratorias.

34. Por lo general, los titulares de conocimientos tradicionales y sus representantes consultados durante las misiones exploratorias designaron dos conjuntos principales de necesidades y preocupaciones:

i) en primer lugar, algunos de estos titulares y representantes deseaban beneficiarse de la comercialización de sus expresiones culturales. Deseaban que se protegiesen sus expresiones culturales a fin de recibir compensación por su creatividad, y de excluir del mercado a competidores no indígenas o no tradicionales. Podría decirse que este grupo deseaba una “protección positiva” de sus expresiones culturales;

ii) en segundo lugar, algunos de estos titulares y representantes se inquietaban por el daño cultural, social y psicológico que podía ocasionar la utilización no autorizada de su arte. Deseaban controlar, e incluso impedir completamente, la utilización y divulgación de sus expresiones culturales. Para este grupo, la explotación comercial de sus expresiones culturales podría entrañar la pérdida de su significado original lo que, a su vez, ocasionaría perturbaciones e incluso la disolución de su cultura. Podría decirse que este grupo deseaba una “protección defensiva” de sus expresiones culturales.

35. Estos dos conjuntos principales de necesidades y preocupaciones se tradujeron en varias cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual. El informe sobre las misiones exploratorias determinó las principales necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual que recogió la OMPI durante estas misiones. Algunas de estas necesidades y expectativas eran de carácter jurídico o conceptual; otras tenían un carácter más operativo y administrativo. Entre las necesidades y expectativas que se aplicaban específicamente a las expresiones del folclore o que fueron expresadas en relación con sistemas de conocimientos tradicionales en general, se incluyen:

i) una mayor comprensión y claridad sobre el objeto para el que se solicita protección;

ii) la identificación, clasificación, documentación y gestión de los derechos en relación con las expresiones del folclore;

iii) el estudio de las leyes y protocolos consuetudinarios relativos a la utilización, el desarrollo, la transmisión y la protección de las expresiones del folclore, y su relación con las normas de propiedad intelectual;

iv) a corto plazo, la evaluación de la aplicabilidad y la utilización de las normas actuales en materia de propiedad intelectual para la protección jurídica de las expresiones del folclore en estudios de casos prácticos y proyectos piloto;

v) el suministro de programas de formación práctica y de material informativo, así como la organización de talleres destinados a funcionarios gubernamentales y titulares y custodios de expresiones del folclore;

vi) la evaluación de las opciones que existen para la adquisición, gestión y observancia colectivas de los derechos de propiedad intelectual en las expresiones del folclore por parte de la comunidad o asociación pertinente;

vii) el desarrollo y la revisión de leyes y sistemas específicos de propiedad intelectual para proteger las expresiones del folclore en el plano nacional utilizando, entre otras cosas, las Disposiciones Tipo como base;

viii) a largo plazo, la elaboración de marcos regionales e internacionales para la protección jurídica de las expresiones del folclore utilizando, entre otras cosas, las Disposiciones Tipo como base;

ix) la adaptación de las normas y prácticas de propiedad intelectual hasta el punto que lo permita, o no lo impida, la utilización peyorativa, ofensiva y engañosa de las expresiones culturales;

x) la asistencia práctica a los titulares y custodios de expresiones del folclore a fin de que adquieran, administren y hagan valer sus derechos e intereses en sus expresiones del folclore; y

xi) la valoración económica de las expresiones del folclore.

h) Consultas regionales OMPI-UNESCO sobre la protección de las expresiones del folclore (1999)

36. De conformidad con la propuesta incluida en el Plan de Acción aprobado en el Foro Mundial UNESCO-OMPI sobre la Protección del Folclore (1997), la OMPI y la UNESCO organizaron en 1999 cuatro consultas regionales sobre la protección de expresiones de folclore¹⁷. En cada una de las consultas regionales se aprobaron resoluciones o recomendaciones que determinaban necesidades y cuestiones en materia de propiedad intelectual, así como propuestas para la labor futura, en relación con las expresiones del folclore. Dichas resoluciones, recomendaciones y propuestas se enviaron a los Estados, así como a la OMPI y la UNESCO. Las principales necesidades, cuestiones y propuestas en materia de propiedad intelectual que figuran en las resoluciones y recomendaciones son las siguientes:

A los Estados:

- i) la protección de las expresiones del folclore en el plano nacional¹⁸;
- ii) el establecimiento de estructuras nacionales destinadas a garantizar la reglamentación, coordinación y protección de las expresiones culturales¹⁹;
- iii) la participación de las comunidades pertinentes, la sociedad civil, expertos, miembros del cuerpo académico y otros grupos interesados²⁰;

¹⁷ Para los países africanos las consultas regionales se celebraron en Pretoria (Sudáfrica), en marzo de 1999; para los países de Asia y el Pacífico, en Hanoi (Viet Nam), en abril de 1999; para los países árabes, en Túnez (Túnez), en mayo de 1999; y para los países de América Latina y el Caribe, en Quito (Ecuador), en junio de 1999. A las consultas regionales asistieron 63 gobiernos de Estados miembros de la OMPI, 11 organizaciones intergubernamentales y cinco organizaciones no gubernamentales.

¹⁸ OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1.

¹⁹ OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1.

- iv) el apoyo a comunidades responsables de la creación, el mantenimiento, la custodia y el desarrollo de expresiones del folclore²¹;
- v) la evaluación y utilización de medidas destinadas a proteger el folclore en la legislación nacional existente, y su adaptación o modificación en caso necesario²²;
- vi) la adaptación de la legislación existente y la aprobación de legislación específica que incorpore las Disposiciones Tipo actualizadas a fin de tomar en consideración los cambios tecnológicos, jurídicos, sociales, culturales y comerciales que se han producido desde 1982²³;
- vii) el establecimiento de un marco regional para preservar, proteger y conservar las expresiones del folclore²⁴;
- viii) el establecimiento de un mecanismo jurídico para proteger las expresiones del folclore en el plano internacional²⁵;
- ix) la creación de centros nacionales y regionales para recoger, clasificar, conservar, documentar y divulgar expresiones del folclore²⁶; y,
- x) la elaboración de una “lista abierta” de expresiones del folclore cuya protección se considera necesaria²⁷;

A la OMPI y la UNESCO:

- i) prestar asistencia jurídica y técnica, formación especializada, equipo y otros recursos financieros²⁸;
- ii) prestar asistencia técnico-jurídica y financiera para los proyectos nacionales destinados a identificar, documentar, clasificar, preservar y divulgar expresiones del folclore²⁹;
- iii) cooperar y apoyar las iniciativas nacionales de sensibilización³⁰;

[Continuación de la nota de la página anterior]

²⁰ OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1; OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1.

²¹ OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1.

²² OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1; OMPI-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1;
OMPI-UNESCO/FOLK/LAC/99/1.

²³ OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1; OMPI-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1.

²⁴ OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1; OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1;
OMPI-UNESCO/FOLK/LAC/99/1.

²⁵ OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1; OMPI-UNESCO/FOLK/LAC/99/1.

²⁶ OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1; OMPI-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1.

²⁷ OMPI-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1.

²⁸ OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1; OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1;
OMPI-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1; OMPI-UNESCO/FOLK/LAC/99/1.

²⁹ OMPI-UNESCO/FOLK/LAC/99/1.

³⁰ OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1; OMPI-UNESCO/FOLK/LAC/99/1.

- iv) realizar estudios y proyectos para el estudio en profundidad de las cuestiones pertinentes, incluidos proyectos piloto para la gestión de las expresiones del folclore³¹;
- v) aumentar los recursos presupuestarios a fin de garantizar la protección eficaz de las expresiones del folclore en el plano nacional³²;
- vi) prestar asistencia y apoyo a los procesos de consulta y cooperación intraregional e interregional³³;
- vii) redoblar esfuerzos por alcanzar un amplio consenso entre los Estados a favor de un sistema internacional adecuado y eficaz para proteger las expresiones del folclore³⁴; tomar medidas para establecer una forma *sui generis* de protección jurídica vinculante en los planos nacional e internacional, tomando en consideración los acontecimientos tecnológicos, jurídicos, sociales, culturales y comerciales acaecidos desde que se aprobaron las Disposiciones Tipo³⁵; elaborar un convenio internacional sobre la protección de las expresiones del folclore³⁶; continuar la labor relativa a las expresiones del folclore y su protección en el plano internacional³⁷;
- viii) establecer un Comité Permanente sobre Conocimientos Tradicionales y Folclore para facilitar el proceso destinado a proteger jurídicamente el folclore y los conocimientos tradicionales³⁸; y,
- ix) prestar ayuda en la creación de centros nacionales y un centro piloto regional para conservar, documentar y promover las expresiones del folclore.
- i) Primera sesión del Comité Intergubernamental

37. Los debates celebrados durante la primera sesión del Comité Intergubernamental correspondientes al punto 5.3 del orden del día se centraron específicamente de ciertas cuestiones y tareas que figuran en el documento “Panorama general sobre las cuestiones relativas a la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore”, elaborado para la sesión por la Secretaría de la OMPI³⁹.

³¹ OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1; OMPI-UNESCO/FOLK/LAC/99/1.

³² OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1.

³³ OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1; OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1.

³⁴ OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1.

³⁵ OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1.

³⁶ OMPI-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1.

³⁷ OMPI-UNESCO/FOLK/LAC/99/1.

³⁸ OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1; OMPI-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1;
OMPI-UNESCO/FOLK/LAC/99/1.

³⁹ OMPI/GRTKF/IC/1/3.

38. Las cuestiones y tareas sugeridas se referían a:

- i) las Disposiciones Tipo y su posible actualización a fin de tomar en consideración los nuevos acontecimientos y nuevas formas de explotación comercial acontecidos desde que se aprobaran las Disposiciones Tipo en 1982 (Tarea C.1)⁴⁰;
- ii) la mejora de la protección de la artesanía⁴¹, tal como propusieron varios grupos de Estados miembros en anteriores ocasiones (Tareas C.2)⁴²;
- iii) los intentos por establecer un sistema internacional de protección *sui generis* para las expresiones del folclore (Tarea C.3)⁴³.

39. Estas cuestiones y tareas fueron consideradas dignas de recibir mayor atención durante las anteriores actividades y procesos de la OMPI.

40. En relación con el punto 5.3 del orden del día (“expresiones del folclore”), en la primera sesión, varias delegaciones expresaron su apoyo a una o más de las tareas sugeridas C.1, C.2 y C.3. Otras delegaciones expresaron reservas en relación con las tareas sugeridas, al menos en lo tocante al momento y la manera de realizarlas. Asimismo, varias delegaciones designaron otras cuestiones y necesidades que precisaban mayor atención. Entre éstas se cuentan:

- i) un informe sobre las actuales formas de protección para las expresiones del folclore⁴⁴;
- ii) la documentación de las expresiones del folclore⁴⁵;
- iii) la labor destinada a comprender y abordar la materia susceptible de protección o, en otros términos, qué elementos de las expresiones del folclore merecen ser protegidos⁴⁶;
- iv) la información sobre los sectores de la población concernidos por la protección de las expresiones del folclore⁴⁷;

⁴⁰ OMPI/GRTKF/IC/1/3, párrafos 92 a 101.

⁴¹ OMPI/GRTKF/IC/1/3, párrafos 102 a 106.

⁴² En la trigésima cuarta serie de reuniones de las Asambleas de los Estados miembros de la OMPI, celebrada del 20 al 29 de septiembre de 1999, un grupo de Estados miembros de la OMPI expresó la opinión de que “los países en desarrollo compartían la necesidad de encontrar mecanismos adecuados y normas concertadas para la protección de la artesanía” (A/34/16, párrafo 29). Esta necesidad fue recogida por otro grupo de Estados miembros de la OMPI en el vigésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General de la OMPI, celebrado en Ginebra del 26 de septiembre al 3 de octubre de 2000 (WO/GA/26/9, Anexo II) con vistas a formular propuestas específicas para la labor del Comité Intergubernamental. El documento WO/GA/26/9 fue también publicado ulteriormente como documento para la primera sesión del Comité Intergubernamental (OMPI/GRTKF/IC/1/5).

⁴³ OMPI/GRTKF/IC/1/3, párrafos 107 a 114.

⁴⁴ OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 156.

⁴⁵ OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafos 159, 161.

⁴⁶ OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafos 159, 163 y 165.

⁴⁷ OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 165.

- v) la identificación de los objetivos de protección de las expresiones del folclore⁴⁸;
- vi) la recogida y el examen de la información sobre experiencias nacionales con la protección de las expresiones del folclore, incluida la aplicación de las Disposiciones Tipo⁴⁹;
- vii) la evaluación de la utilización de los instrumentos del derecho consuetudinario y el derecho de la propiedad intelectual existentes, inclusive en relación con la artesanía⁵⁰;
- viii) la labor adicional sobre cuestiones terminológicas⁵¹; y,
- ix) la aprobación de un sistema *sui generis* para proteger las expresiones del folclore⁵².

41. Al concluir el debate, el Copresidente hizo un resumen declarando:

“... que se había expresado cierto apoyo a las tareas C.1 a C.3, aunque varias delegaciones opinaban que algunas tareas resultaban prematuras. No parecía que hubiera oposición a continuar estas tareas, sino que se trataba más bien de determinar la manera y el plazo en que deberían desarrollarse. Varias delegaciones habían mencionado la necesidad de aclarar la terminología. Además, tal como había señalado Malasia en nombre del Grupo Asiático y varias delegaciones, era necesario incluir la artesanía. Por último, el Copresidente indicó que varias delegaciones habían propuesto que se recopilaran y analizaran las experiencias nacionales en relación con la protección del folclore”⁵³.

42. De conformidad con la observación del Copresidente de que varias delegaciones habían propuesto que se recopilaran y analizaran las experiencias nacionales en relación con la protección del folclore, la Secretaría de la OMPI elaboró y publicó el cuestionario tal como se describió anteriormente.

j) Segunda sesión del Comité Intergubernamental

43. La segunda sesión del Comité Intergubernamental (10 a 14 de diciembre de 2001) examinó bajo el punto 7 del orden del día (“Folclore”) el “Cuestionario sobre experiencias nacionales en la protección jurídica de las expresiones del folclore” (OMPI/GRTKF/IC/2/7) y el “Informe preliminar sobre las experiencias nacionales relativas a la protección jurídica de las expresiones del folclore” (OMPI/GRTKF/IC/2/8) preparados por la Secretaría de la OMPI. La Secretaría llamó la atención del Comité Intergubernamental sobre el párrafo 51 del documento OMPI/GRTKF/IC/2/8, en el que se invitaba al Comité a tomar nota y formular

⁴⁸ OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 165.

⁴⁹ OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafos 160, 163, 165, 166, 168 y 169.

⁵⁰ OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafos 160 y 168.

⁵¹ OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafos 171 y 172.

⁵² OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 161.

⁵³ OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 175.

comentarios generales sobre el contenido del documento y sobre las próximas etapas propuestas, contenidas en los párrafos 7⁵⁴ y 8⁵⁵ del documento.

44. Varias delegaciones recalcaron la importancia de las expresiones del folclore como parte del patrimonio, la identidad y la cultura nacionales. Ciertas delegaciones declararon que la labor futura tendría que centrarse en la actualización de las Disposiciones Tipo para leyes nacionales y que sería necesario crear un sistema *sui generis* de protección. Varias delegaciones solicitaron asistencia en la recopilación, el mantenimiento, el archivo y la creación de bases de datos y clasificaciones de las expresiones del folclore.

45. En este contexto, una delegación declaró que era necesario responder a varias preguntas importantes, entre ellas: ¿qué se debe proteger?; ¿a quién debe protegerse?; ¿cuál debe ser el medio de protección?; y ¿cuál tendría que ser el plazo de protección? Varias delegaciones formularon otras propuestas, tales como la de solicitar a la OMPI que realizara estudios sobre los diferentes aspectos del folclore, en particular, los aspectos que no estuviesen amparados por el sistema actual de derechos de propiedad intelectual, y concebir un enfoque práctico y eficaz de cooperación con otras organizaciones internacionales tales como la UNESCO. Una delegación declaró que por lo visto había tres cuestiones en juego: i) un interés comercial defensivo; ii) un interés comercial activo; y iii) preocupaciones de carácter ético.

46. El Representante de la UNESCO mencionó varias actividades de la UNESCO en esta esfera. Se refirió, en particular, a la Decisión adoptada en la 31ª Conferencia General de la UNESCO celebrada en octubre y noviembre de 2001, de establecer un nuevo tratado internacional relativo al patrimonio cultural intangible. Según el Representante, este tratado tendría por objeto crear obligaciones internacionales y nacionales respecto de la identificación, preservación y protección del patrimonio cultural intangible. El Representante declaró que se invitaría a la OMPI a asociarse a este proceso en la medida en que se tratase de aspectos relacionados con la propiedad intelectual.

47. Por último, se observó que se habían formulado varias peticiones con el fin de contar con tiempo adicional para poder completar el cuestionario, por lo que el plazo para responder a éste se prorrogó al 31 de enero de 2002. Además, se acordó que el informe final sobre estas respuestas al Cuestionario estaría disponible en cualquier momento después del 28 de febrero de 2002 para ser examinadas durante la tercera sesión del Comité Intergubernamental.

⁵⁴ OMPI/GRTKF/IC/2/8 – párrafo 7: “Este documento es un informe preliminar sobre los cuestionarios recibidos hasta el 30 de septiembre de 2001. En tanto que informe preliminar, este documento resume y pone en su contexto las respuestas recibidas sin analizarlas, sacar conclusiones o sugerir nuevas actividades o tareas que podrían llevar a cabo los Estados miembros u otros miembros del Comité Intergubernamental. Se invita al Comité Intergubernamental a tomar nota y a formular observaciones generales sobre este informe preliminar (véase el párrafo 51).”

⁵⁵ OMPI/GRTKF/IC/2/8 – párrafo 8: “Se invita a los Estados miembros de la OMPI y a otros miembros del Comité Intergubernamental que aún no hayan cumplimentado el cuestionario a hacerlo antes del 31 de diciembre de 2001. Tras esa fecha, la Secretaría elaborará y publicará un informe final sobre todos los cuestionarios recibidos hasta entonces. El informe final resumirá y analizará las respuestas recibidas, sacará conclusiones y sugerirá tareas y actividades que podría realizar el Comité Intergubernamental. El informe final se publicará antes del 28 de febrero de 2002.”

II.B. Otras actividades pertinentes de la OMPI

48. A continuación se describen brevemente otras actividades en curso de la OMPI que están o pueden estar relacionadas con la protección jurídica de las expresiones del folclore.

a) Nombres de dominio

49. Los nombres de dominio son una simple forma de dirección de Internet destinada a permitir a los usuarios localizar fácilmente los sitios Web en Internet. Existen diferencias esenciales entre las marcas comerciales y los nombres de dominio. Las marcas comerciales son siempre identificadores comerciales, son de carácter territorial y se relacionan con productos o servicios específicos, están registradas por una autoridad pública en el marco de la legislación de propiedad industrial y protegidas por derechos especiales de propiedad industrial después de un procedimiento de examen. En junio de 1998, la OMPI emprendió un proceso internacional para formular recomendaciones relativas a cuestiones de propiedad intelectual asociadas con los nombres de dominio de Internet, en particular la solución de controversias relativas a nombres de dominio. El Primer Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet finalizó el 30 de abril de 1999 con la publicación de un Primer Informe titulado “La gestión de los nombres y direcciones de Internet: cuestiones de propiedad intelectual”⁵⁶. La Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio (Política uniforme) adoptada ulteriormente por la Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet (ICANN) ha establecido un sistema uniforme y obligatorio de solución de controversias de carácter administrativo para resolver casos de mala fe y de registro abusivo de marcas como nombres de dominio, conocidos también como casos de ciberocupación. La Corporación se ocupa también de los casos inversos de secuestro de nombres de dominio, es decir, el intento de mala fe de privar de su nombre de dominio a un titular de un nombre de dominio registrado. Estos procedimientos racionalizados de solución de casos de abuso flagrante de los derechos de los titulares de marcas han llegado a ser muy eficaces y rentables. Uno de los cuatro proveedores de servicios de solución de controversias en materia de nombres de dominio aprobado por la ICANN es la OMPI. Los expertos del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI son por lo general personas con experiencia en derecho de marcas y/o en solución de controversias.

50. El Segundo Informe de la OMPI sobre el Proceso Relativo a los Nombres de Dominio de Internet, titulado “El reconocimiento de los derechos y el uso de nombres en el sistema de nombres de dominio de Internet”⁵⁷ abordaba varias cuestiones que no habían sido incluidas en el primer proceso, en particular, el registro de nombres indígenas como nombres de dominio. En el Informe se señala que varios nombres indígenas notoriamente conocidos ya registrados como nombres de dominio no guardan relación alguna con los de los pueblos indígenas ni han sido registrados por personas que representan alguna comunidad indígena. He aquí algunos ejemplos de estos nombres, entre muchos otros: aborigines.com, cherokee.com, inuit.com, maasai.com⁵⁸. Son pocas las recomendaciones formuladas a este respecto en el Informe ya que la cuestión se encuentra aún en una etapa inicial de examen. Actualmente, las poblaciones indígenas afectadas no han tenido la oportunidad de participar activamente en el

⁵⁶ Publicación de la OMPI N° 439.

⁵⁷ <<http://wipo2.wipo.int>> (3 de septiembre de 2001).

⁵⁸ Véase el Anexo XIV del Informe del Segundo Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet.

debate ni de dar su opinión a este respecto, según se establece en el Informe. Por consiguiente, en el Informe se recomienda centrar los esfuerzos en la sensibilización de las poblaciones indígenas a esta cuestión.

51. En su reunión celebrada del 24 de septiembre al 3 de octubre de 2001, los Estados miembros de la OMPI decidieron presentar el Informe del Segundo Proceso de la OMPI Relativo a los Nombres de Dominio de Internet al Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e Indicaciones Geográficas, para que éste lo estudiara en forma global y el Comité celebró dos sesiones especiales a tal efecto. La primera sesión especial tuvo lugar del 29 de noviembre al 4 de diciembre de 2001, mientras que la segunda está prevista para el período entre el 21 y el 24 de mayo de 2002.

b) Protección de bases de datos no originales

52. Las recopilaciones de datos y de información pueden ser objeto de protección por derecho de autor, tal como lo estipulan el Artículo 2.5) del Convenio de Berna y el Artículo 10.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC). El Artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 (WCT) contiene una disposición sustancialmente similar.

53. Además de la protección por derecho de autor, los Estados miembros de la OMPI siguen debatiendo sobre la posible introducción de una protección internacional para las bases de datos que actualmente no reúnen las condiciones para estar protegidas en virtud del derecho de autor. Las bases de datos que no cumplen el requisito de la originalidad a causa de la selección o arreglo de su contenido no están protegidas por el derecho de autor aun cuando se haya efectuado una inversión sustancial para su creación. Se ha debatido sobre si también cabría proteger dicha inversión, por ejemplo, mediante un derecho *sui generis*. La Comunidad Europea ha adoptado una Directiva que contiene disposiciones para la protección *sui generis* de las bases de datos.

54. En actividades anteriores de la OMPI relacionadas con los conocimientos tradicionales y las expresiones del folclore, algunos han propuesto que la protección concedida a las bases de datos (bien mediante derecho de autor, bien mediante otras medidas) podría resultar pertinente para la protección de los datos sobre conocimientos tradicionales y folclore recopilados en compilaciones, colecciones u otro tipo de bases de datos.

55. En el marco de la OMPI, los intentos por abordar cuestiones relacionadas con la protección de las bases de datos surgieron durante la Conferencia Diplomática de la OMPI sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, celebrada en Ginebra, en diciembre de 1996. Entre sus documentos, la Conferencia examinó la “Propuesta básica para las disposiciones sustantivas de un tratado sobre propiedad intelectual respecto de las bases de datos, que ha de ser examinada por la Conferencia Diplomática”⁵⁹. Las propuestas para este tratado se centraron en la creación de un derecho *sui generis* similar al creado mediante la Directiva de la Comunidad Europea sobre bases de datos. Si bien no se pudo llegar a un acuerdo sobre ese tratado, la Conferencia adoptó una Recomendación relativa a las bases de datos⁶⁰.

⁵⁹ CRNR/DC/6.

⁶⁰ CRNR/DC/100.

56. Más recientemente, se han preparado cinco estudios sobre el impacto económico de la protección por propiedad intelectual de las bases de datos no originales y éstos serán presentados al SCCR en su séptima sesión que tendrá lugar en mayo de 2002.

c) Derechos conexos

57. Como suele decirse a menudo, los derechos conexos pueden representar una protección indirecta para las expresiones del folclore. Los cuentos populares, la poesía popular, las canciones populares, la música folclórica instrumental, los bailes populares, los dramas populares y las expresiones similares de hecho se mantienen vivos como interpretaciones o ejecuciones corrientes. Por consiguiente, si la protección conferida a los intérpretes o ejecutantes se extiende a los intérpretes o ejecutantes de dichas expresiones del folclore, las interpretaciones o ejecuciones de esas expresiones del folclore también se beneficiarán de protección. Lo mismo puede decirse de la protección de los derechos de los productores de grabaciones sonoras y de los organismos de radiodifusión respecto de sus grabaciones sonoras y de sus emisiones, respectivamente, en las que están incorporadas dichas interpretaciones o ejecuciones. Las expresiones del folclore normalmente las realizan los intérpretes o ejecutantes de la comunidad del país en el que se han creado esas expresiones. Si las interpretaciones o ejecuciones de dichos intérpretes o ejecutantes y las grabaciones sonoras y emisiones en las que están incorporadas sus interpretaciones o ejecuciones gozan de una protección apropiada, ello constituye un medio relativamente eficaz de protección indirecta del folclore, es decir, una protección en la forma en que éstas se ponen efectivamente a disposición del público⁶¹.

58. Tal como se ha dicho anteriormente en este documento, se planteó sin embargo un problema en relación con la noción clave de “intérpretes o ejecutantes” (y “interpretaciones o ejecuciones” estipuladas en la Convención Internacional para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, de 1961 (la “Convención de Roma”). Con arreglo al Artículo 3.a) de la Convención de Roma, “se entiende por ‘artista intérprete o ejecutante’ todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, *interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística*” (la cursiva es nuestra). Como las expresiones del folclore no corresponden al concepto de obras literarias y artísticas propiamente dichas, la definición de “artista intérprete o ejecutante” de la Convención de Roma aparentemente no se extiende a los intérpretes o ejecutantes que interpretan o ejecutan expresiones del folclore.

59. El WPPT actualiza y complementa la Convención de Roma. La definición de “artistas intérpretes o ejecutantes” del WPPT abarca los artistas intérpretes o ejecutantes de “expresiones del folclore”⁶². No existe en el Acuerdo sobre los ADPIC ninguna definición de “artistas intérpretes o ejecutantes” o “interpretación o ejecución” que se parezca a las definiciones de la Convención de Roma. El WPPT entrará en vigor el 20 de mayo de 2002.

⁶¹ WIPO/GRTKF/MCT/02/INF.5.

⁶² Artículo 2.a): “se entenderá por ‘artistas intérpretes o ejecutantes’, todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore”.

60. Otra de las novedades en el sector de los derechos conexos es la propuesta para un nuevo tratado de la OMPI sobre protección de los organismos de radiodifusión, que será examinada por el Comité Permanente de la OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos, en mayo de 2002⁶³.

61. En cuanto a la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, los Estados no pudieron llegar a un acuerdo sobre un tratado en diciembre de 2000. El WPPT no extiende la protección que concede a los intérpretes o ejecutantes a sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, tales como películas y vídeos. En 1996 se adoptó una resolución que exigía que el WPPT se complementara mediante un Protocolo sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales. La Asamblea General de la OMPI examinará nuevamente, en septiembre de 2002, la posibilidad de concertar ese tratado.

II.C. Labor pertinente de otras organizaciones e instituciones intergubernamentales

62. Los programas y actividades de ciertas organizaciones e instituciones intergubernamentales son o pueden ser pertinentes para la protección de las expresiones del folclore. En las actividades de la OMPI se han tenido y se seguirán teniendo en cuenta esos programas y actividades.

- a) Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)

63. La UNESCO ha emprendido varias iniciativas a nivel internacional, regional y nacional en relación con la identificación, conservación, preservación y difusión de las expresiones del folclore (o, como se las denomina en el marco de las actividades de la UNESCO, “patrimonio cultural intangible” y/o “cultura y folclore tradicionales”).

64. La UNESCO ha adoptado y establecido desde hace años varios instrumentos, recomendaciones y programas tales como:

- i) la Declaración sobre los Principios de la Cooperación Cultural Internacional⁶⁴, de 1996, que, en su Artículo 1, dice lo siguiente: “1. Toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos. 2. Todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su cultura. 3. En su rica variedad y diversidad y en sus influencias recíprocas que ejercen mutuamente, todas las culturas forman parte del patrimonio común que pertenece a toda la humanidad”;

- ii) la Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales,

⁶³ Véase también el Convenio relativo a la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite, firmado en Bruselas, el 21 de mayo de 1974, donde se observa la importancia de los intereses de los autores, los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

⁶⁴ <http://www.unesco.org/culture/laws/cooperation/html_eng/page1.shtml>.

de 1970, intenta proteger la “propiedad cultural”⁶⁵ contra el robo, la exportación ilícita y la enajenación abusiva. Los Estados que son parte en la Convención se obligan a devolver a los demás Estados parte los bienes culturales que han sido robados de un museo o de una institución similar y que forman parte de un inventario, a tomar medidas para controlar la adquisición de objetos culturales que han sido comercializados ilícitamente por personas e instituciones en su país, a cooperar con los demás Estados que tengan serios problemas de protección de su patrimonio aplicando controles a la importación basados en los controles de exportación de los demás Estados parte, y a tomar medidas para educar al público. Para fomentar la aplicación del Convención, la UNESCO pidió al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) que elaborase un nuevo tratado para complementar la Convención de la UNESCO de 1970 dictando reglas mínimas de derecho uniforme. Esto dio lugar a la Convención UNIDROIT sobre Objetos Culturales Robados o Ilícitamente Exportados⁶⁶. El Código Internacional de Ética para Comerciantes en Propiedad Cultural de la UNESCO es un código voluntario destinado a armonizar la práctica en el comercio de objetos de arte según los principios de sus instrumentos normativos internacionales destinados a impedir el tráfico ilícito de los bienes culturales;

iii) la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (“Convención sobre el Patrimonio Mundial”) fue adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en 1972. La Convención define el tipo de lugares naturales⁶⁷ o culturales⁶⁸ que pueden ser considerados para su inscripción en la Lista del

⁶⁵ Según el Artículo 1 de la Convención, “se considerarán como bienes culturales los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia y que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación:

- a. las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía, y los objetos de interés paleontológico;
- b. los bienes relacionados con la historia, con inclusión de la historia de las ciencias y de las técnicas, la historia militar y la historia social, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional;
- c. el producto de las excavaciones (tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos;
- d. los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico;
- e. antigüedades que tengan más de 100 años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados;
- f. el material etnológico;
- g. los bienes de interés artístico tales como:
 - i) cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (con exclusión de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano); ii) producciones originales de arte estatuario y de escultura en cualquier material;
 - iii) grabados, estampas y litografías originales; iv) conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier materia.
- h. manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguo de interés especial (histórico, artístico, científico, literario, etc.) sueltos o en colecciones;
- i. sellos de correo, sellos fiscales y análogos, sueltos o en colecciones;
- j. archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos;
- k. objetos de mobiliario que tengan más de 100 años e instrumentos de música antiguos.

⁶⁶ <<http://www.unesco.org/culture/legalprotection/>>.

⁶⁷ La Convención define el “patrimonio natural” en la forma siguiente: Artículo 2 “... *los monumentos naturales* constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas

Patrimonio Mundial, y establece los deberes de los Estados parte de identificación de los lugares eventuales y su papel en la protección y preservación de los mismos. Al firmar la Convención, cada parte se compromete a conservar no solamente los lugares del patrimonio mundial situados en su territorio, sino también a proteger su patrimonio nacional. En la Convención se explica también en qué forma se ha de utilizar y administrar el Fondo del Patrimonio Mundial y en qué condiciones se podrá otorgar una asistencia financiera internacional;

iv) la labor de la UNESCO en materia de protección del folclore tuvo por resultado, en 1989, la Recomendación sobre la protección y salvaguardia de la cultura y el folclore tradicionales. Esta Recomendación fomenta la colaboración internacional y considera las medidas que se han de emprender con miras a identificar, conservar, preservar, difundir y proteger la cultura y el folclore tradicionales. En 1999, se celebró una Conferencia Internacional con miras a evaluar la aplicación de la Recomendación⁶⁹;

v) el Programa de Tesoros Humanos Vivientes se inició en 1996 con el propósito de promover la transmisión de los conocimientos y destrezas tradicionales por los artistas y artesanos antes de que éstos se pierdan por caer en desuso o por falta de reconocimiento. En las directrices se definen los “Tesoros Humanos Vivientes” como “las personas que encarnan, en grado máximo, las destrezas y técnicas necesarias para la manifestación de ciertos aspectos de la vida cultural de un pueblo y la perdurabilidad de su patrimonio cultural material”;

vi) en 1998 se creó un Programa de Obras Maestras del Patrimonio Oral e Intangible de la Humanidad para honrar los ejemplos más destacados de espacios culturales (definidos como lugares donde se concentran las actividades culturales tradicionales y populares o como el momento generalmente elegido para cierto acontecimiento que ocurre con regularidad) o formas de expresión tradicional y popular, tales como los idiomas, la literatura oral, la música, el baile, los juegos, la mitología, los rituales, los trajes típicos, la artesanía, la arquitectura y

[Continuación de la nota de la página anterior]

formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético y científico; *las formaciones geológicas y fisiográficas* y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico; *los lugares naturales* o las zonas naturales estrictamente limitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural.”

<<http://www.unesco.org/whc/nwhc/pages/doc/main.htm>>.

⁶⁸ La Convención define el “patrimonio cultural” en la forma siguiente: Artículo 1 “... los monumentos: obras arquitectónicas, obras de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico”.

<<http://www.unesco.org/whc/nwhc/pages/doc/main.htm>>.

⁶⁹ La UNESCO y la Institución Smithsonian coorganizaron una conferencia internacional titulada “Evaluación mundial de la Recomendación de 1989 sobre la protección y salvaguardia de la cultura y el folclore tradicionales: creación de las condiciones locales y cooperación internacional”, celebrada en Washington D.C., del 27 al 30 de junio de 1990.

demás artes así como formas tradicionales de comunicación y de información⁷⁰. Además, se procura incitar a los gobiernos, las ONG y las comunidades locales a que sean los primeros en identificar, preservar y llamar la atención sobre su patrimonio oral e intangible;

vii) el Programa de la UNESCO de Preservación y Revitalización del Patrimonio Cultural Intangible ha lanzado una serie de publicaciones destinadas a ayudar a los especialistas a catalogar y recopilar inventarios de las formas culturales ya que éstas cambian constantemente y pueden desaparecer para siempre junto con sus creadores. El primer volumen de esta serie es un *Manual para el estudio de música tradicional e instrumentos de música*⁷¹. Está en preparación un manual para el estudio de los estilos arquitectónicos nativos.

65. Más recientemente, en la 31ª Sesión de la Conferencia General de la UNESCO, se adoptó una Resolución por la que se creará un nuevo instrumento normativo para la protección de la cultura y el folclore tradicionales⁷². En la Resolución se invitaba al Director General a que presentara a la Conferencia General, en su 32ª Sesión prevista para fines de 2003, un informe sobre el eventual alcance de dicho instrumento, junto con un proyecto preliminar de convenio internacional⁷³.

b) Centro de Comercio Internacional (CCI)

66. El Centro de Comercio Internacional (CCI) depende al mismo tiempo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que creó el órgano y de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). El CCI se ocupa de la cooperación técnica con los países en desarrollo en la promoción del comercio. Entre las principales esferas del programa del CCI están el fomento de productos y de mercados, la creación de servicios de apoyo al comercio, la información comercial, el desarrollo de recursos humanos, la gestión de las compras y el aprovisionamiento internacionales, así como la evaluación de las necesidades y la creación de programas para la promoción del comercio.

67. En 1996, el CCI publicó, en colaboración con la UNESCO, un informe titulado “Panorama de las medidas jurídicas y de otra índole destinadas a proteger las artesanías originales”⁷⁴. En el informe se proponía el establecimiento de una estructura destinada a conceder una protección doble, a saber, la protección de los artesanos y profesionales y la protección de los derechos de propiedad intelectual. En el informe se declaraba además que la protección de los profesionales tendría que confiarse a una cámara de sindicatos que debería crearse en cada país para defender los intereses de sus miembros⁷⁵. Además, la protección de los derechos de propiedad intelectual respecto de las artesanías tendría que ser responsabilidad de una sociedad nacional para los artículos originales de artesanía. Esta

⁷⁰ <<http://www.unesco.org/culture/heritage/intangible/index.shtml>>.

⁷¹ Dournon, Geneviève. *Handbook for the Study of Traditional Music and Musical Instruments*. París: UNESCO, 1999.

⁷² 31 C/Resolución 30. 17 Estados miembros expresaron formalmente por escrito sus reservas en relación con la adopción de la resolución sobre este tema: Alemania, Argentina, Barbados, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Granada, Grecia, México, Noruega, Países Bajos, Portugal, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suecia, Suiza..

⁷³ Véase <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001246/124687e.pdf>> - Actas de la Conferencia General – 31ª Sesión - París, 15 de octubre a 3 de noviembre de 2001 - “Resoluciones”.

⁷⁴ CLT-96/WS/5, 1996.

⁷⁵ ITC/UNESCO. *op.cit.*

sociedad supervisaría y orientaría a la cámara de sindicatos, haciendo al mismo tiempo de vínculo entre los órganos en cuestión⁷⁶. Más recientemente, en julio de 2000, el CCI publicó un informe titulado “Medidas jurídicas y de otra índole destinadas a proteger las artesanías”, basado en la labor emprendida, en colaboración con la OMPI, en Bolivia, Colombia y Perú.

68. Respecto de los productos de artesanía, el CCI adoptó en el año 2000 una nueva recomendación de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) que pedía a los países que codificaran sus productos de artesanía en nomenclaturas estadísticas nacionales⁷⁷.

69. En enero de 2001 tuvo lugar en La Habana (Cuba) un taller organizado conjuntamente por el CCI y la OMPI y relacionado con la protección jurídica de los artículos de artesanía originales. En él se recomendó la creación de sistemas nacionales eficaces de protección de las artesanías y se insistió en la necesidad de crear una relación de confianza con los miembros del sector de las artesanías⁷⁸.

c) Oficina del Alto Comisionado (de las Naciones Unidas) para los Derechos Humanos (OACDH)

i) Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas

70. El Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas se creó en 1982 como órgano subsidiario de la Subcomisión sobre Prevención de la Discriminación y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos⁷⁹. El Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas se reúne anualmente en Ginebra y sus dos principales objetivos son: i) examinar los acontecimientos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, y ii) prestar especial atención a la evolución de las normas internacionales relativas a los derechos de los indígenas⁸⁰. El Grupo de Trabajo está compuesto de cinco expertos independientes que también son miembros de la Subcomisión. Ha realizado varios estudios, principalmente sobre la relación de las poblaciones indígenas con la tierra, sobre tratados y acuerdos, así como sobre la protección del patrimonio cultural.

71. En cumplimiento de su mandato, el Grupo de Trabajo ha elaborado un proyecto de Declaración sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas⁸¹. El proyecto de Declaración protege los derechos colectivos de las poblaciones indígenas de practicar y revitalizar sus tradiciones culturales y sus costumbres, incluido el derecho de mantener, proteger y fomentar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas (Artículo 12). La Declaración también reconoce la titularidad y el control absolutos de la propiedad cultural e intelectual de las poblaciones indígenas (Artículo 29).

72. En 1991, la Subcomisión solicitó un estudio sobre las medidas que tendría que adoptar la comunidad internacional para consolidar el respeto de la propiedad cultural de las

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ ITC/AG(XXXIV)/185, 27 de febrero de 2001.

⁷⁸ WIPO-ITC/DA/HAV/01/03, 30 de enero a 1 de febrero de 2001.

⁷⁹ Actualmente denominada Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

⁸⁰ http://www.unhchr.ch/indigenous/ind_wgip.htm

⁸¹ E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1.

poblaciones indígenas⁸². El estudio, *Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*⁸³, fue elaborado por la Relator Especial, Sra. Erica-Irene Daes y en él se analizaban varias cuestiones contemporáneas relacionadas con el patrimonio indígena. Una de las principales recomendaciones formuladas fue la de elaborar principios y directrices en relación con la protección del “ patrimonio indígenas”. Los *principios y directrices para la protección del patrimonio de las poblaciones indígenas* se incluyeron en el informe final⁸⁴. Estos principios y directrices se centran en la protección efectiva del patrimonio de las poblaciones indígenas que se define ampliamente⁸⁵.

ii) Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas

73. El Foro Permanente es un órgano subsidiario del Consejo Económico y Social (ECOSOC) que se compone de dieciséis miembros. Su establecimiento fue uno de los objetivos principales del Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo (1995-2004). El Foro es un órgano asesor del Consejo y tiene por mandato estudiar las cuestiones indígenas en el marco del mandato del Consejo. Además, el Foro suministra asesoramiento de expertos y formula recomendaciones al Consejo sobre las cuestiones indígenas y fomenta la concienciación promoviendo la integración y coordinación de las actividades relacionadas con las cuestiones indígenas dentro del sistema de las Naciones Unidas. Las “cuestiones indígenas” representan el desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos de los pueblos indígenas. La primera sesión del Foro tendrá lugar en mayo de 2002.

d) Organización Internacional del Trabajo (OIT)

74. La OIT formula normas laborales internacionales que representan normas mínimas de derechos laborales básicos y ofrece servicios de asistencia técnica, de formación y de asesoramiento a organizaciones independientes de empleadores y de trabajadores⁸⁶. La OIT es responsable de dos instrumentos internacionales relacionados con los pueblos indígenas y las comunidades locales: el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, de 1957 (Nº 107) y el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de 1989 (Nº 169). En este último Convenio se establece que las actividades tradicionales de los pueblos indígenas se consideran importantes para el mantenimiento y desarrollo de sus culturas y economías (Artículo 23) y se insiste en la importancia de proteger los conocimientos de los pueblos indígenas. Son 14 los países que han ratificado el Convenio⁸⁷. Actualmente, la División de Fomento de Pequeñas Empresas de la OIT ha emprendido un proyecto de fomento de las pequeñas empresas y creación de empleos en el sector cultural. Se ha iniciado el proyecto con estudios efectuados en cinco subsectores culturales: el cine y la televisión, la música, el etnoturismo, las artesanías y las artes teatrales, y las danzas, en la región del África Austral. El Programa Internacional de apoyo a la autonomía de los pueblos indígenas y tribales mediante cooperativas y organizaciones de autoayuda (INDISCO) fue lanzado en 1993 en virtud de un

⁸² E/CN.4/Sub.2/1991/32, 29 de agosto de 1991.

⁸³ E/CN.4/Sub.2/1993/28, 28 de julio de 1993.

⁸⁴ E/CN.4/Sub.2/1995/26, 21 de junio de 1995.

⁸⁵ Véase Broen, Michael F. “Can Culture be Copyrighted?”, *Current Anthropology*, Volumen 39, Número 2, Abril de 1998, página 202.

⁸⁶ <<http://www.ilo.org/public/english/about/mandate.htm>>

⁸⁷ Argentina; Bolivia; Colombia; Costa Rica; Dinamarca; Ecuador; Fiji; Guatemala; Honduras; México; Noruega; Países Bajos; Paraguay; Perú.

acuerdo marco DANIDA/OIT. El objetivo del Programa es contribuir a la mejora de las condiciones socioeconómicas de los pueblos indígenas y tribales mediante la realización de proyectos piloto y la difusión de prácticas óptimas para mejorar la política en este sector.

e) Organización Mundial del Comercio (OMC)

75. Ciertos miembros de la OMC han pedido a varios órganos de esa organización, tales como el Comité de Comercio y Desarrollo (CCD), el Consejo de los ADPIC y el Consejo General, que examinen la cuestión de la protección de los conocimientos tradicionales. Al preparar la Tercera Conferencia Ministerial de los Miembros de la OMC, que tuvo lugar en Seattle, del 30 de noviembre al 3 de diciembre de 1999, varios Miembros de la OMC presentaron propuestas, tanto en el contexto del estudio del Artículo 27.3b) del Acuerdo sobre los ADPIC como en el de una eventual nueva rueda de negociaciones, para que en el Acuerdo sobre los ADPIC se prevean disposiciones sobre la protección de los conocimientos tradicionales.

76. En la Cuarta Conferencia Ministerial de los Miembros de la OMC, celebrada en Doha, en noviembre de 2001, los Miembros de la OMC adoptaron una Declaración Ministerial por la que se lanzaba una nueva rueda de negociaciones. Con referencia a los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Punto 19), los ministros “encomendaron al Consejo de los ADPIC que, al llevar adelante su programa de trabajo, incluso en el marco del examen previsto en el párrafo 3b) del Artículo 27, del examen de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC previsto en el párrafo 1 del Artículo 71 y de la labor prevista en cumplimiento del párrafo 12 de la presente Declaración, examine, entre otras cosas, la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore, y otros nuevos acontecimientos pertinentes señalados por los miembros de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 71. Al realizar esta labor, el Consejo de los ADPIC se regirá por los objetivos y principios enunciados en los Artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta la dimensión de desarrollo”.

77. El Consejo de los ADPIC, en su reunión más reciente celebrada del 5 al 7 de marzo de 2002, pidió a la Secretaría de la OMC que preparase un documento breve, entre otras cosas, sobre la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore, en el que figurase un resumen del material pertinente que había sido presentado al Consejo durante sus debates anteriores, en forma oral o escrita, y en el que figurase una lista de todos los documentos pertinentes⁸⁸.

⁸⁸ Notas de información de la OMC, N° 19, marzo de 2002 (II).

II.D. Labor pertinente de organizaciones regionales

78. Los acuerdos, instrumentos y procedimientos de ciertas organizaciones regionales mencionan explícitamente las expresiones del folclore o ciertas formas de esas expresiones. En los párrafos siguientes se describen brevemente algunos ejemplos.

a) Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI)

79. La OAPI se creó mediante la adopción de un nuevo convenio firmado en Bangui el 2 de marzo de 1977⁸⁹. El “Acuerdo de Bangui” rige las patentes, los modelos de utilidad, las marcas de productos y servicios, los dibujos y modelos industriales, los nombres comerciales, las indicaciones geográficas y el derecho de autor. En el Capítulo I del Anexo VII que aborda el derecho de autor y los derechos conexos, se prevé una protección específica para las expresiones del folclore y para las obras inspiradas de las expresiones del folclore. La forma de protección se basa en el modelo “*domaine public payant*”⁹⁰. El Acuerdo aborda asimismo la protección de las expresiones del folclore en el Capítulo II relativo a la protección y la promoción del patrimonio cultural. El Acuerdo constituye una ley nacional para cada uno de los 15 Estados miembros que componen actualmente la OAPI⁹¹. El Acuerdo de Bangui prevé el trato nacional. Por consiguiente, los 15 Estados miembros de la OAPI están obligados a proteger las expresiones del folclore de los demás miembros como propiedad intelectual en virtud del principio del trato nacional.

b) Secretaría de la Comunidad del Pacífico

80. La Secretaría de la Comunidad del Pacífico, conjuntamente con la Secretaría del Foro de las Islas del Pacífico, ha creado un Marco Tipo Regional del Pacífico para la Protección de los Conocimientos Tradicionales y la Expresiones de la Cultura. Este Marco se compone de un proyecto de directrices regionales y de un proyecto de Ley tipo *sui generis*⁹².

c) La Comunidad Andina

81. La Comunidad Andina, establecida en 1969, se compone de cinco países miembros, a saber: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. El órgano principal de la Comunidad Andina es la Comisión, cuyo mandato es adoptar legislación, obligatoria para los países miembros, sobre cuestiones relativas al desarrollo y la coherencia del mercado común andino. Las cuestiones relativas a la legislación del mercado común andino se resuelven en forma de “Decisiones” de la Comisión. Mediante la Decisión N° 351 se estableció un Régimen Común

⁸⁹ Anteriormente “la Autoridad Africana y Malgache encargada de los Derechos de Patente (OAMPI) (13 de septiembre de 1962) creada mediante el Acuerdo conocido como “Acuerdo de Libreville”.

⁹⁰ Véase el Artículo 59.

⁹¹ Benin, Burkina Faso, Camerún, Chad, Congo, Côte d'Ivoire, Gabón, Guinea Bissau, Guinea, Malí, Mauritania, Níger, República Centrafricana, Senegal, Togo.

⁹² Véase el documento OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafos 41 y 42.

sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Esta Decisión prevé la protección de las obras de artes aplicadas, incluidas las artesanías⁹³, y estipula también el trato nacional⁹⁴.

III. RESUMEN GENERAL, CONCLUSIONES Y TAREAS PROPUESTAS

82. Tal como se ha dicho anteriormente, las respuestas al Cuestionario se resumen detalladamente en el Anexo I del presente documento. En la presente Sección, las respuestas se examinan en forma más general y se sacan ciertas conclusiones. Sobre esa base y habida cuenta de las actividades anteriores de la OMPI descritas en la Sección II, se proponen ciertas tareas para consideración por el Comité Intergubernamental.

83. El número de Estados que respondieron directamente al cuestionario es de 64. Ciertos Estados adicionales proporcionaron información en respuesta al Cuestionario sobre formas actuales de protección de los conocimientos tradicionales mediante propiedad intelectual (OMPI/GRTKF/IC/2/5) que también se aplica a las “expresiones del folclore” mencionadas en el Cuestionario. En la preparación del presente documento también se ha tenido en cuenta esta información, tal como se indica oportunamente.

84. El Cuestionario tenía por objeto obtener información sobre las experiencias nacionales en los Estados en los que se preveía una protección jurídica específica para las expresiones del folclore y en aquellos donde esa protección no estaba prevista. En particular, se solicitaron opiniones sobre las Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Perjudiciales, que fueron adoptadas en 1982 (las “Disposiciones Tipo de 1982”). Las respuestas al Cuestionario y los resultados de actividades anteriores de la OMPI también hacían referencia a la necesidad de contar con una protección extraterritorial para las expresiones del folclore.

85. Además, en sus respuestas al Cuestionario, en sesiones anteriores del Comité Intergubernamental y durante otras actividades de la OMPI, los Estados y demás partes interesadas habían planteado ciertas cuestiones interrelacionadas de tipo conceptual y operativo. Si bien éstas no son necesariamente susceptibles de dar lugar a conclusiones específicas o tareas y actividades distintas en esta etapa, representan no obstante todos los esfuerzos emprendidos con miras a desarrollar y mejorar las medidas de protección jurídica de las expresiones del folclore, ya sea utilizando los derechos de propiedad intelectual o bien valiéndose de otros sistemas. Por consiguiente, se describen brevemente a continuación estas cuestiones conceptuales y operativas.

86. En consecuencia, se propone resumir, sacar conclusiones y proponer tareas dentro del siguiente marco:

A. Cuestiones de carácter conceptual y operativo

- a) materia
- b) objetivos de la protección

⁹³ Artículo 3.14): se entiende por “obra de artes aplicadas” una creación artística con funciones utilitarias o incorporadas en un artículo útil, sea éste una obra de artesanía o una obra producida a escala industrial.

⁹⁴ Artículo 2.

- c) sujetos de la protección
- d) alcance de la protección – excepciones y limitaciones
- e) participación efectiva de los pueblos indígenas y las comunidades locales

B. Resumen general

- a) Estados que prevén una protección jurídica específica para las expresiones del folclore
- b) Estados que no prevén una protección específica para las expresiones del folclore
- c) formas de protección distintas de la propiedad intelectual
- d) las Disposiciones Tipo de 1982
- e) protección extraterritorial
- f) propuestas de modificación de las normas de propiedad intelectual existentes y de las normas *sui generis*
- g) documentación

C. Conclusiones y tareas propuestas

- a) establecimiento, fortalecimiento y aplicación efectiva de los sistemas nacionales de protección
- b) protección extraterritorial
- c) relación entre las leyes y protocolos consuetudinarios y el sistema oficial de propiedad intelectual

87. Las tareas propuestas también se enumeran por separado en el Anexo V del presente documento.

A. Cuestiones de carácter conceptual y operativo

88. En la primera y segunda sesiones del Comité Intergubernamental, ciertos Estados identificaron varias cuestiones interrelacionadas que, según ellos, era preciso seguir examinando. La mejor manera de expresarlas es formulando las siguientes preguntas. ¿Qué se debe proteger?; ¿por qué proteger las expresiones del folclore?; ¿a quién se debería proteger?; ¿cuál debería ser el medio de protección?; ¿cuál debería ser el alcance de la protección? (en otras palabras, ¿qué excepciones y limitaciones tendría que haber?)⁹⁵. Los Estados y demás partes interesadas también hicieron referencia a la necesidad de contar con una participación efectiva de los pueblos indígenas y las comunidades locales en las deliberaciones del Comité Intergubernamental y las actividades de la OMPI.

89. Si bien estas cuestiones no son necesariamente susceptibles de llevar a conclusiones o a tareas y actividades distintas en esta etapa, cabe desplegar el máximo esfuerzo con miras a adoptar medidas de protección jurídica de las expresiones del folclore o mejorar las existentes utilizando los derechos de propiedad intelectual u otros sistemas de protección.

⁹⁵ Véase, por ejemplo, los documentos OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafos. 159, 163 y 165; OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafo 169.

a) Materia

90. Las respuestas al Cuestionario y los resultados de actividades anteriores de la OMPI tales como las misiones exploratorias demuestran que los Estados, los pueblos indígenas y las comunidades locales, así como las demás partes interesadas comprenden en forma amplia y diversa lo que se entiende por “expresiones del folclore”.

91. Desde hace tiempo se busca la claridad en lo relativo a la materia y a la terminología. El deseo de identificar las expresiones del folclore para las que se busca protección se expresó claramente en las cuatro Consultas Regionales sobre Protección de las Expresiones del Folclore organizadas por la OMPI y la UNESCO en 1999⁹⁶. En otras actividades regionales e interregionales de la OMPI se ha insistido en la misma necesidad. Por ejemplo, en la Reunión Interregional de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales, celebrada en Chiangrai (Tailandia) del 9 al 11 de noviembre de 2000, se recomendó que “*una tarea importante del Comité Intergubernamental [sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore] tendría que ser, entre otras, la de debatir y llegar a un amplio acuerdo sobre el significado que se ha de dar a varios términos y conceptos pertinentes (tales como “recursos genéticos”, “conocimientos tradicionales” y “folclore”), sus relaciones respectivas y mutuas entre sí y con la propiedad intelectual, y una metodología de trabajo que tuviera en cuenta los vínculos y las distinciones entre los temas que incumban al Comité*”⁹⁷. Varios escritores académicos y comentaristas se han referido también a cuestiones terminológicas relacionadas con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales⁹⁸.

92. Es esencial para los progresos futuros en este sector que se llegue a un acuerdo respecto del alcance y el significado de las “expresiones del folclore” para las que se busca protección mediante derechos de propiedad intelectual. Si bien puede no ser necesario contar con una

⁹⁶ Las Consultas Regionales se celebraron: para los países africanos, en Pretoria (Sudáfrica) (marzo de 1999); para los países de la región de Asia y el Pacífico, en Hanoi (Viet Nam) (abril de 1999); para los países árabes, en Túnez (Túnez) (mayo de 1999) y para los países de América Latina y el Caribe, en Quito (Ecuador) (junio de 1999). Véanse los documentos WIPO-UNESCO/FOLK/AFR/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/LAC/99/1.

⁹⁷ Plan de acción y Declaración de la reunión realizada en Chiangrai (Tailandia). Véase <<http://www.wipo.int/eng/meetings/2000/tk/index.htm>> (31 de agosto de 2001).

⁹⁸ Véase, por ejemplo, Janke, T., *Our Culture, Our Future* (Informe preparado para el Instituto Australiano de Estudios sobre los Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres y la Comisión de los Isleños y Aborígenes del Estrecho de Torres, 1999), págs. 2 a 12; Simpson, T., *The Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples* (IWGIA, 1997), págs. 18 a 22; Blakeney, M., “La protección de los conocimientos tradicionales mediante la legislación de propiedad intelectual”, E.I.P.R. 6 [2000], pág. 251; Mould-Idrussu, B. “La experiencia de África”, documento presentado en el Foro Mundial OMPI-UNESCO sobre la protección del folclore, celebrado en Phuket (Tailandia) en abril de 1997, publicado como Publicación de la OMPI N° 758; McDonald, I., *Protección de la propiedad intelectual indígena* (Consejo Australiano de Derecho de Autor, Sydney, 1997, 1998); Kuruk, P., “Protección del folclore mediante regímenes intelectuales modernos: reevaluación de las tensiones entre derechos individuales y comunitarios en África y los Estados Unidos”, *Revista de derecho de 48 universidades norteamericanas*, 769 (1999); Mugabe, J., “La protección por propiedad intelectual y los recursos tradicionales”, *Propiedad intelectual y recursos humanos* (OMPI, 1999), pág. 97.

definición precisa del término “expresiones del folclore”, existe la necesidad primordial de definir los criterios que estas expresiones del folclore tendrían que cumplir como condición previa para su protección mediante derechos de propiedad intelectual. Asimismo, en las leyes y tratados internacionales y nacionales de derecho de autor no se definen las “obras literarias, artísticas y científicas” sino que se establecen las condiciones o los criterios según los cuales éstas podrán ser protegidas.

93. A este respecto, es pertinente la distinción hecha en varias leyes nacionales entre la “base” del folclore (la base cultural verdaderamente anónima, comunitaria y oralmente preservada) y las obras derivadas (obras inspiradas o derivadas de la “base”, realizadas por individuos identificables, sean éstas tradicionales o no).

94. Una segunda cuestión relacionada con la materia planteada por los Estados en respuesta al Cuestionario y también en otras oportunidades es la de la relación entre las “expresiones del folclore” y las demás formas de conocimientos tradicionales tales como los conocimientos médicos, los conocimientos relacionados con la biodiversidad y los conocimientos agrícolas. Tal como se explica en detalle en el Anexo I, varios Estados propusieron que estas formas de conocimientos tradicionales se incluyesen dentro de la noción de “expresiones del folclore”. Mediante esta sugerencia se reconoce que la estructura y el contenido de los conocimientos tradicionales están íntimamente vinculados con los recursos biológicos y los ecosistemas y que la protección de los derechos del patrimonio cultural está estrechamente vinculada a la protección del medio ambiente y de los recursos de los pueblos indígenas y de las comunidades locales. Se hicieron observaciones similares en la primera y segunda sesiones del Comité Intergubernamental⁹⁹. Las misiones exploratorias realizadas por la OMPI en 1998 y 1999¹⁰⁰, así como las consultas regionales sobre el folclore organizadas por la OMPI y la UNESCO en 1999¹⁰¹ llegaron a conclusiones similares. Por último, tal como se ha dicho respecto de los derechos de los pueblos indígenas: “*Resulta pues inapropiado tratar de subdividir el patrimonio de los pueblos indígenas en categorías jurídicas separadas tales como “cultural”, “artístico” o “intelectual”, o en elementos separados tales como canciones, cuentos populares, etcétera... todos los elementos del patrimonio deberían administrarse y protegerse como un conjunto único interrelacionado e integrado.*”¹⁰²

95. En efecto, tratar por separado las “expresiones del folclore” de las demás formas de conocimientos tradicionales puede ser algo artificial que no esté conforme con la realidad. Para dar tan sólo un ejemplo, el *amauti*, mencionado en la respuesta del Canadá al Cuestionario es una parca o chaquetón de mujer Inuit provista de una gran capucha y de una bolsa en la que se puede llevar a un niño teniendo las manos libres. En esta forma la madre puede amamantarlo y cuidarlo manteniéndolo en el calor del *amauti*. La parca se fabrica con pelo de caribú y piel de foca utilizando la destreza y los conocimientos técnicos tradicionales. El *amauti* refleja las adaptaciones prácticas y funcionales de los Inuit a su medio ambiente. Por consiguiente, se trata de un producto de los conocimientos tradicionales relacionados con la biodiversidad. Hoy en día, las mujeres Inuit intentan promover las ventas comerciales de

⁹⁹ Véase el documento OMPI/GRTKF/IC/2/16 (Informe final de la Segunda Sesión), párrafo 167.

¹⁰⁰ Véase OMPI, *Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de los conocimientos tradicionales: Informe de la OMPI sobre las misiones exploratorias relativas a la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001).

¹⁰¹ Véase los documentos WIPO-UNESCO/FOLK/AFR/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1; y, WIPO-UNESCO/FOLK/LAC/99/1.

¹⁰² Daes, Erica-Irene, “Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas”, 1993, UN documento de Naciones Unidas E/CN.4/Sub. 2/1993/28, párrafo 31.

amautis hechos a mano con el fin de conservar los conocimientos y pericia tradicionales al tiempo que crean una fuente de ingresos y una forma de independencia financiera. Esta labor también está intrínsecamente vinculada a la cultura Inuit. A las mujeres Inuit les preocupa el robo y la pérdida del patrimonio cultural. Su temor es que si no cuentan con instrumentos jurídicos eficaces para proteger sus obras, no podrán beneficiarse de créditos y remuneración apropiados, perderán el control de sus diseños y motivos tradicionales y su mercado será usurpado por los artículos producidos en serie¹⁰³.

96. No obstante, tal como se ha dicho antes¹⁰⁴, se ha indicado que la etapa avanzada en que se encuentra la labor sobre las expresiones del folclore merece que esta materia se examine como un tema aparte y es por eso que el Comité Intergubernamental aborda actualmente las “expresiones del folclore” como un tema separado. La amplitud y diversidad de lo que pueda estar incluido en la noción de “conocimientos tradicionales” también indica que puede resultar más conveniente y productivo, al menos por el momento, limitar el ámbito de las “expresiones del folclore”. Asimismo los derechos que serían pertinentes respecto del material artístico/cultural son diferentes de los pertinentes respecto del material técnico/científico. En el caso del material de naturaleza artística y literaria, se podría autorizar a los titulares de los derechos a que impidan a terceros adaptar, reproducir, fijar, interpretar o ejecutar y poner a disposición ese material. Sin embargo, cuando se utilicen sin autorización los componentes técnicos de los conocimientos tradicionales, los titulares tendrían que ser capaces de impedir su utilización (es decir, la realización, utilización, oferta a la venta, venta o importación del producto tradicional protegido o, cuando la materia protegida sea un proceso tradicional, del producto obtenido directamente mediante el proceso tradicional).

b) Objetivos de la protección

97. Tal como se ha dicho, en las actividades anteriores se han identificado varios objetivos indicados por los Estados, los pueblos indígenas y las comunidades locales en relación con la protección de las expresiones del folclore¹⁰⁵. Es útil enumerar estos objetivos, entre otras cosas, para evaluar la eficacia y pertinencia de las opciones de protección.

98. He aquí los objetivos resumidos:

- i) control de la divulgación y el uso;
- ii) beneficio comercial;
- iii) promoción e incentivos de la continua creatividad basada en la tradición;
- iv) reconocimiento y atribución; y
- v) prevención del uso indigno, ofensivo y engañoso.

¹⁰³ Véase también el proyecto de informe final y otros documentos del “Taller de conocimientos tradicionales de las mujeres Inuit sobre los amauti y los derechos de propiedad intelectual”, Rankin Inlet, Nunavut, 24 a 27 de mayo de 2001.

¹⁰⁴ Véase el documento OMPI/GRTKF/IC/1/3, párrafo 90.

¹⁰⁵ Véase la respuesta de Costa Rica, por ejemplo; OMPI, *Necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales en materia de propiedad intelectual: Informe de la OMPI sobre las misiones exploratorias relacionadas con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001).

99. Se ha dicho repetidas veces que los objetivos en esta esfera no son únicamente (o puramente) comerciales. Tal como Costa Rica lo dijo en su respuesta al Cuestionario:

No se puede olvidar que en el caso del folclore y de los conocimientos indígenas, el interés primordial de sus creadores no radica en la obtención de algún beneficio económico de ellos, sino en el reconocimiento de sus creaciones como parte de su comunidad, de su cultura, de su identidad. Por ello no se puede ni se debe omitir este aspecto en la elaboración de políticas legales de defensa.

100. Los objetivos pertinentes han sido clasificados como: un interés comercial defensivo, un interés comercial activo y preocupaciones de carácter ético. Un interés comercial defensivo es pertinente cuando las comunidades culturales desean proteger su folclore de la explotación comercial por terceros. Un interés comercial activo sería pertinente cuando las comunidades desean beneficiarse de la ventaja económica vinculada al tratamiento de sus expresiones del folclore como un producto básico. Las preocupaciones de carácter ético surgen cuando las comunidades culturales desean proteger su folclore de tal manera que en su evolución se respeten fielmente sus tradiciones y modos de vida¹⁰⁶.

101. Los distintos objetivos indicados con respecto al folclore también demuestran que los enfoques de propiedad intelectual podrían no responder a todos los objetivos o establecer las únicas medidas incentivas apropiadas para una creatividad continua basada en la tradición. Las soluciones resultantes de la propiedad intelectual pueden cumplir ciertos objetivos pero también pueden frustrar otros. Al crear y fortalecer sistemas nacionales, regionales e internacionales de protección jurídica de las expresiones del folclore, será necesario tener en cuenta estos objetivos diversos.

c) Sujetos de la protección

102. Tal como lo indican las respuestas al Cuestionario (véanse las respuestas a la Pregunta II.17) la gran mayoría de Estados consideran las expresiones del folclore como la “propiedad” del país en su conjunto (como parte del patrimonio cultural nacional). El resto de las respuestas se distribuyen más o menos por igual entre los Estados que consideran que las expresiones pertenecen a las comunidades indígenas y locales y aquellos que los consideran como la “propiedad” de los distintos artistas.

103. En otro enfoque de esta cuestión, se ha sugerido que se conceda especial atención a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los que graban y de los que archivan las expresiones del folclore ya que éstas son las tres principales entidades -los principales vínculos en la cadena de valor- que necesitan protección¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Declaración de la Comisión Europea en la segunda sesión del Comité Intergubernamental (OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafo 169). La Comisión indicó en su intervención que los debates en el marco de la propiedad intelectual debían centrarse en los aspectos comerciales más transaccionales del folclore más bien que en cuestiones de ética.

¹⁰⁷ Santova, Mila, “Problemas de la protección del folclore como propiedad intelectual al alba del siglo XXI”, documento presentado en la Conferencia Internacional de la OMPI sobre propiedad intelectual, Internet, comercio electrónico y conocimientos tradicionales, Sofía (Bulgaria), 29 a 31 de mayo de 2001, páginas 4 y 5.

104. Estos sujetos (titulares) de los derechos sobre las expresiones del folclore constituyen una cuestión clave que es preciso plantear a la hora de crear sistemas eficaces de protección.

d) Alcance de la protección – excepciones y limitaciones

105. Son numerosos los Estados que defienden un equilibrio apropiado entre la protección del folclore contra los abusos y el fomento de una mayor difusión del folclore, así como de la creatividad individual inspirada por el folclore¹⁰⁸.

106. La fuerza de esos comentarios radica en que tanto las obras protegibles por derecho de autor como las expresiones del folclore exigen una protección que no es ni tan amplia como para ser práctica y eficaz ni tan rígida como para impedir a los organismos de cultura y de conocimientos que amplíen y regeneren su creatividad. Las Disposiciones Tipo de 1982 prevén una excepción respecto de “*el préstamo de las expresiones del folclore para crear una obra original de un autor o autores*”¹⁰⁹. Esta excepción se creó específicamente para permitir el libre desarrollo de la creatividad individual inspirada en las expresiones culturales. Las Disposiciones Tipo de 1982 no tenían por objeto impedir de algún modo la creación de obras originales basadas en expresiones culturales. Además, el Artículo 13 de las Disposiciones Tipo de 1982 dice lo siguiente: “*la protección concedida en virtud de la presente [ley] no deberá interpretarse de tal manera que pueda impedir el uso y desarrollo normales de las expresiones del folclore*”.

107. A este respecto, algunos estiman que el sistema actual de propiedad intelectual ya responde a necesidades similares. Por ejemplo, en su respuesta, los Estados Unidos de América declararon que:

“Los Estados Unidos estiman que es preciso mantener un equilibrio apropiado entre las necesidades de determinadas comunidades y la promoción de la creación individual, el desarrollo de una cultura viva y la libertad de expresión. Es preciso mantener la flexibilidad de manera que las necesidades y preocupaciones de las distintas comunidades puedan ser atendidas. El principal medio de protección de las expresiones del folclore deberá ser la legislación convencional de propiedad intelectual, complementada según las condiciones/necesidades de las comunidades locales, por leyes específicas que aborden problemas específicos. De ahí que el equilibrio inherente en las leyes de propiedad intelectual pueda incorporarse así en la protección de las expresiones del folclore”.

108. En cambio, otros reconocen que uno de los principales objetivos relacionados con las expresiones culturales es precisamente el de impedir que éstas sean adaptadas o que su “estilo” sea tomado en préstamo particularmente por comunidades no tradicionales. De ahí los llamamientos para que se controlen en forma estricta las obras derivadas que se inspiren o se basen en expresiones del folclore. No obstante, la aplicación de estos derechos puede tener consecuencias adversas. Al sobreproteger las expresiones culturales, disminuye el dominio público, lo que significa que son menos las obras en las que es posible basarse. Por consiguiente, los artistas indígenas que desean desarrollar sus tradiciones artísticas volviendo a interpretar los motivos tradicionales en formas no tradicionales y que desean ser

¹⁰⁸ Por ejemplo, Canadá, China, Ecuador, Estados Unidos de América, Kirguistán, Malasia, México, República de Corea, Rumania, Suiza.

¹⁰⁹ Párrafo 4.1)iii), disposiciones tipo, 1982.

competitivos en los mercados de artes y oficios podrían verse obstaculizados por estos regímenes. La consecuencia es que estas leyes pueden “congelar” la cultura en un momento histórico y denegar a los pueblos tradicionales una voz contemporánea¹¹⁰.

109. Al parecer, las medidas de protección de las expresiones del folclore deberían tender a garantizar que, en la medida en que la inspiración proceda de las expresiones culturales tradicionales, se respeten las fronteras entre el uso ilícito, por un lado, y la inspiración legítima de la riqueza y la diversidad que pueden ofrecer las expresiones culturales del mundo entero. No obstante, lograr ese equilibrio es muy complejo.

e) Participación efectiva de los pueblos indígenas y las comunidades locales

110. En sesiones anteriores del Comité Intergubernamental y en varias actividades anteriores de la OMPI relacionadas con los conocimientos tradicionales y las expresiones del folclore, se ha expresado la necesidad de contar con la plena participación efectiva de los pueblos indígenas y las comunidades locales en el examen de la cuestión de si los sistemas y mecanismos de protección jurídica de las expresiones del folclore serían apropiados y, de ser así, qué formas podrían tomar dichos sistemas y mecanismos¹¹¹.

111. Tal como lo declaró la Representante del *First Nations Development Institute* en la segunda sesión del Comité Intergubernamental:

(La Representante) exhortó a que se pusiesen a disposición de los interesados los recursos y el apoyo logístico necesario para garantizar la participación plena y eficaz de los indígenas con su experiencia en los debates. Recalcó que los dirigentes, abogados y activistas indígenas se esforzaban desde hacía varias décadas por definir las necesidades de los pueblos indígenas en materia de derechos de propiedad intelectual y por dar orientaciones sobre la forma en que pudieran colmarse esas necesidades. Éstos conocían el sistema oficial de derechos de propiedad intelectual y sus limitaciones. Asimismo conocían el derecho consuetudinario y las tradiciones. Los pueblos indígenas sabían lo que querían, sabían lo que funcionaba y lo que no, y el ignorar esta experiencia no sólo iría en detrimento de los pueblos indígenas sino también en detrimento del Comité que no podía encontrar las soluciones que funcionasen en el terreno¹¹².

¹¹⁰ Véase Farley, Christine Haight, “La protección del folclore de los pueblos indígenas: ¿es la propiedad intelectual una respuesta?”, *Connecticut Law Review*, Otoño, 1997.

¹¹¹ Véanse los documentos OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafo 87; OMPI/GRTKF/IC/2/16 párrafos 75, 91, 117; documento de postura del Grupo Asiático y de China (OMPI/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) párrafo 3; Véase OMPI, *Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de los conocimientos tradicionales: Informe de la OMPI sobre las misiones exploratorias relacionadas con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales* (1998-1999) párrafos 80, 128 y 142.

¹¹² OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafo 152.

112. Ciertos Estados han respaldado esas exhortaciones. Por ejemplo, en la segunda sesión del Comité Intergubernamental, la Delegación de Bélgica, haciendo uso de la palabra en nombre de la Comunidad Europea, declaró que la participación activa de las comunidades indígenas y locales era necesaria para poder contar con las opiniones de todos los interesados que eran pertinentes para la labor del Comité. No obstante, según la Delegación, un requisito previo para esta participación era la disponibilidad de asistencia financiera. Señaló que, en muchos casos, los Estados miembros podían garantizar adecuadamente esa asistencia. No obstante, declaró que también tendría que considerarse la conveniencia de establecer un mecanismo general de asistencia financiera mediante fondos¹¹³.

B. Resumen general

a) Estados que conceden una protección específica a las expresiones del folclore

113. En la Pregunta I.3 del Cuestionario se pedía a los Estados que indicasen si concedían o no una protección jurídica específica a las expresiones del folclore.

114. Tal como se indicaba en el Cuestionario, esta cuestión se refiere a la protección jurídica específica por propiedad intelectual concedida a las expresiones del folclore y no a una protección indirecta o casual de las expresiones del folclore, tal como puede proporcionarse en ciertos casos mediante el derecho de autor, los derechos conexos o las leyes de propiedad industrial. En los casos siguientes, las respuestas se evaluaron como indicaciones de que un país concede esa protección si:

i) el país prevé explícitamente la protección de las expresiones del folclore en su legislación de derecho de autor u otro tipo de legislación de propiedad intelectual. Dicha protección puede basarse o derivarse, aunque no es necesario que lo sea, de las Disposiciones Tipo de 1982 y/o del Artículo 15.4 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1971 (el Convenio de Berna);

ii) el país prevé una protección *sui generis* (en otras palabras, que no tiene que ver con la legislación actual de propiedad intelectual del país); o

iii) el país ha establecido medidas o mecanismos específicos para proteger jurídicamente ciertos aspectos de las expresiones del folclore (tales como las insignias, símbolos y marcas indígenas y tradicionales).

115. Los proyectos de leyes y de disposiciones no se han evaluado como si ya estuviesen en vigor. En otras palabras, los países que han notificado la existencia de proyectos de leyes y disposiciones no están incluidos en el número de países que prevén una protección específica. Estos países son Chad, China, Egipto, Nueva Zelandia, Venezuela y Zimbabwe.

116. De los 64 Estados que respondieron al cuestionario, 23 fueron evaluados como Estados que concedían una protección jurídica específica a las expresiones del folclore como propiedad intelectual en sus leyes o reglamentos nacionales. Esto equivale a un 36%.

¹¹³ OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafo 186.

117. De estos Estados, la gran mayoría conceden protección en el marco de su legislación nacional de derecho de autor. No obstante, las modalidades de protección difieren ampliamente.

118. En ciertos casos, las expresiones del folclore se mencionan como un cierto tipo de obra de derecho de autor y la mayoría de las reglas normales del derecho de autor se aplican a éstas. Aparte quizás del hecho de conceder un plazo de protección sin límites a las expresiones del folclore, son pocas o nulas las disposiciones adicionales especialmente concebidas para tener en cuenta el carácter especial de las expresiones del folclore. Entre estos países están Barbados, Côte d'Ivoire, Indonesia y la República Islámica del Irán.

119. Otro grupo de Estados ha incluido en su legislación de derecho de autor disposiciones especialmente concebidas para las expresiones del folclore. Entre éstos están Burkina Faso, Ghana, Kenya, Mozambique, México, Namibia, la República Unida de Tanzania, Sri Lanka, Togo y Viet Nam. En la mayoría de estos casos, las disposiciones se basan, en grados diferentes, en las Disposiciones Tipo de 1982 y abordan algo detalladamente cuestiones tales como los actos respecto de los cuales se protegen las expresiones del folclore, excepciones y limitaciones, la autorización de usos de las expresiones del folclore y sanciones, recursos y jurisdicción. Algunos de estos Estados tienen disposiciones que corresponden al Artículo 15.4 del Convenio de Berna; por ejemplo, el Reino Unido.

120. Una tercera categoría de Estados prevén la protección de las expresiones del folclore en leyes distintas de las leyes de propiedad intelectual vigentes. Se puede decir que éstos conceden una protección *sui generis*. No obstante, no se sabe a ciencia cierta hasta qué punto la protección concedida es una protección jurídica por propiedad intelectual (tal como se describe en el párrafo 5 del Cuestionario¹¹⁴.) En el apartado c) "Formas de protección distintas de la propiedad intelectual" se examina el papel de las leyes más generales relativas al patrimonio cultural.

121. Son cuatro los Estados que estipulan lo que parece ser una protección jurídica *sui generis* por propiedad intelectual (aunque es posible que exista cierta superposición con una protección más general del patrimonio cultural). Éstos son Croacia, Filipinas, Panamá y Viet Nam:

i) en su respuesta al Cuestionario, Croacia respondió que concede una protección específica a las expresiones del folclore y mencionó su Ley de protección y preservación de los bienes culturales, que entró en vigor en 1999. La Ley protege entre otras cosas los "bienes culturales no materiales" que se definen como bienes que comprenden varias formas y

¹¹⁴ El párrafo 5 del Cuestionario (OMPI/GRTKF/IC/2/7) dice lo siguiente: "El cuestionario se ocupa de las experiencias nacionales en la protección jurídica de las expresiones del folclore como propiedad intelectual, es decir, la protección jurídica específica de las expresiones del folclore desde el punto de vista de la propiedad intelectual. Esa protección puede estar prevista en la legislación sobre propiedad intelectual de un Estado, aunque no debe estarlo necesariamente. Puede estar prevista en una legislación *sui generis*, o como parte de una ley sobre el patrimonio cultural nacional, por ejemplo. Por lo tanto, el cuestionario no se ocupa de la protección indirecta, o incidental, de las expresiones del folclore, como se puede prever en determinados casos en el derecho de autor, los derechos conexos o la legislación sobre propiedad industrial. Tampoco se ocupa de la identificación, la preservación, el fomento ni la divulgación del folclore, excepto en la medida en que éstos puedan ser pertinentes para la protección jurídica de las expresiones del folclore como propiedad intelectual."

fenómenos de creatividad espiritual transmitida tradicionalmente o de otra forma, especialmente la creatividad folclórica, en el ámbito de la música, los bailes, la tradición, los juegos, los rituales, las costumbres y otros valores nacionales tradicionales;

ii) Panamá¹¹⁵ ha dado una información detallada de su “Régimen especial de propiedad intelectual de los derechos colectivos de los pueblos indígenas para la protección y defensa de su identidad cultural en tanto que conocimientos tradicionales”, establecido mediante la Ley N° 20 de 26 de junio de 2000 y reglamentado mediante el Decreto Ejecutivo N° 12 de 20 de marzo de 2001. La Ley creó el Departamento de Derechos Colectivos y Expresiones del Folclore en el marco de la Oficina de Propiedad Intelectual pertinente. El régimen *sui generis* de Panamá abarca las creaciones de los pueblos indígenas, tales como los inventos, los dibujos y modelos e innovaciones, los elementos históricos culturales, la música, el arte y las expresiones artísticas tradicionales. La respuesta de Panamá indica que los objetivos y principios generales de las Disposiciones Tipo de 1982 se respetan en la nueva Ley. No obstante, las excepciones previstas en el Artículo 4 de las Disposiciones Tipo no están comprendidas en la Ley. El Departamento de Derechos Colectivos y Expresiones del Folclore ha iniciado un programa de archivo de las expresiones del folclore y las funciones y poderes de esta nueva autoridad se establecen con cierto detalle. Asimismo está prevista la posibilidad de registrar derechos exclusivos colectivos. El territorio Kuna Yala ha expresado interés en el registro de artesanía conocida como *mola* pero no se ha registrado ninguna expresión del folclore hasta la fecha. La autoridad encargada de conceder los derechos es el Congreso o Congresos y la Autoridad o Autoridades Indígenas Tradicionales. Ciertos elementos que forman parte de los conocimientos pueden ser de propiedad de varias comunidades, en cuyo caso, los beneficios se comparten. La Ley prevé también excepciones a los derechos conferidos así como medidas de observancia (es posible aplicar disposiciones de observancia de los derechos de propiedad intelectual como mecanismos subsidiarios). Los derechos colectivos de los indígenas también pueden constituir un fundamento para oponerse a las reivindicaciones de derechos de propiedad intelectual, tales como el derecho de autor, las marcas, las indicaciones geográficas y otros, por parte de terceros no autorizados. En su respuesta, Panamá también menciona la Ley N° 27 de 24 de julio de 1970, “Disposiciones sobre protección, promoción y desarrollo de artesanías”. En el Capítulo VIII de esta Ley se establece la protección de las artesanías nacionales prohibiendo la importación de artesanía o la actividad de aquellos que imitan artículos y vestidos indígenas tradicionales de Panamá;

iii) en Filipinas¹¹⁶, la Constitución Filipina de 1987 exige el reconocimiento, respeto y protección de los derechos de las comunidades culturales indígenas y los pueblos indígenas. Esta obligación pasó a ser una realidad mediante la promulgación de la Ley de derechos de los pueblos indígenas (Ley de la República N° 8371), en octubre de 1997. La ley estipula 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,

¹¹⁵ Información también procedente de la respuesta de Panamá al Cuestionario de la OMPI sobre formas actuales de protección de los conocimientos tradicionales mediante propiedad intelectual.

¹¹⁶ Información procedente de la respuesta de Filipinas y del documento Daoas, D., “Esfuerzos de protección de los conocimientos tradicionales: la experiencia de Filipinas”, presentado en la Mesa Redonda de la OMPI sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales, 1 y 2 de noviembre de 1999.

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 aprendizaje¹¹⁷.

De conformidad con la respuesta de Filipinas, los derechos de propiedad intelectual de la comunidad también incluyen el patrimonio y los recursos culturales e históricos de Filipinas, así como la cultura tradicional y sus distintas creaciones.

El derecho de los pueblos indígenas a poseer sistemas y prácticas de conocimientos indígenas y desarrollar sus propias tecnologías y ciencias está estipulado en el Artículo 34 de la Ley que dice lo siguiente:

“Las comunidades culturales indígenas/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, tecnologías 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”.

En cuanto a la protección de las “manifestaciones de la cultura indígena”, se establece que la cultura indígena no deberá comercializarse ni utilizarse con fines de turismo y publicidad sin el consentimiento fundamentado previo y libre de los pueblos indígenas interesados. Los pueblos indígenas ejercerán el control de los espectáculos artísticos y culturales indígenas y deberán distribuir equitativamente los beneficios de dichas interpretaciones o ejecuciones artísticas. Todos los fondos reunidos en esta forma serán directamente administrados por la comunidad interesada o se depositarán ante la Comisión Nacional de Pueblos Indígenas con el fin de beneficiar a la comunidad pertinente¹¹⁸.

Las leyes y prácticas consuetudinarias se mencionan varias veces en la Ley y en el Reglamento de aplicación de la misma y tienen primacía en los litigios entre comunidades culturales indígenas y pueblos indígenas¹¹⁹;

¹¹⁷ Artículo 10, Regla VI, Normas y Reglamentos de aplicación de la Ley N° 8371 de la República.

¹¹⁸ Artículo 16, Regla VI, Reglamento de Aplicación de la Ley N° 8371 de la República.

¹¹⁹ Artículo 61, Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas, 1997

iv) Además del Código Civil de 1995 que, en su capítulo relativo al derecho de autor, protege las artes del folclore y la literatura, Viet Nam informó acerca de una nueva Ley del Patrimonio Cultural que fue adoptada en junio de 2001 y entró en vigor el 1 de enero de 2002. De conformidad con esta Ley, se exige una autorización previa para explotar las expresiones del folclore pertenecientes al patrimonio cultural nacional; se protege el desarrollo y la creación y difusión del folclore; y se impiden la explotación ilícita y otras acciones perjudiciales respecto de las expresiones del folclore.

122. Si bien el grupo anterior de países ha promulgado legislación general y global, un país, los Estados Unidos de América, ha establecido medidas o disposiciones específicas que, según ha indicado en su respuesta, tienen por objeto *“proteger y preservar el patrimonio cultural e impedir a intereses comerciales que asocien falsamente sus productos o servicios con los pueblos indígenas”*. Esto se ha hecho conformemente a la opinión del país de que *“los Estados Unidos de América estiman que la manera más eficaz de proteger las expresiones del folclore es respondiendo a los problemas específicos que se plantean en este país. Como es el caso de todos los nacionales, los miembros de las tribus indígenas y los nativos de Alaska pueden perfectamente acudir a sus representantes electos que están en condiciones de proponer legislación que responda a sus necesidades particulares. En consecuencia, estimamos que no es deseable ni apropiado adoptar el mismo enfoque para todos”*. Además, en su respuesta, el país indicó lo siguiente:

i) la Ley de Artes y Oficios de los Indígenas de 1990 protege a los artesanos nativos norteamericanos garantizándoles la autenticidad de sus artesanías indígenas en virtud de la autoridad de un Consejo Indígena de Artes y Oficios. Esta ley de *“la verdad en la comercialización”* impide la comercialización de productos *“fabricados por indígenas”* cuando los productos no han sido realizados por los indígenas en la forma en que están definidos en la Ley. Según la respuesta dada, *“la experiencia de las tribus de nativos norteamericanos demuestra que muchas empresas comerciales, tanto en los Estados Unidos como en otros países, intentan sobre todo falsificar las artesanías nativas o dar indicaciones falsas con respecto a cierta asociación entre un producto no indígena y una tribu nativa norteamericana. De hecho, muchas falsificaciones de productos de artesanía indígena se realizan y venden fuera de los Estados Unidos y el país por supuesto no tiene ninguna posibilidad de obstaculizar el tráfico de dichos productos falsificados”*;

ii) en virtud del Artículo 2.a) de la Ley de Marcas de 1946, en su forma enmendada, una marca propuesta para su registro puede verse rechazada o cancelada (en cualquier momento) si la marca consta o está compuesta de materia que pueda sugerir falsamente una conexión con personas en vida o fallecidas, instituciones, creencias, o símbolos nacionales, o que puedan desprestigiarlos. La Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América (USPTO) puede denegar el registro de una marca propuesta que sugiera falsamente una conexión con una tribu indígena o con creencias de dicha tribu. La respuesta indicaba que dicha disposición no sólo prevé la protección de los aspectos folclóricos de las tribus de los nativos norteamericanos sino también *“la de los de los demás pueblos indígenas del mundo”*. La Ley de aplicación del Tratado sobre el Derecho de Marcas, de 1998, exigía a la USPTO que realizara un estudio sobre la protección de las insignias oficiales de las tribus nativas norteamericanas reconocidas en los Estados y en toda la Federación. Como resultado

directo de este estudio¹²⁰, el 31 de agosto de 2001, la USPTO estableció una base de datos de insignias oficiales de tribus nativas norteamericanas. 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 nativa norteamericana reconocida por los Estados o por la Federación*” y no incluye palabras¹²¹. En la respuesta se daban ciertos ejemplos de solicitudes de marcas que habían sido denegadas sobre la base de una probable falsa asociación con una tribu nativa norteamericana y/o una posible denigración de la tribu y sus creencias, o de las tribus nativas norteamericanas en general.

b) Estados que no prevén una protección específica para las expresiones del folclore

123. Aproximadamente la mitad de los que respondieron al Cuestionario no prevén una protección jurídica específica para las expresiones del folclore. Cuarenta y uno de los encuestados, es decir el 62%, respondieron que no conceden esa protección específica o no respondieron a la pregunta (Pregunta I.3). La respuesta de 33 de los encuestados, o sea de un 52%, se evaluó como una respuesta negativa a la pregunta.

124. Los Estados que no prevén una protección específica dieron varias razones por ello. A riesgo de generalizar la cuestión, se podrían definir tres grupos de razones. Estos son: los derechos de propiedad intelectual existentes ya prevén una protección adecuada; la protección jurídica de las expresiones del folclore no es apropiada o no ha sido solicitada; y la protección jurídica de las expresiones del folclore está aún en examen y en espera de ser promulgada. Estos grupos de respuestas en cierto modo se superponen y es posible que las opiniones de un Estado se reflejen en más de uno de los grupos.

Protección adecuada concedida mediante derechos de propiedad intelectual actualmente vigentes

125. Un grupo de Estados estima que las expresiones del folclore están adecuadamente protegidas mediante los sistemas convencionales de propiedad intelectual. Éstos mencionan particularmente el derecho de autor (incluidos los derechos morales y el sistema del *domaine public payant*) y los derechos conexos, las marcas, la legislación aplicable a los diseños, las indicaciones geográficas¹²², la competencia desleal, particularmente la atribución engañosa y la protección de los secretos comerciales, y otros recursos del derecho consuetudinario¹²³. En

¹²⁰ Disponible en <<http://www.uspto.gov/web/menu/current.html>> (publicado el 30 de noviembre de 1999).

¹²¹ *Ibid.*, pp. 24-26.

¹²² El término “indicaciones geográficas” se utiliza en este documento en sentido amplio para incluir: “las indicaciones de procedencia” mencionadas en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883) y el Arreglo de Madrid relativo a la represión de las indicaciones de procedencia falsas o engañosas en los productos (1891); las “denominaciones de origen” utilizadas en el Arreglo de Lisboa relativo a la protección de las denominaciones de origen y su registro internacional (1958); y las “indicaciones geográficas” utilizadas en el Acuerdo sobre los ADPIC (1994). Véase en general el documento de la OMPI WIPO/GEO/MVD/01/1 y la publicación de la OMPI L 450 GI.

¹²³ Alemania; Australia; Canadá; Estados Unidos de América; Filipinas; Gambia; Indonesia; Jamaica; Japón; Kirguistán; Noruega; Portugal; República Checa; República de Corea; Rumania; Suiza.

otra respuesta se decía lo siguiente: “*La tendencia actual de la evolución de la política nacional consiste por consiguiente en proteger las artes y la expresión cultural indígenas dentro de los marcos jurídicos existentes más bien que aplicando leyes sui generis.*”¹²⁴ Otro Estado declaró que las expresiones del folclore no protegidas en el marco actual de la propiedad intelectual y que estuviesen en el dominio público estaban disponibles sin restricciones y por consiguiente contribuían a enriquecer la textura de la sociedad multicultural del país¹²⁵.

126. Algunas de estas respuestas contenían información sobre casos prácticos en los que se habían utilizado las normas actuales de propiedad intelectual:

i) Australia¹²⁶ identificó cuatro casos que, en su opinión, demostraban la capacidad del régimen de propiedad intelectual de Australia para proteger los conocimientos tradicionales: *Foster* contra *Mountford* (1976) 29 FLR 233¹²⁷, *Milpurrurru* contra *Indofurn Pty Ltd* (1995) 30 IPR 209¹²⁸, *Bulun Bulun* y *Milpurrurru* contra *R y T Textiles Pty Ltd* (1998) 41 IPR 513¹²⁹ y *Bulun Bulun* contra *Flash Screenprinters* (analizado en (1989) EIPR Vol 2, párrafos 346-355)¹³⁰. En la respuesta se indicó que, sobre la base de esos casos, la

¹²⁴ Australia.

¹²⁵ Canadá.

¹²⁶ Respuesta de Australia al Cuestionario de la OMPI sobre formas actuales de protección de los conocimientos tradicionales mediante propiedad intelectual (OMPI/GRTKF/IC/2/5).

¹²⁷ En este caso, el tribunal se valió de la doctrina del derecho consuetudinario aplicable a la información confidencial para impedir la publicación de un libro que contenía información culturalmente sensible.

¹²⁸ Este caso se relacionaba con la importación a Australia de alfombras fabricadas en Vietnam que reproducían (sin permiso) total o parcialmente obras notoriamente conocidas basadas en historias sobre la creación imaginadas por artistas indígenas. Los artistas entablaron con éxito demandas de infracción del derecho de autor así como de prácticas comerciales ilícitas, pues en las etiquetas pegadas a las alfombras estaba escrito que las alfombras habían sido diseñadas por artistas aborígenes y que se pagaban regalías a los artistas de cada alfombra vendida. En el fallo de indemnización por daños y perjuicios a los demandantes, se reconocieron los conceptos de “perjuicio cultural” y “indemnización adicional por daños morales”.

¹²⁹ Este caso surgió de la importación y venta en Australia de telas de vestido estampadas que infringían el derecho de autor del artista aborígen John Bulun Bulun. La cuestión paralela que se planteaba era si la comunidad del pueblo Ganalbingu, a la que pertenecían el Sr. Bulun Bulun y su codemandante, el Sr. Milpurrurru, también se podía considerar titular del derecho de autor. El Tribunal decidió que, puesto que se había concedido reparación al Sr. Bulun Bulun mediante un interdicto permanente, ya no era necesario abordar la cuestión de la titularidad de la comunidad. La afirmación de los derechos de equidad por parte del pueblo Ganalbingu dependía de la existencia de un patrimonio plasmado en las expresiones de los conocimientos rituales, como la obra de arte en cuestión. El tribunal consideró que no existían pruebas de un patrimonio implícito en el arte del Sr. Bulun Bulun. No obstante, en una opinión expresada por el juez en el tribunal, se reconoció que el artista, en tanto que persona indígena, tenía un deber fiduciario para con su comunidad. Por lo tanto, se decidió que eran dos los casos en los que podían concederse recursos de equidad a favor de una comunidad tribal, a discreción del tribunal, cuando se hubiese infringido el derecho de autor con respecto a una obra que incorporaba conocimientos rituales: el primero, cuando el titular del derecho de autor dejase de tomar las medidas apropiadas para ejercer el derecho de autor o se negase a hacerlo; y el segundo, cuando el titular del derecho de autor no pudiese ser identificado o encontrado.

¹³⁰ El Sr. Bulun Bulun entabló una demanda de infracción del derecho de autor por la reproducción no autorizada en camisetas de sus obras artísticas por parte del demandado. En su respuesta a la

protección en virtud de la Ley de derecho de autor de Australia puede ser tan válida para los artistas aborígenes e isleños del Estrecho de Torres como para cualquier otro artista¹³¹. Además, se dispone de otros derechos de propiedad intelectual para proteger los conocimientos tradicionales, a saber, las marcas de certificación (véase más adelante), el sistema de marcas en su conjunto y el sistema de dibujos o modelos industriales. Varios de estos casos han sido objeto de estudios encargados por la OMPI que serán publicados en 2002¹³²;

ii) Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Portugal dieron ejemplos del uso de marcas, particularmente marcas de certificación, para proteger los conocimientos tradicionales y las expresiones del folclore. En Australia, las marcas de certificación han sido registradas por la Asociación de Defensa de las Artes Indígenas Nacionales (NIAAA). En Canadá, los pueblos aborígenes utilizan las marcas, incluidas las marcas de certificación, para identificar una amplia gama de productos y servicios que abarca de las artesanías tradicionales a los productos alimenticios, la vestimenta, los servicios turísticos y las empresas administradas por Primeras Naciones. Muchas empresas y organizaciones de aborígenes han registrado marcas relacionadas con símbolos y nombres tradicionales. En Portugal, la Asociación de Productores de Alfombras de Arraiolos ha registrado una marca colectiva aplicada a sus productos. Asimismo, en Nueva Zelanda, *“Te Waka Toi, el Consejo Maorí de Artes Creativas de Nueva Zelanda, utiliza la protección por marca y para ello ha creado la “marca hecha por maoríes”. Su finalidad es ser una marca comercial auténtica y de calidad que indicará a los consumidores que los creadores de los productos son descendientes de los maoríes y producen obras de una calidad especial. Se trata de una respuesta a las preocupaciones del pueblo maorí en relación con la protección de los derechos culturales y de propiedad intelectual, la mala utilización y abuso de los conceptos, estilos e imágenes del pueblo maorí y la ausencia de beneficios comerciales para el pueblo maorí”*. Tal como se dice en la respuesta de Nueva Zelanda, la marca propuesta se considera por muchos como un medio provisional de prever una protección limitada para la propiedad cultural maorí. El mecanismo no impedirá el abuso efectivo de los conceptos, estilos e imágenes del pueblo maorí pero, según la respuesta dada, disminuirá el mercado de productos “copiados”;

iii) en Canadá¹³³, la protección por derecho de autor concedida en virtud de la Ley de Derecho de Autor es ampliamente utilizada por los artistas, compositores y escritores aborígenes de creaciones basadas en la tradición, tales como las obras talladas en madera de artistas de la costa del Pacífico, entre ellas las máscaras y tótems, las joyas de plata de artistas de la tribu Haida, las canciones y grabaciones sonoras de artistas aborígenes y las esculturas de artistas Inuit. Canadá también informó acerca del siguiente estudio de caso práctico: *“Un ejemplo práctico de la forma en que las leyes de propiedad intelectual pueden salvaguardar las expresiones del folclore es el de la Primera Nación Snuneymuxw de Canadá que, en 1999,*

[Continuación de la nota de la página anterior]

Pregunta 1, el Gobierno de Australia informó que éste era un caso concreto de infracción del derecho de autor y que el caso fue resuelto fuera de los tribunales.

¹³¹ El Gobierno de Australia ha indicado que se puede encontrar mayor información sobre éstos y otros casos en el sitio Web <www.austlii.edu.au>.

¹³² Se trata de los siguientes estudios: *“Minding Culture: Case-Studies on Intellectual Property and Traditional Knowledge”* escritos por la Sra. Terri Janke, Sydney (Australia) y que serán publicados en el sitio Web de la OMPI durante el año 2002.

¹³³ También se tiene en cuenta la respuesta de Canadá al estudio sobre las formas actuales de protección de los conocimientos tradicionales (OMPI/GRTKF/IC/2/5).

*utilizó la Ley de marcas para proteger 10 imágenes petroglíficas (pintura antigua en rocas). Debido a que los petroglifos tienen un significado religioso especial para los miembros de la Primera Nación, la reproducción y modificación no autorizadas de las imágenes se consideró contraria a los intereses culturales de la comunidad y las imágenes petroglíficas fueron registradas con el fin de obstaculizar la venta de productos comerciales tales como camisetas, joyas y tarjetas postales que llevaban esas imágenes. Acto seguido, los miembros de la Primera Nación Snuneymuxw indicaron que los comerciantes y artesanos locales efectivamente habían dejado de utilizar las imágenes petroglíficas y que el uso de la protección por marca, acompañado de una campaña de educación para sensibilizar al público acerca de la importancia de los petroglifos para la Primera Nación Snuneymuxw, había alcanzado gran éxito". En cambio, según Canadá, la protección de dibujos o modelos industriales en virtud de la Ley de dibujos o modelos no era ampliamente utilizada por las personas o comunidades aborígenes. La empresa *West Baffin Eskimo Cooperative Ltd.* había registrado más de 50 diseños a finales del decenio de 1960 para tejidos con imágenes tradicionales de animales y de personas pertenecientes al pueblo Inuit.*

iv) en Kazajstán¹³⁴, se protegen como dibujos o modelos industriales la apariencia externa de la vestimenta tradicional, los peinados, las alfombras, las decoraciones y sillas de montar, las viviendas nacionales y sus elementos estructurales, así como los accesorios de vestir para mujeres, tales como las pulseras, las cunas típicas nacionales y las vajillas. Las designaciones que contienen elementos del ornamento de los habitantes de Kazajstán están registradas y protegidas como marcas comerciales.

127. Además de estos ejemplos de aplicación de las normas existentes, Nueva Zelandia informó que un nuevo proyecto de ley sobre marcas, que el parlamento estaba estudiando, permitiría al Comisionado de Marcas negarse a registrar una marca cuando su uso o registro sea susceptible de constituir una ofensa para una parte importante de la comunidad, incluidos los maoríes.

128. Algunos de estos países también hicieron referencia a programas complementarios tales como programas destinados a alentar la educación y la sensibilización del público en relación con el folclore, los códigos de conducta y la asistencia a los pueblos indígenas en su comprensión de los sistemas oficiales de propiedad intelectual¹³⁵. Por ejemplo, los Estados Unidos de América hicieron referencia a un guía titulada "Cómo comprar verdaderas artesanías indígenas", publicada por el Gobierno Federal¹³⁶.

¹³⁴ Aquí se tiene en cuenta la respuesta de Kazajstán al Cuestionario sobre formas actuales de protección de los conocimientos tradicionales mediante propiedad intelectual (OMPI/GRTKF/IC/2/5).

¹³⁵ Australia, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos de América.

¹³⁶ Véase el sitio <<http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/products/indianart.htm>>

Protección jurídica de las expresiones del folclore no apropiada ni solicitada

129. Un segundo grupo de Estados declaró que no era necesario proteger por vía jurídica las expresiones del folclore y que su sistema de protección por propiedad intelectual no sería apropiado. Se considera que el folclore es parte del patrimonio cultural nacional y es del dominio público¹³⁷. “*El patrimonio cultural es propiedad universal y por consiguiente la prohibición de su utilización no es apropiada puesto que los elementos de los conocimientos y de la cultura tradicionales están entrelazados con los de la vida cotidiana en todos los lugares*”¹³⁸. Se estimó que la protección jurídica mediante propiedad intelectual podía ser demasiado rígida y posiblemente contribuiría a sacar el folclore del dominio público. Ciertos países también se refirieron a la importancia del acceso libre a la información y al patrimonio cultural¹³⁹.

130. En ciertos casos, las expresiones del folclore están expresamente excluidas de la protección (en cambio, las obras derivadas de las expresiones del folclore pueden protegerse en calidad de obras originales en virtud de la legislación de derecho de autor)¹⁴⁰. Se excluyen las expresiones del folclore porque los autores son desconocidos; éstas constituyen “la riqueza cultural colectiva de los pueblos y grupos étnicos”¹⁴¹; no son “originales” como lo exige la legislación de derecho de autor; y la duración limitada de la protección por propiedad intelectual no se aplica a ellas. Por ejemplo, en Colombia, la Ley 23 de 1982 (Ley de derecho de autor y derechos conexos) establece explícitamente que “*las obras y tradiciones folclóricas de autores desconocidos*” son del dominio público¹⁴². Otro artículo de la misma Ley dice lo siguiente: “*El arte indígena en todas sus formas, incluidos los bailes, las canciones, la artesanía, los diseños y las esculturas pertenecerán al patrimonio cultural*”¹⁴³.

131. En otros países, parece no existir una protección pues, según las respuestas dadas, nadie la ha solicitado¹⁴⁴. Uno de los países declaró lo siguiente: “*Hay falta de conciencia y de una seria reivindicación nacional en favor de la protección del folclore por parte de los grupos de interés.*”¹⁴⁵ Según otro país, “*...Ningún grupo de interés u otro órgano en [el país en cuestión] ha expresado alguna vez el deseo de incluir [las Disposiciones Tipo] en la legislación nacional.*”¹⁴⁶ En el mismo estilo, en otra respuesta se declaró que puesto que en el país en cuestión no existía ningún grupo de personas que practicasen los conocimientos tradicionales en la vida cotidiana y que el país no había conocido una explotación ilícita de sus conocimientos tradicionales, no se había establecido ningún sistema de protección jurídica de los conocimientos tradicionales y del folclore. En ese país, se considera que el folclore es una expresión del arte. En respuesta a otra pregunta, ese mismo país respondió: “*no hemos pensado en el folclore como una materia a la que pudiesen estar vinculados derechos de*

¹³⁷ Australia, Bélgica, Canadá, Colombia, Honduras, Italia, Japón, Kirguistán, Países Bajos, República Checa, República de Corea, Viet Nam.

¹³⁸ Federación de Rusia.

¹³⁹ Kirguistán, Países Bajos, República Checa.

¹⁴⁰ Colombia, Grecia, Hungría.

¹⁴¹ Hungría.

¹⁴² Artículo 187.

¹⁴³ Artículo 189.

¹⁴⁴ Véase, por ejemplo, Alemania, Bélgica, Gambia, Japón, Letonia, Reino Unido y la República de Corea.

¹⁴⁵ Gambia.

¹⁴⁶ Alemania.

propiedad. No hemos tenido ningún debate con los círculos interesados en relación con este asunto”¹⁴⁷.

Protección jurídica de las expresiones del folclore en espera de ser promulgada o aún en estudio

132. Por último, si bien los dos primeros grupos de países no ven la necesidad de una protección específica de las expresiones del folclore por razones diversas, un tercer grupo podría estar interesado en dicha protección pero se encuentra aún en la etapa de consulta o todavía no ha podido promulgar la legislación necesaria y aplicarla. En este grupo se encuentran Estados tales como Burundi, Chad, China, Filipinas, Gambia, Jamaica, Lituania, Malasia, Nueva Zelandia, Pakistán, Venezuela y Zimbabwe. Algunos de estos Estados advirtieron que están considerando la elaboración de una legislación *sui generis*. Entre las razones por las que no se ha promulgado aún legislación específica para dicha protección están: el hecho de que las Disposiciones Tipo de 1982 necesitan ser actualizadas y mejoradas; la necesidad de despertar la conciencia acerca de la necesidad de proteger las expresiones del folclore; la falta de experiencia en el sector y la coordinación inadecuada entre los ministerios y organismos públicos pertinentes; la falta de instituciones gubernamentales que administren disposiciones tales como las previstas en las Disposiciones Tipo de 1982; la necesidad de entablar consultas con los pueblos indígenas de los distintos Estados; y, la falta de documentación y de registros de expresiones del folclore.

c) Formas de protección distintas de la propiedad intelectual

133. Varios Estados proporcionaron información sobre leyes, políticas, regímenes y programas en otros sectores de política, principalmente el del patrimonio cultural, que conceden protección a las expresiones del folclore o complementan la protección prevista mediante propiedad intelectual. Estos Estados son: Australia, Canadá, Chad, Colombia, Guatemala¹⁴⁸, Honduras, Hungría, Japón, Noruega, Nueva Zelandia, Panamá, República Checa, República de Corea, Rumania y Senegal (las respuestas de Chad y Senegal hacían referencia a proyectos de leyes sobre patrimonio cultural que, según se informó, complementaban la protección ya prevista mediante la legislación de derecho de autor). En las misiones exploratorias¹⁴⁹, también se suministró información sobre dichas leyes, políticas, regímenes y programas. Estos países no parecen prever una protección jurídica por propiedad intelectual. Les preocupa más preservar, salvaguardar y promover el folclore (esto ha sido descrito como la “protección material” del folclore, por oposición a la “protección jurídica”¹⁵⁰.)

¹⁴⁷ Letonia.

¹⁴⁸ Información obtenida en la respuesta de Guatemala al Cuestionario sobre formas existentes de protección de los conocimientos tradicionales mediante propiedad intelectual.

¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, las misiones a los Estados Árabes y a Centroamérica. Véase el documento de la OMPI: *Necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales en materia de propiedad intelectual: Informe de la OMPI sobre misiones exploratorias relacionadas con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001).

¹⁵⁰ UNESCO, “Estudio de la reglamentación internacional de los aspectos de la protección del folclore relacionados con la propiedad intelectual”, 4 de diciembre de 1979, UNESCO/OMPI/WG.1/Folk/3, p.1.

134. Asimismo cabría mencionar en este caso las reglas de comercialización y etiquetaje a que se ha hecho referencia en las respuestas al Cuestionario, por ejemplo, la de los Estados Unidos de América. La ley pertinente se describe en el apartado a) “Estados que prevén una protección específica de las expresiones del folclore”.

135. La intención no es resumir toda la información proporcionada sobre las leyes relacionadas con el patrimonio cultural. No obstante, he aquí algunos ejemplos:

i) en Australia, según la respuesta dada, ciertas expresiones artísticas y culturales de los indígenas también pueden protegerse mediante leyes sobre el patrimonio cultural. Se protegen ciertas expresiones culturales y artísticas de los indígenas especificadas por la Ley de Protección del Patrimonio Cultural Intangible de 1986. Además, según se añadía en la respuesta, *“en diciembre de 2000, el Parlamento había promulgado legislación que preveía un nuevo sistema de protección del patrimonio para lugares en Australia que tuviesen una importancia especial desde el punto de vista del patrimonio nacional. En virtud de esas nuevas leyes, los valores del patrimonio nacional de un lugar pueden abarcar varios elementos tangibles e intangibles. Todos los valores correspondientes a un lugar del patrimonio nacional se administrarán y protegerán una vez promulgadas estas leyes”*;

ii) la legislación de Guatemala (Ley Nacional de Protección del Patrimonio Cultural (Nº 26-97, modificada en 1998)) estipula la protección de los conocimientos tradicionales desde el punto de vista del patrimonio cultural nacional. Ello significa que las expresiones de la cultura nacional (que abarcan todas las expresiones intangibles del patrimonio cultural, incluidas las tradiciones, los conocimientos de medicina, la música, las interpretaciones o ejecuciones, las preparaciones culinarias) incluidas en el “registro de bienes culturales” están bajo la protección del Estado y no es posible enajenarlas mediante arreglos contractuales: éstas no pueden ser vendidas y no existe un derecho de remuneración con respecto a ellas, tal como lo informó el Gobierno de Guatemala. El sistema está administrado por el Ministerio de Asuntos Culturales;

iii) en su respuesta, Hungría suministró información detallada sobre la protección conferida a los “bienes culturales” que, de conformidad con la legislación pertinente, incluirían a las “expresiones del folclore”. En la respuesta también se facilitó información sobre otras medidas aplicadas con objeto de proteger los bienes culturales, tales como los premios otorgados por el Ministerio del Patrimonio Cultural Nacional en reconocimiento de actividades artísticas y otro tipo de actividades culturales excepcionales, el control de las obras de artes folclóricas aplicadas y un impuesto sobre el valor añadido inferior aplicable a los objetos de arte y de artes aplicadas de carácter folclórico;

iv) en Rumania, las expresiones del folclore están protegidas como parte del patrimonio cultural nacional. Las instituciones pertinentes son el Instituto de Etnografía y Folclore que depende de la Academia Rumana y el Centro de Conservación y Capitalización de la Tradición y la Creación Folclóricas. Una Ley de protección del patrimonio nacional cultural tangible protege también las expresiones tangibles del folclore. Además, de conformidad con la respuesta dada por Rumania, *“como forma de protección, se aplica una tasa denominada “timbre folclórico” que se percibe como un porcentaje equivalente al 5% del precio del boleto para un espectáculo folclórico o al 2% del precio de cada casete, CD, impreso, etc. que contenga expresiones del folclore. Esta tasa se utiliza para mejorar el patrimonio folclórico y etnográfico de Rumania”*.

d) Las Disposiciones Tipo de 1982

136. De los 23 Estados que prevén una protección específica para las expresiones del folclore, 15 (o sea un 65 %) utilizan en mayor o menor grado las Disposiciones Tipo para establecer su legislación.

137. Algunos Estados alegaron que las Disposiciones Tipo no habían sido utilizadas porque no eran apropiadas. Por ejemplo, Nueva Zelanda declaró lo siguiente en su respuesta: *“Nueva Zelanda no utilizó las Disposiciones Tipo debido a que éstas son obsoletas y no se aplican a la situación nacional de Nueva Zelanda”*. Hungría declaró: *“las Disposiciones Tipo no se han aplicado en Hungría porque la protección, preservación y administración de las expresiones del folclore, como parte del dominio público, no pueden realizarse en virtud del derecho de autor sino aplicando las reglas de la administración cultural”*.

138. Los Estados formularon comentarios y sugerencias muy útiles en relación con las Disposiciones Tipo y con su eventual actualización y mejora. Véase el resumen detallado de las respuestas a la Pregunta III.1 del Anexo I. También se ha hecho referencia a la actualización y mejora de las Disposiciones Tipo en actividades anteriores de la OMPI y en sesiones anteriores del Comité intergubernamental¹⁵¹. Por lo general, los comentarios y sugerencias de modificación se relacionan con casi todos los aspectos de las Disposiciones Tipo y, en particular, con el uso del término “expresiones del folclore” y el alcance de ese término utilizado en las Disposiciones Tipo (muchos Estados expresaron el deseo de que el término abarcara también los sistemas de conocimientos técnicos y científicos, tales como la

¹⁵¹ Véanse las declaraciones de los Estados en el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (OMPI/GRTKF/IC/2/13, OMPI/GRTKF/IC/2/16) y las respuestas al Cuestionario sobre experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore (por ejemplo, Burundi; Chad; Côte d'Ivoire; Colombia; Ecuador; Filipinas; Irán (República Islámica de); Jamaica; Kirguistán; Malasia; México; Namibia; Nueva Zelanda; Pakistán; Panamá; Polonia; Rumania; Sri Lanka; Togo; Túnez; Venezuela; Viet Nam y el Grupo Africano). Véase también la Consulta Regional OMPI-UNESCO sobre la Protección de las Expresiones del Folclore para países del Asia y el Pacífico, Hanoi, 21 a 23 de abril de 1999 (OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1); la Consulta Regional Africana OMPI-UNESCO sobre Protección de las Expresiones del Folclore, Pretoria, 23 a 25 de marzo de 1999 (OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1); véase el documento de la OMPI *Necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales en materia de propiedad intelectual: Informe de la OMPI sobre misiones exploratorias relacionadas con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001). pp.77 y 93.

medicina tradicional); la limitación de las Disposiciones Tipo al “patrimonio artístico” de una comunidad (algunos países expresaron el deseo de que las disposiciones se aplicasen al “patrimonio cultural” de una nación); la relación entre el tipo de sistemas *sui generis* previsto en las Disposiciones Tipo y los sistemas de propiedad intelectual convencionales; y la necesidad de actualizar las Disposiciones Tipo para tener en cuenta los progresos tecnológicos y las nuevas formas de explotación comercial que han surgido desde comienzos del decenio de 1980.

139. He aquí algunas observaciones adicionales:

i) En la Pregunta II.12 se preguntaba a los países que preveían una protección específica si habían o no incorporado en sus leyes u otras disposiciones de carácter nacional disposiciones relativas a la mención de la fuente (como en el Artículo 5 de las Disposiciones Tipo). Es interesante observar que sólo seis de los 13 países que respondieron a la Pregunta lo han hecho. No obstante, tal como se ha señalado con frecuencia en relación con los objetivos de protección de las expresiones del folclore, uno de los objetivos más importantes parece ser el que se mencione la fuente de una expresión del folclore;

ii) otro aspecto adicional de las Disposiciones Tipo sobre el que ciertos Estados han formulado comentarios es el principio mencionado en el Artículo 3, a saber, que las formas de utilización de las expresiones del folclore están sujetas a autorización cuando “*se hacen a la vez con fines lucrativos y fuera de su contexto tradicional o acostumbrado*”¹⁵². Según lo indicado en el Comentario a las Disposiciones Tipo, ello significa que una forma de utilización –incluso con fines lucrativos– dentro del contexto tradicional o consuetudinario no tendría que estar sujeta a autorización. En cambio, una forma de utilización, incluso por miembros de la comunidad en la que se haya creado y mantenido la expresión, requiere la autorización si se hace fuera de ese contexto y con fines lucrativos. Tal como lo han señalado algunos, la distinción entre “contexto tradicional” y “contexto consuetudinario” quizás no sea del todo clara. Tal como se indica en el Comentario a las Disposiciones Tipo, una expresión del folclore se utiliza en su “contexto tradicional” si se mantiene en su marco artístico apropiado sobre la base de una utilización continua por la comunidad. Por ejemplo, utilizar un baile ritual en su “contexto tradicional” significa realizarlo en el marco verdadero del rito respectivo. En cambio, el término “contexto consuetudinario” se refiere más bien a la utilización de expresiones del folclore de conformidad con las prácticas de la vida cotidiana de la comunidad, por ejemplo, la venta de copias de expresiones tangibles del folclore por artesanos locales. Un contexto consuetudinario puede evolucionar y cambiar más rápidamente que un contexto tradicional, como se dice en el Comentario;

iii) la excepción prevista en el Artículo 4.1)iii) de las Disposiciones Tipo es otro aspecto que podría requerir ulterior consideración. Tal como se señala en algún lugar del presente documento, esta excepción permite la creación de obras basadas en las expresiones del folclore, en resumen, obras derivadas. Tal como se señaló, esto se realizó específicamente para permitir el desarrollo libre de la creatividad individual inspirada en las expresiones culturales. Las Disposiciones Tipo de 1982 no estaban destinadas a impedir en algún modo la creación de obras originales basadas en expresiones culturales. Además, el Artículo 13 de las Disposiciones Tipo de 1982 estipula lo siguiente: “*la protección otorgada por la presente [ley] no podrá interpretarse en ningún caso de manera que obstaculice la utilización y*

¹⁵² Australia, Panamá, Sierra Leona.

desarrollo normales de las expresiones del folclore”. Por otro lado, las demandas suelen interponerse precisamente con respecto a expresiones del folclore “inspiradas de”.

e) Protección extraterritorial

140. El cuestionario contenía cuatro preguntas relacionadas concretamente con la protección internacional de las expresiones del folclore. Se trataba de la pregunta II.25 (donde se solicitaba información sobre los casos efectivos en los que el folclore había sido explotado o utilizado de otro modo en un país extranjero); la pregunta II.26 (donde se preguntaba si se consideraba que era necesario contar con un acuerdo internacional para la protección de las expresiones del folclore); la pregunta II.27 (donde se preguntaba si las Disposiciones Tipo de 1982 podrían ser un buen punto de partida para la elaboración de ese acuerdo internacional); la pregunta II.28 (donde se solicitaban propuestas prácticas en relación con los dos principales problemas que impidieron la conclusión de un tratado internacional en 1984, a saber: (i) la falta de fuentes adecuadas de identificación de las expresiones del folclore que habían de ser protegidas y ii) la falta de mecanismos viables para determinar las expresiones del folclore que se pudieran encontrar no sólo en un país sino en varios países de una región); y la pregunta II.29 (donde se solicitaba cualquier otra información o experiencia práctica en relación con la protección de las expresiones del folclore de países extranjeros). El detalle de las respuestas a estas preguntas figura en el Anexo I del presente documento.

141. En resumen:

i) varios países dieron ejemplos prácticos de casos en los que las expresiones del folclore originarias de esos países habían sido explotadas o utilizadas en un país extranjero. Véanse por ejemplo, las respuestas de Barbados, Burkina Faso, Burundi, Chad, Costa Rica, Ghana, Guinea, Irán (República Islámica del), Namibia, Panamá, Federación de Rusia, Senegal y la República Unida de Tanzania;

ii) en 39 respuestas (o sea el 61%) se contestó “Sí” a la pregunta de si era o no necesario un acuerdo internacional para la protección de las expresiones del folclore. Fueron 13 los países que no respondieron ni Sí ni No pero que aparentemente estaban abiertos a la posibilidad de un acuerdo internacional, siempre que se clarificasen ciertas cuestiones jurídicas y conceptuales tales como la definición de materia, titularidad, asignación y ejercicio de los derechos, “folclore regional” y otras expresiones similares. Asimismo cabe recalcar que sólo cuatro de las 64 respuestas (un 6%) al Cuestionario fueron claramente negativas con respecto a esta cuestión. Tomando estas estadísticas en su conjunto, se puede decir que la mayoría de los Estados están ya sea expresamente a favor de un acuerdo internacional o bien por lo menos dispuestos a seguir considerando la cuestión. Esta conclusión confirma los numerosos llamamientos anteriores a favor de una protección internacional eficaz de las expresiones del folclore efectuados en actividades anteriores de la OMPI y en otros foros, tal como se describe en el presente documento. Se ha observado que es sobre todo la apropiación (o “préstamo”) de las expresiones culturales *entre* tradiciones y culturas más bien que dentro de éstas, lo que causa los mayores perjuicios¹⁵³;

¹⁵³ Véase, por ejemplo, Sander, Felicia, “Music of the Village in the Global Marketplace – Self-Expression, Inspiration, Appropriation, or Exploitation?”, Ph.D. Disertación, Universidad de Michigan, 2001, p. 6.

iii) muchos países no respondieron a la pregunta de si las Disposiciones Tipo podrían o no servir como punto de partida para la elaboración de un acuerdo internacional. No obstante, de los 41 países que efectivamente respondieron, 38 dijeron que “Sí”;

iv) en cuanto a las propuestas prácticas para abordar las dos cuestiones que impidieron la adopción de un tratado internacional en 1984, los Estados formularon varias propuestas que figuran detalladas en el Anexo I. Por ejemplo, los Estados propusieron la elaboración de bases de datos nacionales y/o internacionales sobre el folclore, el uso de la solución alternativa de controversias, sistemas de registro y de notificación, la gestión colectiva y el establecimiento de organizaciones de solución de controversias¹⁵⁴.

f) Propuestas de modificación de las normas de propiedad intelectual y de las normas *sui generis* existentes

142. En las respuestas al Cuestionario, durante la primera y segunda sesiones del Comité Intergubernamental y en otras actividades de la OMPI, se ha propuesto frecuentemente la modificación de las normas de propiedad intelectual actualmente vigentes. Por ejemplo, se ha declarado que después de controlar la utilidad de las normas actuales de propiedad intelectual, se podrían considerar ciertas modificaciones que pudieran colmar ciertas “brechas” o limitaciones existentes en las normas¹⁵⁵.

143. He aquí las siguientes propuestas concretas:

i) se hicieron propuestas específicas en relación con la protección de las artesanías y otras expresiones del folclore tangibles¹⁵⁶. Se ha propuesto que el Comité Intergubernamental examine en qué medida las expresiones del folclore podían beneficiarse de una mayor protección contra la copia, el uso y la explotación comercial no autorizados y se ha insistido en particular en proteger el estilo, los métodos de producción y otras características específicas de las obras de arte y de las artesanías textiles y tridimensionales. A este respecto, se han mencionado las posibilidades que ofrece el derecho de autor, los dibujos o modelos industriales, las marcas, los nombres comerciales y las indicaciones geográficas. En segundo lugar, se ha dicho también que el Comité podría estudiar y recomendar formas de racionalización de los sistemas de protección por dibujos y modelos industriales incorporados en leyes nacionales y regionales, haciendo que éstas se orienten hacia procedimientos que impliquen un depósito o registro sin ningún examen de la novedad o búsqueda anticipada. A este respecto, una disposición conexas pertinente es el Artículo 25.2 del Acuerdo sobre los

¹⁵⁴ Véanse, por ejemplo, las respuestas de Canadá, Colombia, Egipto, la Federación de Rusia, Gambia, Indonesia, Jamaica, Kirguistán, Malasia, México y Rumania.

¹⁵⁵ Véanse los documentos OMPI/GRTKF/IC/1/5, OMPI/GRTKF/IC/1/13, párrafos. 20, 21, 28, 40, 50, 71; las respuestas de Australia y Canadá; Declaración y Plan de Acción de la Reunión de Chang Rai (Tailandia). Véase el sitio Web <http://www.wipo.int/eng/meetings/2000/tk/index.htm>.

¹⁵⁶ En la trigésima cuarta serie de reuniones de las Asambleas de los Estados miembros de la OMPI, celebrada del 20 al 29 de septiembre de 1999, un grupo de Estados miembros de la OMPI expresó la opinión de que “*los países en desarrollo compartían la necesidad de contar con un mecanismo apropiado y normas convenidas para la protección de las artesanías*” (A/34/16, párrafo 29). Esta opinión siguió siendo elaborada por otro grupo de Estados miembros de la OMPI durante el vigésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General de la OMPI, celebrado en Ginebra del 26 de septiembre al 3 de octubre de 2000, en forma de propuestas específicas para la labor del Comité Intergubernamental (WO/GA/26/9, Anexo II).

ADPIC relativo a la simplificación de los procedimientos para los diseños textiles. Se ha propuesto que se fomente el mismo tipo de solución para cualquier tipo de diseño elaborado en las comunidades indígenas¹⁵⁷;

ii) en actividades anteriores de la OMPI, Estados miembros y representantes de titulares han indicado que muchas sociedades tradicionales han elaborado sistemas consuetudinarios de propiedad intelectual altamente sofisticados y eficaces. En el Informe de la OMPI sobre las misiones exploratorias realizadas en 1998 y 1999¹⁵⁸ se dan algunos ejemplos de estos sistemas en relación con diseños, bailes, danzas y arte tradicionales. En gran medida, estos sistemas han permanecido hasta ahora invisibles desde el punto de vista del sistema oficial de propiedad intelectual. No obstante, en muchas declaraciones¹⁵⁹ e instrumentos internacionales¹⁶⁰ se hace referencia a sistemas jurídicos consuetudinarios, incluidos los relacionados con los conocimientos tradicionales. Ciertos sistemas *sui generis*, tales como el de Filipinas, hacen referencia al derecho consuetudinario. De ahí que los Estados miembros hayan insistido en la necesidad de seguir estudiando la relación entre la protección consuetudinaria de los conocimientos tradicionales y el sistema de la propiedad intelectual. Algunos han presentado el reconocimiento de regímenes informales y del derecho consuetudinario como un “tercer enfoque” para responder a las necesidades de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales: *“lo que preconizan ahora las comunidades indígenas es la protección de las expresiones culturales tradicionales mediante la aplicación del derecho consuetudinario de la propiedad intelectual en sus propios términos”*¹⁶¹. Se ha propuesto, por ejemplo, que las formas tradicionales de titularidad se reconozcan y utilicen dentro del contexto del sistema oficial de la propiedad intelectual para determinar quién es el “autor” de una expresión cultural, o al menos quién es el titular y el que tiene el derecho a ejercer el control de la misma. Esto quizás se relacione con una sugerencia hecha en respuesta al Cuestionario en el sentido de que se consideren *“modificaciones apropiadas de los regímenes existentes para que sean más sensibles desde el punto de vista cultural”*¹⁶²;

iii) otra de las cuestiones se refiere a la colectividad de la creación, la titularidad y la custodia que prevalece en ciertas comunidades y sistemas de conocimientos tradicionales¹⁶³. Se considera que las expresiones culturales se desarrollan, transmiten y comparten dentro de la comunidad y que el sistema actual de propiedad intelectual no responde plenamente a la

¹⁵⁷ WIPO/GRTKF/IC/1/5.

¹⁵⁸ Véase OMPI, *Necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales en materia de propiedad intelectual: informe de l OMPI sobre misiones exploratorias relativas a la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001).

¹⁵⁹ Véase, por ejemplo, la Declaración Mataatua sobre derechos culturales y de propiedad intelectual de los pueblos indígenas (1992) y la Declaración Julayinbul sobre derechos de propiedad intelectual de los indígenas (1993).

¹⁶⁰ Véase el Artículo 8 del Convenio 169 de la OIT; los Artículos 12 y 33 del proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (1994); y el Principio 4, “Principios y orientaciones para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas”, de la Subcomisión de las Naciones Unidas sobre Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías.

¹⁶¹ Consejo del Derecho de Autor de Australia (ACC). Protección de la propiedad intelectual de los indígenas. Documento de trabajo. Redfern: ACC (septiembre de 1998), p. 11.

¹⁶² Respuesta de Australia al Cuestionario.

¹⁶³ Véase, por ejemplo, Colombia, Ecuador, la Federación de Rusia, Filipinas, Gambia, Namibia, Nueva Zelandia, Panamá, Portugal y Viet Nam.

necesidad de las comunidades tradicionales de contar con derechos colectivos o comunitarios. Si bien la colectividad de la creación y de la titularidad puede no ser característica de los sistemas de conocimientos tradicionales en todos los casos¹⁶⁴, los Estados miembros afirman con todo que es necesario elaborar soluciones jurídicas que respondan a las necesidades de las comunidades para que se puedan reconocer sus derechos colectivos a establecer conocimientos colectivos. Una sugerencia concreta a este respecto, que guarda relación con las artesanías, es la efectuada por el Centro de Comercio Internacional y la UNESCO – el propuesto “marco estructural para la protección de las artesanías”¹⁶⁵ ha sido elaborado para proponer una estructura tripartita en la que las cámaras de artesanos y una “sociedad nacional de fabricantes de artesanías originales” serían responsables ante una “dirección nacional de artesanos”. En el marco del arreglo institucional, la sociedad nacional de artesanos originales dependería de la oficina nacional de propiedad intelectual y tendría por tarea administrar y encargarse del cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual de los artesanos¹⁶⁶. Dicha función podrían realizarla las mismas instituciones que actúan como la “autoridad competente” encargada de conceder autorizaciones para la utilización de las expresiones del folclore, tal como lo proponen las Disposiciones Tipo de 1982.

144. Además de las propuestas concretas anteriores de modificación de las normas actuales de propiedad intelectual, varios Estados, en sus respuestas al cuestionario¹⁶⁷, en sesiones del Comité Intergubernamental¹⁶⁸ y en otros foros¹⁶⁹ han preconizado el establecimiento de nuevos derechos *sui generis* para proteger las expresiones de la cultura (y en general los conocimientos tradicionales). Más recientemente y, en particular, en la segunda sesión del Comité Intergubernamental, se pidió a la Secretaría de la OMPI que preparase un documento sobre “*los elementos de la protección sui generis de los conocimientos tradicionales*”¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Véase Mould-Iddrussu, “La experiencia de África”, Foro Mundial OMPI-UNESCO sobre la protección del folclore”, 8 a 10 de abril de 1997, p. 18 (Publicación de la OMPI N° 758 E/F/S)

¹⁶⁵ Véase, Parte III, Centro de Comercio Internacional (CII) y UNESCO. *Panorama de medidas jurídicas y de otra índole para proteger las artesanías originales*. CII/UNESCO, 1996 (documento N° CLT-96/WS/5).

¹⁶⁶ Véase, *ibid.*, 10-11.

¹⁶⁷ Argentina, Burundi, Colombia, Costa Rica, Etiopía, Gambia, Irán (República Islámica del), Rumania, Tanzania, Togo.

¹⁶⁸ OMPI/GRTKF/IC/1/13, paras. 22, 33, 37, 38, 50, 56, 63, 65, 70, 74, 75, 85, 159, 161;

OMPI/GRTKF/IC/2/16, paras. 17, 166, 171, 172, 178, 188, 189, 190, 191.

¹⁶⁹ Véanse los documentos WIPO-UNESCO/FOLK/AFR/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1; y WIPO-UNESCO/FOLK/LAC/99/1; y véase OMPI, *Necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales en materia de propiedad intelectual: Informe de la OMPI sobre misiones exploratorias relacionadas con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001), pp. 54, 72, 76, 97, 155, 198, 217, 223, 232; Plan de acción y Declaración de la reunión de Chiang Rai (Tailandia). Véase el sitio Web: <http://www.wipo.int/eng/meetings/2000/tk/index.htm>

¹⁷⁰ OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafo 194.

g) Documentación

145. La necesidad de identificar, documentar, clasificar y registrar las expresiones del folclore (y el consiguiente establecimiento de inventarios, bases de datos y archivos) ha sido planteada muchas veces, tanto en las respuestas al Cuestionario como en actividades anteriores de la OMPI, tales como las misiones exploratorias realizadas por la OMPI en 1998 y 1999¹⁷¹, así como en las consultas regionales sobre el folclore organizadas por la OMPI y la UNESCO en 1999¹⁷².

146. Las respuestas al Cuestionario (por ejemplo las respuestas de Antigua y Barbuda, Barbados, Burkina Faso, Gambia, Ghana, Honduras, la República Islámica del Irán, Namibia, Panamá, Senegal y los Estados Unidos de América), los resultados de otras actividades de la OMPI y el Informe de la OMPI sobre misiones exploratorias están llenos de ejemplos de lo que se llamará en términos generales “iniciativas de documentación”. He aquí algunos ejemplos de diferentes regiones:

i) el Museo Canadiense de Civilización es una corporación federal de la Corona que hace las veces de museo nacional de historia humana del Canadá. En el marco del Programa de estudios culturales del Museo se colecciona arte folclórico tangible así como cintas grabadas con canciones, lenguas, cuentos y narrativas personales. Con el fin de cumplir con el deseo de los miembros de algunos grupos aborígenes en relación con la autorización del acceso a sus expresiones del folclore, la sección de etnología del museo limita el acceso a ciertas colecciones de material sagrado aborigen a los miembros de grupos culturalmente afiliados y no las pone a disposición de miembros del público en general;

ii) el Centro Omaní de Música Tradicional, de Mascate (Omán) fue creado en 1983 con el fin de documentar, conservar y promover la música tradicional omaní. Desde entonces, el Centro ha documentado más del 80% de las tradiciones musicales de Omán, con inclusión de más de 23.000 fotografías, 580 grabaciones audiovisuales y un gran número de grabaciones sonoras. El Centro también ha compilado bases de datos digitalizadas con este material de documentación. El Centro ha adoptado un enfoque de la documentación en dos etapas: en primer lugar, el Centro averigua qué tradiciones siguen vivas hablando con los músicos tradicionales y, en segundo lugar, registra la música y los bailes tradicionales en grabaciones sonoras, grabaciones audiovisuales, fotografías o una combinación de las mismas. El Centro adopta un enfoque global de la documentación de las tradiciones musicales que comprende no solamente la grabación de una obra musical determinadas, sino también de los bailes, costumbres y reuniones de carácter social, métodos curativos, métodos

¹⁷¹ Véase OMPI, *Necesidades y expectativas de los titulares de los conocimientos tradicionales en materia de propiedad intelectual: Informe de la OMPI sobre misiones exploratorias relacionadas con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001).

¹⁷² Las consultas regionales se celebraron: para los países africanos en Pretoria (Sudáfrica), en marzo de 1999; para los países de la región de Asia y el Pacífico, en Hanoi (Viet Nam), abril de 1999; para los países árabes en Túnez (Túnez), en mayo de 1999; y para los países de América Latina y el Caribe en Quito (Ecuador), en junio de 1999. A las cuatro consultas regionales asistieron 63 gobiernos de Estados miembros de la OMPI, 11 organizaciones intergubernamentales y cinco organizaciones no gubernamentales. Véanse los documentos OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1; OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1; OMPI-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1; y, OMPI-UNESCO/FOLK/LAC/99/1.

de plantación y agrícolas, métodos de pesca, artesanías, etc. asociados a ella. Este enfoque global de la documentación es necesario porque “en Omán, la música tradicional es parte de los estilos de vida tradicionales” que abarcan los métodos curativos, la pesca, las técnicas de plantación y otras técnicas laborales¹⁷³. En esta labor de documentación, el Centro ha identificado más de 130 tipos diferentes de música tradicional en Omán que pueden clasificarse, sin embargo, como expresiones de cuatro tradiciones principales de las canciones omanís: las canciones del mar y de la pesca, las canciones de celebración, la música tradicional beduina y la música tradicional de la montaña;

iii) en China, la literatura y las artes populares nacionales se registran en las Diez Colecciones de Literatura y Artes Folclóricas Nacionales Chinas (conocidas como “La Gran Muralla de la Civilización”). Estas Diez Colecciones abarcan unos 300 volúmenes de colecciones de canciones, proverbios, óperas, música instrumental, baladas, bailes y cuentos de China¹⁷⁴;

iv) el Archivo de cultura popular del Centro de Costumbres Populares Norteamericanas, de la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos de América fue establecido en 1928 y posee actualmente una colección etnográfica de formato múltiple con más de dos millones de fotografías, manuscritos, grabaciones audio e imágenes de movimiento. El otro depositario gubernamental importante de material etnográfico es el Centro de Arte Popular y Patrimonio Cultural del *Smithsonian Institution*. Establecido en 1967, su archivo contiene más de 1,5 millones de fotografías, manuscritos, grabaciones audio e imágenes en movimiento¹⁷⁵;

v) en Ghana, el Centro Internacional de Música y Bailes Africanos, con sede en la Universidad de Ghana en Legon, tiene por objeto la promoción de los conocimientos y la creatividad a nivel internacional de la música y los bailes africanos. Una de sus principales prioridades es llegar a ser un archivo y un centro de estudios para la música y los bailes africanos. El principal objetivo del Centro a este respecto es crear una biblioteca única de textos orales (entrevistas, textos de canciones, cuentos, etcétera), manuscritos sin publicar y documentación de eventos musicales (tales como festivales, rituales y ceremonias) y adquirir manuscritos, libros y material audiovisual sobre música, bailes, dramas y obras de carácter general del África en la esfera de la etnomusicología y de la educación musical. Las obras documentadas contienen material antropológico e histórico sobre sociedades y culturas africanas, diccionarios y enciclopedias de música, diccionarios lingüísticos y una importante colección de grabaciones audio y vídeo de música, bailes y literatura oral del África¹⁷⁶;

¹⁷³ Reunión con funcionarios del Centro Omaní de Música Tradicional, Mascate, 27 de febrero de 1999. Véase OMPI, *Necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales en materia de propiedad intelectual: Informe de la OMPI sobre misiones exploratorias relativas a la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001).

¹⁷⁴ Simposio Internacional sobre la Protección y la Legislación de la Cultura Folclórica/Tradicional (Beijing, 18 a 20 de diciembre de 2001).

¹⁷⁵ Respuesta de los Estados Unidos de América. Véase también Bulger, P., “Conservación de la cultura popular norteamericana en la biblioteca del Congreso”, documento distribuido en el Simposio Internacional sobre la Protección y la Legislación de la Cultura Popular/Tradicional (Beijing, 18 a 20 de diciembre de 2001).

¹⁷⁶ Boletín del Centro Internacional de Música y Bailes Africanos, septiembre, 1998 y reunión con el Profesor J.H. Kwabena Nketia, Director, ICAMD, 25 de enero de 1999. Véase también OMPI, *Necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales en materia de*

vi) en Guatemala, se han emprendido esfuerzos con miras a registrar y documentar ciertas expresiones de la cultura y del folclore tradicionales. Desde 1954 se mantiene un Registro de propiedad arqueológica, histórica y artística y su importancia ha ido aumentando últimamente. Su objetivo es registrar y mantener información sobre el origen histórico, el significado y las características de las expresiones culturales. En el registro figuran no solamente artefactos, monumentos y otros objetos tangibles del patrimonio cultural nacional (incluidos todos los objetos mayas prehispánicos), sino también las expresiones intangibles de la cultura nacional, tales como las fiestas tradicionales, las tradiciones orales y las leyendas. En Guatemala, estas últimas han sido recopiladas y documentadas especialmente por el Centro de Estudios Folclóricos de la Universidad de San Carlos¹⁷⁷;

vii) el Centro de Música Árabe y Mediterránea “Ennejma Ezzahra”, Sidi Bou Said (Túnez) fue establecido en 1991 con los siguientes objetivos: la documentación y conservación de expresiones de música tradicional árabe y del Mediterráneo; el establecimiento de una base de datos que abarque una serie amplia y exhaustiva de grabaciones de música tradicional de Túnez; la publicación y puesta a disposición del público de esa música; la publicación de estudios e investigaciones sobre música tradicional árabe, del Mediterráneo y de Túnez; y la organización de conciertos. El Centro ha reunido una colección impresionante de documentos adoptando un enfoque sistemático a tal efecto. Estos documentos se clasifican y se ponen a disposición del público. En sus locales está instalado un Centro de Investigaciones que ofrece instalaciones de investigación a los estudiantes y eruditos en el ámbito de la musicología¹⁷⁸.

147. Ha habido asimismo varias iniciativas de documentación a nivel internacional. Por ejemplo, la UNESCO ha producido, conjuntamente con el Instituto Cultural Africano, una guía titulada *Artesanía: guía metodológica de recopilación de datos*¹⁷⁹. Mediante esta guía y a consecuencia de su amplia distribución a los Estados miembros de la UNESCO en español, árabe, francés e inglés, la UNESCO establecerá gradualmente bases de datos computarizadas que serán accesibles mediante redes internacional. Esta red constituida para la recopilación y difusión a nivel mundial de datos sobre formas y técnicas relacionadas con la artesanía tendrá su punto de convergencia en el Centro Internacional de Promoción de las Artesanías que fue establecido en septiembre de 1996 en Fez (Marruecos). El Programa de la UNESCO para la conservación y revitalización del patrimonio cultural intangible ha lanzado una serie de

[Continuación de la nota de la página anterior]

propiedad intelectual: Informe de la OMPI sobre misiones exploratorias relacionadas con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999), (OMPI, 2001). Para la documentación sobre las expresiones del folclore en África, véase también Mould-Idrussu, B., “La experiencia de África”, Foro Mundial OMPI-UNESCO, Phuket, 1997, p. 17 ff.

¹⁷⁷ Reunión con representantes del Ministerio de Cultura, Guatemala, 18 de enero de 1999. Véase OMPI, *Necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales en materia de propiedad intelectual: Informe de la OMPI sobre misiones exploratorias relacionadas con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001).

¹⁷⁸ Véase también la intervención de Túnez en la primera sesión del Comité Intergubernamental (OMPI/GRTKF/IC/1/13, par. 36) y OMPI, *Necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales en materia de propiedad intelectual: Informe de la OMPI sobre misiones exploratorias relacionadas con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001).

¹⁷⁹ UNESCO/ICA, *Artesanía: guía metodológica de recopilación de datos* (por Jocelyn Etienne-Nugue) París: UNESCO/ICA, 1990.

publicaciones para ayudar a los especialistas a catalogar y compilar inventarios de formas culturales puesto que éstas están en constante evolución y pueden desaparecer para siempre cuando mueren sus creadores. El primer volumen de esta serie es un *Manual para el estudio de la música tradicional y los instrumentos musicales*¹⁸⁰. Está en preparación un manual para el estudio de estilos arquitectónicos nativos.

148. Con respecto a las misiones exploratorias y otras actividades, se escuchó una nota de advertencia. En efecto, varias personas entrevistadas con ocasión de las misiones exploratorias señalaron que la documentación de las expresiones de la cultura no sería necesariamente un beneficio para su “protección”. La documentación de las expresiones culturales simplemente haría que éstas fuesen más rápidamente accesibles y por consiguiente contribuiría a su explotación y difusión no autorizada. Otras de las preocupaciones planteadas era que la documentación “congelaba” la creatividad tradicional y creaba lo que se había llamado “mausoleos de conocimientos”¹⁸¹. En relación con estas dos preocupaciones, se puso de relieve la importancia de conseguir la autorización previa y la plena participación de los titulares y de los custodios de las expresiones culturales para emprender esas iniciativas de documentación¹⁸².

C. Conclusiones y tareas propuestas

a) Establecimiento, fortalecimiento y aplicación efectiva de los sistemas nacionales de protección

149. Si bien varios países prevén una protección jurídica de las expresiones del folclore (23, o sea un 36% de los 64 que respondieron al Cuestionario), al parecer hay unos cuantos países en los que se puede decir que dichas disposiciones se utilizan activamente y funcionan efectivamente en la práctica. Por lo visto es poca la experiencia práctica en materia de aplicación de los sistemas y medidas en vigor que los países han establecido por ley.

150. Desafortunadamente, no es posible identificar alguna razón para esto. Los Estados han citado toda una variedad de dificultades jurídicas, conceptuales, de infraestructura y otras dificultades de funcionamiento que éstos han experimentado al tratar de establecer y aplicar disposiciones legislativas viables y eficaces a nivel nacional. Las necesidades al respecto son muy diversas y no existen soluciones o enfoques únicos.

151. Estas conclusiones hacen resaltar ante todo la necesidad de un fortalecimiento y aplicación más eficaz, a nivel nacional, de los sistemas y medidas existentes de protección de las expresiones del folclore habida cuenta de las distintas necesidades de los países a nivel jurídico, conceptual, de infraestructura y de funcionamiento. Se necesitaría una asistencia técnico-jurídica global e integrada, que utilice, cuando resulte apropiado todos los recursos del sistema de propiedad intelectual y demás medidas disponibles, habida cuenta de las

¹⁸⁰ Dournon, Geneviève, *Manual para el estudio de la música tradicional y los instrumentos musicales*. París: UNESCO, 1999.

¹⁸¹ Agrawal, A., “Conocimientos indígenas y científicos: ciertos comentarios críticos”, <http://www.nuffic.nl/ciran/ikdm/3-3/articles/agrawal.html> (27 de febrero de 2002).

¹⁸² Véase, por ejemplo, la misión exploratoria al África Occidental en: OMPI, *Necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales en materia de propiedad intelectual: Informe de la OMPI sobre misiones exploratorias relacionadas con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001), p. 151.

obligaciones a nivel internacional de los respectivos Estados en materia de propiedad intelectual. El éxito de esa asistencia dependería de la plena participación de los gobiernos nacionales. La necesidad de aplicar enfoques interministeriales se hace evidente por la diversidad de ministerios, departamentos, organismos y oficinas que tienen jurisdicción sobre la protección de las expresiones del folclore (véase las respuestas a la Pregunta I.1 del Cuestionario). Asimismo cabría consultar y hacer participar, cuando resultase apropiado, a los pueblos y comunidades afectados así como a otros grupos interesados, tales como los abogados.

152. La necesidad de contar con una mayor protección a nivel nacional no va en contra de la fuerte necesidad expresada por los Estados de contar con una protección extraterritorial (o internacional) de las expresiones del folclore, cuestión que se examina más adelante. Una protección internacional eficaz puede proporcionar recursos que los Estados podrían utilizar para establecer sistemas nacionales que funcionen eficazmente. A la inversa, si los sistemas nacionales funcionan eficazmente en un número mayor de países, ello facilita la protección extraterritorial de las expresiones del folclore basada en principios tales como el trato nacional o la reciprocidad.

153. Por consiguiente, se propone que, a solicitud de los interesados y en calidad de proyecto, la Secretaría de la OMPI se ofrezca para prestar una mayor asistencia técnico-jurídica en materia de propiedad intelectual a los Estados, a sus pueblos y comunidades y, si resulta pertinente, a organizaciones regionales en relación con el fortalecimiento y la aplicación más eficaz, a nivel nacional, de sistemas y medidas en vigor de protección de las expresiones del folclore. Dicho asesoramiento y asistencia podría inspirarse, por ejemplo de algunos o todos los elementos siguientes:

i) en los ejemplos concretos dados por algunos Estados, se puede ver que los derechos de propiedad intelectual existentes pueden desempeñar una función en la protección de las expresiones del folclore y los sistemas nacionales de protección fortalecidos tendrían que incluir una mayor comprensión y utilización de los derechos de propiedad intelectual. A este respecto, se tendría que prestar una atención particular al derecho de autor (incluidos los derechos morales y el sistema del *domaine public payant*) y los derechos conexos, las marcas, los dibujos o modelos industriales, las indicaciones geográficas, la competencia desleal (particularmente el fraude de imitación y la protección de los secretos comerciales) y otros recursos del derechos consuetudinario. De ahí que la protección de las expresiones del folclore no deba considerarse únicamente en el marco del derecho de autor.

Quizás una característica sorprendente de la información proporcionada en las respuestas al Cuestionario es el grado de flexibilidad inherente en el sistema de propiedad intelectual. Por ejemplo, varios Estados que protegen las expresiones del folclore en el marco de su legislación de derecho de autor prevén un plazo de protección indefinido. Ello no parece causar ninguna dificultad conceptual o jurídica (no obstante, tal como se ha dicho antes, hay poca experiencia en la práctica con dichas disposiciones, de modo que su aplicación es difícil de evaluar). Además, si bien el requisito de la fijación en muchas legislaciones nacionales de derecho de autor se cita con frecuencia como un impedimento a la protección de las expresiones del folclore, no existe dicho requisito en derecho internacional y varios países, particularmente los países de derecho civil de Europa, protegen las obras originales por derecho de autor estén o no fijadas en forma material – por ejemplo, Francia, España y Alemania. El “problema” del requisito de originalidad también podría no ser tan insuperable a primera vista en todos los casos ya que el nivel de creatividad exigido en muchos sistemas nacionales no es tan alto. Y por supuesto, las Disposiciones Tipo de 1982,

adoptadas por los Estados miembros de la OMPI y de la UNESCO hace dos decenios establecen un sistema de propiedad intelectual *sui generis* que no exige la originalidad en sí, prevé un plazo de protección indefinido y concilia los derechos e intereses de las comunidades. La Ley tipo de Túnez sobre derecho de autor, adoptada en 1976, protege el folclore y las obras derivadas del mismo como obras originales, por un período indefinido, estén o no las expresiones del folclore fijadas en un formato material¹⁸³;

ii) otra lección que se puede sacar de las respuestas al Cuestionario es la necesidad de contar con programas de sensibilización y con formación especializada para los pueblos indígenas y las comunidades locales en materia de acceso, comprensión y utilización de los sistemas oficiales de propiedad intelectual y otras herramientas jurídicas que tengan a su disposición. Durante las misiones exploratorias realizadas por la OMPI en 1998 y 1999, estas cuestiones necesarias se identificaron como “cuestiones operativas”. Las personas entrevistadas durante las misiones exploratorias propusieron toda una variedad de medidas al respecto, tales como una mayor difusión de la información sobre propiedad intelectual a las comunidades indígenas y locales, actividades de información pública destinadas específicamente a los pueblos indígenas y las comunidades locales y otras actividades realizadas por las oficinas nacionales de propiedad intelectual y demás organismos con objeto de explicar claramente las reglas y los sistemas de propiedad intelectual y facilitar el acceso a las oficinas nacionales y a los sistemas de propiedad intelectual. En ciertos países, las oficinas nacionales de marcas hacen pagar tasas de solicitud de reducidas a los individuos y a las pequeñas y medianas empresas. Si dichos esquemas aún no se aplican a los miembros de las comunidades indígenas y locales, las oficinas nacionales podrían considerar la posibilidad de ampliarlos a esas personas y comunidades. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, el Consejo de Artes y Oficios Indígenas no necesita pagar una tasa para registrar marcas gubernamentales de autenticidad y calidad para productos de artesanía indígena o para productos de artesanía procedentes de tribus indígenas federalmente reconocidas y sus miembros¹⁸⁴;

iii) la aplicación eficaz de los sistemas nacionales también depende del establecimiento y fortalecimiento de las estructuras institucionales necesarias para aplicar las disposiciones y demás medidas legislativas y las actividades de la OMPI podría incluir asistencia y asesoramiento a este respecto. En relación con esto, se ha evocado la posible pertinencia de los sistemas actuales de gestión colectiva en el derecho de autor en la gestión de los intereses de las expresiones del folclore con la sugerencia que sería necesario probar en la práctica como parte de dichos programas de asistencia técnico-jurídica. Los Estados han propuesto asimismo la celebración de consultas nacionales entre productores de artesanías y demás expresiones del folclore y el establecimiento de centros de coordinación nacionales¹⁸⁵;

iv) las medidas que no tienen que ver con la propiedad intelectual (tales como el patrimonio cultural, las legislaciones de comercialización y de etiquetaje) juegan un papel importante al complementar y reforzar las medidas de propiedad intelectual. De hecho, en

¹⁸³ Véase el análisis en Kuruk, P., “*Protecting Folklore Under Modern Intellectual Regimes: A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States*”, 48 *American University Law Review* 769 (1999), pp. 814-815.

¹⁸⁴ USPTO, Insignias oficiales de tribus nativas norteamericanas: Estudio exigido legalmente, p. 31. Este estudio puede consultarse en la dirección <http://www.uspto.gov/web/menu/current.html> (publicación del 30 de noviembre de 1999).

¹⁸⁵ Postura del Grupo Asiático y de China (OMPI/GRTKF/IC/2/10), p. 4.

algunos casos, las medidas distintas de la propiedad intelectual por lo visto cumplen o podrían cumplir muchos de los objetivos que suelen expresarse en relación con las expresiones del folclore. No obstante, el tipo de protección concedida mediante la propiedad intelectual es distinto (esencialmente, la propiedad intelectual concede derechos de propiedad privada) y un ejercicio importante de fortalecimiento de los sistemas nacionales de protección sería determinar en qué circunstancias las medidas de propiedad intelectual, por un lado y las medidas de propiedad intelectual, por el otro son apropiadas y pertinentes para responder a esas necesidades y objetivos;

v) en relación con las numerosas exhortaciones a la identificación, documentación, clasificación y registro de las expresiones del folclore, si bien aparentemente muchas instituciones, comunidades y otros grupos han establecido o desean establecer compilaciones y bases de datos, no se han elaborado opciones ni estrategias para proteger las expresiones del folclore propiamente dichas o las compilaciones de las mismas. Asimismo es posible identificar necesidades de propiedad intelectual en relación con el establecimiento de registros y bases de datos de expresiones del folclore, así como procedimientos para su registro, con el fin de promoverlos y protegerlos. Por ejemplo, dichos registros, bases de datos y procedimientos están previstos en las legislaciones de Panamá y de Filipinas. En la respuesta de Costa Rica se dan detalles de la forma en que se podrían establecer y administrar esos registros. (Otros países también prevén registros, entre ellos Cuba.)¹⁸⁶ Si así se solicita, en el marco del programa de asistencia técnico-jurídica antes mencionado se podría proporcionar asesoramiento y asistencia en materia de propiedad intelectual en relación con esas cuestiones.

154. Con sujeción a consideraciones presupuestarias, ya se podría iniciar dicha asistencia técnico-jurídica en un número limitado de países (2 ó 3) durante el bienio de 2002-03 y proseguirse durante el bienio 2004-2005 y ulteriores. La Secretaría de la OMPI podría elaborar para las próximas sesiones del Comité Intergubernamental breves informes sobre las solicitudes de asistencia recibidas por la OMPI y los progresos realizados al respecto.

155. Un resultado útil de dicho programa podría ser la publicación por la OMPI, en su debido momento, de un manual práctico escrito en formato “Cómo hacer tal o tal cosa” que contenga estudios de casos, directrices y “prácticas óptimas” para legisladores nacionales, pueblos y comunidades, en relación con la protección jurídica de las expresiones del folclore a nivel nacional. Está previsto que dicha publicación se inspire, entre otras cosas, de la experiencia resultante de la aplicación del programa de asistencia técnico-jurídica antes mencionado; de las respuestas al Cuestionario; de los resultados de las misiones exploratorias realizadas por la OMPI en 1998 y 1999; en los estudios de casos encargados por la OMPI en relación con la utilización de los derechos de propiedad intelectual para

¹⁸⁶ La Ley de derecho de autor de Cuba, Ley N° 14, en vigor desde 1977, prevé una protección específica para el folclore, incluidas las artesanías. Por resolución N° 2 de 1993, el Centro Nacional de Derecho de Autor (CENDA) ha dictado disposiciones para el registro y el depósito legal facultativo de obras protegidas. El documento que se recibe después de registrar una obra puede ser utilizado como prueba contra terceros en caso de violación del derecho de autor. Véase Dolores Isabel Agüero Boza, “Artesanía y derecho de autor”, documento presentado en el Taller OMPI/ICC sobre protección jurídica de artesanías originales, La Habana, 30 de enero a 1 de febrero de 2001, WIPO-ICC/DA/HAV/01/6.

proteger las expresiones del folclore¹⁸⁷; y otro tipo de material y de estudios. El manual constituiría un recurso valioso para los legisladores nacionales, los pueblos y las comunidades, particularmente en los países en los que no se aplicase el sistema de asistencia técnico-jurídica antes mencionado.

156. *Tarea Posible 1: Mayor asistencia técnico-jurídica para el establecimiento, fortalecimiento y aplicación efectiva de los sistemas y medidas existentes de protección jurídica de las expresiones del folclore a nivel nacional.* Se propone que la Secretaría de la OMPI, a petición de los interesados, proporcione una mayor asistencia técnico-jurídica en materia de propiedad intelectual a los Estados, a sus pueblos y comunidades y, cuando lo estime pertinente, a organizaciones regionales, en relación con el establecimiento, el fortalecimiento y la aplicación más eficaz, a nivel nacional, de los sistemas y medidas actuales de protección jurídica de las expresiones del folclore, tal como se describen en los párrafos 151 a 155.

157. La segunda necesidad principal respecto de la protección nacional de las expresiones del folclore es la de actualizar y mejorar las Disposiciones Tipo de 1982.

158. Si bien unos cuantos Estados estiman que las Disposiciones Tipo de 1982 no son apropiadas, la mayoría de los Estados las consideran útiles, por lo menos como punto de partida posible para elaborar disposiciones nacionales. Un 65% de los resultados ya las han utilizado en alguna u otra forma.

159. No obstante, son muchos los Estados que han propuesto enmiendas para las Disposiciones Tipo, subrayando asimismo la necesidad de actualizarlas en vista de los adelantos tecnológicos y de las nuevas formas de explotación comercial existentes desde comienzos del decenio de 1980. La actualización y mejora de las Disposiciones Tipo ha sido también una cuestión planteada en actividades anteriores de la OMPI y en sesiones anteriores del Comité Intergubernamental¹⁸⁸. Tal como se ha dicho anteriormente en el presente documento, varios Estados estiman que los derechos y enfoques existentes no responden a todas las necesidades y expectativas de los pueblos indígenas y las comunidades locales. A este respecto, la protección concedida por los sistemas actuales, particularmente el derecho de

¹⁸⁷ Estos estudios, titulados: “Minding Culture: Case-Studies on Intellectual Property and Traditional Knowledge” fueron elaborados por la Sra. Terri Janke, Sydney (Australia) y serán publicados en el sitio Web de la OMPI durante el año 2002.

¹⁸⁸ Véanse las declaraciones de los Estados en el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (OMPI GRTKF/IC/1/13, OMPI/GRTKF/IC/2/16) y las respuestas al Cuestionario (por ejemplo, Burundi, Chad, Côte d’Ivoire, Colombia, Ecuador, Filipinas, Irán (República Islámica del), Jamaica, Kirguistán, Malasia, México, Namibia, Nueva Zelandia, Panamá, Pakistán, Polonia, Rumania, Sri Lanka, Togo, Túnez, Venezuela, Viet Nam y el Grupo Africano). Véase también la Consulta regional OMPI-UNESCO sobre la protección de las expresiones del folclore para países del Asia y el Pacífico, Hanoi, 21 a 23 de abril de 1999 (OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1); la Consulta Regional Africana OMPI-UNESCO sobre la protección de las expresiones del folclore, Pretoria, 23 a 25 de marzo de 1999 (OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1); véase, por ejemplo, la Misión exploratoria al África Occidental en OMPI, *Necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales en materia de propiedad intelectual: Informe de la OMPI sobre misiones exploratorias relacionadas con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001), p. 151.

autor, se limita frecuentemente a las obras basadas en materiales tradicionales o derivadas de los mismos (en breve, obras derivadas), en las que existe un autor identificable y el plazo de protección por propiedad intelectual no ha expirado. Los derechos y enfoques actuales no amparan adecuadamente la “base” de las expresiones del folclore, es decir, el material preexistente verdaderamente anónimo, de propiedad comunitaria y oralmente transmitido. Asimismo se ha hecho referencia a las necesidades particulares respecto de ciertas expresiones del folclore, tales como las artesanías.

160. En la actualización de las Disposiciones Tipo se podría tener en cuenta estas diferentes opiniones así como las experiencias y oportunidades presentadas en modelos y otras medidas concretas, tales como las elaboradas por los Estados Unidos de América, Filipinas y Panamá, entre otros¹⁸⁹. Asimismo se podrían tener en cuenta, cuando estén disponibles, los resultados del propuesto estudio sobre legislación consuetudinaria (véase la Tarea Posible 4).

161. En consecuencia, parecería apropiado actualizar las Disposiciones Tipo y considerar otras sugerencias propuestas para su modificación. Esta labor se realizaría paralelamente el programa de asistencia técnico-jurídica mencionado en la Tarea Posible 1.

162. *Tarea Posible 2: Actualización de las Disposiciones Tipo de 1982.* El Comité Intergubernamental podría, si lo estima conveniente, actualizar las Disposiciones Tipo de 1982 habida cuenta de los progresos tecnológicos y de las nuevas formas de explotación comercial existentes desde que éstas se adoptaran en 1982, así como de otras modificaciones propuestas por los Estados y otras partes interesadas en actividades anteriores de la OMPI, en las sesiones anteriores del Comité Intergubernamental y en las respuestas al Cuestionario.

b) Protección extraterritorial

163. Si bien las Tareas Posibles 1 y 2 tienen por objeto el fortalecimiento de los sistemas *nacionales* de protección, muchos Estados y otras partes interesadas han expresado la necesidad de contar con un acuerdo internacional de protección de las expresiones del folclore. No obstante, si bien muchos Estados expresaron esta necesidad general, cierto número de países no parecen estar dispuestos a lanzarse en la concertación de dicho Acuerdo. A decir verdad, quedan por resolver varias cuestiones de carácter jurídico y conceptual (tales como las descritas brevemente en la Parte A de la presente Sección III) y tanto la diversidad de enfoques a nivel nacional como el hecho de que parece haber pocos ejemplos de sistemas nacionales de protección que funcionen eficazmente complican aún más los intentos de llegar a un acuerdo internacional amplio.

164. No obstante, en vista del importante número de Estados que han expresado la necesidad de contar con una protección extraterritorial, parece apropiado empezar a examinar las posibilidades actuales y futuras a este respecto.

¹⁸⁹ Tal como se ha mencionado, Nueva Zelandia considera la aplicación de ciertas medidas. Además, tal como se ha descrito en este documento, ciertas organizaciones regionales han elaborado o están elaborando leyes *sui generis*, entre ellas la Organización de la Unidad Africana y la Secretaría de la Comunidad del Pacífico.

165. Como punto de partida, se podrían examinar ciertos mecanismos existentes como los siguientes:

i) el Artículo 15.4 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1971 (el Convenio de Berna) permite a una autoridad designada por un Estado miembro del Convenio de Berna defender y hacer valer los derechos respecto de obras no publicadas y anónimas cuyos autores se suponga que son nacionales del Estado en cuestión, en todos los demás Estados miembros del Convenio de Berna. Tal como se ha dicho anteriormente en este documento, este artículo se introdujo específicamente teniendo en mente la protección internacional de las expresiones del folclore. En otras palabras, para dar un ejemplo práctico: la India, que es el único país que ha hecho formalmente la designación mencionada en el Artículo, puede designar a una autoridad para proteger y hacer valer los derechos respecto de las expresiones del folclore cuyos autores se suponen que son nacionales de la India en cualquier otro país miembro del Convenio de Berna. En efecto, un sistema internacional de protección parece existir, al menos en teoría, para las expresiones del folclore, que son “obras”, no obstante, por lo visto este mecanismo aún no ha sido utilizado y existen ciertas limitaciones para su uso. La relación con el Artículo 7 del Convenio relativo al plazo de protección podría exigir un análisis ulterior, particularmente en lo relativo a los Artículos 7.3 y 7.8. Por ejemplo, con arreglo de la disposición de la comparación de plazos del Convenio de Berna¹⁹⁰, el plazo de protección aplicable en el país en el que se solicita la protección, es el más corto de los plazos aplicables en ese país o en el país de origen de la obra. Por consiguiente, a menos que el país en el que se solicita protección proteja las expresiones del folclore en forma indefinida, el plazo de protección concedido a la obra puede haber expirado en ese país. Puede haber otras limitaciones del mismo tipo si se aplica el Artículo 15.4. Dicha protección, aplicada a obras anónimas y en beneficio de los Estados, tampoco es atractiva para los pueblos indígenas y las comunidades locales que desean ejercer directamente sus derechos. No obstante, parece ser que la aplicación práctica del Artículo así como sus ventajas y desventajas merecen una ulterior consideración, aunque sólo fuera porque se trata de una medida presente en un convenio en el que son parte muchos Estados;

ii) para los países que prevén la protección de las expresiones del folclore como obras de derecho de autor, el Convenio de Berna establece que todos los Estados que han ratificado el Convenio deben proteger las obras extranjeras sobre la base del principio del trato nacional. Ello significa en efecto que los países que protegen el folclore en calidad de obras de derecho de autor y que son signatarios del Convenio de Berna gozan de protección con respecto a sus expresiones del folclore en los demás países miembros. No obstante, la disposición de la comparación de plazos y otras disposiciones podrían limitar también en este caso la pertinencia práctica de esta observación;

iii) en virtud de los tratados de propiedad intelectual de ciertas organizaciones regionales, las expresiones del folclore se protegen en los territorios de los Estados signatarios de esos acuerdos sobre la base del principio del trato nacional. Por ejemplo:

a) en el Capítulo I del Anexo VII del Acuerdo de Bangui se prevé una protección específica de las expresiones del folclore y de las obras inspiradas de las expresiones del folclore. La forma de protección se basa en el modelo del

¹⁹⁰ Artículo 7.8 del Convenio de Berna.

*domaine public payant*¹⁹¹. El Acuerdo también abordará protección de las expresiones del folclore en el Capítulo II relativo a la protección y promoción del patrimonio cultural. En el Acuerdo se dan disposiciones para el trato nacional. Por consiguiente, los 15 países que son miembros de la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI) y que han ratificado el Acuerdo están obligados a proteger las expresiones del folclore de los países miembros sobre la base del principio del trato nacional. Muchos de los países son países vecinos, no obstante, aún no se sabe si ha habido alguna aplicación práctica de estas disposiciones; y

b) la Decisión 351 sobre derecho de autor y derechos conexos de la Comunidad Andina estipula la protección, entre otras cosas, de las artesanías sobre la base del trato nacional. En otras palabras, los cinco Estados obligados por la Decisión deben proteger las artesanías de los demás Estados de manera no menos favorable que la concedida a sus propios nacionales. No se sabe si esta posibilidad ha sido utilizada en la práctica;

iv) ciertas legislaciones nacionales, tales como la de Panamá, estipulan una forma de trato nacional pero, como la legislación es reciente, este aspecto aún no ha sido comprobado en la práctica.

166. Cabe recalcar que son pocos, si los hay, los Estados que en sus respuestas a las preguntas del Cuestionario relativo a la protección internacional de las expresiones del folclore han mencionado el Artículo 15.4 del Convenio de Berna o el Acuerdo de Bangui o la Decisión 351 de la Comunidad Andina (según el caso). Estas medidas actuales parecen ser poco utilizadas y/o conocidas.

167. No obstante, a parte de estas medidas que realmente existen, se podrían estudiar otras posibilidades habida cuenta de que la protección extraterritorial de las expresiones del folclore, particularmente la cuestión del “folclore regional”, plantean problemas jurídicos y administrativos complejos, tal como se ha indicado en muchas respuestas al Cuestionario. Estas posibilidades serían: 1) definir la competencia jurídica de las autoridades nacionales o regionales encargadas de autorizar la utilización del folclore que formaba parte del patrimonio nacional de varios países; 2) establecer un reglamento administrativo que regularía los procedimientos de autorización para varias comunidades e incluso países; 3) establecer arreglos en situaciones en las que el folclore se comparte por dos o más países, algunos de los cuales son parte en un tratado internacional sobre la protección del folclore y otros no lo son; 4) definir la asignación de las regalías que pueden resultar de la explotación comercial autorizada del folclore regional entre diferentes comunidades y/o países interesados; 5) definir criterios de determinación de cuándo un elemento del folclore es nacional o regional, así como procedimientos para aplicar esos criterios; y 6) solucionar las controversias que puedan surgir en relación con dichas determinaciones. Asimismo se recordará que la falta de recursos apropiados para identificar el folclore constituyó otro de los obstáculos que impidieron llegar a un acuerdo sobre un tratado internacional en 1985. En las respuestas al Cuestionario se propusieron, entre otros, sistemas de registro y notificación, una solución de controversias alternativa, bases de datos, la gestión colectiva y el establecimiento de organizaciones encargadas de la solución de controversia como medios para abordar estas cuestiones.

¹⁹¹ Véase el Artículo 59.

168. *Tarea Posible 3: Protección extraterritorial.* El Comité Intergubernamental podrá, si lo estima conveniente, examinar los elementos de posibles medidas, mecanismos o marcos para la protección extraterritorial funcional de las expresiones del folclore.

c) Relación entre las leyes y protocolos consuetudinarios y el sistema oficial de propiedad intelectual

169. En relación con las leyes y protocolos consuetudinarios, se ha indicado que hay una falta de información concreta, práctica y útil sobre i) las leyes y protocolos consuetudinarios en la medida en que regulan específicamente la titularidad, el control y la gestión de las expresiones del folclore, y ii) la manera en que, en la práctica, dichas leyes y protocolos consuetudinarios podrían ser reconocidos y puestos en práctica como parte de sistemas eficaces y viables de protección jurídica de las expresiones del folclore. Aparentemente, la recopilación de dicha información en forma de un estudio práctico centrado quizás en las leyes y protocolos consuetudinarios de una comunidad específica constituiría una primera etapa útil¹⁹². Dicho estudio exigiría la plena participación eficaz de los pueblos y comunidades indígenas interesados.

170. Se han definido las cuestiones que requieren ulterior consideración y éstas podrían ser las cuestiones abordadas en dicho estudio: i) los conceptos tradicionales de propiedad de grupo y de naturaleza no única de la titularidad de la “propiedad tradicional”; ii) una falta de homogeneidad en las leyes consuetudinarias de los distintos titulares tradicionales dentro de las comunidades y entre ellas; iii) los efectos eventualmente adversos que los sistemas de protección jurídica de las expresiones culturales pueden tener en las comunidades tradicionales, sean estas tradicionales o urbanas, y su arte; y iv) la relación entre los sistemas consuetudinarios de protección y la protección de superposición concedida mediante las leyes actuales de propiedad intelectual¹⁹³.

171. *Tarea Posible 4: Estudio de casos prácticos sobre la relación entre las leyes y protocolos consuetudinarios y el sistema oficial de propiedad intelectual.* Se propone que la Secretaría de la OMPI encargue un estudio de casos sobre las leyes y protocolos y consuetudinarios de una comunidad indígena o local pertinentes para la protección de las expresiones del folclore, abordando específicamente su relación con el sistema oficial de propiedad intelectual y sacando conclusiones pertinentes al respecto. Este estudio se presentaría para consideración del Comité Intergubernamental.

¹⁹² En el Programa y Presupuesto de la OMPI para el bienio 2000-2001 se daban disposiciones para realizar “un estudio sobre las leyes consuetudinarias y sistemas reguladores que se aplican para la protección de los conocimientos, las innovaciones y la creatividad en las comunidades locales y tradicionales incluyendo conclusiones pertinentes para el sistema de propiedad intelectual formal” (Programa Principal 11).

¹⁹³ Véase Ellinson, Dean “*Unauthorised Reproduction of Traditional Aboriginal Art*”, UNSW Law Journal, 1994, p. 327.

172. Se invita al Comité Intergubernamental a tomar nota del informe final que precede sobre la protección jurídica de las expresiones del folclore y a aprobar o adoptar, según corresponda, las Tareas Posibles 1 a 4 definidas en los párrafos 156, 162, 168 y 171.

[Sigue el Anexo I]

ANEXO I

ESTADÍSTICAS DETALLADAS Y RESUMEN DE LAS RESPUESTAS DADAS AL CUESTIONARIO

La estructura de esta parte del documento sigue la estructura del cuestionario. Las preguntas están en cursiva y van seguidas por un resumen de las respuestas.

I. Aplicación del conjunto de Disposiciones Tipo

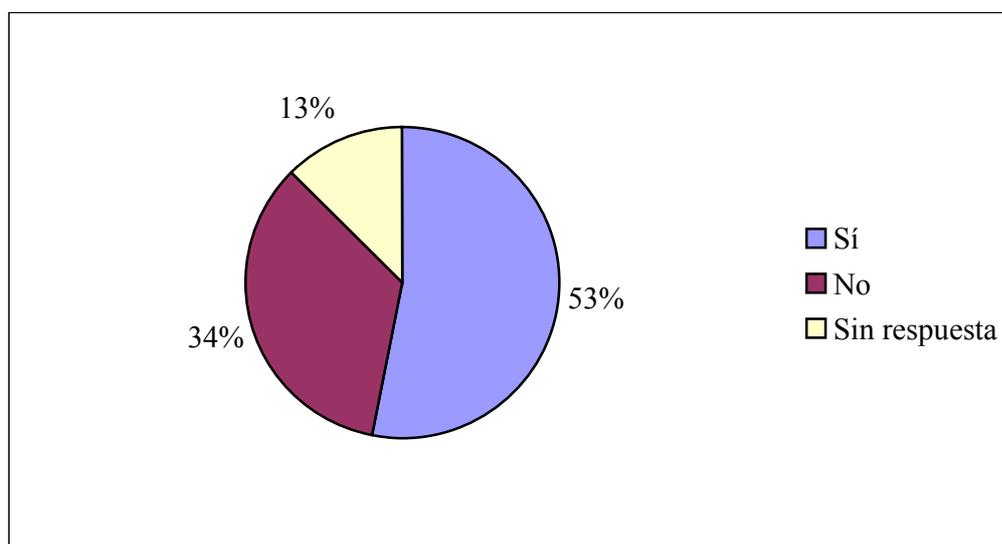
Pregunta I.1: *¿Qué ministerio(s), departamento(s), organismo(s) y oficina(s) gubernamental(es) de su país se ocupa(n) de las cuestiones relativas a la protección jurídica de la expresiones del folclore?*

Resumen de las respuestas a la Pregunta I.1

En numerosos países, las cuestiones relativas a las expresiones del folclore competen a más de un ministerio, departamento, organismo u oficina. En la mayoría de los casos, una de las oficinas pertinentes suele ser la oficina nacional de propiedad intelectual y, por lo general, la oficina de derecho de autor.

Los demás ministerios, departamentos, organismos y oficinas se ocupan de una amplia gama de esferas de política, tales como la educación, la industria, el medio ambiente, el comercio, la tecnología, la cultura, los recursos naturales, el turismo, las artes, los pueblos indígenas, las relaciones exteriores, la radiodifusión, la información, la justicia, y los museos.

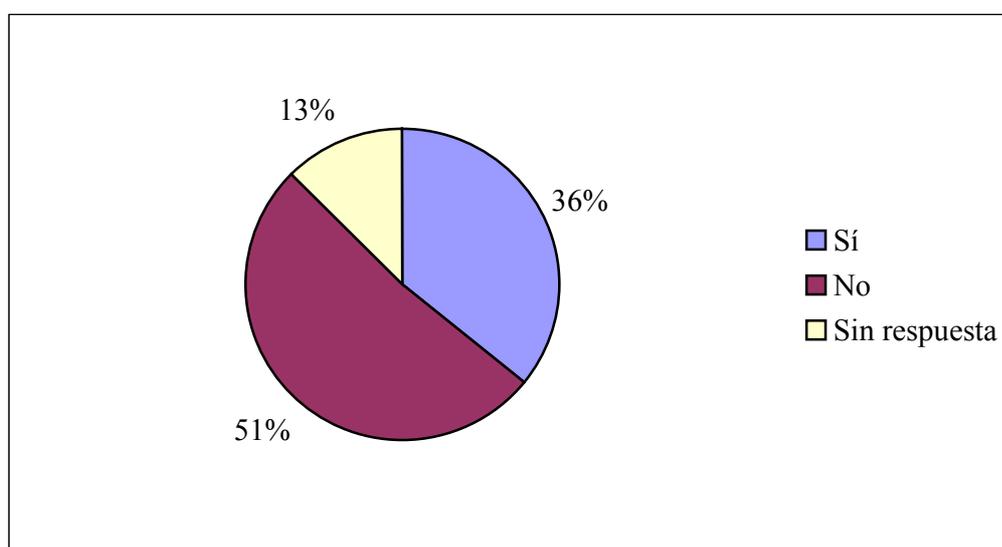
Pregunta I.2: *¿Disponen de las Disposiciones Tipo en (uno de) los idiomas oficiales de su país?*

Resumen de las respuestas a la Pregunta I.2

De conformidad con las 64 respuestas consideradas en el presente documento, las Disposiciones Tipo están disponibles en uno de los idiomas oficiales de 34 de estos países, lo que equivale al 53%. 22 Estados respondieron “No” a esta pregunta.

Pregunta I.3: ¿Reciben las “expresiones del folclore”, ya sea como se definen en las Disposiciones Tipo, o como se entienda ese término en su país, una protección jurídica específica como propiedad intelectual en su legislación nacional (esté dicha legislación relacionada con la propiedad intelectual o no)?

Resumen de las respuestas a la Pregunta I.3



De las 64 respuestas consideradas en el presente documento, 23 países afirmaron que en sus leyes o reglamentos nacionales se preveía protección jurídica específica para las expresiones del folclore en tanto que propiedad intelectual¹⁹⁴, lo que equivale al 36%.

¹⁹⁴ Barbados, Burkina Faso, Côte d’Ivoire, Croacia, Ecuador, Estados Unidos de América, Filipinas, Ghana, Guinea, Indonesia, Irán (República Islámica del), Kenya, México, Mozambique, Namibia, Panamá, Senegal, Sri Lanka, Togo, Túnez, Reino Unido, República Unida de Tanzania, Viet Nam. Tal como se indica en el Cuestionario, esta pregunta se refiere a la protección jurídica específica para las expresiones del folclore consideradas como propiedad intelectual, y no a la protección indirecta o incidental de las expresiones del folclore, tal como se prevé en determinados casos en las legislaciones de derecho de autor, derechos conexos o propiedad industrial. Por consiguiente, en los siguientes casos, las respuestas se evaluaron en el sentido de que indicaban que un país efectivamente proporciona dicha protección:

- i) si el país prevé explícitamente la protección en su derecho de autor o en otra legislación de propiedad intelectual. Dicha protección puede basarse o derivarse, aunque no necesariamente, de las Disposiciones Tipo de 1982 y/o del Artículo 15.4) del Convenio de Berna;
- ii) si el país prevé una protección *sui generis* (en otras palabras, que no esté comprendida en la legislación actual de propiedad intelectual del país); o

[Sigue la nota en la página siguiente]

En cuanto a las respuestas restantes, seis de los países indicaron que aún se encontraban en el proceso de elaboración de leyes que preveían una protección específica para las expresiones del folclore o que estaban esperando la promulgación de las leyes ya elaboradas. Estos países no fueron incluidos entre los 23 países que prevén una protección específica¹⁹⁵.

En caso afirmativo:

i) Sírvase facilitar información sobre la legislación pertinente, por ejemplo los nombres completos, los artículos o párrafos pertinentes, las fechas de entrada en vigor y el nombre y las señas del ministerio, departamento, organismo u oficina encargada de la administración de la(s) ley(es) de que se trate. Sírvase enviar a la Secretaría de la OMPI copia de dicha(s) ley(es).

Resumen de las respuestas a la Pregunta I.3 (en caso afirmativo) i)

La mayoría de los Estados que respondieron suministraron información sobre las leyes pertinentes.

Los nombres y los detalles de las leyes pertinentes y, en algunos casos, las copias de las disposiciones pertinentes, figuran en los cuestionarios cumplimentados. Pueden obtenerse copias de los cuestionarios cumplimentados, en los idiomas en que se recibieron, en la Secretaría de la OMPI o, en forma electrónica, en la siguiente dirección:
<http://www.wipo.int/globalissues/igc/questionnaire/index.html>.

ii) ¿Se basa la legislación pertinente, al menos en cierta medida, en las Disposiciones Tipo?

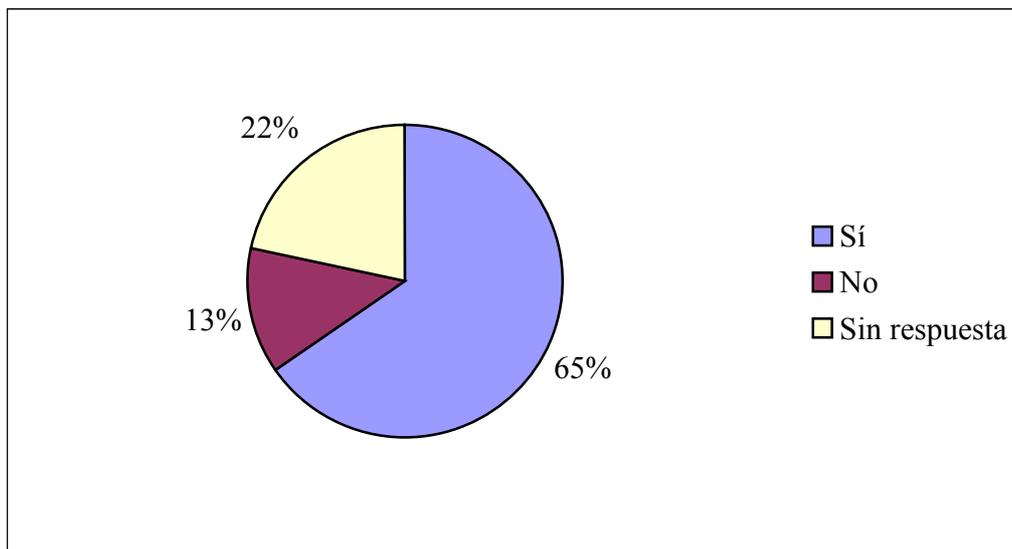
[Continuación de la nota de la página anterior]

iii) si el país ha establecido medidas o mecanismos específicos para proteger jurídicamente ciertos aspectos de las expresiones del folclore (tales como los nombres, símbolos y marcas indígenas y tradicionales).

Los proyectos de leyes y de disposiciones no han sido evaluados como si ya estuvieran en vigor. En otras palabras, los países que han notificado proyectos de leyes o de disposiciones no han sido incluidos entre los 23 países que prevén esa protección específica. Estos países son Chad, China, Egipto, Nueva Zelandia, Venezuela y Zimbabwe.

¹⁹⁵ Chad, China, Egipto, Nueva Zelandia, Venezuela, Zimbabwe.

Resumen de las respuestas a la Pregunta I.3 (en caso afirmativo) ii)



De las 23 respuestas a esta pregunta, 15 respondieron “Sí”, tres respondieron “No” y cinco no respondieron.

iii) Sírvase indicar a continuación qué aspecto(s), de haberlo(s) de las Disposiciones Tipo no se siguen en su legislación nacional:

Este aspecto de las Disposiciones Tipo no se ha seguido en nuestra legislación nacional

Los principios básicos en los que se basan las Disposiciones Tipo (véase el Preámbulo)

El alcance de la “expresiones del folclore” protegidas por las Disposiciones Tipo (Artículo 2)

Los actos contra los cuales están protegidas las expresiones del folclore y las excepciones al respecto (Artículos 3, 4, 5 y 6)

Las disposiciones que se ocupan de la autorización de los usos de las expresiones del folclore (Artículos 9 y 10)

Las sanciones y las medidas de subsanación previstos (Artículos 7 y 8)

Las soluciones que ofrecen las Disposiciones Tipo para la protección de las expresiones del folclore de países extranjeros (Artículo 14)

Si se ha señalado alguno de los cuadros, sírvase facilitar más información.

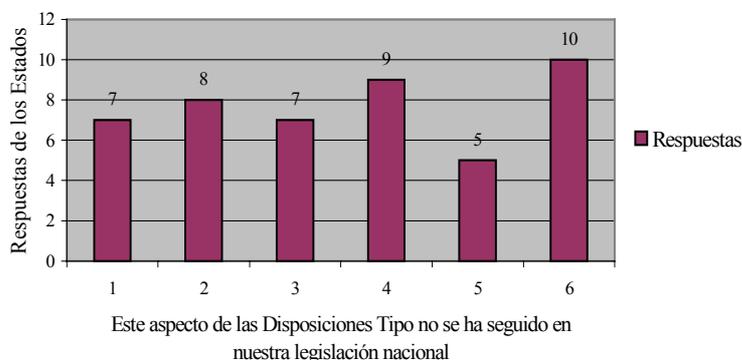
iv) Indique otra(s) razón(es) por la(s) que determinados aspectos de las Disposiciones Tipo no se han aplicado en su país.

Resumen de las respuestas a las Preguntas I.3 (en caso afirmativo) iii) y iv)

Estas preguntas se dirigían a los países que prevén protección jurídica específica para las expresiones del folclore. Son preguntas destinadas a determinar en qué medida las Disposiciones Tipo han servido como base para la legislación de dichos países.

Nueve de los 23 países que prevén una protección específica no respondieron a esta pregunta.

En el siguiente gráfico figura el número de veces que una respuesta optaba por cada uno de los aspectos de las Disposiciones Tipo:



1. Los principios básicos en los que se basan las Disposiciones Tipo (véase el Preámbulo)
2. El alcance de las “expresiones del folclore” protegidas por las Disposiciones Tipo (Artículo 2)
3. Los actos contra los cuales están protegidas las expresiones del folclore y las excepciones al respecto (Artículos 3, 4, 5 y 6)
4. Las disposiciones que se ocupan de la autorización de los usos de las expresiones del folclore (Artículos 9 y 10)
5. Las sanciones y las medidas de subsanación previstas (Artículos 7 y 8)
6. Las soluciones que ofrecen las Disposiciones Tipo para la protección de las expresiones del folclore de países extranjeros (Artículo 14)

Por ejemplo, nueve países respondieron que no habían seguido en su legislación nacional las disposiciones relativas a la autorización de los usos de las expresiones del folclore (aspecto 4).

Ciertos países declararon que estaban elaborando una reglamentación gubernamental relativa al folclore que podría abarcar otros aspectos de las Disposiciones Tipo¹⁹⁶. Unos pocos países indicaron que ciertos aspectos de las Disposiciones Tipo no se reflejaban en la legislación nacional pertinente porque ésta había sido adoptada antes de la adopción de las

¹⁹⁶ Antigua y Barbuda; Egipto; Indonesia.

Disposiciones Tipo de 1982 y no había sido modificada desde entonces¹⁹⁷, o porque el gobierno no había recibido aún las Disposiciones Tipo en el momento de promulgar la legislación¹⁹⁸.

En determinadas respuestas se declaró que si bien las respectivas legislaciones no se basaban directamente en las Disposiciones Tipo, coincidían no obstante con los principios de las Disposiciones Tipo¹⁹⁹. En varias respuestas se indicó que las respectivas legislaciones preveían expresamente la protección del folclore pero no del folclore de países extranjeros²⁰⁰. Otro país dijo que resultaba difícil aplicar las Disposiciones Tipo²⁰¹. Un país respondió que en su legislación se contemplaban los actos contra los cuales se preveía una protección (Artículo 3 de las Disposiciones Tipo) pero no las excepciones previstas en el Artículo 4 de las Disposiciones Tipo²⁰².

En caso negativo,

i) *Sírvase indicar, si es posible, las razones por las que no se ha establecido este tipo de protección.*

ii) *En relación con las Disposiciones Tipo específicamente, sírvase indicar a continuación qué aspecto(s) de éstas ha(n) impedido su aplicación en su país:*

Sí, este aspecto puede haber impedido la aplicación de las Disposiciones Tipo

Los principios básicos en los que se basan las Disposiciones Tipo (véase el Preámbulo)

El alcance de las “expresiones del folclore” protegidas por las Disposiciones Tipo (Artículo 2)

Los actos contra los cuales están protegidas las expresiones del folclore y las excepciones (Artículos 3, 4, 5 y 6)

Las disposiciones que se ocupan de la autorización de los usos de las expresiones del folclore (Artículos 9 y 10)

Las sanciones y las medidas de subsanación previstos (Artículos 7 y 8)

¹⁹⁷ Irán (República Islámica del); Sri Lanka.

¹⁹⁸ Namibia.

¹⁹⁹ Estados Unidos de América; Ghana; Venezuela.

²⁰⁰ Croacia, Estados Unidos de América, Ghana, Guinea, Irán (República Islámica del), México, Namibia, Senegal, Togo, República Unida de Tanzania.

²⁰¹ Kenya.

²⁰² Panamá.

Las soluciones que ofrecen las Disposiciones Tipo para la protección de las expresiones del folclore de países extranjeros (Artículo 14)



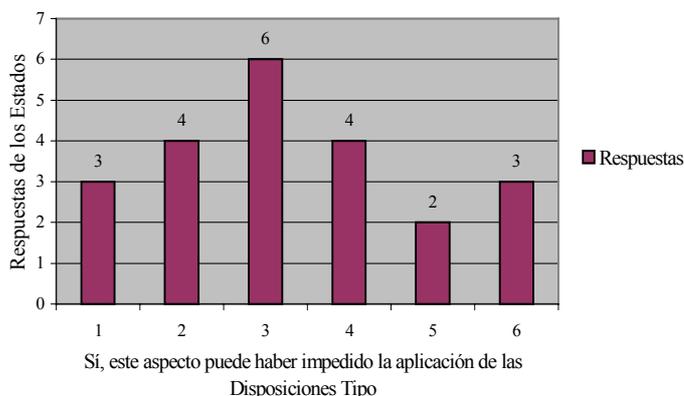
Si ha señalado alguno de los cuadros, sírvase facilitar más información.

iii) Sírvase indicar, otra(s) razón(es) por la(s) cuál(es) las Disposiciones Tipo no se ha(n) aplicado en su país.

Resumen de las respuestas a las Preguntas I.3 (en caso negativo) i) a iii)

Este grupo de preguntas se dirigía a los Estados que no prevén protección jurídica específica para las expresiones del folclore. Por medio de estas preguntas se intentaba establecer: i) las razones generales por las que no se había previsto la protección del folclore y ii) si existían razones específicas por las que no se habían aplicado las Disposiciones Tipo, o aspectos de las mismas.

En el gráfico siguiente figura el número de veces que una respuesta optaba por cada aspecto de las Disposiciones Tipo:



1. Los principios básicos en los que se basan las Disposiciones Tipo (véase el Preámbulo)
2. El alcance de las “expresiones del folclore” protegidas por las Disposiciones Tipo (Artículo 2)
3. Los actos contra los cuales están protegidas las expresiones del folclore y las excepciones (Artículos 3, 4, 5 y 6)
4. Las disposiciones que se ocupan de la autorización de los usos de las expresiones del folclore (Artículos 9 y 10)
5. Las sanciones y las medidas de subsanación previstos (Artículos 7 y 8)
6. Las soluciones que ofrecen las Disposiciones Tipo para la protección de las expresiones del folclore de países extranjeros (Artículo 14)

Por ejemplo, en dos respuestas se indicó que las sanciones y recursos previstos en las Disposiciones Tipo (aspecto 5) quizás habían impedido la aplicación de las Disposiciones Tipo en sus legislaciones nacionales.

a) Comentarios e información de carácter general proporcionados en las respuestas

Entre los comentarios e información general sobre las razones por las que no se había previsto protección específica para las expresiones del folclore se encuentran los siguientes:

i) en muchas de las respuestas se declaró que las expresiones del folclore estaban adecuadamente protegidas mediante sistemas convencionales de propiedad intelectual tales como el derecho de autor, las marcas y los dibujos o modelos industriales²⁰³. En una respuesta se dijo que “la tendencia actual del desarrollo de la política interna es por consiguiente proteger las expresiones artísticas y culturales de los indígenas en los marcos jurídicos existentes en lugar de establecer leyes *sui generis*”²⁰⁴. Las expresiones del folclore también reciben protección mediante leyes en otros sectores políticos, tales como las leyes del patrimonio cultural²⁰⁵. En una de las respuestas, los artistas no habían solicitado una protección específica para las expresiones del folclore porque consideraban que era suficiente la protección concedida mediante las formas actuales de protección por propiedad intelectual, especialmente el derecho de autor²⁰⁶;

ii) según otros países, las expresiones del folclore no estaban protegidas en el marco de las leyes de propiedad intelectual porque eran del dominio público y estaban disponibles sin restricción alguna y servían para enriquecer el tejido de la sociedad pluricultural del país²⁰⁷. En una respuesta se indicó que los tribunales nacionales daban una interpretación flexible de la protección del folclore²⁰⁸. “El patrimonio cultural es una propiedad universal, por lo cual resulta inapropiado prohibir su utilización ya que ciertos elementos de los conocimientos y de la cultura tradicionales están entretejidos con los elementos de la vida cotidiana en todos los lugares”²⁰⁹. Algunos países declararon que la protección jurídica del folclore en tanto que propiedad intelectual podía ser demasiado rígida y posiblemente apartaría al folclore del dominio público; estos países subrayaron la importancia del libre acceso a la información y al patrimonio cultural del que forma parte el folclore²¹⁰. Estos países declararon que las expresiones del folclore nunca podrían ser obras de un creador puesto que su principal característica no era una reflexión de la personalidad única del autor sino la representación inmutable de las características del dominio público cultural, por lo que el plazo de protección limitado no se aplicaba a ellas²¹¹;

iii) varios países aún no prevén una protección específica para las expresiones del folclore pero se encuentran en el proceso de elaboración de esa legislación o están en espera de que la legislación necesaria sea promulgada²¹². Las Disposiciones Tipo podrían ser adoptadas pero es necesario modificarlas para tener en cuenta la red Internet y un régimen de autorización/concesión de licencias más comerciable²¹³. Otro país declaró que su parlamento estaba actualmente estudiando un nuevo proyecto de ley sobre marcas y que si la ley llegase a ser promulgada, ello permitiría al Comisionado de Marcas negarse a registrar una marca en los casos en los que su uso o registro pudiese constituir una ofensa para una parte importante de la comunidad, proporcionando así una protección adicional a ciertas expresiones

²⁰³ Australia; Canadá; Mozambique; Nueva Zelandia; Reino Unido; Suiza.

²⁰⁴ Australia.

²⁰⁵ Australia; República Checa.

²⁰⁶ Suiza.

²⁰⁷ Bélgica; Canadá; Italia; Viet Nam.

²⁰⁸ Australia.

²⁰⁹ Federación de Rusia.

²¹⁰ Kirguistán; Países Bajos; República Checa.

²¹¹ Colombia; Hungría.

²¹² Chad; China; Egipto; Nueva Zelandia; Venezuela; Zimbabwe.

²¹³ Jamaica; Venezuela; Zimbabwe.

tradicionales o culturales. Añadió que también se estaba considerando la posibilidad de elaborar modelos *sui generis*²¹⁴;

iv) varias respuestas indicaron que no existía protección específica para las expresiones del folclore debido a que nunca se había solicitado²¹⁵. Una respuesta afirmó que: “Existe una falta de conciencia y un importante clamor nacional para la protección del folclore por parte de los grupos interesados”²¹⁶. Otra respuesta indicó: “... Ningún grupo u órgano interesado en [el país concernido] ha expresado nunca el deseo de aplicar [las Disposiciones Tipo] en la legislación nacional”²¹⁷. De modo similar, una respuesta afirmó que puesto que no existía ningún grupo en el país concernido que pusiera en práctica los conocimientos tradicionales en la vida cotidiana y habida cuenta de que el país no se había enfrentado con ninguna explotación ilícita de sus conocimientos tradicionales, no se había establecido ningún sistema de protección jurídica de los conocimientos tradicionales y el folclore. El folclore era considerado por el país como una expresión artística. En respuesta a otra pregunta, en la misma respuesta se afirmaba: “nunca hemos considerado el folclore como objeto de derechos exclusivos. No hemos celebrado debates entre los círculos interesados al respecto”²¹⁸;

v) en otra de las respuestas se dijo que la razón por la que las Disposiciones Tipo no habían sido aplicadas era que, además de que las expresiones del folclore formaban parte del dominio público, no podían ser protegidas mediante la legislación del derecho de autor sino más bien aplicando las reglas de la administración cultural. Se declaró además que surgiría un problema si se introdujese un instrumento jurídico y éste sería principalmente el hecho de que los grupos étnicos y las fronteras de los países no coincidían y que no se podía identificar la “migración de motivos”²¹⁹. Se podría prever una mayor protección del folclore fomentando la educación pública relacionada con el folclore, los códigos de conducta, la asistencia a los pueblos indígenas en el acceso y la comprensión de los sistemas oficiales de propiedad intelectual, así como las modificaciones apropiadas a los sistemas existentes haciendo que sean culturalmente más sensibles²²⁰. En otra respuesta se dijo que el Estado deberá garantizar los derechos colectivos de paternidad de los grupos étnicos, apoyar los procesos de educación étnica y promover la difusión de su patrimonio mediante los medios de comunicación²²¹. Uno de los países declaró que, en su legislación, se preveía expresamente que las expresiones del folclore se excluyeran de la protección concedida por derecho de autor, pero que con todo podían obtener protección en tanto que obras derivadas, aunque era preciso que cumplieran el requisito de la originalidad²²².

Además de todo lo dicho, se mencionaron los siguientes factores: el concepto de derechos de propiedad y titularidad exclusiva de la propiedad intelectual era un concepto relativamente nuevo en el país en cuestión. Además, la influencia del budismo y el relativo aislamiento del país podía explicar la creencia de que la cultura no podía apropiarse ni

²¹⁴ Nueva Zelandia.

²¹⁵ Bélgica; Federación de Rusia; Gambia; Japón; Letonia; Reino Unido; República de Corea.

²¹⁶ Gambia.

²¹⁷ Alemania.

²¹⁸ Letonia. Véase asimismo la Federación de Rusia.

²¹⁹ Hungría.

²²⁰ Australia.

²²¹ Colombia.

²²² Grecia; Hungría.

utilizarse de manera indebida o con fines de lucro²²³; la falta de conciencia acerca de la necesidad de proteger la propiedad intelectual en general y las expresiones del folclore en particular²²⁴; las expresiones del folclore constituyen materia nueva que exige un ulterior estudio²²⁵; las expresiones del folclore se protegen cuando se las promueve y se las difunde²²⁶; la falta de experiencia en materia de legislación cultural, la coordinación inadecuada entre la legislación estatal y las organizaciones culturales²²⁷, y la ausencia de un organismo gubernamental que desempeñe las funciones previstas en las Disposiciones Tipo²²⁸; la aplicación de las Disposiciones Tipo depende de la preservación de las expresiones del folclore. En una respuesta se dijo que eran varios los productos que pertenecían al patrimonio cultural pero que no podían protegerse en el marco de los dibujos o modelos, aun cuando se considerasen obras de la artesanía y ello debido a la falta de novedad²²⁹.

b) Comentarios e informaciones específicos sobre las Disposiciones Tipo proporcionados por las respuestas

Se formularon los siguientes comentarios específicos en relación con los principales aspectos de las Disposiciones Tipo:

i) el párrafo 4 del Preámbulo de las Disposiciones Tipo podría interpretarse en el sentido de que debería proporcionarse protección *sui generis* “inspirada por la protección de que gozan las producciones intelectuales”. Por otra parte, el mismo país afirmó que si bien no se había posicionado en relación con el folclore, “la evolución actual de la política interna consistía en proteger las expresiones culturales e indígenas en los marcos jurídicos existentes, como el derecho de autor y los dibujos y modelos industriales”²³⁰.

ii) en relación con el siguiente principio contenido en el Preámbulo “considerando que la difusión de las diversas expresiones del folclore puede ocasionar la explotación inadecuada del patrimonio cultural de la nación”, un país propuso que se añadiera lo siguiente: “y que esta explotación ha aumentado últimamente en progresión geométrica debido a los adelantos tecnológicos”²³¹;

iii) en relación con el ámbito de las “expresiones del folclore”, una respuesta indicó que las Disposiciones Tipo preveían un alcance que trascendía lo que el país concernido protegería normalmente en virtud de su sistema de propiedad intelectual. El país afirmó que preferiría una definición que se centrara en las expresiones del folclore en tanto que obras artísticas, literarias, dramáticas, musicales, o interpretaciones o ejecuciones, en lugar de proteger la idea misma de folclore, que no está amparada por sistemas como el de derecho de autor²³²;

²²³ Bhután.

²²⁴ Etiopía.

²²⁵ Malasia.

²²⁶ Filipinas.

²²⁷ Pakistán.

²²⁸ Filipinas.

²²⁹ Portugal.

²³⁰ Australia.

²³¹ Rumania.

²³² Australia.

iv) Otro país afirmó que: “la definición se limita al “patrimonio artístico” de una comunidad en lugar de limitarse al patrimonio cultural de la nación, lo que induce a confusión en relación con el objeto de la protección”²³³; en otra respuesta se dijo que el alcance del Artículo 2 de las Disposiciones Tipo se consideraba excesivamente amplio. Era difícil determinar lo que merecía una protección y lo que no y, en la mayoría de los casos, las expresiones del folclore se utilizaban fuera del contexto tradicional o consuetudinario y también con intención de lucro²³⁴. En una de las respuestas se indicó que, en relación con el Artículo 2, no era coherente limitar la definición al “patrimonio artístico” de una comunidad sino que había que hablar más bien de “patrimonio cultural de la nación”. En la misma respuesta se dijo que el Artículo 13 de las Disposiciones Tipo era demasiado general²³⁵;

v) en una respuesta se indicó que la limitación descrita en el Artículo 3 de las Disposiciones Tipo que requiere la autorización específica de la autoridad competente o la comunidad concernida para la utilización de las expresiones del folclore “fuera de su contexto tradicional o acostumbrado” podría resultar problemática. Dicha limitación podría no guardar coherencia con los actuales sistemas nacionales de propiedad intelectual que, por lo general, no estipulan una limitación general relativa al “contexto” de la utilización de la propiedad intelectual²³⁶;

vi) en lo tocante a las disposiciones relativas a la autorización de los usos de expresiones del folclore, en una respuesta se indicaba que el Artículo 10 de las Disposiciones Tipo podría resultar problemático ya que estipula el pago de una regalía adicional por la utilización de una expresión del folclore, además del pago de la regalía habitual en virtud del sistema de propiedad intelectual. Asimismo, la limitación específica de que las “regalías recaudadas se destinarán a la promoción o a la salvaguardia de la cultura/del folclore nacional” podría resultar problemática ya que los sistemas nacionales pertinentes de propiedad intelectual no suelen imponer dichas limitaciones²³⁷. En otra respuesta se afirmaba que: “La conclusión de que la utilización incluso con ánimo de lucro en el contexto tradicional o habitual no esté sujeta a autorización por parte de las autoridades competentes puede (en la mayoría de los casos) conducir a abusos en relación con las expresiones del folclore”²³⁸.

II. Aplicación de las disposiciones principales de las Disposiciones Tipo

a) Principios básicos tomados en consideración para la elaboración de las Disposiciones Tipo

Pregunta II.1: *¿En qué principios se basa la protección del folclore en su legislación nacional?*

²³³ Sierra Leona. Véase también Croacia.

²³⁴ República de Corea.

²³⁵ Vietnam.

²³⁶ Australia.

²³⁷ Australia.

²³⁸ Sierra Leona.

Pregunta II.2: *¿Tiene alguna observación con respecto a los principios tenidos en cuenta en la elaboración de las Disposiciones Tipo? ¿Cree que los principios siguen siendo viables? ¿Existen otros principios adicionales que deberían tomarse en cuenta en cualquier modificación de las Disposiciones Tipo?*

Pregunta II.3: *Sírvase facilitar información, observaciones o experiencias prácticas nuevas sobre los principios básicos tomados en consideración para la elaboración de las Disposiciones Tipo.*

Resumen de las respuestas a las Preguntas II.1, II.2 y II.3

Si bien no todos los países respondieron a estas preguntas, sí indicaron, por lo general: i) los principios que habían tomado en consideración sus legislaciones nacionales, y ii) los principios adicionales que deberían tomar en consideración las legislaciones, así como las opiniones relativas a la vigencia y viabilidad de los principios en que se basan las Disposiciones Tipo.

En lo tocante al punto i), se mencionaron los siguientes principios en que se basan las legislaciones nacionales actuales:

- a) la autorización previa para la explotación de las expresiones del folclore que pertenecen al patrimonio cultural nacional²³⁹;
- b) el desarrollo y la protección de la creación y la divulgación del folclore²⁴⁰;
- c) la prevención de la explotación ilícita y otras acciones lesivas²⁴¹;
- d) el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre la protección contra los abusos del folclore y el fomento y la divulgación del folclore²⁴²;
- e) la protección de las obras de la cultura popular. Se trata de manifestaciones originales de los idiomas, costumbres y tradiciones de la sociedad pluralista concernida, en las que no puede identificarse el autor. Estas obras se protegen contra la distorsión para evitar que se perjudique la reputación o la imagen de la comunidad pertinente²⁴³;
- f) la protección en virtud de la ley sobre el derecho de autor pero sin límite temporal²⁴⁴;

En lo tocante al apartado ii), se sugirieron varios principios adicionales en los que debería basarse la protección del folclore, así como opiniones sobre la vigencia y viabilidad de los principios en que se basan las Disposiciones Tipo. Algunas de estas respuestas ya han sido sintetizadas en relación con la Pregunta I.3. Además, se indicó lo siguiente:

²³⁹ Burkina Faso.

²⁴⁰ China.

²⁴¹ China.

²⁴² China.

²⁴³ México.

²⁴⁴ Sri Lanka.

i) Un país declaró que, en vista de que, en la práctica, no se aplicaban sus disposiciones para la protección de las expresiones del folclore, era necesario sensibilizar a las comunidades indígenas en relación con la necesidad de proteger su folclore²⁴⁵. Otro país respondió que las disposiciones tendrían que ser prácticas, aplicables y activas y que las licencias para la gestión colectiva del derecho de autor las debían conceder las organizaciones nacionales y no las comunidades²⁴⁶.

ii) En las respuestas se indicó que las Disposiciones Tipo deberían salvaguardar los intereses ecológicos además de los intereses culturales y económicos mencionados en el Preámbulo²⁴⁷, y que tendrían que ser más específicas en cuanto a su propósito²⁴⁸. Asimismo se dijo que las Disposiciones Tipo podrían ser eficaces y suficientes si se efectuaban ciertas modificaciones en ellas. “Se tendría que establecer un mecanismo que se utilizase como modelo y que fuese capaz de prever una protección internacional para todos los tipos de expresiones del folclore en el sentido amplio de la palabra”²⁴⁹. En otra respuesta se afirmó que era necesario incluir en las Disposiciones Tipo los principios de diversidad cultural compartida y de especificidad cultural²⁵⁰. Las expresiones del folclore forman parte de las creencias tradicionales de los pueblos y son una parte del patrimonio intangible²⁵¹.

iii) En una de las respuestas se definieron varios problemas que planteaban los principios actuales: ciertas definiciones no eran lo suficientemente precisas; la autoridad gubernamental encargada de regir la utilización del folclore podría llegar a ser considerada como una forma de censura, lo que en las sociedades pluriculturales podría ocasionar conflictos; no resultaba clara la relación con la protección por derecho de autor; y la autorización para la utilización de las expresiones del folclore no debería ser exclusiva. Asimismo podría resultar necesario establecer una distinción entre el tipo de protección necesaria para el folclore nacional y el reconocimiento de sistemas extranjeros de protección que se hacen necesarios en función de la situación cultural y social de cada país²⁵².

En una de las respuestas se estimaba que debía mantenerse un equilibrio adecuado entre las necesidades de determinadas comunidades y la promoción de la creación individual, el desarrollo de una cultura viviente y la libertad de expresión. Asimismo cabía mantener cierta flexibilidad de manera que se respondiese a las necesidades y preocupaciones de las distintas comunidades. El principal medio de protección de las expresiones del folclore debería ser la legislación de propiedad intelectual convencional, complementada, según las condiciones o necesidades de las comunidades locales, por leyes específicas que respondan a problemas concretos. El equilibrio inherente en las leyes de propiedad intelectual podría por consiguiente incorporarse en la protección de las expresiones del folclore²⁵³, al igual que el equilibrio entre la protección contra los abusos y la libertad y el fomento de un desarrollo y difusión ulteriores del folclore²⁵⁴. Se tendría que examinar más detenidamente el riesgo de

²⁴⁵ Burkina Faso.

²⁴⁶ Togo.

²⁴⁷ Argentina.

²⁴⁸ Croacia.

²⁴⁹ Irán (República Islámica del).

²⁵⁰ Jamaica.

²⁵¹ Filipinas.

²⁵² Suiza.

²⁵³ Estados Unidos de América.

²⁵⁴ República de Corea.

obstaculizar el futuro desarrollo y evolución del folclore (se declaró que el Artículo 13 de las Disposiciones Tipo era de carácter demasiado general)²⁵⁵. En varias respuestas se añadió que las Disposiciones Tipo deberían "...tomar especialmente en cuenta el uso y difusión digitales del folclore como razón más urgente para conceder una protección internacional a las expresiones del folclore"²⁵⁶; asimismo se debería preservar el equilibrio entre la protección y la posibilidad de desarrollar libremente el folclore²⁵⁷.

Otro país respondió que las expresiones del folclore se consideraban constitucionalmente como parte del patrimonio cultural de la nación pero que no estaban sujetas a un régimen especial de protección ni tenían derecho a protección mediante legislación de propiedad intelectual. Dicho esto, se añadió que las disposiciones constitucionales no impedían a las expresiones del folclore estar sujetas a dicho régimen²⁵⁸.

Si bien no eran muchas las respuestas en las que no se decía directamente si los principios en los que se basan las Disposiciones Tipo seguían siendo o no vigentes y viables, en 19 de las respuestas se estimaba que los principios seguían siendo vigente y/o viables, aunque podría ser necesario introducir ciertas modificaciones en las Disposiciones Tipo, y algunas ya habían basado su legislación en esas Disposiciones²⁵⁹.

b) Expresiones del folclore protegidas

Pregunta II.4: *¿Se utiliza un término distinto de "expresiones del folclore" en su legislación nacional para describir el objeto a que se hace referencia en el Artículo 2 de las Disposiciones Tipo?*

En caso afirmativo:

- i) *¿Cuál es ese término?*
- ii) *¿Cuál es el objeto que abarca?*
- iii) *¿Por qué fue elegido ese término?*
- iv) *¿Qué objeto abarcaría el término "expresiones del folclore" en su país?*

Pregunta II.5: *En la aplicación práctica de su legislación nacional, ¿se han planteado dificultades al determinar el folclore que debe protegerse?*

Sí

No

²⁵⁵ Suiza.

²⁵⁶ Ecuador; Gambia; Malasia; Rumania.

²⁵⁷ Kirguistán; México.

²⁵⁸ Honduras.

²⁵⁹ Argentina; Barbados; China; Croacia; Egipto; Ecuador; Gambia; Ghana; Indonesia; Jamaica; Kenya; Kirguistán; México; Panamá; República de Corea; Rumania; Sierra Leona; Viet Nam; Zimbabwe.

Sírvase facilitar más información y, si es posible, ejemplos. ¿Cómo se determinan las expresiones del folclore en su país (por ejemplo, ¿están registradas como tales? ¿Existen inventarios, archivos y bases de datos sobre el folclore?)

Resumen de las respuestas a las Preguntas II.4 y II.5

Las Preguntas II.4 y II.5 se dirigían a los países que prevén protección jurídica específica para las expresiones del folclore.

En relación con la Pregunta II.4, varias respuestas incluyeron la definición pertinente de la legislación nacional aplicable.

Asimismo, en las respuestas se incluían las siguientes observaciones y comentarios:

i) los términos “obras del folclore ghanés”²⁶⁰, “expresiones del folclore”²⁶¹, “cultura tradicional”²⁶², “marcas colectivas”, “marcas de certificación”, “productos indígenas”, “insignias oficiales de las tribus nativas norteamericanas”²⁶³ son algunos de los términos utilizados por los países;

ii) el término “expresiones del patrimonio cultural tradicional” se utiliza de preferencia al término “folclore” debido a que el cuerpo legislativo consideró que este último término podría tener una connotación peyorativa²⁶⁴;

iii) el término “obras del folclore” se utiliza, independientemente de que las obras se plasmen en forma tangible, para ciertas obras literarias, artísticas y científicas (por ejemplo, las expresiones verbales, expresiones musicales, expresiones del movimiento (como las danzas folclóricas) y expresiones tangibles (como el arte folclórico)) en las que no se conoce al autor pero en las que hay razones para presumir que el autor es nacional del país²⁶⁵;

iv) el término “obras de autores desconocidos” se utiliza en el país en cuestión para referirse a restos prehistóricos, objetos históricos y otros objetos culturales nacionales tales como relatos, leyendas, cuentos populares, gestas épicas, canciones, artesanía, coreografía, danzas y otras obras artísticas²⁶⁶;

v) el término “cultura popular” se utiliza para referirse a todas las creaciones de una comunidad cultural que expresan su identidad cultural y social²⁶⁷;

vi) en uno de los países, el término “expresiones del folclore” abarca las producciones que incorporan elementos característicos del patrimonio cultural, popular y consuetudinario, las manifestaciones artísticas y científicas, la medicina tradicional, las innovaciones, la

²⁶⁰ Ghana.

²⁶¹ Panamá; Senegal; Venezuela.

²⁶² Viet Nam.

²⁶³ Estados Unidos de América.

²⁶⁴ Burkina Faso.

²⁶⁵ China; Togo.

²⁶⁶ Indonesia.

²⁶⁷ México.

gastronomía, las técnicas tradicionales y los rituales realizados y perpetuados por una comunidad cultural del país. En la respuesta de ese país se añadía que se había elegido ese término porque la constitución del país definía el patrimonio cultural en la siguiente forma: éste consiste en las manifestaciones artísticas, filosóficas y científicas producidas por la humanidad durante todo el tiempo de su existencia. El país añadía en su respuesta una definición de las artesanías que abarca las artesanías ornamentales y utilitarias, las artesanías de consumo (gastronomía, medicina tradicional) y las artesanías de servicios²⁶⁸;

vii) la legislación de un país abarca la siguiente materia susceptible de protección²⁶⁹:

1. los “Derechos intelectuales comunitarios”. Este término se refiere al derecho de las comunidades culturales indígenas y de los pueblos indígenas de poseer, controlar, fomentar y proteger:

a) las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, tales como los emplazamientos arqueológicos e históricos, los artefactos, los diseños, las ceremonias, las tecnologías, las artes visuales y escénicas, y la literatura, así como las propiedades religiosas y espirituales (esta lista no es exhaustiva);

b) la ciencia y la tecnología, incluidos los recursos humanos y otros recursos genéticos, las semillas, la medicina, las prácticas sanitarias, las plantas medicinales vitales, los animales y minerales, los sistemas y prácticas de conocimientos indígenas, los sistemas de gestión de los recursos, las tecnologías agrícolas, los conocimientos sobre las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, los diseños, y los descubrimientos científicos (esta lista no es exhaustiva); así como:

c) el lenguaje, los guiones, los cuentos, las tradiciones orales y los sistemas de enseñanza y aprendizaje.

2. los recursos y el patrimonio cultural e histórico de Filipinas.

3. la cultura tradicional y sus distintas manifestaciones.

En lo tocante a la Pregunta II.5, en seis ocasiones se respondió “No”; en otras palabras, aún no se habían planteado dificultades al determinar el folclore que debía protegerse²⁷⁰. En cuatro ocasiones se respondió “Sí” a esta pregunta²⁷¹.

En una respuesta se informaba de dificultades en casos en los que comunidades de países vecinos compartían la misma cultura y tradiciones, y en la respuesta se suministraban varios ejemplos de dichos casos²⁷². En varias respuestas se daba información sobre inventarios, archivos y bases de datos relacionados con el folclore²⁷³.

²⁶⁸ Panamá.

²⁶⁹ Filipinas.

²⁷⁰ Barbados; Irán (República Islámica del); México.

²⁷¹ Burkina Faso; Namibia; Federación de Rusia.

²⁷² Namibia (véase también la respuesta a la Pregunta II.3).

²⁷³ Antigua y Barbuda; Barbados; Burkina Faso; Estados Unidos de América; Gambia; Ghana; Honduras; Irán (República Islámica de); Namibia; Senegal.

En otra de las respuestas se afirmaba que la protección y la promoción de las expresiones del folclore estaban, en ese país, a cargo de varios organismos gubernamentales, tales como el Instituto Nacional de Cultura (INAC) y más concretamente para las artesanías, el Ministerio de Comercio e Industria. La materia se registra como tal, pero no se llevan inventarios ni archivos. En cuanto a las danzas tradicionales y folclóricas, el INAC ha empezado a elaborar un inventario; un organismo no gubernamental, la Comisión Nacional del Folclore, patrocina la elaboración de un inventario de manifestaciones del folclore. De conformidad con su legislación, el Departamento de Derechos Colectivos y Expresiones de Folclore ha iniciado un programa de elaboración de un archivo²⁷⁴.

Pregunta II.6: *¿Se utiliza en su país normalmente un término distinto de “expresiones del folclore” para describir el objeto al que se hace referencia en el Artículo 2 de las Disposiciones Tipo?*

En caso afirmativo:

- i) ¿Cuál es ese término?*
- ii) ¿Cuál es el objeto que abarca?*

Resumen de las respuesta a la Pregunta II.6

Esta pregunta se dirigió a los países que no prevén protección específica para las expresiones del folclore. En respuesta a esta pregunta se facilitó la siguiente información:

i) en una respuesta se indicaba que el país concernido prefería utilizar el término “expresiones culturales y artísticas”, por considerarlo más coherente con el tipo de material que podría gozar de protección en virtud de sistemas de propiedad intelectual como el del derecho de autor. Según la respuesta, este término se centraba en las expresiones de obras artísticas, literarias, teatrales y musicales, así como las interpretaciones o ejecuciones conexas²⁷⁵;

ii) en un país, se utiliza un término local (“Mimangi Dhungtam”) para referirse tanto a los cuentos orales como escritos²⁷⁶;

iii) en una respuesta se indicaba que los términos como “obra artística”, “obra coreográfica”, “obra teatral” y “obra colectiva” definidos en la legislación sobre derecho de autor del país, se aplicaban a la protección de los aspectos de las expresiones del folclore²⁷⁷;

iv) el término “creaciones del folclore, costumbres tradicionales” abarca la protección y la preservación de productos culturales²⁷⁸;

²⁷⁴ Ley de Panamá N° 20 de 26 de junio de 2000, regulada mediante decreto N° 12 del 20 de marzo de 2001: “Régimen especial de propiedad intelectual que rige los derechos colectivos de los pueblos indígenas respecto de la protección y defensa de su identidad cultural y sus conocimientos tradicionales y demás disposiciones.”

²⁷⁵ Australia.

²⁷⁶ Bhután.

²⁷⁷ Canadá.

²⁷⁸ Croacia.

v) un país utiliza el término “creaciones de la cultura folclórica tradicional” en su legislación sobre el derecho de autor. El término abarca únicamente obras en relación con el concepto de derecho de autor²⁷⁹;

vi) una respuesta indicaba que se utilizaban dos términos para la noción “expresiones del folclore”: “obras del arte tradicional popular” y “obras de la creatividad popular”. El término “expresiones del folclore” tenía un sentido mucho más restringido que en las Disposiciones Tipo, y se aplicaba básicamente a las obras del arte oral popular²⁸⁰;

vii) una respuesta se refirió a la definición del folclore utilizada en la Recomendación de la UNESCO sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular (1989)²⁸¹;

viii) otra respuesta indicó que en el país concernido se utilizaban los términos “creación popular”, “industrias del folclore” y “profesiones creativas” más que “expresiones del folclore”. La materia protegida eran las expresiones materiales del folclore²⁸².

ix) el término “propiedad folclo-cultural” se define como las “maneras y costumbres relacionadas con la comida, el vestido y la vivienda, las ocupaciones, la fe religiosa, los festivales, etc., los espectáculos populares y los vestidos, utensilios, viviendas y otros objetos utilizados a tal fin, que son indispensables para el entendimiento de los cambios en el modo de vida de los pueblos”. Por otro lado, la expresión “propiedad cultural intangible” se ha definido como el “arte y las técnicas empleadas en el drama, la música y las artes aplicadas, así como otros productos culturales intangibles que poseen un alto valor histórico y/o artístico en el país en cuestión”. Estas propiedades culturales intangibles se consideran de especial importancia y las personas y órganos que poseen estas cualidades también son reconocidos y protegidos²⁸³;

x) en una de las respuestas se declaró que no se consideraba que el término “expresiones del folclore” reflejase adecuadamente los aspectos de la propiedad y práctica tradicionales o culturales que se pueda pretender proteger. En la misma respuesta se decía que no se estaba de acuerdo con el término “folclore” de las Disposiciones Tipo, que se relacionaba únicamente con el patrimonio “artístico” y donde se excluían las creencias tradicionales y los conocimientos tradicionales en general. Como consecuencia de ello, la terminología utilizada en ese país no tenía por objeto separar el patrimonio artístico de los conocimientos tradicionales. Además, se consideraba que el término “folclore” no describía en forma apropiada lo que pudiera considerarse como los aspectos artísticos de la cultura de los pueblos indígenas, por lo que se prefería la utilización del término “taonga maorí”. El término “propiedad cultural” se utilizaba para las artes, el idioma y las costumbres y prácticas

²⁷⁹ República Checa.

²⁸⁰ Kirguistán.

²⁸¹ Letonia. La definición de la UNESCO dice lo siguiente: “El folclore (o la cultura tradicional y popular) 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, los costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes.”

²⁸² Federación de Rusia.

²⁸³ Japón (véase la respuesta a la Pregunta II.23).

maorías. El término “propiedad cultural” podría ser el que mejor sustituyese al término “folclore”, aunque su alcance fuese mayor²⁸⁴.

xi) asimismo se habló de “bienes culturales”²⁸⁵, “bienes con valor etnológico”²⁸⁶, “expresiones del folclore”, “patrimonio cultural” y “cultura/conocimientos tradicionales”²⁸⁷, “manifestaciones” o “expresiones”²⁸⁸, y “folclore y obras tradicionales de autores desconocidos”, “arte indígena”²⁸⁹.

Pregunta II.7: *¿Existen “expresiones del folclore” u otros ejemplos o formas de cultura y conocimientos tradicionales que no queden protegidos por las Disposiciones Tipo, y que considere que deberían estarlo?*

Pregunta II.8: *Sírvase facilitar información, hacer observaciones o explicar su experiencia práctica acerca del alcance de las expresiones del folclore protegidas.*

Resumen de las respuestas a las Preguntas II.7 y II.8

Estas preguntas se dirigieron a todos los Estados.

Se sugirieron los siguientes elementos adicionales como ejemplos o formas de expresiones del folclore o de la cultura y de los conocimientos tradicionales que debían protegerse:

- i) los procesos y métodos para producir expresiones tangibles del folclore (por ejemplo, instrumentos musicales)²⁹⁰;
- ii) los emplazamientos históricos y arqueológicos, el alfabeto, las ceremonias y los juegos²⁹¹;
- iii) las medicinas tradicionales, las prácticas médicas, la asistencia sanitaria y los métodos de curación²⁹². En una de las respuestas se añadió que no era justo dejar que la medicina tradicional a base de hierbas sea protegida mediante el sistema de patentes principalmente porque el sistema de patentes tenía disposiciones que hacían imposible proteger las medicinas a base de hierbas. En la respuesta se afirmaba que elementos tales como la novedad y la necesidad de analizar la composición química de las medicinas con fines de divulgación excluía de la patentabilidad a las medicinas tradicionales a base de hierbas y el titular de una patente también excluía a los demás de la utilización de las medicinas²⁹³;

²⁸⁴ Nueva Zelandia.

²⁸⁵ Hungría.

²⁸⁶ Rumania.

²⁸⁷ Reino Unido; República de Corea.

²⁸⁸ Panamá.

²⁸⁹ Colombia.

²⁹⁰ Argentina.

²⁹¹ Argentina; Togo; Viet Nam.

²⁹² Argentina; Burkina Faso; Bhután; Honduras; Indonesia; Irán (República Islámica del); México; Panamá; República Unida de Tanzania.

²⁹³ Zimbabwe.

- iv) los conocimientos tradicionales de carácter secreto²⁹⁴;
- v) las teorías científicas en ámbitos como la física y la biología molecular²⁹⁵;
- vi) las formas arquitectónicas y los conocimientos tradicionales²⁹⁶;
- vii) las recetas y los procesos culinarios²⁹⁷;
- viii) los conocimientos indígenas²⁹⁸;
- ix) la astrología tradicional²⁹⁹;
- x) el concepto de espacio cultural, concepto antropológico descrito como el lugar en el que se concentran las actividades culturales tradicionales y populares³⁰⁰;
- xi) las creencias tradicionales³⁰¹;
- xii) los proverbios, los mitos, las gestas épicas, los chistes y rumores, las canciones entonadas con ocasión de los nacimientos, defunciones, partidas de caza y pesca, etcétera³⁰²;
y
- xiii) los tocados, los peinados, los vestidos y las joyas³⁰³.

Asimismo, un país indicó que recientemente había solicitado la protección mediante denominación de origen para un dulce regional específico³⁰⁴. Otro país indicó que el folclore se encontraba en evolución y que no podía legislarse la protección del folclore de manera “similar al contexto de las Disposiciones Tipo”³⁰⁵.

En uno de los países se consideraban las expresiones del folclore como parte del patrimonio cultural en el marco de la legislación pertinente y no como obras que habían de protegerse mediante el derecho de autor³⁰⁶.

En otro país se estimaba que la libre utilización del folclore había contribuido a preservarlo en ausencia de toda disposición jurídica y que el folclore no estaba

²⁹⁴ Burkina Faso.

²⁹⁵ Croacia.

²⁹⁶ República Checa.

²⁹⁷ Jamaica; Togo

²⁹⁸ Indonesia.

²⁹⁹ Irán (República Islámica del).

³⁰⁰ Filipinas.

³⁰¹ Filipinas.

³⁰² Sierra Leona; Togo.

³⁰³ Senegal.

³⁰⁴ República Checa.

³⁰⁵ Filipinas.

³⁰⁶ Hungría.

desapareciendo a causa de esta utilización³⁰⁷. Las expresiones del folclore se protegían como parte del patrimonio cultural nacional y la experiencia del país en materia de protección del folclore consistía en la identificación, la realización de inventarios, la reunión de pruebas, la preservación y la conservación³⁰⁸.

Otra de las respuestas a estas preguntas era que las expresiones del folclore pueden ser protegidas contra ciertas acciones perjudiciales y también contra cierta explotación ilícita cuando la autenticidad de la tradición o el propio patrimonio resulten perjudicados. En esos casos, el objeto de la protección no es el derecho exclusivo del titular (o de la persona interesada) de las expresiones del folclore sino la integridad de la propia tradición o la individualidad de la comunidad (por ejemplo, la imagen religiosa santa como un símbolo típico importante de una comunidad religiosa, o la bandera nacional, etcétera). Se declaró que se planteaba una cuestión de responsabilidad cuando alguien utilizaba expresiones del folclore con el fin de distorsionar o dañar los intereses culturales o el patrimonio de la comunidad en cuestión³⁰⁹.

En uno de los países, es posible denegar el registro o cancelar (en cualquier momento) una marca propuesta si la marca consiste o está compuesta de materia que puede desacreditar o sugerir falsamente una conexión con personas, vivas o muertas, instituciones, creencias o símbolos nacionales, o causar el descrédito de éstos³¹⁰.

c) Actos contra los cuales están protegidas las expresiones del folclore

Pregunta II.9: *Sírvase facilitar información acerca de la naturaleza de la protección concedida en su legislación con respecto a las expresiones del folclore. Por ejemplo, ¿qué actos requieren autorización? ¿Los derechos concedidos son exclusivos?*

Resumen de las respuestas a la Pregunta II.9

En varias de las respuestas se indicaba que los derechos concedidos en relación con las expresiones del folclore eran todos o algunos de los derechos patrimoniales y morales concedidos en relación con las obras protegidas por el derecho de autor. Los derechos concedidos en relación con las expresiones del folclore son, por lo general, también derechos exclusivos³¹¹, si bien en algunos casos puede tratarse de derecho a remuneración – por ejemplo, la radiodifusión de una obra por cable o medios inalámbricos y la distribución de una obra publicada que haya sido producida en forma de fonograma, no requieren autorización pero están sujetas a remuneración³¹². En un país, los derechos son exclusivos si los autores de las expresiones son conocidos³¹³. En otro país, se concede protección independientemente de si el autor es conocido o no y de si ha expirado o no el plazo de protección del autor³¹⁴. En un país que aún no había promulgado la reglamentación necesaria para aplicar la legislación pertinente, se declaró que, de ser promulgada, la reglamentación

³⁰⁷ Zimbabwe.

³⁰⁸ Rumania.

³⁰⁹ Italia.

³¹⁰ Estados Unidos de América.

³¹¹ Barbados; Sri Lanka; República Unida de Tanzania.

³¹² China.

³¹³ Burkina Faso.

³¹⁴ México.

protegería al folclore del uso comercial no autorizado así como de la explotación ilícita, del mismo modo que la Ley de Derecho de Autor protege contra el uso no autorizado y concede derechos morales³¹⁵.

En otra respuesta se dijo que, en virtud de la legislación de derecho de autor, se concede al titular derechos exclusivos “para realizar y autorizar” la reproducción, adaptación, distribución, interpretación o ejecución y exposición. En virtud de la legislación de marcas, un tercero no puede, sin autorización del titular de la marca, utilizar en productos similares una marca similar que cause confusión³¹⁶.

Un país contestó que los derechos concedidos también eran exclusivos y que los actos eran los especificados en la legislación, con inclusión de los conocimientos tradicionales para los fines de la aplicación comercial e industrial³¹⁷.

En cambio, otro país respondió que sus derechos no eran exclusivos y que ciertos actos requerían la autorización del Instituto de Antropología e Historia del país. Los actos cuya autorización era necesaria en el país eran la labor de excavación, el arado de las tierras, el desmonte de los bosques, la fabricación de réplicas y las alteraciones de monumentos o la demolición o restauración estructural de propiedad que forma parte del patrimonio cultural en relación con los derechos de los titulares³¹⁸. En otra respuesta se afirmaba que los derechos eran no exclusivos y que el uso excesivo del folclore más allá de lo permitido también exigía una autorización previa y estaba sujeto al pago de regalías³¹⁹. En otra de las respuestas se decía que no era necesaria la autorización previa siempre que no se infringiesen los principios de la ley³²⁰.

Pregunta II.10: *¿Qué principios rigen en la legislación de su país para determinar los usos que requieren autorización? (Por ejemplo, los principios que figuran en el Artículo 3 de las Disposiciones Tipo son que exista fin lucrativo y que el uso se haga fuera de su contexto tradicional o acostumbrado).*

Resumen de las respuestas a la Pregunta II.10

Casi todas las respuestas a esta pregunta indicaron que se precisa autorización para utilizar las expresiones del folclore con fines comerciales y/o fuera de su contexto tradicional o acostumbrado³²¹. En otras palabras, las respuestas de estos países indicaban que sus legislaciones respectivas utilizaban los principios reflejados en las Disposiciones Tipo.

En uno de los países se indicó que, con respecto al régimen marcario, sólo el titular de una marca podía hacer valer sus derechos sobre la marca y que se aplicarían principios relativos a las marcas en relación con el uso de una marca propuesta en el comercio. En la

³¹⁵ Kenya.

³¹⁶ Estados Unidos de América.

³¹⁷ Panamá.

³¹⁸ Honduras.

³¹⁹ Ghana.

³²⁰ México.

³²¹ Barbados; Burkina Faso; China; Irán (República Islámica del); Namibia; República Unida de Tanzania.

respuesta se añadía que el principio de *mens rea*³²² podría ser pertinente para la cuestión de los daños o en un fallo de infracción premeditada por oposición a la infracción no intencional, pero no era pertinente para la cuestión de la titularidad. En cuanto a las artes y artesanías de la India, el país declaró que el principio aplicable era el de la verdad en la publicidad. Sólo un miembro activo de la tribu federalmente reconocida podía ofrecer o exponer para la venta, o vender cualquier producto de artesanía de manera que ¿? falsamente que se trata de un producto de la India o un producto de una tribu determinada de la India o de una organización india de artes y artesanía con sede en el país³²³.

En otra respuesta se dijo que tendría que haber protección contra la intención de lucro haya o no ocurrido la utilización fuera de los contextos tradicional o consuetudinario, incluso cuando hubiese distorsión de los valores socioculturales de las culturas indígenas y las comunidades locales y también en caso de piratería de las tradiciones³²⁴.

Pregunta II.11: *Tomando como base la experiencia en la aplicación de la legislación de su país, ¿contra qué formas de explotación, utilización y acciones en relación con las expresiones del folclore se debería otorgar protección? Proporcione ejemplos prácticos. ¿Existe alguna experiencia práctica relacionada con la aplicación de las disposiciones pertinentes de la legislación de su país que pudiera servir de ayuda a un público más amplio?*

Resumen de las respuestas a la Pregunta II.11

Se presentaron ejemplos específicos sobre la utilización de las expresiones del folclore y otras formas de cultura y conocimientos tradicionales para los que sugiere que se prevea protección. Se incluyen aquí la explotación de las plantas indígenas; la utilización del nombre de un país en relación con las reproducciones no autorizadas de las obras del país; la piratería de expresiones del folclore por parte de productores extranjeros de películas, la pintura sobre roca, la publicación de cuentos populares, la poesía y los cuentos narrados por los antepasados a los misioneros; la transformación de instrumentos musicales en instrumentos modernos y la atribución de un nuevo nombre; la utilización no autorizada de danzas y rituales folclóricos; y la fotografía de pueblos tradicionales y de su indumentaria para su reproducción en tarjetas postales³²⁵. Asimismo se mencionaron la reproducción; las comunicaciones al público mediante interpretación o ejecución; la radiodifusión; la distribución por cable u otros medios y las adaptaciones; las traducciones u otras transformaciones y las reproducciones no autorizadas³²⁶.

En una respuesta se mencionó la Ley de Artes y Oficios de los Indígenas (IACA) que prohíbe el fraude en materia de comercialización de productos de la artesanía indígena en el país. En la respuesta se afirmaba que, según la experiencia de las tribus nativas norteamericanas, muchas empresas comerciales intentaban falsificar las artesanías de los

³²² El término “*mens rea*” se deriva del latín y significa intención delictiva y se refiere al estado de ánimo necesario para cometer cierto delito. Por consiguiente, es preciso que haya una intención de provocar una consecuencia determinada.

³²³ Estados Unidos de América.

³²⁴ Panamá.

³²⁵ Barbados; Burkina Faso; Burundi; Chad; Namibia (véanse asimismo las respuestas a las Preguntas II.23 y II.24); Senegal; Togo; Viet Nam.

³²⁶ Ghana; Guinea; Viet Nam.

nativos norteamericanos y/o indicar falsamente cierta asociación entre un producto no indígena y una tribu nativa norteamericana³²⁷.

Pregunta II.12: *Si la legislación de su país prevé derechos en relación con la mención de la fuente (como los previstos en el Artículo 5 de las Disposiciones Tipo), indique, haciendo referencia en la medida de lo posible a ejemplos prácticos, si esos derechos han sido útiles, eficaces y viables en la práctica.*

Por ejemplo, ¿cómo se aplica en su país el requisito de que la expresión del folclore sea “identificable” (que proceda de una comunidad o lugar conocidos)? ¿Cómo se aplica este requisito en el caso de que en su país haya varias comunidades que compartan expresiones del folclore similares? ¿O en el caso de que en su país haya comunidades que vivan también en países vecinos, y/o comunidades que hayan adoptado y desarrollado una expresión del folclore que proceda de otro país?

Resumen de las respuestas a la Pregunta II.12

De los 13 países que respondieron a esta pregunta, seis afirmaron que sus legislaciones establecían derechos en relación con el reconocimiento de la fuente³²⁸. En siete de las respuestas se negó la existencia de esa disposición³²⁹.

Si bien en las repuestas no se daba ninguna otra información o ejemplo adicional, en algunas se formulaban los siguientes comentarios:

- i) en una de las respuestas se mencionaron las dificultades que planteaban las expresiones del folclore pertenecientes a comunidades que vivían en más de un país³³⁰;
- ii) en otra respuesta se afirmó que la Ley de Artes y Oficios de los Indígenas impedía comercializar en el país productos “de fabricación indígena” cuando se trataba de productos no fabricados por los indígenas en el sentido definido en la Ley. El país declaró que su Ley de Marcas de 1946, tal como había sido modificada, preveía la protección reglamentaria de los aspectos del folclore de las tribus nativas norteamericanas así como los de los demás pueblos indígenas del mundo entero³³¹;
- iii) en otro país se declaraba que existían varias comunidades que compartían las expresiones del folclore y que ello estaba previsto en su Reglamento pero que el registro de las expresiones del folclore incumbía a los representantes de los congresos o autoridades indígenas que habían presentado la solicitud. En la respuesta se indicó que los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas consistían en creaciones compartidas entre los miembros de las distintas comunidades y que se compartían los beneficios entre toda la colectividad. En su respuesta, el país hizo la siguiente distinción:
 - a) cuando las comunidades no indígenas comparten expresiones del folclore que son similares a las de los indígenas (réplicas) y las comercializan, la Ley de ese

³²⁷ Estados Unidos de América.

³²⁸ Burkina Faso; Kenya; Namibia; Panamá; República Unida de Tanzania; Viet Nam.

³²⁹ Bardados; Estados Unidos de América; Ghana; Guinea; México; Senegal; Togo.

³³⁰ Burkina Faso (respuesta a la Pregunta II.8); Namibia.

³³¹ Estados Unidos de América.

país estipula que las comunidades no indígenas pueden continuar esa práctica pero que no pueden reivindicar los derechos colectivos concedidos a los pueblos indígenas;

b) en cuanto a las comunidades indígenas que comparten expresiones del folclore, a éstas no se les impide seguir utilizando las expresiones del folclore, y los derechos de las actuales y futuras generaciones no se ven afectados pues se les permite seguir utilizando y desarrollando esas expresiones del folclore;

c) en cuanto a los demás países, en la Ley se estipula que las expresiones artísticas y tradicionales de los indígenas de otros países gozan de los mismos beneficios que las nacionales, a condición de que se concierten acuerdos internacionales recíprocos entre los países interesados³³².

Pregunta II.13: *¿Tiene algún límite temporal la protección que proporciona la legislación de su país?*

Sí

No

En caso afirmativo, ¿Cuál es la duración? ¿Cómo se determina el comienzo de la protección? ¿Qué ocurre con la expresión del folclore después de que expire el período de protección (por ejemplo, pasa a ser del dominio público de manera que cualquier persona pueda copiarla y utilizarla sin restricción)?

En caso negativo, ¿Tiene su país alguna experiencia a este respecto que pueda servir de ayuda a un público más amplio?

Resumen de las respuestas a la Pregunta II.13

De los 23 países que prevén una protección específica para las protección del folclore, uno respondió “Sí” a que la protección que proporciona está limitada en el tiempo³³³, mientras que 11 respondieron “No”³³⁴ y uno respondió “Sí” y “No”³³⁵.

En una de las respuestas se decía que las obras del folclore eran perpetuas y, como tales, no caían en el dominio público³³⁶. Sin embargo, en otra respuesta se afirmaba que la protección prevista en virtud del derecho de autor se limitaba en el tiempo y se aplicaba durante la vida del autor más 70 años, durante 95 años a partir de la fecha de publicación o

³³² Panamá.

³³³ Irán (República Islámica del).

³³⁴ Barbados; Ghana; Kenya; México; Mozambique; Namibia; República Unida de Tanzania; Sri Lanka; Togo; Túnez.

³³⁵ Guinea.

³³⁶ Ghana.

durante 120 años a partir de su creación. La protección prevista en virtud de la legislación de marcas continúa mientras la marca se utilice en forma apropiada como marca. Cabe recalcar que, en ese país, una marca puede ser cancelada en cualquier momento si se comprueba que la marca causa un descrédito o sugiere falsamente una conexión³³⁷. En otra respuesta se afirmaba que era importante hacer arreglos en el folclore de manera que éste pueda pasar de una generación a otra, asegurando al mismo tiempo que se preserve su identidad³³⁸.

Pregunta II.14: Proporcione información sobre las excepciones, si las hay, que prevea la legislación de su país a los derechos mencionados anteriormente. ¿Opinan los custodios del folclore y los usuarios de su país que son adecuadas?

Resumen de las respuestas a la Pregunta II.14

De los 12 países que prevén protección específica para las expresiones del folclore, numerosos establecen excepciones que son las mismas o similares a las que se aplican para las obras protegidas por el derecho de autor. En algunas de las respuestas se enumeraban las excepciones pertinentes³³⁹.

En una respuesta se afirmaba específicamente que las excepciones en la legislación del país concernido se consideraban adecuadas tanto desde el punto de vista de los custodios del folclore como de los usuarios del país³⁴⁰. En otra respuesta se afirmaba que no se habían recibido comentarios o quejas del público durante la revisión de la legislación³⁴¹.

En dos respuestas se dieron ejemplos de las excepciones a los derechos mencionadas en la legislación:

i) el uso del folclore por una entidad pública nacional con fines no comerciales y la importación de cualquier obra realizada en el extranjero que incorpore elementos del folclore³⁴²;

ii) el uso en relación con actividades pedagógicas por instituciones públicas y con el consentimiento de las autoridades tradicionales indígenas; para exposiciones en escuelas y ventas realizadas por estudiantes; derechos reconocidos anteriormente sobre la base de la legislación pertinente; para conjuntos de bailes folclóricos, aunque se deben excluir los miembros de los pueblos indígenas cuando se presenta un espectáculo artístico indígena³⁴³.

Pregunta II.15: Teniendo en cuenta las expresiones del folclore que existen en su país, ¿contra qué formas de explotación, utilización y actos podría ser necesario proteger las expresiones del folclore? Proporcione ejemplos prácticos.

Pregunta II.16: Facilite cualquier otra información o experiencia práctica relacionadas con la naturaleza de la protección que se concede a las expresiones del folclore en su país.

³³⁷ Estados Unidos de América.

³³⁸ Senegal.

³³⁹ Véanse por ejemplo, Burkina Faso; China; Estados Unidos de América; Namibia; Viet Nam.

³⁴⁰ China.

³⁴¹ Namibia.

³⁴² Kenya.

³⁴³ Panamá.

Resumen de las respuestas a las Preguntas II.15 y II.16

En relación con las formas de explotación, utilización y actos contra los que podría ser necesario proteger las expresiones del folclore, en numerosas respuestas se afirmaba que debería protegerse las expresiones del folclore contra los actos protegidos en la ley de derecho de autor, tales como la reproducción, la adaptación, la interpretación o ejecución pública, la publicación, la divulgación al público, así como los actos protegidos por los derechos morales. De conformidad con la legislación de un país, las creaciones culturales del folclore tradicional podían utilizarse únicamente de modo que “no depreciese su valor”³⁴⁴.

Asimismo, se suministraron algunos ejemplos específicos:

i) la reproducción de obras de arte en camisetas, alfombras importadas³⁴⁵ y prendas de vestir³⁴⁶;

ii) la duplicación y adaptación de remedios tradicionales³⁴⁷;

iii) la copia y utilización de diseños y patrones tradicionales tejidos a mano en tejidos de fabricación industrial en detrimento de la práctica local del tejido, a manos principalmente de las mujeres de las aldeas³⁴⁸;

iv) un país se refirió a las preocupaciones y esfuerzos por preservar y proteger una parka indígena de mujer (*amauti*). Las mujeres indígenas intentaban promover la venta de *amautis* hechos a mano a fin de conservar las capacidades y conocimientos tradicionales, obteniendo al mismo tiempo una fuente de ingresos y de independencia financiera³⁴⁹;

v) la apropiación por parte de ciertos autores de obras que son comunes a todos los pueblos del país³⁵⁰;

vi) la utilización del teatro de sombras, y la poesía, canciones, música y danzas populares³⁵¹;

vii) la comercialización y exportación de material y artefactos etnográficos, difíciles de clasificar y fechar³⁵²;

viii) utilizar y explotar el folclore con ánimo de lucro, distorsionar las expresiones del folclore, e inducir a engaño al público³⁵³;

³⁴⁴ República Checa.

³⁴⁵ Australia.

³⁴⁶ Barbados.

³⁴⁷ Barbados.

³⁴⁸ Bhután.

³⁴⁹ Canadá.

³⁵⁰ Kirguistán.

³⁵¹ Malasia.

³⁵² Filipinas.

³⁵³ Sierra Leona.

ix) la explotación no autorizada de obras del folclore, tales como la reproducción, la difusión, la presentación en escena, la recitación o cualquier otra forma de interpretación o ejecución o la presentación directa al público³⁵⁴;

x) el uso inapropiado o no autorizado de textos e imágenes indígenas para promover el turismo. En la respuesta se informó que también se había expresado preocupación acerca del uso de diseños indígenas por personas no indígenas en la industria de la moda, y el uso de poesía lírica en la industria de la música; asimismo la industria de los “recuerdos” en la que toda una serie de productos se consideraban como denigrantes para la cultural indígena o que quitaban valor a la autenticidad de sus obras. En la repuesta se añadía que también tendrían que considerarse cuestiones relativas a la tecnología digital, tales como la manipulación de propiedad cultural, en particular, la carga y descarga o reproducción de imágenes y música desde un sitio Web, fuera del “contexto tradicional o consuetudinario”³⁵⁵;

xi) las formas abusivas de explotación, usos y acciones que no respetan la dignidad de la comunidad en cuestión o que ofenden su respetabilidad o su honor³⁵⁶.

En otra respuesta se afirmaba que no había protección puesto que aparentemente no era necesaria. Se añadía que el conceder derechos de propiedad intelectual podría impedir la promoción y ulterior desarrollo del folclore ya que la cultura debe cambiar continuamente para desarrollarse y sobrevivir³⁵⁷.

Uno de los países declaró que estaba de acuerdo con el alcance del Artículo 3 del texto de las Disposiciones Tipo en lo relativo a los usos sujetos a autorización y con el Artículo 6 del mismo texto relacionado con las prácticas que se considerarían contrarias a los derechos sobre las expresiones del folclore³⁵⁸.

En cuanto a la información general adicional solicitada en la Pregunta II.16, uno de los países respondió que, en sus tribunales, se aplicaba una interpretación flexible de la legislación de propiedad intelectual y de los principios del derecho consuetudinario con el fin de proteger mejor las expresiones del folclore y mencionó el uso de la doctrina de la información confidencial y el establecimiento de obligaciones fiduciarias³⁵⁹. Otro país declaró que “la diversidad cultural se consolida y se promueve cuando se comparten las expresiones del folclore de muchas culturas diferentes... y de esa manera se protegen los distintos aspectos de las expresiones del folclore, sin restringir o limitar indebidamente la difusión de las mismas”³⁶⁰. En una respuesta se mencionó la protección prevista en la legislación del patrimonio cultural³⁶¹. Otro país contestó que su legislación no era clara pues no explicaba qué formas de expresión habían de protegerse y, por consiguiente, sería mejor que adoptara las Disposiciones Tipo³⁶².

³⁵⁴ Egipto; Honduras; Zimbabwe.

³⁵⁵ Nueva Zelandia.

³⁵⁶ Italia.

³⁵⁷ República de Corea.

³⁵⁸ Colombia.

³⁵⁹ Australia.

³⁶⁰ Canadá.

³⁶¹ República Checa.

³⁶² Namibia.

En una de las respuestas se dijo que la expresión del folclore que incluya, por ejemplo, la épica tradicional en una película, era una forma de protección aunque beneficie financieramente a terceros porque “la proyección de la película “protegerá” la existencia de esa épica que se transmitirá a generaciones futuras”³⁶³.

En un país, el Tribunal Supremo había dictado un fallo sobre la cuestión de si el “autor” conocido de un “cuento popular” había o no creado una obra individual y original. El Tribunal consideró que, en el caso de los cuentos populares, la originalidad y la paternidad debía juzgarse según las reglas especiales de la poesía popular. A este respecto, era importante tener en cuenta la constante variación de los cuentos populares: éstos se transmitían y mantenían oralmente, por lo que estaban expuestos a continuas modificaciones. Un narrador de cuentos no tenía derecho a la protección por derecho de autor si su papel en la elaboración de cuentos no excedía los marcos tradicionales de la narración de cuentos³⁶⁴.

No obstante, según la respuesta de otro país, su Ley sobre protección del patrimonio cultural nacional tangible garantizaba la protección de los bienes pertenecientes al patrimonio cultural nacional, incluidos los “bienes con valor etnológico”, en su forma definida. En la respuesta se afirmaba que también se garantizaba la protección del material básico y de los recursos financieros utilizados para descubrir, contabilizar, examinar, clasificar, investigar, almacenar, conservar, restaurar y proteger. En virtud de la misma Ley, si un bien se clasificaba como patrimonio cultural nacional, nadie podía efectuar ningún tipo de copia del mismo sin permiso del titular, se trate de propiedad pública o privada³⁶⁵.

En otras respuestas se declaraba que la forma más eficaz de proteger las expresiones del folclore era resolviendo los problemas concretos que se planteaban en el país. Asimismo se añadía que “como en el caso de todos los nacionales, los miembros de las tribus indígenas y los nativos de Alaska tienen libre acceso a sus representantes elegidos, quienes están en condiciones de proponer legislación para responder a sus necesidades particulares”³⁶⁶.

La propiedad cultural designada como “propiedad nacional o local” se protege de la destrucción y se mantiene a fin de preservarla y no en términos de propiedad intelectual³⁶⁷.

La protección del folclore y de las expresiones del mismo, en lo relativo a su integridad, promoción y difusión, era uno de los objetivos de la política destinada a preservar el patrimonio cultural de la nación. Dicha protección incumbía a las autoridades encargadas de la aplicación de las políticas³⁶⁸.

³⁶³ Filipinas.

³⁶⁴ Hungría.

³⁶⁵ Rumania.

³⁶⁶ Estados Unidos de América.

³⁶⁷ República de Corea.

³⁶⁸ Colombia.

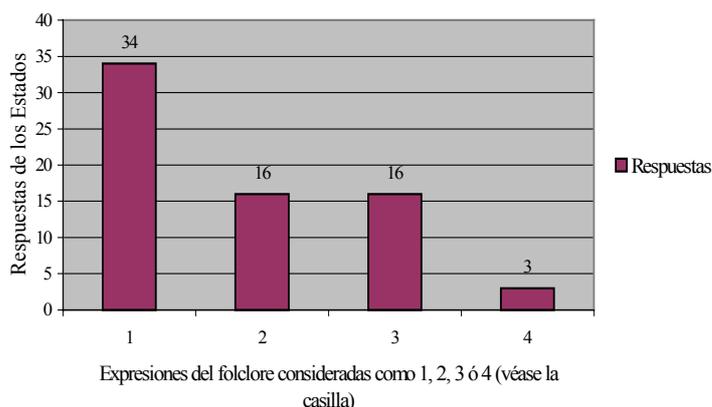
d) Autorización de utilización de expresiones del folclore

Pregunta II.17: *En su país, ¿se considera que las expresiones del folclore son:*

- (i) *“Propiedad” del país en su conjunto (forman parte del patrimonio cultural nacional)?*
- (ii) *¿“Propiedad” de las comunidades indígenas u otras comunidades locales de su país?*
- (iii) *¿“Propiedad” de artistas individuales cuyas obras se basan en tradiciones folclóricas?*
- (iv) *Ninguna de las tres. Proporcione información adicional.*

Resumen de las respuestas a las Preguntas II.17

Las respuestas se reflejan en el siguiente cuadro:



1. ¿“Propiedad” del país en su conjunto (forman parte del patrimonio cultural nacional)?
2. ¿“Propiedad” de las comunidades indígenas u otras comunidades locales de su país?
3. ¿“Propiedad” de artistas individuales cuyas obras se basan en tradiciones folclóricas?
4. Ninguna de las tres. Proporcione información adicional.

Por ejemplo, 34 respuestas indicaban que las expresiones del folclore eran “propiedad” del país en su conjunto (parte del patrimonio cultural nacional).

Las respuestas contenían asimismo la siguiente información adicional:

i) la legislación sobre el derecho de autor no reconoce la titularidad comunitaria como tal. No obstante, en un caso, los tribunales decidieron que un artista indígena tenía una obligación fiduciaria con su comunidad. “La constatación de esta obligación fiduciaria podía considerarse como una ampliación de cierto tipo de titularidad comunitaria, ya que requiere que el titular del derecho de autor de la obra haga valer sus derechos a fin de proteger a la cultura de su comunidad contra acciones lesivas”³⁶⁹;

³⁶⁹

Australia.

ii) las expresiones del patrimonio cultural de autor desconocido pertenecen al país en su conjunto. Son propiedad de sus autores únicamente cuando éstos son conocidos³⁷⁰;

iii) en cierto sentido, las expresiones del folclore pueden considerarse como “propiedad” del país en su conjunto. No obstante, entre los pueblos aborígenes del país, existe con frecuencia la noción de “titularidad” del patrimonio artístico tradicional en las comunidades concernidas. En virtud del sistema jurídico nacional, existen mecanismos para que las colectividades (tanto aborígenes como no aborígenes) reivindiquen derechos de “propiedad” jurídicos en las expresiones del folclore (por ejemplo, contratos relacionados con los secretos comerciales, o corporaciones titulares de títulos de derechos de autor y patentes)³⁷¹.

iv) en una de las respuestas se afirmó que el folclore pertenecía a un país únicamente cuando el autor era desconocido³⁷². En algunas respuestas se decía que las expresiones del folclore eran propiedad de los distintos artistas³⁷³, mientras que en otra respuesta se decía que éstas eran la propiedad de las comunidades indígenas locales³⁷⁴. En otras respuestas se afirmó que la titularidad correspondía generalmente a una de las tres partes siguientes: el país, la comunidad o el individuo, según la expresión del folclore en cuestión o según las circunstancias³⁷⁵.

Pregunta II.18: Facilite cualquier otra información o experiencia práctica relacionada con la autorización del uso de las expresiones del folclore en su país.

En lo tocante a las experiencias prácticas con la autorización del uso de las expresiones del folclore, las respuestas suministraron la siguiente información:

i) el Museo Canadiense de la Civilización es una corporación federal Crown que sirve de museo nacional de historia humana del Canadá. El programa de estudios culturales del museo colecciona arte folclórico tangible, así como grabaciones de canciones, idiomas, narraciones orales y personales. A fin de reflejar la voluntad de los miembros de ciertos grupos aborígenes sobre el acceso a sus expresiones del folclore, la sección de etnología del Museo restringe el acceso a algunas colecciones de materiales aborígenes sagrados a los miembros de los grupos de dicha afiliación cultural, y no los pone a disposición del público³⁷⁶;

ii) en otro país, existe un sistema de gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos, y existe la posibilidad de conceder licencias para la utilización de la materia protegida por el derecho de autor. La organización de gestión colectiva recauda las tasas derivadas de la utilización de obras que son de dominio público. A continuación las tasas se transfieren al Fondo Estatal de Propiedad Intelectual³⁷⁷;

³⁷⁰ Burkina Faso.

³⁷¹ Canadá.

³⁷² Reino Unido; Viet Nam.

³⁷³ Nueva Zelandia; Viet Nam; Zimbabwe.

³⁷⁴ Panamá.

³⁷⁵ Honduras; República de Corea.

³⁷⁶ Canadá.

³⁷⁷ Kirguistán.

iii) en una respuesta se afirmaba que la utilización de una expresión del folclore dependía de que se hubiera informado a la comunidad pertinente y se hubiera recibido la autorización de los ancianos o del Jefe máximo³⁷⁸. En otra respuesta se reflejaba la necesidad de obtener el consentimiento fundamentado previo y sin restricciones de la comunidad cultural indígena pertinente y de los pueblos indígenas. Debía concertarse un memorando de entendimiento entre el solicitante, la comunidad cultural y los pueblos indígenas anfitriones, y la Comisión Nacional sobre Pueblos Indígenas del país, en el dialecto o lenguaje de la comunidad y pueblos concernidos, con la correspondiente traducción al inglés y al filipino³⁷⁹.

iv) se afirmó que existía el control de las obras de artistas “profesionales” respecto de las obras de artes populares aplicadas. En este caso, se protegía la obra en virtud del derecho de autor puesto que existían los requisitos de protección jurídica. A veces surgían controversias por plagio entre artistas populares (para saber cuál de ellos había creado primero cierto motivo u objeto). En este caso, la única solución posible era, aparte de un arreglo amigable, ir a los tribunales³⁸⁰;

v) uno de los países presentó las siguientes hipótesis prácticas:

a) un informante puede entregar a un recolector expresiones del folclore que pueden, en realidad, “pertener” a otra persona de la comunidad, a un grupo específico dentro de la comunidad o a un grupo fuera de la comunidad del informante. Si se obtiene un formulario de descargo firmado por el informante, ello puede impedir que se sigan utilizando esas expresiones del folclore si existe esa tradición de titularidad y un usuario tendría que obtener permiso para tal uso;

b) un informante podrá entregar expresiones del folclore a un recopilador en el entendimiento de que la interpretación o ejecución, o utilización, de esas expresiones del folclore ocurrirá únicamente en determinadas condiciones, por ejemplo, durante cierta temporada de un año, únicamente entre hombres o entre mujeres, o únicamente en relación con un ritual específico. Ello hace que el uso del folclore en una publicación o en cualquier otra producción para las masas sea difícil o imposible, puesto que el control del uso del folclore ya no sería posible;

c) un informante puede entregar a un recolector expresiones del folclore en el entendimiento de que sólo el recolector podrá utilizar el material. Esto deja abierta la cuestión del grado de control que ejercerá el recolector en el ulterior uso de las expresiones del folclore por terceros, puesto que el recolector probablemente no será tan consciente de las consecuencias en la titularidad como el primer informante.

En la respuesta se añadía que, en el país en cuestión, un informante puede ordenar la destrucción de un grabación algunos años después de que ésta haya sido efectuada. Ello se debe a que el informante puede sentirse incómodo en cuestiones relativas a la titularidad y al uso y por ello también podrá legar por testamento esa grabación o la información contenida en la misma. En la respuesta se añadió que, en el primer caso, el recolector o depositario tendría que decidir entre cumplir con los deseos de la persona que haya producido el folclore o cumplir la orden dada por el Estado de “recolectar y preservar” esas expresiones del folclore,

³⁷⁸ Sierra Leona.

³⁷⁹ Filipinas.

³⁸⁰ Hungría.

y en el segundo caso, tendría que renegociar un permiso de adquisición con el heredero de las expresiones del folclore³⁸¹;

vi) en uno de los países, los pueblos indígenas y las comunidades locales conceden autorización para el uso de las expresiones del folclore en forma de contratos de licencia con terceros³⁸².

Pregunta II.19: *¿Establece la legislación de su país una “autoridad competente” y/o una “autoridad supervisora” tal como figura en los Artículos 9 y 10 de las Disposiciones Tipo?*

Facilite información acerca de las atribuciones, la financiación, el mandato, la composición, las responsabilidades, las funciones y las actividades de esos órganos en su país.

Describa el procedimiento para obtener autorizaciones para utilizar expresiones del folclore.

¿Hay que pagar alguna tasa para utilizar las expresiones del folclore? Y, en caso de que así sea, ¿cómo se determinan y a qué objetivos se destinan (por ejemplo, a la promoción de la cultura nacional)?

En general, ¿qué enseñanzas y ejemplos prácticos podrían ser útiles a un público más amplio?

Resumen de las respuestas a la Pregunta II.19

Algunos de los países que prevén una protección jurídica específica para las expresiones del folclore declararon lo siguiente:

i) no existe ningún órgano que autorice los usos del folclore en el sentido mencionado en las Disposiciones Tipo pero, en ciertos casos, es posible solicitar la autorización a varios departamentos y oficinas gubernamentales³⁸³;

ii) en ciertos casos, la Oficina de derecho de autor cumple las funciones de una sociedad de gestión colectiva del derecho de autor y actúa como el tipo de autoridad prevista en los artículos 9 y 10 de las Disposiciones Tipo³⁸⁴. En cuanto a los derechos, o bien éstos se recaudan y conforman el fondo de promoción de la cultura³⁸⁵, o bien no se pagan³⁸⁶. Otro país respondió que existía una organización de gestión colectiva y que ésta era la única que tenía el poder de autorizar y supervisar la explotación de las expresiones del folclore. En la respuesta se afirmaba que el producto de las regalías lo administraba también la organización con fines culturales y sociales³⁸⁷;

³⁸¹ Estados Unidos de América.

³⁸² Panamá.

³⁸³ Barbados; Irán (República Islámica del); Mozambique; Namibia (Respuesta a la Pregunta II.20); Panamá; Viet Nam.

³⁸⁴ Burkina Faso; México.

³⁸⁵ Burkina Faso

³⁸⁶ México.

³⁸⁷ Togo.

iii) asimismo se indicó que se había establecido o estaba en proceso de establecimiento una autoridad supervisora competente³⁸⁸. En una de las respuestas se indicaba que, en su proyecto de ley, se estipulaba que las tasas de utilización de las obras del folclore no debían ser inferiores al 7% del beneficio realizado mediante su utilización y que éste debía utilizarse principalmente con los siguientes fines: en primer lugar, apoyar la labor de las organizaciones nacionales del folclore, los artistas folclóricos, las instituciones de investigación del folclore, los museos dedicados al folclore, las salas de exposición y los archivos; en segundo lugar, subvencionar la realización por parte de la comunidad de actividades basadas en el folclore tradicional; y en tercer lugar, proteger y difundir las obras del folclore nacional³⁸⁹. En otra respuesta se afirmaba que se exigía a las personas que desearan utilizar obras del folclore en forma distinta de la permitida por la ley, que se dirigieran al ministerio responsable de la cultura y pagaran la tasa prescrita. En la respuesta se añadía que el proyecto de ley de derecho de autor exigía que las personas que desearan utilizar las obras del folclore con fines comerciales se dirigieran a la Junta Directiva para el Folclore Nacional con el fin de pedir permiso en la forma prescrita y pagar las tasas requeridas³⁹⁰. En un país se afirmó que existía un Consejo de Artes y Oficios de los Indígenas que hacía las veces de órgano dentro del ministerio del interior y que administraba la Ley pertinente. En esta respuesta se decía que, en virtud de las legislaciones de derecho de autor y de marcas, la autoridad pertinente era el titular de los derechos³⁹¹.

Pregunta II.20: Si la legislación de su país considera que las comunidades indígenas u otras comunidades locales de su país son “titulares” de sus formas respectivas de patrimonio artístico tradicional, ¿cómo ponen en práctica, gestionan y ejercen sus derechos las comunidades concernidas de conformidad con la legislación? ¿Qué lecciones y ejemplos prácticos podrían ser útiles para un público más amplio?

Resumen de las respuestas a la Pregunta II.20

Un país indicó que cuando ciertas obras del folclore producidas por una comunidad estaban siendo distorsionadas a fin de desacreditar o empañar la reputación de la comunidad, o cuando no se atribuía la fuente de una obra literaria o artística a la comunidad pertinente, la comunidad podía recurrir a la oficina del derecho de autor. No obstante, hasta la fecha no se habían producido este tipo de situaciones³⁹².

En uno de los países, el Estado concede a las comunidades y pueblos indígenas un derecho que les permite negarse a dar su consentimiento para la recolección de material biológico y genético, el acceso a los conocimientos tradicionales y a los planes y proyectos de carácter biotecnológico en su territorio si antes no se les ha dado información suficiente sobre los usos y beneficios conexos³⁹³.

En otra de las respuestas se afirmaba que era posible entablar demandas ante el Consejo de Artes y Oficios de los Indígenas en relación con productos protegidos supuestamente

³⁸⁸ China; República Unida de Tanzania.

³⁸⁹ China.

³⁹⁰ Ghana.

³⁹¹ Estados Unidos de América.

³⁹² México.

³⁹³ Venezuela.

ofrecidos o expuestos para la venta o vendidos en forma que sugerían falsamente una relación con productos indígenas y ello en virtud de la Ley de Artes y Oficios de los Indígenas. Asimismo era posible demandar en lo civil y el gobierno también había tomado medidas para educar a los consumidores a que ayuden a evitar la falsificación de productos artesanales³⁹⁴. No obstante, tal como se ha dicho anteriormente con referencia a la Pregunta II.17, un país respondió que a las comunidades locales sólo se les consideraba custodios del patrimonio nacional ya que la titularidad de las expresiones del folclore correspondía a ese patrimonio³⁹⁵.

e) Sanciones, medidas de subsanación y jurisdicción

Pregunta II.21: *¿Qué medidas de subsanación y sanciones prevé la legislación de su país?*

Pregunta II.22: *Facilite cualquier otra información o experiencia práctica relacionadas con las medidas de subsanación, las sanciones y la jurisdicción.*

Resumen de las respuestas a las Preguntas II.21 y II.22

Las sanciones y medidas de subsanación mencionadas en las respuestas eran principalmente sanciones reglamentarias establecidas por infracción del derecho de autor o infracción penal³⁹⁶.

Un país respondió que, en caso de un segundo delito, la multa pagadera era el doble de la primera. En la respuesta se añadía que las sanciones se imponían además de la confiscación y destrucción de los medios que se habían utilizado para cometer el delito³⁹⁷.

Muchos países declararon que las sanciones y medidas de subsanación eran o bien multas, o bien la pena de prisión, o ambas y que éstas eran similares a las previstas en su sistema jurídico, incluidos los daños y perjuicios u otros recursos civiles apropiados según el tipo de propiedad y el grado de infracción cometida³⁹⁸.

Uno de los países también añadió que de las multas impuestas, la mitad se destinaba al tesoro nacional y la otra mitad se destinaba a los costos de inversión en los territorios indígenas de los pueblos o comunidades locales en cuestión³⁹⁹.

No se suministró información sobre experiencias prácticas.

³⁹⁴ Estados Unidos de América.

³⁹⁵ Togo.

³⁹⁶ Estados Unidos de América; Ghana; Panamá.

³⁹⁷ Chad; Panamá.

³⁹⁸ Barbados; Chad; China; Estados Unidos de América; Federación de Rusia; Irán (República Islámica del); Namibia; República Unida de Tanzania; Sri Lanka; Venezuela; Viet Nam.

³⁹⁹ Panamá.

f) Relación con otras formas de protección

Pregunta II.23: *¿Existe algún ejemplo en su país de expresiones del folclore que hayan obtenido protección por medios indirectos, tal como los derechos conexos?*

Sí

No

Facilite información adicional y, si es posible, ejemplos prácticos para ilustrar su respuesta.

Pregunta II.24: *Proporcione cualquier otra información o experiencia práctica relacionada con otras formas de protección otorgada a las expresiones del folclore en su país.*

Resumen de las respuestas a la Preguntas II.23 y II.24

De los 49 países que contestaron a la Pregunta II.23, 24 respondieron “Sí” y 25, “No”.

Los países que respondieron “Sí” se refirieron a:

- a) la protección otorgada por medio de la legislación en materia del derecho de autor y los derechos conexos, particularmente la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de grabaciones de sonido⁴⁰⁰;
- b) la protección otorgada por la legislación en materia de marcas. En un ejemplo, una de las primeras naciones aborígenes utilizó la legislación en materia de marcas para proteger imágenes antiguas pintadas sobre roca⁴⁰¹;
- c) la protección mediante el derecho de autor para “obras” derivadas de “expresiones del folclore”⁴⁰²;
- d) las expresiones del folclore protegidas mediante el derecho consuetudinario⁴⁰³.

Ciertos países se refirieron asimismo a la legislación relativa al patrimonio cultural y a los derechos de los pueblos indígenas⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ Alemania; Australia; Canadá; Filipinas; Gambia; Indonesia; Jamaica; Países Bajos; República Checa.

⁴⁰¹ Canadá.

⁴⁰² Croacia.

⁴⁰³ Gambia.

⁴⁰⁴ Federación de Rusia; Filipinas; Ghana; Países Bajos; Senegal; Togo.

Muchos de los países respondieron que había casos en los que las expresiones del folclore recibían protección por medios indirectos, tales como los derechos conexos⁴⁰⁵. En una de las respuestas se afirmaba que las expresiones del folclore podían obtener protección como obras derivadas, tales como las traducciones, adaptaciones, arreglos y demás alteraciones. En la respuesta se añadía que las recopilaciones de expresiones del folclore también se protegían siempre que la selección o arreglo de su contenido fuese original⁴⁰⁶. En una de las respuestas se dijo que también se protegía a los artistas intérpretes o ejecutantes que interpretasen obras del folclore así como los productores o a las obras que incorporasen elementos del folclore⁴⁰⁷.

Según la práctica judicial de otro país, el resultado de la actividad valiosa y útil de los investigadores de canciones folclóricas también se protegía por derecho de autor como una recopilación de obras. El grupo de expertos en derecho de autor de dicho país dio la siguiente respuesta en 1985: “El artista intérprete o ejecutante ha de percibir una remuneración incluso en el caso de interpretación o ejecución de obras de música folclórica si el artista intérprete o ejecutante es un artista profesional. En cambio, si un artista aficionado graba música folclórica (o de otro género), en principio no se le debe remuneración alguna por el hecho de consentir a que se fije su interpretación; no obstante, en la práctica, la empresa productora de fonogramas del país remunera también a los artistas aficionados”. Desde que se modificó la legislación de derecho de autor en 1994, ya no se hace distinción alguna entre artistas profesionales y artistas aficionados, de modo que desde entonces la protección por derechos conexos se concede a toda clase de interpretaciones o ejecuciones⁴⁰⁸.

Uno de los países respondió que otra de las formas de protección concedidas a las expresiones del folclore era la deducción de impuestos y la exención del pago de los mismos. En la respuesta se añadía que “en relación con el impuesto al valor añadido, los objetos únicos de arte popular y artes aplicadas, o los objetos fabricados en un número limitado de ejemplares mediante una tecnología no industrial y a los cuales el jurado les atribuye un número pagan un derecho preferencial del 12%”. El derecho normalmente pagadero es del 25% y sólo los productos farmacéuticos y el equipo terapéutico no pagan ningún derecho⁴⁰⁹.

En una de las respuestas se dijo que se estaba efectuando un examen del régimen de derechos aplicables a los artistas intérpretes o ejecutantes. En ese examen se considerará si en la actual definición de interpretación o ejecución se tendrían que mencionar específicamente las “interpretaciones o ejecuciones culturales”. Asimismo se está considerando la cuestión de si resultaría más apropiada cierta forma de titularidad colectiva para los derechos resultantes de las “interpretaciones o ejecuciones culturales”⁴¹⁰. En otra respuesta se afirmó que, en la legislación, no se hacía ninguna distinción entre el derecho de autor y los derechos conexos⁴¹¹.

⁴⁰⁵ Ghana; Grecia; Hungría; Italia; Nueva Zelandia; Noruega; Reino Unido; República de Corea; Rumania; Viet Nam; Zimbabwe.

⁴⁰⁶ Grecia.

⁴⁰⁷ Ghana.

⁴⁰⁸ Hungría.

⁴⁰⁹ Hungría.

⁴¹⁰ Nueva Zelandia.

⁴¹¹ Estados Unidos de América.

g) Protección de las expresiones del folclore en países extranjeros

Pregunta II.25: *¿Existe algún caso en el que el folclore original de su país se haya explotado o utilizado en un país extranjero?*

Sí

No

En caso afirmativo:

- i) proporcione información detallada de esos casos*
- ii) ¿Pudieron las autoridades pertinentes y/o las personas afectadas de su país emprender alguna acción legal para impedir esa explotación o utilización o para obtener indemnización al respecto? En caso de respuesta afirmativa, facilite información detallada en la que se incluya la base jurídica sobre la que se emprendió tal acción legal (por ejemplo, la base de la reciprocidad establecida en la legislación de su país).*

Resumen de las respuestas a la Pregunta II.25

A la Pregunta II.25, 13 países respondieron “Sí”. En tres de las respuestas se indicó que el país había experimentado una explotación de sus expresiones del folclore principalmente en el plano comercial, en todo el mundo⁴¹². Dos países respondieron “No” y un país dijo que no tenía conocimiento de si alguna de sus expresiones del folclore hubiese sido explotada o estuviese siendo explotada en el extranjero⁴¹³.

Varias respuestas presentaron casos en los que se habían utilizado expresiones del folclore en el extranjero, y se habían explotado comercialmente tanto en mercados nacionales como extranjeros. Asimismo, en ciertas respuestas se ponía de manifiesto la necesidad de contar con procedimientos y mecanismos jurídicos adecuados para impedir dicha utilización y explotación de las expresiones del folclore en países extranjeros⁴¹⁴.

Pregunta II.26: *¿Considera que es necesario establecer un acuerdo internacional para la protección de las expresiones del folclore?*

Sí

No

Facilite información más detallada acerca de su respuesta.

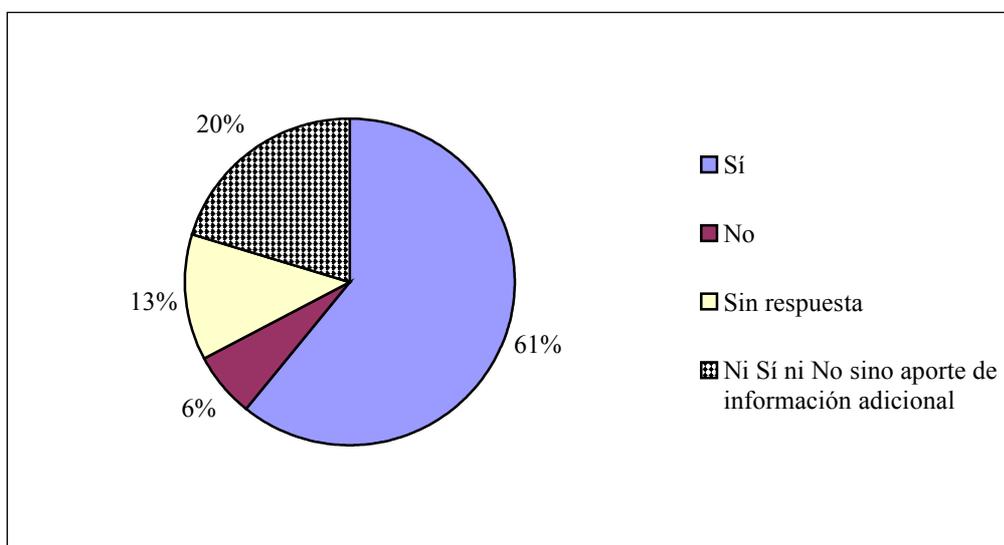
⁴¹² Costa Rica; Ghana; Panamá.

⁴¹³ México.

⁴¹⁴ Barbados; Burkina Faso; Burundi; Chad; Costa Rica; Ghana; Guinea; Federación de Rusia; Irán (República Islámica del); Namibia; Panamá; Senegal; República Unida de Tanzania.

Resumen de las respuestas a la Pregunta II.26

A esta pregunta, 39 países respondieron “Sí” y cuatro “No”⁴¹⁵. Ocho de los países no respondieron a esta pregunta. Asimismo, en 13 de las respuestas no se puso ni “Sí” ni “No” pero se suministró información adicional⁴¹⁶.



Los países que respondieron “Sí” adujeron varias razones para justificar su respuesta:

- i) un acuerdo internacional contribuiría a descubrir los casos de explotación ilegal del folclore y a poder actuar en consecuencia puesto que daría la oportunidad de detectar el abuso de los extranjeros⁴¹⁷;
- ii) dos países respondieron que un acuerdo permitiría proteger mejor las expresiones del folclore porque se trataba de una cuestión que incumbía no solamente a un país sino a varios países de una región⁴¹⁸;
- iii) otro país contestó que un mayor respeto de los derechos de propiedad intelectual respecto de los conocimientos tradicionales y las expresiones del folclore de los pueblos indígenas y las comunidades locales, especialmente a nivel internacional, las preservaría y mantendría, protegiéndolas contra la explotación abusiva mediante la apropiación. En la respuesta se añadía que el respeto contribuía a preservar esas expresiones del folclore puesto que sin él desaparecerían. El acuerdo, además de constituir una protección, se convertiría en un medio de defender las culturas nacionales⁴¹⁹;

⁴¹⁵ Australia; Estados Unidos de América; Hungría; Suiza.

⁴¹⁶ Alemania; Antigua y Barbuda; Bélgica; Canadá; Grecia; Italia; Letonia; Noruega; Nueva Zelandia; Países Bajos; Portugal; República de Corea; Reino Unido.

⁴¹⁷ Chad; Colombia; Costa Rica; Mozambique; Zimbabwe.

⁴¹⁸ Costa Rica; Rumania.

⁴¹⁹ Panamá.

iv) uno de los países respondió que la protección del carácter nacional no era suficiente para prever un nivel adecuado de protección de las expresiones del folclore. En la respuesta se sugería la adopción de un instrumento de derecho internacional para tener la posibilidad de elegir, principalmente en los países donde las expresiones del folclore de otros países se utilizaban comercialmente⁴²⁰;

v) no obstante, en otra de las respuestas se advirtió que un eventual tratado tendría que vincularse con cuestiones de propiedad intelectual y no abarcar temas incluidos en otros tratados o procesos internacionales, o que podría llegarse a soluciones divergentes⁴²¹.

Los países que contestaron “No” afirmaron que sería prematuro, en esta etapa, apoyar la idea de un acuerdo internacional⁴²². Por ejemplo, uno de ellos dijo que quedaba poco claro si era o no posible, o incluso conveniente, establecer un conjunto de normas globales y uniformes a nivel internacional que rijan la protección de las expresiones del folclore. En la respuesta se añadía que por lo visto era prematuro iniciar esa actividad antes de que los distintos países hubieran establecido, en colaboración con las comunidades dentro de sus fronteras, sus propios regímenes nacionales de protección dentro de sus fronteras, y antes de que adquiriesen una experiencia útil en la aplicación y efecto de dicha protección⁴²³.

De los 13 países que no respondieron ni “Sí” ni “No”, uno declaró que el país en cuestión estaba solicitando las opiniones de las partes interesadas sobre si resultaría más apropiado aplicar mecanismos nacionales o internacionales con el fin de lograr un equilibrio entre las distintas consideraciones⁴²⁴. Otro de los países declaró que, en su país, no se había expresado ninguna necesidad de contar con un instrumento internacional y que aún quedaba por ver la necesidad de dicho instrumento⁴²⁵. Además:

i) en una respuesta se afirmó que, en Europa, la cultura era un asunto nacional y que, por consiguiente, un acuerdo internacional no era la solución más adecuada. No obstante, la protección del patrimonio cultural de los países en desarrollo resultaba capital⁴²⁶;

ii) un país afirmó que era receptivo a la labor que se estaba realizando actualmente a nivel internacional. Añadió que era importante centrarse en la identificación de las insuficiencias de los distintos derechos de propiedad intelectual de los regímenes internacionales existentes y en la mejora de la información acerca de los derechos vigentes y de las posibilidades de sanción en las comunidades en cuestión⁴²⁷;

iii) otro país contestó que podría ser necesario examinar en el futuro el marco jurídico internacional de protección de las expresiones del folclore. No obstante, en la respuesta se añadió que podría resultar prematuro entablar debates al respecto pues quedaban por resolver ciertas cuestiones fundamentales. El país declaró que los debates tendrían que centrarse en cuestiones fundamentales tales como la definición, la titularidad, la asignación y el ejercicio

⁴²⁰ Colombia.

⁴²¹ Argentina.

⁴²² Australia; Estados Unidos; Nueva Zelandia; Suiza.

⁴²³ Estados Unidos de América.

⁴²⁴ Canadá.

⁴²⁵ Alemania.

⁴²⁶ Países Bajos.

⁴²⁷ Bélgica; Noruega.

de los derechos, y el tratamiento del folclore que existe más allá de las fronteras. Asimismo insistió en que podría ser más importante llegar a entendimientos comunes sobre estas cuestiones entre los países miembros de la OMPI más bien que iniciar los debates para crear un marco jurídico internacional⁴²⁸;

iv) uno de los países estaba dispuesto a participar constructivamente en los debates sobre las iniciativas internacionales en esta esfera y se mostró comprensivo hacia algunos países que deseaban establecer un régimen de protección internacional propio. En la respuesta se añadía que las cuestiones fundamentales que cabía abordar eran: ¿qué es el folclore?; ¿cuáles son los fallos de la protección actual?; ¿qué actos tendrían que protegerse?; ¿quién tendría que resultar beneficiado (puesto que la cultura atraviesa las fronteras nacionales)?⁴²⁹;

v) no obstante, un país se manifestó a favor de que el Comité Intergubernamental prosiguiera su labor en esta esfera con el fin de determinar si era o no necesario dicho acuerdo internacional⁴³⁰.

Pregunta II.27: *En caso de respuesta afirmativa, ¿opina que las Disposiciones Tipo podrían ser un punto de partida adecuado para el desarrollo de ese acuerdo?*

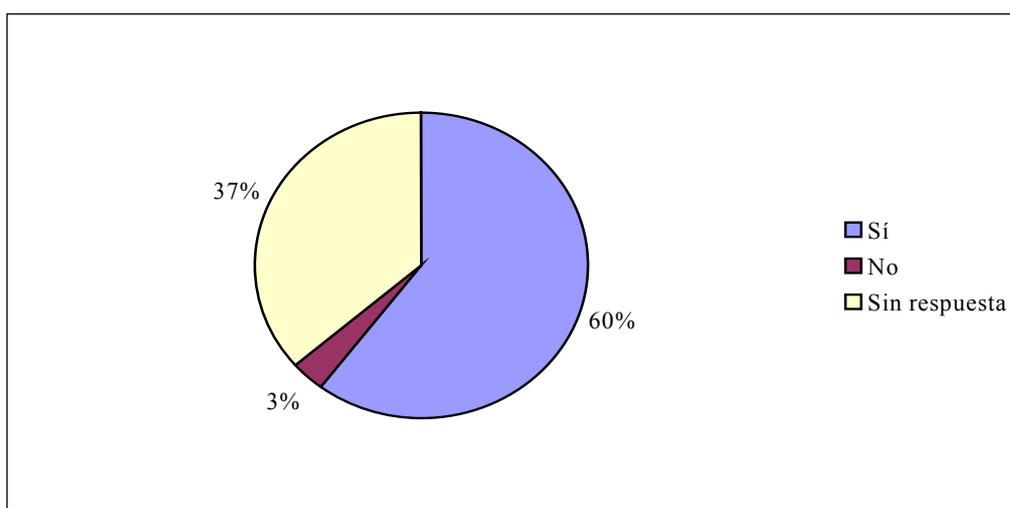
Sí

No

Facilite información más detallada acerca de su respuesta.

Resumen de las respuestas a la Pregunta II.27

38 países respondieron “Sí” a esta pregunta y dos respondieron “No”. 23 de los cuestionarios cumplimentados no respondieron a esta pregunta, mientras que uno de los países no contestó ni sí ni no.



⁴²⁸ Japón.
⁴²⁹ Reino Unido.

He aquí la información adicional proporcionada por los países:

i) uno de los países que respondió “Sí” propuso que se examinase el Sistema Legislativo Tipo de Derechos Comunitarios del Perú y la Ley de Templos y Santuarios Antiguos así como la Ley del Patrimonio Nacional del Japón⁴³¹.

ii) en algunas de las respuestas se consideraba que las Disposiciones Tipo proporcionarían directrices para un marco jurídico armonizado en todos los países miembros y harían posible una base común para un acuerdo. En las respuestas se afirmaba que ello constituía un punto de partida adecuado⁴³²;

iii) en una de las respuestas se afirmó que las Disposiciones Tipo eran el resultado de una labor sustancial realizada por expertos en la materia y que era por eso que el documento había servido a hacer que los países fuesen más conscientes de la situación actual y a consolidar la protección concedida a las expresiones del folclore. En la respuesta se añadía que ya habían pasado 17 años desde que se elaboraran las Disposiciones Tipo y que era importante tener en cuenta las nuevas tecnologías y un mundo globalizado en el que los conocimientos relativos a la biodiversidad son de interés para mucha gente y sin embargo los titulares de esos conocimientos no salen beneficiados⁴³³;

iv) en otra de las respuestas se afirmaba que no bastaba con las Disposiciones Tipo sino que éstas debían complementarse con otros documentos y presentaciones fuente⁴³⁴.

Pregunta II.28: ¿Tiene alguna práctica en relación con los dos principales problemas que impidieron la conclusión de un tratado internacional en 1984 (a saber, i) la falta de fuentes adecuadas para identificar las expresiones del folclore que deberían ser protegidas y ii) la falta de mecanismos viables para determinar las expresiones del folclore que se podían encontrar no sólo en un país sino en varios países de una región)?

Resumen de las respuestas a la Pregunta II.28

Varios países hicieron propuestas y/o sugerencias en relación con los dos principales problemas que impedían la concertación de un tratado internacional; entre ellas se cuentan:

i) la solución que se aplique a dichos problemas debe ser universal. Un foro apropiado para tratar ambas cuestiones sería un comité permanente de la OMPI⁴³⁵;

ii) el establecimiento de bases de datos nacionales y/o internacionales sobre el folclore⁴³⁶. Un país afirmó que estaba dispuesto a examinar la posibilidad de establecer bases de datos relativas a la falta de fuentes apropiadas y al uso de medios de solución de controversias alternativos, tales como el arbitraje y la mediación para resolver las demandas

[Continuación de la nota de la página anterior]

⁴³⁰ Nueva Zelandia.

⁴³¹ Jamaica.

⁴³² Colombia; Italia; Zimbabwe.

⁴³³ Panamá; Togo.

⁴³⁴ Nueva Zelandia.

⁴³⁵ Barbados.

⁴³⁶ Egipto; Federación de Rusia; Indonesia; Malasia; México; Rumania.

relacionadas con el folclore en las que estuviesen implicados varios países de una región. Se estimó que sería útil proseguir los debates aun cuando estas sugerencias prácticas no facilitasen necesariamente la elaboración de un tratado internacional⁴³⁷. En otra respuesta se dijo que las fuentes documentales de las expresiones del folclore que pudiesen tener derecho a protección deberían constituir un sistema de información para uso universal que podría inspirarse de los parámetros del archivo mundial de obras protegidas por derecho de autor con miras a su gestión colectiva. Se añadió que la labor de identificación y documentación de las expresiones del folclore en los países en desarrollo debía beneficiarse de la cooperación internacional brindada por organizaciones tales como la OMPI y la UNESCO⁴³⁸;

iii) la propuesta de crear un instituto internacional destinado a identificar las fuentes de las expresiones del folclore⁴³⁹. En una de las respuestas se dijo que un instituto internacional tendría que estar compuesto de representantes de todos los Estados interesados, eventualmente especialistas de organismos nacionales responsables de la protección del folclore. Se afirmó que entre sus responsabilidades podría estar la de elaborar una base de datos internacional de expresiones del folclore y que podría servir de mediador en los conflictos generados por expresiones del folclore que pertenecieran a varios países de una región⁴⁴⁰;

iv) una iniciativa tanto nacional como internacional para definir las fuentes apropiadas que determinen qué expresiones del folclore deberían protegerse. Los organismos nacionales encargados de la promoción y el desarrollo de la cultura participarían en la búsqueda y la documentación de las fuentes. En el caso de las expresiones del folclore que puedan encontrarse en varios países de una región, se preferiría un enfoque regional. Resultaría sumamente útil para resolver este problema un sistema de registro y notificación utilizado de todos los países interesados en explotar los beneficios derivados de su folclore común. Podría asimismo establecerse un sistema equitativo de distribución de los beneficios. La notificación de la intención de un país de registrar y proteger el folclore común debería comunicarse a los demás países de la región en los que se encuentra el folclore⁴⁴¹;

v) la colaboración de los gobiernos entre sí y con las organizaciones internacionales pertinentes, como la UNESCO⁴⁴²;

vi) en el plano nacional, la aprobación y aplicación de políticas favorables a la protección, el archivado, la preservación, la formación técnica, la investigación, la documentación y la sensibilización del público. En el plano regional, la creación de una organización regional que sirviera como depositaria de datos presentados por los países como resultado de sus esfuerzos nacionales. Esta organización estaría compuesta por Estados miembros de la región y se encargaría de establecer una metodología regional para la investigación cultural, establecer directrices para la distribución de beneficios, identificar expresiones comunes en la región y, así como del intercambio de información entre los Estados miembros y otras regiones. Asimismo, se precisa asistencia internacional en materia de financiación y conocimientos técnicos a fin de facilitar estas propuestas. Podría resultar

⁴³⁷ Canadá.

⁴³⁸ Colombia.

⁴³⁹ Croacia; Togo.

⁴⁴⁰ Rumanía.

⁴⁴¹ Gambia.

⁴⁴² Irán (República Islámica del).

necesario establecer un tribunal mundial encargado de la preservación y protección de las expresiones del folclore⁴⁴³;

vii) en lo que respecta a los criterios para determinar (identificar) las expresiones del folclore, podría resultar útil dividirlos en géneros. Por ejemplo, las leyendas, los cuentos de hadas y las gestas épicas tienen como origen el patrimonio popular mientras que, por el contrario, las novelas y los ensayos tienen autores) y el criterio en este caso sería la ausencia de un autor. En lo tocante al folclore regional, se sugirió la creación de centros regionales destinados a la protección y el examen de las expresiones del folclore. Dichos centros se ocuparían de proteger las expresiones del folclore de países como culturas tradicionales similares y formular conclusiones competentes sobre la pertenencia de una expresión determinada del folclore a la nación de uno u otro país⁴⁴⁴;

viii) las autoridades competentes y supervisoras contempladas en las Disposiciones Tipo identificarían qué expresiones del folclore deberían protegerse. En lo que respecta al folclore regional, podrían identificar y conceder licencias individuales sobre expresiones del folclore cuando dos comunidades a ambos lados de una frontera compartan las mismas culturas y tradiciones⁴⁴⁵;

ix) dos comités internacionales podrían abordar las cuestiones pertinentes que remitirían a continuación a una conferencia diplomática de la OMPI⁴⁴⁶.

x) la creación de comités nacionales sobre el patrimonio cultural puede contribuir a identificar expresiones del folclore⁴⁴⁷. En una de las respuestas se añadió que también se podrían contratar consultores profesionales que pudiesen realizar encuestas en las comunidades⁴⁴⁸;

xi) un país afirmó que cabría tener en cuenta no solamente la falta de recursos apropiados para la identificación de dichas expresiones o la falta de mecanismos fiables para resolver las cuestiones relativas a las expresiones del folclore en el país, sino también la identificación del titular legal (que podría ser, por ejemplo, la persona legítima para actuar judicialmente) y la exclusividad del origen de dichas expresiones en un país⁴⁴⁹;

xii) en una respuesta se afirmó que los casos en los que una expresión del folclore pudiera ser común en dos o más países, o específica en comunidades étnicas instaladas en el territorio de dos o más Estados, podrían constituir un problema habida cuenta de que son los gobiernos los que ejercen los derechos en materia de expresiones del folclore. Se añadió que si se considerase que los pueblos o las comunidades étnicas son los titulares de los derechos respecto de las expresiones del folclore y no los gobiernos, la dificultad que se plantea es evidente puesto que el reconocimiento y el ejercicio de los derechos en nombre de esas comunidades no estarían sujetos al hecho de que éstos tienen su origen en un país o en otro⁴⁵⁰.

443 Jamaica.

444 Kirguistán.

445 Namibia.

446 República Unida de Tanzania.

447 Rumania; Zimbabwe.

448 Zimbabwe.

449 Italia.

450 Colombia.

En una de las respuestas se dijo, con respecto a la cuestión de la falta de un mecanismo fiable para resolver las cuestiones del folclore que se planteaban en más de un país, que los beneficios podrían invertirse en proyectos de interés común para ambos países en lugar de repartirlos entre ellos⁴⁵¹.

Pregunta II.29: *Proporcione cualquier otra información o experiencia práctica relativa a la protección de las expresiones del folclore de países extranjeros.*

Resumen de las respuestas a la Pregunta II.29

En varias respuestas se incluían sugerencias adicionales tales como:

- a) podría resultar útil concertar acuerdos recíprocos especiales entre países en relación con expresiones del folclore de países extranjeros, pero no deberían constituir la base para la protección global de las expresiones del folclore⁴⁵²;
- b) es necesario determinar si el término “autoridad competente” se refiere a un representante autorizado de cada comunidad cultural o al máximo dirigente político de dicha comunidad⁴⁵³.
- c) en las legislaciones nacionales se podrían dar disposiciones expresas para la protección de las expresiones del folclore de los países extranjeros⁴⁵⁴.

III. Modificaciones o adaptaciones de las Disposiciones Tipo

Pregunta III.1: *Proponga modificaciones o adaptaciones que puedan hacer las Disposiciones Tipo más útiles como modelo para las legislaciones nacionales, regionales o internacionales.*

Resumen de las respuestas a la Pregunta III.1

Se propusieron varias modificaciones o adaptaciones a las Disposiciones Tipo, entre las que se cuentan:

- i) en las Disposiciones Tipo se debería definir la terminología utilizada para delimitar claramente el ámbito y el alcance de la protección deseada⁴⁵⁵;
- ii) las Disposiciones Tipo deberían ponerse a disposición de todos los Estados⁴⁵⁶;
- iii) las prácticas médicas y los métodos de curación tradicionales, los diseños textiles, las teorías científicas y las tradiciones prácticas, el patrimonio intangible y el espacio cultural deberían incluirse en el ámbito de las Disposiciones Tipo⁴⁵⁷;

⁴⁵¹ Zimbabwe.

⁴⁵² Namibia.

⁴⁵³ Filipinas.

⁴⁵⁴ Ghana.

⁴⁵⁵ Argentina.

⁴⁵⁶ Burkina Faso.

iv) en las Disposiciones Tipo se debería prever la protección internacional⁴⁵⁸; promover la cultura humana y facilitar las relaciones culturales entre naciones⁴⁵⁹; y proteger a los pueblos indígenas y los espacios comunitarios que se encuentran en peligro, tales como los cementerios⁴⁶⁰;

v) las Disposiciones Tipo deberían traducirse a los idiomas oficiales de los Estados miembros⁴⁶¹ y actualizarse en función del entorno tecnológico actual⁴⁶²;

Asimismo se hicieron las siguientes sugerencias generales:

i) las comunidades indígenas y otros nacionales de un país deben comprender sus derechos y obligaciones respectivos tanto implícitos como explícitos en los casos en que se haya concedido la autorización para utilizar una expresión del folclore⁴⁶³;

ii) las tasas derivadas de la utilización de las expresiones del folclore deberían ser variables, y deberían investigarse asimismo otras formas de remuneración posibles⁴⁶⁴;

iii) deberían encontrarse soluciones para los casos en los que más de una comunidad es titular de la misma expresión del folclore⁴⁶⁵;

iv) cuando las expresiones del folclore sean la base de una creación que goce de protección por propiedad intelectual, una forma de *droit de suite* tendría que corresponder a la comunidad o sociedad que protegió inicialmente las expresiones del folclore⁴⁶⁶;

v) la OMPI tendría que celebrar seminarios y reuniones regionales en los Estados miembros⁴⁶⁷ y también establecer otras disposiciones tipo que servirían de ejemplo de un acuerdo recíproco especial sobre la protección de las expresiones del folclore de países extranjeros⁴⁶⁸;

vi) determinación del tipo de protección que sería eficaz para las expresiones del folclore⁴⁶⁹; establecimiento de un código de ética que garantice enfoques respetuosos y un reconocimiento de los creadores y transmisores tradicionales de las expresiones del

[Continuación de la nota de la página anterior]

⁴⁵⁷ Bhután; Croacia; Filipinas; Viet Nam; Zimbabwe.

⁴⁵⁸ Irán (República Islámica del).

⁴⁵⁹ Irán (República Islámica del).

⁴⁶⁰ Jamaica.

⁴⁶¹ Kirguistán.

⁴⁶² Malasia.

⁴⁶³ Argentina.

⁴⁶⁴ Argentina.

⁴⁶⁵ Argentina; Italia.

⁴⁶⁶ Gambia.

⁴⁶⁷ Kirguistán; República Unida de Tanzania.

⁴⁶⁸ Namibia.

⁴⁶⁹ Croacia.

folclore⁴⁷⁰; y la repatriación de la remuneración, *post facto*, respecto del folclore cultural tradicional y las obras de conocimientos tradicionales que hayan sido explotadas⁴⁷¹;

vii) se ha de conceder protección a las expresiones del folclore que también se utilicen en el entorno digital; en la red de información mundial, los conceptos de reproducción y comunicación al público contenidos en el Artículo 3 de las Disposiciones Tipo deberían actualizarse de manera comparable a lo que se ha hecho en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas⁴⁷²;

viii) la creación de un concepto de protección *sui generis* en el marco de la propiedad intelectual⁴⁷³. En una respuesta se exhortó a que se concibieran políticas y se hicieran modificaciones o adaptaciones en ese sector, de manera que el folclore y los conocimientos indígenas se mencionasen explícitamente. Se afirmó que un concepto *sui generis* sería un tipo de protección especialmente relacionado con lo que ya existe, aunque necesariamente diferente⁴⁷⁴;

ix) las sanciones deberían ser uniformes y aplicarse más allá de las fronteras nacionales⁴⁷⁵.

[Sigue el Anexo II]

⁴⁷⁰ Jamaica.

⁴⁷¹ Jamaica.

⁴⁷² Colombia.

⁴⁷³ Costa Rica; Lituania.

⁴⁷⁴ Costa Rica.

⁴⁷⁵ Sierra Leona.

ANEXO II

LISTA DE ESTADOS MIEMBROS QUE RESPONDIERON AL
CUESTIONARIO -OMPI/GRTKF/IC/2/7- AL 31 DE ENERO DE 2002

ESTADO MIEMBRO	NOMBRE DEL REPRESENTANTE	TÍTULO
Antigua and Barbuda	-	Ministry of Justice and Legal Affairs, Office of the Attorney General
Argentina	María Georgina Gerde	Asesoría Legal de Patentes, Instituto Nacional de Propiedad Intelectual
Australia	Fiona Ey	Senior Legal Officer, Attorney-General's Department
Barbados	Christopher Birch	Deputy Registrar, Corporate Affairs and Intellectual Property Office
Belgium	Alain Tacq	Conseiller adjoint, Ministère de la Justice – Service droit d'auteur
Bhutan	Kinley Wangchuk	Deputy Director, Intellectual Property Division, Ministry of Trade and Industry
Bosnia and Herzegovina	Melika Filipan	International Trademark Examiner, Institute for Standards, Metrology and Intellectual Property
Brunei Darussalam	Sharifah Sarinah binti Wan Ibrahim	Legal Counsel, Attorney General's Chambers
Burkina Faso	Assétou Toure Oussiené Compaore	Directrice, Bureau burkinabé du droit d'auteur Juriste, Direction nationale de la propriété industrielle
Burundi	Gabriel Ntagabo	Chef de service des Arts, des spectacles et du droit d'auteur, Ministère de la jeunesse, des sports et de la culture.
Canada	Michèle Gervais	Director, Intellectual Property Policy, Department of Industry

Chad	Oumar Nene Tassy	Directeur, Bureau tchadien du droit d'auteur (BUTDRA)
China	Shi Zongyuan	Commissioner, National Copyright Administration of China
Colombia	Fernando Zapata López	Director General, Dirección Nacional de Derecho de Autor
Costa Rica	Virginia Marín N.	Directora a.i., Registro de la Propiedad Industrial
Côte d'Ivoire	Yao Norbert Etranny	Directeur, Centre national des arts et de la culture
Croatia	Sc. Nikola Kopčić	Director General, State Intellectual Property Office of the Republic of Croatia
The Czech Republic	Michal Beneš Hana Masopustová	Secretary of Cultural Affairs of UNESCO, Ministry of Culture Head of Copyright Section, Ministry of Culture
Ecuador	Nelson Velasco Izquierdo	Presidente del Instituto Ecuatorino de la Propiedad Intelectual (IEPI)
Egypt	Dr. Ahmed Aly Morsi	Professor of Folk Traditions, Cairo University and Advisor to the Minister of Culture
Ethiopia	Getachew Mengistie	Head, Patent Technology Transfer and Development Department
The Gambia	Fola H. Allen	Registrar General, Department of State for Justice
Germany	Irene Pakuscher	Head of the Copyright and Publishing Law Section, Federal Ministry of Justice
Ghana	Kamei Anyimadu-Antwi	Assistant Copyright Administrator, Copyright Office
Greece	D. Kallinikou	Director, Copyright Organization Ministry of Culture

Guinea	Challoub Riad	Directeur général, Bureau guinéen du droit d'auteur
Honduras	Camilo Bendeck	Director General de Propiedad Intelectual, Dirección General de Propiedad Intelectual
Hungary	Dr. Zoltán Kiss	Head of Division, Hungarian Patent Office, Department of Law and International Affairs, Division of Copyright and Harmonisation
Indonesia	A. Zen Umar Purba	Director General of Intellectual Property Rights, Directorate General of Intellectual Property Rights
Iran (Islamic Republic of)	Mohammad Hassan Kiani	Director General, Office for Companies and Industrial Property, Registration Organization for Deeds and Properties
Italy	Raffaele Foglia	Legal Counsellor, Ministry of Foreign Office
Jamaica	Natalie Wilmot	Manager of Copyright and Related Rights, Jamaica Intellectual Property Office
Japan	Ken-Ichiro Natsume	Assistant Director, Ministry of Foreign Affairs, First International Organization Division.
Kenya	Paul Omondi Mbago	Registrar General, Attorney General's Office
Kyrgyzstan	Roman O. Omorov	Director, State Agency of Science and Intellectual Property under the Government of the Kyrgyz Republic (Kyrgyzpatent)
Latvia	Mara Rozenblate	Head of PCT Section, Latvian Patent Office
Lithuania	-	State Patent Bureau
Malaysia	Ismail Jusoh	Director, Intellectual Property Division, Ministry of Domestic Trade and Consumer Affairs

Mexico	Javier Tapia Ramírez	Director de Protección contra la Violación del Derecho de Autor, Instituto Nacional del Derecho de Autor
Monaco	-	Direction de l'expansion économique
Mozambique	Boaventura Afonso	Director, Instituto Nacional Du Livro e Du Disco
Namibia	Tarah Shinavene	Director, Audiovisual Media and Namibia Communications Commission, Ministry of Foreign Affairs, Information and Broadcasting
The Netherlands	H. Y. Kramer	Director of Media, Literature and Libraries, Ministry of Education, Culture and Science
New Zealand	Kim Connolly-Stone	Senior Advisor, Intellectual Property, Ministry of Economic Development
Norway	Maria Duna	Assistant Director General, Norwegian Ministry of Cultural Affairs
Pakistan	Dr. Shamim M. Zaidi	Director, Lok Virsa, Ministry of Culture
Panama	Luz Celeste Ríos de Davis	Directora general del Registro de la Propiedad Industrial (DIGERPI)
The Philippines	Emma C. Francisco	Director General, Intellectual Property Office of the Philippines
Portugal	Jaime Andrez	President du CA, Instituto Nacional da Propriedad Industrial (INPI), Ministerio da Economia
The Republic of Korea	Young-Ah Lee	Deputy Director, Copyright Division, Ministry of Culture and Tourism
Romania	Ionela Naftanaila	Expert, Romanian Copyright Office

The Russian Federation	L.N. Simonova Yu. G. Smirnov N.G. Ponomareva	Head of Division, Russian Agency for Patents and Trademarks (Rospatent)
Senegal	Ndèye Abibatou Youm Diabe Siby	Directeur général, Bureau sénégalais du droit d'auteur
Sierra Leone	Joseph Fofanah	Trade Marks and Patents Officer, Administrator and Registrar-General's Office
Sri Lanka	Kanaganayagam Kanag-Isvaran	Chairman, Advisory Commission, National Intellectual Property Office of Sri Lanka
Switzerland	Martin A. Girsberger	Co-Head, Legal Services, Patent and Design Law Division of Legal and International Affairs, Swiss Federal Institute of Intellectual Property
Togo	Komi Amétépé Ayi	Directeur général, Bureau togolais du droit d'auteur (BUTODRA)
Tunisia	Latifa Mokaddem	Chargée de Mission, Ministère de la Culture
The United Kingdom	Dr. Brian Simpson	Assistant Director, Copyright Directorate, The Patent Office
The United Republic of Tanzania	Stephen Dominic Mtetewaunga	Copyright Administrator, Copyright Society of Tanzania
The United States of America	Robert L. Stoll	Administrator for External Affairs, United States Patent and Trademark Office
Venezuela	Thaimy M. Marquez	Directora del SAPI, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI)

Viet Nam	Do Thanh Bih	Patent Examiner, National Office of Industrial Property of Vietnam
Zimbabwe	E. Munaiwa	The Controller of Patents, Trade Marks and Industrial Designs, Ministry of Justice

[Sigue el Anexo III]

ANEXO III

DISPOSICIONES TIPO PARA LEYES NACIONALES SOBRE LA PROTECCIÓN
DE LAS EXPRESIONES DEL FOLCLORE CONTRA LA EXPLOTACIÓN ILÍCITA Y
OTRAS ACCIONES LESIVAS

preparadas por las Secretarías de la Organización de las
Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)
y de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

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

[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 reflejan 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;

Se promulgan las siguientes disposiciones:]

ARTÍCULO PRIMERO

Principio de la protección

Las expresiones del folclore desarrolladas y perpetuadas en [nombre del país] estarán protegidas por esta [ley] contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, tal como se definen en esta [ley].

ARTÍCULO 2

Expresiones del folclore protegidas

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:

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

iii) las expresiones corporales, tales como: las danzas y representaciones escénicas populares y formas artísticas de rituales;

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

iv) 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].

ARTÍCULO 3

Utilizaciones sujetas a autorización

Sin perjuicio de las disposiciones del Artículo 4, 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,] cuando se hacen a la vez con fines lucrativos y fuera de su contexto tradicional o acostumbrado:

- i) toda publicación, reproducción y toda distribución de ejemplares de expresiones del folclore;
- ii) toda recitación, ejecución o interpretación pública, transmisión por hilo o por cable y cualquier otra forma de comunicación al público de expresiones del folclore.

ARTÍCULO 4

Excepciones

1. Las disposiciones del Artículo 3 no se aplicarán en los casos siguientes:

- i) utilización para fines de actividades pedagógicas;
- ii) utilización para fines de ilustración de la obra original de un autor, siempre que el alcance de tal utilización sea compatible con el buen uso;
- iii) toma de expresiones del folclore para fines de creación de una obra original de uno o varios autores.

2. Tampoco se aplicarán las disposiciones del Artículo 3 cuando la utilización de las expresiones del folclore sea fortuita, lo que comprende, entre otros casos:

i) la utilización de cualquier expresión del folclore que pueda ser vista u oída en el transcurso de un acontecimiento para fines de información sobre dicho acontecimiento por medios fotográficos, de radiodifusión, o de grabación sonora o visual, siempre que el alcance de dicha utilización se justifique por los fines de información;

ii) utilización de objetos en que se hallen incorporadas las expresiones del folclore que estén situados de manera permanente en un lugar en el que puedan ser vistos por el público, si la utilización consiste en incluir su imagen en una fotografía, en un filme o en una emisión de televisión.

ARTÍCULO 5

Mención de la fuente

1. En 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.

2. Las disposiciones del párrafo 1) no se aplicarán a las utilizations mencionadas en los párrafos 1), apartado iii), y 2) del Artículo 4.

ARTÍCULO 6

Infracciones

1. Toda persona que, deliberadamente [o por negligencia], no cumpla las disposiciones del párrafo 1 del Artículo 5, incurrirá en ...

2. Toda persona que, sin la autorización de [la autoridad competente mencionada en el párrafo 1 del Artículo 9,] [la comunidad concernida,] utilice deliberadamente [o por negligencia] una expresión del folclore en contravención de las disposiciones del Artículo 3, incurrirá en ...

3. Toda persona que intencionalmente engañe a otros respecto de la fuente de objetos de arte o de temas de representaciones o ejecuciones públicas o recitaciones comunicadas al público por ella de forma directa o indirecta presentando tales objetos de arte o tales temas como expresiones del folclore de una comunidad de la que, de hecho, no son originarios, incurrirá en ...

4. Toda persona que utilice en público, de forma directa o indirecta, expresiones del folclore desnaturalizándolas intencionadamente de una forma lesiva para los intereses culturales de la comunidad, incurrirá en ...

ARTÍCULO 7

Confiscación u otras sanciones

Todo objeto producido en infracción de lo dispuesto en la presente [ley], y todo beneficio obtenido por el autor de la infracción y que derive de ella, serán objeto [de confiscación] [de las acciones y medidas aplicables].

ARTÍCULO 8

Recursos civiles

Las sanciones previstas [en el Artículo 6] [en los Artículos 6 y 7] se aplicarán sin perjuicio de la acción por daños y perjuicios u otros recursos civiles que correspondan.

ARTÍCULO 9

Autoridades

- [1. A los efectos de la presente [ley], se entenderá por “autoridad competente” ...]
- [2. A los efectos de la presente [ley], se entenderá por “autoridad supervisora” ...]

ARTÍCULO 10

Autorización

1. Toda solicitud de autorización individual o general para cualquier utilización de expresiones del folclore sujetas a autorización en virtud de la presente [ley] se presentará [por escrito] a [la autoridad competente] [la comunidad concernida].
2. Cuando [la autoridad competente] [la comunidad concernida] conceda la autorización, podrá fijar la cuantía de las regalías y percibir las [; éstas deberán corresponder a una tarifa [establecida] [aprobada] por la autoridad supervisora]. Las regalías recaudadas se destinarán a la promoción o a la salvaguardia [de la cultura nacional] [del folclore nacional].
- [3. Podrán interponer recurso contra las decisiones de la autoridad competente el solicitante de la autorización y/o el representante de la comunidad concernida.]

ARTÍCULO 11

Jurisdicción

- [1. De los recursos interpuestos contra las decisiones de la [autoridad competente] [autoridad supervisora] entenderá el Tribunal de ...]

[2. Toda infracción prevista en el Artículo 6, será de competencia del Tribunal ...]

ARTÍCULO 12

Relación con otras formas de protección

La presente [ley] no limitará ni perjudicará en ningún caso ninguna forma de protección aplicable a las expresiones del folclore en virtud de la legislación sobre derecho de autor, de la legislación que proteja a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, de las leyes que protejan la propiedad industrial, o de cualquier otra ley o tratado internacional en el que el país sea parte. Tampoco podrá ir en detrimento de otras formas de protección previstas para la salvaguardia y preservación del folclore.

ARTÍCULO 13

Interpretación

La protección otorgada por la presente [ley] no podrá interpretarse en ningún caso de manera que obstaculice la utilización y desarrollo normales de las expresiones del folclore.

ARTÍCULO 14

Protección de las expresiones del folclore extranjero

Las expresiones el 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.”

[Sigue el Anexo IV]

ANEXO IV

PROYECTO DE TRATADO PARA LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES DEL FOLCLORE CONTRA LA EXPLOTACIÓN ILÍCITA Y OTRAS ACCIONES LESIVAS

Preámbulo

Los Estados contratantes:

Considerando que las expresiones del folclore desarrolladas y perpetuadas por comunidades de diversos países o por individuos reflejan las expectativas de esas comunidades, representan una parte importante del patrimonio cultural viviente de la humanidad,

Considerando que las modernas tecnologías facilitan la comercialización de las expresiones del folclore más allá de las fronteras del país de donde es originario,

Considerando que dicha comercialización de las expresiones del folclore podría llevar a una indebida explotación y distorsión del patrimonio cultural de que se trata,

Considerando que una reglamentación internacional de la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas ha llegado a ser, por tanto, indispensable como medio de promover su ulterior desarrollo, su auténtica conservación y difusión, sin perjudicar los legítimos intereses de los que tienen acceso a ellas,

Considerando que las expresiones del folclore constituyen manifestaciones de la creatividad intelectual y tienen derecho a una protección legal de forma análoga a la que se otorga a las obras protegidas por el derecho de autor,

han convenido lo siguiente:

ARTÍCULO 1

Expresiones del folclore protegidas

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

- i) las expresiones orales, tales como: los cuentos populares, la poesía popular y los enigmas;
- ii) las expresiones musicales, tales como: las canciones y la música instrumental populares;
- iii) las expresiones corporales, tales como: danzas y representaciones escénicas populares y formas artísticas de rituales; sea que estas expresiones estén fijadas o no en un soporte; y

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

ARTÍCULO 2

Tratamiento nacional

Cada Estado contratante acordará la misma protección a las expresiones del folclore originarias de otro Estado contratante que la acordada a las expresiones del folclore originarias de su propio territorio, sin perjuicio de la protección específicamente garantizada y de las excepciones explícitamente previstas por este Tratado.

ARTÍCULO 3

Autoridades competentes

1. Todo Estado contratante deberá designar una o más autoridades competentes (en adelante denominada “la autoridad competente”) que administrará, de acuerdo con los términos del Tratado, la protección de las expresiones del folclore y solicitará la aplicación de la protección en los otros Estados contratantes de dichas expresiones originarias de su propio territorio.
2. Todo Estado contratante deberá, en el momento del depósito del instrumento de ratificación, de aceptación o de adhesión, notificar al Secretario General de las Naciones Unidas, mediante una declaración escrita, todas las designaciones hechas de acuerdo con el párrafo 1 y dar información completa sobre los derechos y obligaciones de la autoridad así designada. Todo cambio posterior en la designación o en los antedichos derechos y obligaciones deberá ser inmediatamente notificado de la misma forma.

ARTÍCULO 4

Utilizaciones sujetas a autorización

1. Las utilizaciones siguientes de las expresiones del folclore deberán requerir una autorización escrita de la autoridad competente del Estado contratante del cual sea originaria la expresión del folclore, si el propósito de la utilización es el de hacerla con fines de lucro en otro Estado contratante:
 - i) la publicación, reproducción, distribución o importación, con el propósito de distribución al público, de reproducciones o grabaciones de recitaciones o de interpretaciones o ejecuciones de expresiones del folclore;

- ii) la recitación o interpretación o ejecución públicas de expresiones del folclore, así como toda comunicación al público sin hilo, por hilo o por cualquier otro medio, de expresiones del folclore o de sus recitaciones o interpretaciones o ejecuciones, sea en vivo o grabadas.

2. Todo Estado contratante deberá, en el momento del depósito del instrumento de ratificación, de aceptación o de adhesión, notificar al Secretario General de las Naciones Unidas, mediante una declaración escrita, los tipos, las principales características y la fuente de las expresiones artísticas del folclore originarias de su territorio, cuya utilización está sujeta a una autorización escrita de su autoridad competente. Todo cambio deberá ser notificado de la misma forma.

ARTÍCULO 5

Solicitud de otorgamiento de autorización

1. Según los términos del Artículo 4, la solicitud de autorización debe ser presentada, con la debida anticipación, por el futuro utilizador de la expresión del folclore (en adelante denominado “el solicitante”) [por intermedio de la autoridad competente del Estado contratante del cual es oriundo el utilizador o donde tiene su residencia habitual o su sede social] a la autoridad competente del Estado contratante del cual la expresión del folclore es originaria; la solicitud deberá especificar inequívocamente, en forma escrita, qué expresión del folclore se propone utilizar, su origen, así como la naturaleza y extensión de la utilización proyectada.

2. La autorización deberá darse en forma escrita sin demora indebida; será acordada bajo condición del pago de una remuneración equitativa cuyo monto, en caso de desacuerdo, será fijado por la autoridad competente del Estado contratante del cual la expresión del folclore es originaria. Ninguna solicitud será negada, salvo en el caso de que la utilización proyectada resultara perjudicial al honor o a la dignidad del país o de la comunidad de origen. Toda negativa deberá ser justificada por escrito.

ARTÍCULO 6

Excepciones

1. Las disposiciones del Artículo 4 no se aplicarán cuando la utilización es:

- i) para fines de actividades pedagógicas;
- ii) para fines de creación de una obra literaria y artística original.

2. Tampoco se aplicarán las disposiciones del Artículo 4 cuando la utilización es ocasional, lo que comprende, entre otros casos:

- i) la utilización de cualquier expresión del folclore que pueda ser vista u oída en el transcurso de un acontecimiento para fines de información sobre dicho acontecimiento por medios fotográficos, de radiodifusión, o de grabación sonora o visual, siempre que el alcance de dicha utilización se justifique por los fines de información.

- ii) utilización de objetos en que se hallen incorporadas las expresiones del folclore que estén situados de manera permanente en un lugar en el que puedan ser vistos por el público, si la utilización consiste en incluir su imagen en una fotografía, en un filme o en una emisión de televisión.

ARTÍCULO 7

Mención de la fuente

1. En todas las publicaciones impresas y en relación con toda comunicación al público de toda expresión identificable del folclore, deberá indicarse su fuente, en forma apropiada, mencionando la comunidad y/o el lugar geográfico del que procede la expresión utilizada.
2. Las disposiciones del párrafo 1 no se aplicarán a la creación de obras originales inspiradas en expresiones del folclore, ni a la utilización ocasional de expresiones del folclore.

ARTÍCULO 8

Infracciones

Todo Estado contratante deberá imponer sanciones penales de acuerdo con los siguientes criterios a:

- i) toda persona que deliberadamente o por negligencia no cumpla con la exigencia de obtener autorización, según los términos del Artículo 4;
- ii) toda persona que deliberadamente o por negligencia no cumpla con la mención de la fuente, de acuerdo con el Artículo 7;
- iii) toda persona que intencionalmente engañe a otros respecto del origen de las expresiones del folclore;
- iv) toda persona que, en forma directa o indirecta, desnaturalice intencionalmente una expresión del folclore de manera perjudicial al honor, la dignidad o los intereses culturales de la comunidad del cual es originaria.

ARTÍCULO 9

Confiscación

Todo Estado contratante preverá la posibilidad de confiscación de todo objeto que haya sido producido o importado de una forma que constituya infracción, según los términos del Tratado, así como de los beneficios obtenidos en razón de la infracción.

ARTÍCULO 10

Recursos civiles

Todo Estado contratante preverá la posibilidad de reclamar daños y perjuicios o de emplear otros recursos civiles, cuando la utilización ha sido hecha sin la autorización o el pago requerido o de cualquier otra forma, que ocasione un perjuicio económico al Estado o a la comunidad de donde es originaria la expresión del folclore utilizada.

ARTÍCULO 11

Relaciones con otras formas de protección

El presente Tratado no limitará ni perjudicará, en ningún caso, ninguna forma de protección aplicable a las expresiones del folclore, en virtud de la legislación nacional sobre derecho de autor, ni de los tratados internacionales sobre derecho de autor, sobre los derechos de los artistas intérprete o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, o sobre la propiedad industrial. Tampoco podrá ir en detrimento de otras formas de protección previstas para la salvaguardia y preservación del folclore.

ARTÍCULO 12

Depósito y firma del Tratado

El presente Tratado se depositará ante el Secretario General de las Naciones Unidas y quedará abierta hasta... a la firma de todos los Estados [miembros de las Naciones Unidas, de alguno de los organismos especializados vinculados a las Naciones Unidas o del Organismo Internacional de Energía Atómica, o a las partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia] [parte en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas o en la Convención Universal sobre Derecho de Autor].

ARTÍCULO 13

Entrada en vigor del Tratado

1. El presente Tratado será sometido a la ratificación o a la aceptación de los Estados signatarios. Estará abierto a la adhesión de los Estados a que se refiere el Artículo 12.
2. Los instrumentos de ratificación, aceptación o adhesión se depositarán ante el Secretario General de las Naciones Unidas. El Tratado entrará en vigor tres meses después del depósito del quinto instrumento de ratificación, aceptación o adhesión.
3. Para todo Estado que ratifique, acepte o se adhiera al presente Tratado después del depósito del quinto instrumento de ratificación, aceptación o adhesión, el Tratado entrará en vigor tres meses después de la fecha de depósito del instrumento respectivo ante el Secretario General de las Naciones Unidas.
4. Queda entendido que, a partir del momento en que un Estado acepte las obligaciones que se desprenden del presente Tratado, deberá poder dar efecto a las disposiciones que de dicho Tratado emanan, con arreglo a lo que dispone su legislación interna.

ARTÍCULO 14

Denuncia del Tratado

Todo Estado contratante tendrá la facultad de denunciar el presente Tratado. La denuncia tendrá efecto doce meses después de la fecha en la cual el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido la notificación pertinente.

ARTÍCULO 15

Notificaciones por el Secretario General de las Naciones Unidas

1. El Secretario General de las Naciones Unidas informará sin demora al Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y al Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual:

- a) de las firmas del presente Tratado;
- b) de los depósitos de los instrumentos de ratificación, aceptación o adhesión;
- c) de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado;
- d) de las notificaciones y declaraciones recibidas de los Estados contratantes, según los términos del presente Tratado.

2. Los Directores Generales de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual informarán sin demora a los Estados contratantes de todas las notificaciones recibidas del Secretario General de las Naciones Unidas.

ARTÍCULO 16

Idiomas del Tratado

1. El presente Tratado será firmado en un solo ejemplar en ... [enumerar los idiomas] [y los textos serán igualmente auténticos].

2. El Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y el Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, previa consulta con los gobiernos interesados, establecerán textos oficiales del presente Tratado, después de su entrada en vigor, en ... [enumerar los idiomas].

[Sigue el Anexo V]

ANEXO V

LISTA DE TAREAS PROPUESTAS

Tarea Posible 1: Mayor asistencia técnico-jurídica para el establecimiento, fortalecimiento y aplicación efectiva de los sistemas y medidas existentes de protección jurídica de las expresiones del folclore a nivel nacional.

Tarea Posible 1: Actualización de las Disposiciones Tipo de 1982.

Tarea Posible 3: Protección extraterritorial.

Tarea Posible 4: Estudio de casos prácticos sobre la relación entre las leyes y protocolos consuetudinarios y el sistema oficial de propiedad intelectual.

[Fin del Anexo V y del documento]