

**Organización de las Naciones Unidas
para la Educación, la Ciencia
y la Cultura**
Unesco - París

**Organización Mundial
de la
Propiedad Intelectual**
OMPI - Ginebra

Distribución limitada

UNESCO/OMPI/WG.II/FOLK/3
Original: Inglés
Fecha: 15 de diciembre de 1980

**GRUPO DE TRABAJO SOBRE LOS ASPECTOS
DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA
PROTECCION DEL FOLKLORE**

(SEGUNDA REUNION)

(París, 9 a 13 de febrero de 1981)

**COMENTARIO
SOBRE LAS
DISPOSICIONES TIPO REVISADAS PARA LEYES NACIONALES SOBRE LA
PROTECCION DE LAS EXPRESIONES DEL FOLKLORE**

I

OBSERVACIONES PRELIMINARES

Necesidad de la protección jurídica de las expresiones del folklore

1. Los países en desarrollo reconocen cada vez más en el folklore un fundamento de su identidad cultural y uno de los recursos más importantes de la expresión de la individualidad de sus pueblos dentro de sus propias comunidades y en sus relaciones con el mundo que los circunda. El folklore ha pasado a ser para esos países cada vez más importante también desde el punto de vista de su identidad política; en los países en desarrollo el folklore constituye una tradición viva y funcional y no un mero recuerdo del pasado.
2. La integridad de folklore como una tradición viva y funcional de los países en desarrollo se encuentra gravemente en peligro debido al desarrollo acelerado de la tecnología, especialmente en las esferas del sonido, la grabación audiovisual, la radiodifusión, la televisión por cable y la cinematografía. Las expresiones del folklore son objeto de comercialización por estos medios a escala mundial sin el debido respeto por los intereses culturales o económicos de las comunidades que las producen y sin que se conceda ninguna participación en los beneficios obtenidos de tales explotaciones del folklore a los pueblos en los que se originan las expresiones del folklore utilizadas. Al mismo tiempo, dichas expresiones también se distorsionan con frecuencia para adaptarlas a lo que se juzga más conveniente para su comercialización.

3. En ciertos países industrializados, el folklore tiende a ser considerado en general como un conjunto de recuerdos de una civilización pasada y, en dichos países, se estima generalmente que las expresiones del folklore pertenecen al dominio público. Este enfoque explica el porqué, al menos por el momento, los países industrializados no juzgan necesario establecer una protección jurídica de los diversos intereses nacionales u otros intereses comunitarios relacionados con la utilización del folklore.

4. No obstante, aproximadamente en el último decenio se ha evidenciado que a fin de fomentar el folklore como fuente de expresiones creativas, deben encontrarse soluciones jurídicas especiales, tanto en el plano nacional como en el internacional, para la protección contra la utilización inadecuada de las expresiones del folklore, con inclusión de la práctica generalizada consistente en obtener beneficios mediante la explotación de las mismas fuera de las comunidades de origen, sin ninguna remuneración para éstas. Asimismo, desde que se efectuaron los primeros esfuerzos con este propósito, resultó claro que la protección jurídica relativa a la explotación de las expresiones del folklore no puede resolver por sí sola todos los problemas que entraña el mantenimiento del folklore como parte esencial de la vida humana. El problema tiene múltiples aspectos y comprende tanto cuestiones relativas a la preservación material como aspectos sociológicos, psicológicos, etnológicos, políticos, históricos y otros. Todos los problemas conexos son interdependientes y deben tratarse con las debidas consideraciones respecto de sus vinculaciones. Ello no significa, sin embargo, que no se deban efectuar esfuerzos especiales para atender a las necesidades suficientemente definidas y urgentes que se cristalizan en el enigma interdisciplinario que constituye el fenómeno del folklore.

Esfuerzos desplegados para proteger las expresiones del folklore en virtud de la legislación de derecho de autor

5. Los primeros esfuerzos para reglamentar la utilización de las creaciones del folklore se efectuaron en el marco de varias leyes sobre derecho de autor (Túnez, 1967; Chile, 1970; Marruecos, 1970; Argelia, 1973; Senegal, 1973; Kenya, 1975; Costa de Marfil, 1978; en un Decreto dictado en Bolivia, en 1978, relativo sólo al folklore musical; en el Anexo No. VII de la Convención de la OAPI, de 1977, y en la Ley tipo de Túnez sobre el derecho de autor para los países en desarrollo, 1976). Todos estos textos consideran las obras del folklore como parte del patrimonio cultural de la nación (patrimonio tradicional, patrimonio cultural; en Chile: "dominio cultural público", cuyo uso está supeditado al pago). En la Ley mexicana sobre derecho de autor, de 1956, se formula solamente una referencia general a la "salvaguardia de la riqueza cultural de la nación".

6. Sin embargo, el significado del folklore, tal como se abarca en esas leyes, se comprende en formas diferentes. La Ley de Túnez no establece ninguna definición. Un importante elemento común referente al derecho de autor, que se prevé en las definiciones de las demás leyes aludidas, es que las obras consideradas deben haber sido creadas por autores de identidad desconocida, pero que probablemente sean o hayan sido nacionales del país; este requisito corresponde a las disposiciones del Artículo 15 del Acta de París (1971) del Convenio de Berna. El Anexo del Acuerdo de la OAPI menciona las creaciones de las comunidades en lugar de la paternidad de la obra, delimitando en forma más adecuada las creaciones del folklore respecto de las obras protegidas por el derecho de autor convencional. La Ley tipo de Túnez define el folklore utilizando esas dos variantes.

7. De conformidad con la Ley de Marruecos, el folklore comprende todas las obras inéditas. La Ley senegalesa abarca expresamente en el concepto del folklore tanto las obras literarias como las artísticas. El Anexo del Acuerdo de la OAPI y la Ley tipo de Túnez ponen de relieve que el folklore comprende también obras científicas. La mayoría de las normas jurídicas aludidas reconocen la categoría diferente de las "obras inspiradas en el folklore" que consideran como obras comprendidas en el ámbito de la legislación de derecho de autor, supeditando la utilización de tales obras a la aprobación de un organismo competente. En la legislación de derecho de autor del Senegal se establece una ley especial que reglamenta la correspondiente protección; sin embargo, esta ley no se ha promulgado por el momento.

8. Las propias "obras" del folclore están considerablemente protegidas, en virtud de las leyes nacionales ya mencionadas, contra las fijaciones con propósitos de lucro que están supeditadas a una autorización previa. La Ley de Senegal también exige una autorización previa para las interpretaciones o ejecuciones públicas del folclore con fines lucrativos. La Ley tipo de Túnez sugiere una protección de acuerdo con los criterios que corresponden a los derechos usuales sobre las obras regidas por el derecho de autor. Por otra parte, en el Anexo de la Convención de la OAPI la atención se centra sobre todo en las cuestiones relativas a la preservación de las obras existentes del folclore y del resto del patrimonio cultural, así como en medidas destinadas a promover el folclore.

9. Durante la revisión del Convenio de Berna, se efectuó también en Estocolmo, en 1967, un esfuerzo a nivel internacional para proteger las expresiones del folclore mediante legislación de derecho de autor. Como resultado de este intento, el Artículo 15.4) del Acta de París (1971) del Convenio de Berna contiene la siguiente disposición: "a) Para todas las obras no publicadas en 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 en 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 esa declaración a todos los demás países de la Unión".

10. Las disposiciones vigentes de las leyes nacionales relativas a la protección de las expresiones del folclore no parecen haber sido aplicadas hasta ahora en forma efectiva, y el Director General de la OMPI aún no ha sido notificado respecto de la designación de una autoridad nacional encargada de proteger en otros países de la Unión de Berna los derechos relativos a obras de autores de identidad desconocida. Las medidas adoptadas hasta el momento en las esferas del derecho de autor no han resultado suficientes para controlar las utilidades del folclore: la legislación sobre el derecho de autor no parece, por su propio carácter, que sea el tipo de legislación adecuado para proteger las expresiones tradicionales del folclore. Como norma, una expresión del folclore es consecuencia de la continuidad impersonal de un lento proceso de desarrollo creativo mantenido en una comunidad determinada mediante la imitación consecutiva y carece de la marca decisiva de la originalidad personal que requiere la legislación en materia de derecho de autor en las obras por ella protegidas. Y, naturalmente, las creaciones tradicionales de una comunidad, como los llamados cuentos y leyendas populares, las canciones, la música, las danzas, los diseños o modelos, etc., son mucho más antiguas que la duración de la protección del derecho de autor concedida por los Estados con respecto a las obras de los autores. También por este motivo no parece adecuada para el folclore una protección del tipo de la que otorga el derecho de autor.

Protección indirecta mediante la protección de los llamados derechos conexos

11. Otro medio jurídico existente que también puede otorgar en muchos casos protección a las expresiones del folclore es la protección de los denominados derechos conexos. La protección de los artistas intérpretes o ejecutantes en lo que concierne a sus interpretaciones o ejecuciones de creaciones del folclore, o de los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión por lo que se refiere a sus fijaciones o radiodifusiones de creaciones del folclore interpretadas o ejecutadas, también significa una protección indirecta de la propia expresión del folclore, en la forma determinada de su interpretación o ejecución, grabación o radiodifusión.

12. Al parecer, hasta fechas recientes, relativamente pocos países en desarrollo cayeron en la cuenta de esta posibilidad complementaria de proteger el folclore en determinados casos. A fines de 1979, de entre un total de 30 Estados que por legislación habían otorgado derechos concretos a los artistas intérpretes o ejecutantes, sólo 12 eran del Tercer Mundo: Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Fiji, Filipinas, Iraq, México, Paraguay y Uruguay. En los nuevos proyectos de leyes sobre derecho de autor que se preparan para la revisión de los actuales estatutos jurídicos, se hace cada vez más evidente, sin embargo, que los países en desarrollo muestran una comprensión creciente en este contexto eminentemente importante, y se puede

confiar en que el número de leyes que también protejan a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión aumentará considerablemente en el futuro. Por consiguiente, cabe esperar que también crecerá el número de adhesiones a la Convención de Roma de 1961 sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, y al Convenio de 1971 para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, influyendo favorablemente en las posibilidades de proteger también las expresiones del folklore.

13. Pero incluso en tales condiciones, la necesidad de protección jurídica contra la utilización inadecuada de las creaciones del folklore no quedará plenamente satisfecha: la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los fonogramas y las radiodifusiones de expresiones del folklore sólo constituye un medio indirecto de salvaguardar el folklore y no puede contribuir a evitar las interpretaciones o ejecuciones no autorizadas de expresiones del folklore, ni la fijación, reproducción y radiodifusión de las mismas. Tampoco es adecuada para el folklore la duración limitada de la protección de los derechos conexos.

14. Por todos estos motivos, parece necesario elaborar instrumentos jurídicos especialmente adaptados para obtener una protección adecuada de las expresiones tradicionales del folklore contra la explotación no autorizada.

Búsqueda de un sistema adecuado de protección de las expresiones del folklore

15. De conformidad con las deliberaciones del Comité Ejecutivo de la Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Unión de Berna) y del Comité Intergubernamental de la Convención Universal sobre Derecho de Autor en sus sesiones celebradas del 5 al 9 de febrero de 1979, y con arreglo a las decisiones de los respectivos Organos Rectores de la Unesco y de la OMPI, la Secretaría de la Unesco y la Oficina Internacional de la OMPI convocaron un Grupo de Trabajo (denominado en adelante "el Grupo de Trabajo") en Ginebra, del 7 al 9 de enero de 1980, para estudiar un proyecto de Disposiciones tipo destinadas a las leyes nacionales, así como medidas internacionales para la protección de las obras del folklore. Al Grupo de Trabajo concurren 16 expertos de diferentes países invitados a título personal por los Directores Generales de la Unesco y de la OMPI.

16. La documentación de que dispuso el Grupo de Trabajo consistió en los documentos preparados por la Oficina Internacional de la OMPI, que incluían las Disposiciones tipo para las Leyes nacionales sobre la protección de las creaciones del folklore y un Comentario sobre esas Disposiciones tipo (documento UNESCO/OMPI/WG.1/FOLK/2 y 2.Add.), así como un documento preparado por la Secretaría de la Unesco, en el que figuraba un Estudio sobre la Reglamentación Internacional relativa a los Aspectos de propiedad intelectual en la protección del folklore (documento UNESCO/OMPI/WG.1/FOLK/3). El último de los documentos mencionados, también se refiere a las conclusiones del Comité de Expertos sobre la protección jurídica del folklore, convocado por la Unesco, en Túnez, del 11 al 15 de julio de 1977.

17. En el curso de un debate general se convino, entre otras cosas, en que: i) era conveniente establecer una adecuada protección jurídica del folklore; ii) esa protección podía promoverse en el plano nacional mediante las disposiciones tipo para leyes; iii) esas disposiciones tipo deberían elaborarse de forma que fuesen aplicables tanto en los países que carecen de una legislación pertinente en vigor como en los países en los que la legislación existente podría desarrollarse aún más; iv) las mencionadas disposiciones tipo deberían también permitir la protección mediante los derechos de autor y derechos conexos donde estas formas de protección pudieran aplicarse y v) las disposiciones tipo para leyes nacionales deberían facilitar la vía para la protección subregional, regional o internacional de las creaciones del folklore.

18. En conclusión, el Grupo de Trabajo recomendó, respecto a las disposiciones tipo para leyes nacionales sobre la protección de las creaciones del folklore, que las Secretarías redactasen un proyecto revisado y un comentario del mismo, inspirándose en todas las intervenciones pronunciadas en el Grupo de Trabajo, y que dicho proyecto y su comentario deberían presentarse para su ulterior examen a una reunión posterior. (Informe del Grupo de Trabajo, Doc. UNESCO/OMPI/WG.1/FOLK/5, párrafo 21.)

19. De conformidad con lo que antecede, las Secretarías elaboraron un proyecto revisado que lleva por título "Disposiciones tipo revisadas para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folklore", denominadas en adelante "Disposiciones tipo revisadas".

II

OBSERVACIONES SOBRE LAS DISPOSICIONES TIPO REVISADAS

Cuestiones que se regulan

20. Las Disposiciones tipo revisadas que se proponen están integradas por unas normas de fondo (Artículos 1 a 7) y otras de carácter administrativo (Artículos 8 a 12). En las disposiciones de fondo se determinan las expresiones del folklore que han de protegerse, las utilizaciones que requieren autorización, las excepciones de la norma, la manera de indicar el origen de las expresiones del folklore utilizadas; en estas disposiciones se establecen asimismo las infracciones y sanciones, entre las que figura la confiscación; finalmente se estipula en dichas disposiciones la duración ilimitada de la protección y se regula la prescripción de las infracciones. En las disposiciones administrativas se prevé la autoridad competente y la autoridad supervisora, se establecen las reglas para el proceso de autorización de las utilizaciones. Estas reglas se refieren a la jurisdicción pertinente, a la relación existente entre la protección especial prevista en las disposiciones propuestas y otras formas posibles de proteger las expresiones del folklore, y se da una norma general para la interpretación de la protección que otorgan las Disposiciones tipo revisadas. Cuando las disposiciones mencionan la ley en cuestión, la palabra "Ley" figura entre corchetes, permitiendo a las legislaciones nacionales elegir otras soluciones legislativas (por ejemplo, en el marco de un capítulo de un Código de más amplio alcance, o por medio de otro tipo de marcos legales, como un "decreto" o un "decreto ley").

Expresiones del folklore protegidas (Artículo 1)

21. Los expertos del Grupo de Trabajo propusieron que i) en lugar de referirse a las "creaciones" del folklore se debía hablar de "obras", "manifestaciones" o "expresiones"; ii) debían omitirse las palabras "en la forma en que se han transmitido de generación en generación"; iii) se debía omitir la palabra "autóctonas" o que no se debía hablar de comunidades "autóctonas" de la "nación" sino más bien de las comunidades "étnicas" en un "país" (si bien un experto expresó el criterio de que el empleo de la palabra "étnica" era inconveniente por razones políticas y que sería preferible referirse a las "comunidades nacionales"); iv) si algo se había de considerar o no como folklore debería ser decidido sobre la base de lo que al respecto piense la comunidad interesada: en otros términos, el consenso de esa comunidad constituirá el factor determinante; v) debía mencionarse el requisito de "autenticidad"; vi) debía omitirse toda definición del folklore, o al menos precisar que la definición (más restringida) del concepto del folklore sólo se emplea a los efectos de la protección jurídica y que no afecta al alcance del concepto (más amplio) en el lenguaje común o para las finalidades del de las disciplinas sociales o culturales; vii) convenía precisar si la Ley se aplicaría exclusivamente al folklore de origen nacional o también al extranjero.

22. Habida cuenta de estas sugerencias, las Secretarías adoptaron el siguiente enfoque general:

22.1 Es evidente que el variado patrimonio cultural del folklore se resiste a dejarse reducir a una única definición universalmente aplicable a todos los propósitos afines. Por otra parte, es necesario determinar el objeto de cualquier protección otorgada por la ley. Así pues, toda ley nacional encaminada a la protección de las expresiones del folklore contra su utilización inadecuada debe determinar convenientemente el objeto de esa protección para los propósitos especiales del texto legal pertinente.

- 22.2 En cuanto al alcance propuesto del concepto de expresiones que se han de proteger, las Disposiciones tipo revisadas centran su atención en dos aspectos principales:
En primer lugar, la definición debe evitar todo enfoque relacionado con las categorías del derecho de autor, que restringiría el campo de aplicación de la ley a expresiones del folclore que probablemente se asimilarían a obras de los autores de originalidad individual. En consecuencia, las Disposiciones tipo revisadas ni siquiera utilizan el término "obra" empleado principalmente en el contexto de la protección del derecho de autor, y no formulan ninguna referencia a cualquier autor particular, ni siquiera mencionando producciones "de las que resulte desconocida la identidad del autor". En lugar de ello, las Disposiciones tipo revisadas enfocan el folclore con el criterio del patrimonio cultural y consideran que su objeto abarca todas las expresiones de este patrimonio cultural tradicional.
En segundo lugar, las Disposiciones tipo revisadas restringen el alcance de la protección conferida por la ley nacional a los límites de sus efectos territoriales, al contemplar únicamente las expresiones del folclore originarias de una comunidad nacional del país. En el texto propuesto tales comunidades no se califican de "autóctonas" ni de "étnicas".
23. A los efectos de las Disposiciones tipo revisadas se dan definiciones independientes para el término "folclore" y para la locución "expresiones del folclore".
24. Por folclore se entiende la totalidad del patrimonio artístico tradicional del país. El término "tradicional" se explica mediante el requisito de que los valores culturales de que se trate deben haberse originado en una comunidad nacional y haber sido desarrollados por ella; las creaciones individuales del pasado, preservadas por la nación en su forma original, no se consideran parte del folclore. Por lo que respecta al alcance del patrimonio tradicional, se ha restringido únicamente a los valores artísticos para los efectos de las Disposiciones tipo revisadas; las creencias tradicionales y las tradiciones científicas o meramente prácticas tampoco quedan comprendidas en el ámbito de esta definición.
25. Por expresiones del folclore se entiende las creaciones integradas por elementos característicos del folclore, tal como éste se ha definido antes. Las creaciones que revelen su origen pero que lo hagan de una manera equívoca o incidental no deben considerarse expresiones del folclore.
26. En armonía con el enfoque pragmático de las Disposiciones tipo, se añade a la definición básica una enumeración de ejemplos de las categorías más típicas de expresiones del folclore. El concepto de expresiones del folclore en el ámbito de las Disposiciones tipo debe comprender todas las creaciones reproducibles integradas por elementos característicos del patrimonio tradicional artístico. A diferencia de las propuestas teóricas de algunos expertos, las disposiciones aludidas no sólo se aplican a las expresiones heredadas de las generaciones anteriores únicamente por vía oral o transmisión empírica (expresiones inmateriales del folclore) sino también al arte popular tradicional transmitido por los antecesores a la posteridad a través de manifestaciones tangibles de ellas, tales como diseños y esquemas tradicionales desarrollados y mantenidos manualmente en una comunidad determinada, que son especialmente fáciles de reproducir o explotar. En la enumeración, que no es exhaustiva, figuran también los enigmas, las formas artísticas de rituales, así como instrumentos musicales, como propusieron los expertos del Grupo de Trabajo.
27. En la definición propuesta no se hace referencia explícita al "consenso" de la comunidad en lo que respecta al carácter de acreedora a la protección de una determinada expresión del folclore. Supeditar en cada caso la aplicación de la ley al pensamiento de la comunidad llevaría consigo la necesidad de establecer nuevas disposiciones acerca de cómo y cuándo podría darse por supuesto tal consenso. Es claro que lo mismo puede aplicarse al requisito de "autenticidad" que también necesitaría cierta ulterior interpretación. Por otra parte, tanto el requisito del "consenso" como el de la "autenticidad" quedan indirectamente comprendidos en la referencia objetiva a los elementos "característicos" del patrimonio cultural tradicional. Los elementos que de una manera general han llegado a reconocerse como característicos son, como norma, expresiones auténticas del folclore apoyadas por el consenso de la comunidad de que se trate.

28. Por lo que respecta a la identificación de las expresiones del folklore que tienen su origen en alguna comunidad nacional y han sido desarrolladas por ella, los expertos del Grupo de Trabajo estimaron que el mantenimiento de un inventario adecuado era en gran medida cuestión de preservación del folklore; el requisito de los inventarios en relación con el fin especial de la protección jurídica podía producir una superposición evitable y una carga excesiva para las autoridades competentes. Siempre que la autoridad competente tuviese dudas respecto de la identificación de una expresión del folklore, debía consultar todas las fuentes disponibles, con inclusión de los catálogos existentes, otros archivos, opinión de expertos, testigos, las opiniones de los ancianos de la comunidad. Por consiguiente, en las Disposiciones tipo revisadas no se prevé ningún catálogo de las expresiones del folklore.

29. No obstante, esto no significa que, en caso de duda, no hayan de consultarse los inventarios nacionales de las expresiones del folklore, si se dispone ya de ellos. Como señaló acertadamente el Profesor J.H. Kwabena Nketia (Ghana): "No basta definir el folklore. Los temas del folklore o los aspectos concretos de la tradición que requieren protección jurídica deben identificarse. En último análisis, se trata de realizar un amplio trabajo de grabaciones, transcripciones, documentación y catalogación, labor que (ya) ha comenzado en pequeña escala". En este contexto es importante poner de relieve que el registro en un catálogo nacional público de las expresiones del folklore no debería ser una condición para la protección de una expresión determinada del folklore; sin embargo, ayudaría a resolver problemas referentes a la autenticidad de la expresión del folklore utilizada, y para informar al público sobre el patrimonio cultural del país.

Utilizaciones que requieren autorización (Art. 2)

30. La idea de someter a autorización determinadas formas de utilización de las expresiones tradicionales del folklore, no es ajena a las comunidades creativas de muchos países. En Australia, Peter Banki informó el 3 de octubre de 1978 al Consejo Australiano del Derecho de Autor, de que "un mecanismo de permisos se encuentra bien establecido entre las tribus aborígenes del territorio septentrional". En 1976, algunos ancianos de tribus aborígenes australianas reclamaron porque ciertas fotografías que figuraban en un libro sobre estudios antropológicos representaban temas que tenían un significado secreto y sagrado para sus comunidades y afirmaron que no se había otorgado un permiso adecuado para publicarlas. Por lo que respecta al Africa, el Profesor J.H. Kwabena Nketia señala que "debido a la íntima identificación de los grupos con el folklore se genera a menudo entre esos grupos un sentido de propiedad colectiva de la serie de materiales y repertorios ..." y que "... los miembros de una comunidad pueden considerar como su patrimonio tradiciones del folklore integrantes del dominio público ... Además, en Africa, ese sentido de propiedad se limita al concepto de "derechos de interpretación o ejecución" que suele ser un problema más bien ético que puramente jurídico", y que "las tradiciones orales de Akan se refieren a casos del pasado en que algunos jefes solicitaron permisos a otros jefes para "copiar" sus instrumentos de música ..." o que "... en Ghana hay principalmente diseños y modelos vinculados con determinadas casas reales ... así como modelos con distintas interpretaciones orales que se encuentran restringidos en cuanto a su ... utilización."

31. Como norma general, las Disposiciones tipo revisadas exigirán autorización para toda reproducción y distribución de copias, toda recitación, ejecución o interpretación públicas, transmisión por radio o por cable, o cualquier forma de comunicación al público de las expresiones del folklore, si se hacen con fines lucrativos. El criterio de los "fines lucrativos" abarca cualquier intento encaminado a hacer las expresiones del folklore accesibles al público mediante pago, inclusive si el propósito fundamental de la utilización de la creación no es el de obtener utilidades; ése sería el caso, por ejemplo, en que la creación del folklore se publicase con finalidades científicas, pero que se distribuyera a un precio de venta habitual.

Excepciones (Art. 3)

32. Las Disposiciones tipo revisadas no impedirán a las comunidades indígenas utilizar su patrimonio cultural tradicional en su forma usual, ni desarrollarlo por la imitación continua. La actividad de mantener vivo el folklore tradicional está estrechamente vinculada a la reproducción, recitación y a la interpretación o ejecución variando estilísticamente la presentación de las expresiones tradicionales en la comunidad de origen. Una regla absoluta que exigiera una autorización para la adaptación, el arreglo, la reproducción, la recitación, o la interpretación o ejecución de esas creaciones obstaculizaría gravemente el proceso natural de evolución del folklore y no se aplicaría en las sociedades en las que éste aún forma parte integrante de la vida cotidiana. De conformidad con el criterio de las Disposiciones tipo revisadas consistente en considerar el folklore como una tradición viva, y con arreglo a una propuesta pertinente de los expertos del Grupo de Trabajo, se ha previsto una excepción por la que se permite a cualquier miembro de una comunidad nacional del país reproducir, representar o ejecutar libremente expresiones del folklore de su propia comunidad, independientemente de que lo haga con o sin ánimo de lucro, o de que la utilización de las expresiones del folklore se haga por los medios tradicionales o por medios de la tecnología moderna, en armonía con el desarrollo general que influye también en la evolución del folklore vivo (párrafo 1)).

33. En el debate de este punto, uno o dos expertos del Grupo de Trabajo sugirieron que i) las utilizaciones de las creaciones del folklore permitidas sin autorización también debían dar lugar a pagos; ii) en su caso, esos párrafos debían preverse en una forma flexible; iii) en cuanto a la excepción de la autorización, se debía establecer una diferencia entre la explotación del folklore por medio de la tecnología moderna y su utilización en las formas tradicionales; iv) la excepción debía pasar a ser la norma y los casos supeditados a autorización, las excepciones.

No obstante, parece que la mejor manera de armonizar el desarrollo libre y moderno del folklore vivo con un control eficaz de la utilización del mismo sería permitir la libre utilización de la expresión del folklore por los miembros de la comunidad que lo ha creado, independientemente de la tecnología que se aplique y sin imponer a la comunidad ningún sistema de remuneración; todo esto, sin embargo, como excepción a la regla general consistente en someter la utilización de las expresiones del folklore a los requisitos de autorización y de pago cuando tales utilizaciones se hagan con ánimo de lucro.

34. Se ha sugerido además la conveniencia de prever algún control también para la libre utilización de las expresiones del folklore. Este control queda previsto en las Disposiciones tipo revisadas, en el ámbito del Artículo 4 y del Artículo 5, párrafos 2 y 4, por los que se protegen los intereses culturales relacionados con las expresiones del folklore utilizadas.

35. La utilización incidental también será libre, aun en el marco de iniciativas con fines lucrativos. A este respecto, determinados expertos del Grupo de Trabajo hicieron observar que i) la expresión "utilización incidental" era demasiado vaga para determinar adecuadamente el ámbito de la libre utilización; ii) la interpretación de la expresión "utilización incidental" debía dejarse al criterio de las autoridades competentes; iii) el comentario sobre las Disposiciones tipo revisadas debía precisar los casos en que se aplica esta excepción.

Con objeto de aclarar el significado de la expresión "utilización incidental", en el párrafo 2) se mencionan en particular (aunque no en forma exhaustiva) los casos más característicamente considerados como utilización incidental de las expresiones del folklore: la utilización para fines de ilustración en actividades pedagógicas; la utilización con la simple finalidad de ilustrar una obra original; la creación de una nueva obra original de un autor utilizando motivos de expresiones del folklore; la toma de vistas ocasional de expresiones del folklore durante las operaciones de fotografía, filmado o transmisión por televisión de sucesos de actualidad para fines informativos, y la retransmisión sonora de expresiones del folklore en las mismas condiciones; el filmado o transmisión por televisión de expresiones del folklore situadas de forma permanente en lugares públicos. Respecto de esto último, las Disposiciones tipo revisadas dejan a las legislaciones nacionales la posibilidad de permitir tal utilización únicamente como fondo o ambiente de manera incidental al asunto esencial.

36. Algunos expertos sugirieron asimismo, que i) debía hacerse referencia a los casos de libre utilización en la forma establecida por la ley sobre derecho de autor; ii) debían enumerarse algunas categorías de libre utilización establecidas en la legislación de derecho de autor. Ello no obstante, las Disposiciones tipo revisadas evitan toda referencia general a los casos de libre utilización estipulados en la ley de derecho de autor. La mayoría de las excepciones a la protección del derecho de autor no es pertinente desde el punto de vista de la protección especial propuesta para las expresiones del folklore. Por ejemplo, de conformidad con las Disposiciones tipo revisadas, ninguna utilización hecha sin fines lucrativos estaría sujeta a autorización; así pues, la excepción que se hace en el ámbito del derecho de autor en favor de las utilidades personales o privadas de obras protegidas quedaría vacía de sentido en este contexto. Por otra parte, en caso necesario, las Disposiciones tipo revisadas adaptan explícitamente a la utilización de las expresiones del folklore determinadas disposiciones relativas a la utilización incidental, que se desarrollan en la Ley de Derecho de Autor (Artículo 3, párrafo 2).

Reconocimiento de origen (Art. 4)

37. Una de las principales razones de la necesidad urgente de proteger las expresiones del folklore, obedece a la estrecha identificación de las comunidades nacionales con su patrimonio cultural. Con el fin de reforzar los vínculos que existen entre el grupo de origen y las expresiones de su folklore ampliamente diseminadas, y también como medio de control en casos de libre utilización de las expresiones del folklore -que, en términos generales, solicitaron algunos expertos del Grupo de Trabajo-, las Disposiciones tipo revisadas exigen que en todas las publicaciones y para cualquier clase de utilización pública de una expresión del folklore (y por regla general también en los casos no sujetos a autorización), se indique su origen haciendo mención, en el modo adecuado, de la comunidad y/o del lugar geográfico de origen de la expresión utilizada. La indicación del origen geográfico puede revestir una importancia particular en los casos en que la comunidad de origen esté repartida por varios países.

38. Este requisito se aplicaría únicamente en los casos en que el origen de la expresión del folklore sea identificable, es decir, cuando sea de prever que su usuario conoce el origen de la misma.

39. Además, el reconocimiento del origen de la expresión del folklore utilizada no se requerirá en casos concretos en que resulte irrazonable insistir en ella: en relación con las utilidades incidentales en películas y en televisión, y cuando para la creación de una obra nueva se tomen únicamente motivos de expresiones del folklore.

40. De conformidad con las disposiciones pertinentes del Artículo 5, referente a las infracciones, la omisión del reconocimiento del origen de las expresiones del folklore en los casos en que ésta sea necesaria, será objeto de multa.

Infracciones (Art. 5)

41. Los expertos del Grupo de Trabajo sugirieron que i) el título del artículo en el que se determina el alcance de la protección mediante sanciones penales, en el proyecto inicial, se modificase para que abarcase todo el contenido de ese artículo; ii) se suprimiese en cada uno de los párrafos la disposición relativa a la reincidencia; iii) no se especificase el modo de sanción; iv) se eliminasen las sanciones penales; v) son preferibles las sanciones administrativas a las penales; vi) las sanciones pecuniarias son preferibles a las penas de privación de libertad.

42. En un artículo titulado "Infracciones", las Disposiciones tipo revisadas definen cuatro clases de contravenciones de los intereses relacionados con la protección de las expresiones del folklore. Considerando la naturaleza de las infracciones, la importancia de los intereses que han de protegerse y también las sanciones ya estipuladas en diversos textos legales sobre el derecho de autor, así como en la Ley tipo de Túnez para países en desarrollo, para los casos de infracción del derecho de autor y para los de violación del patrimonio nacional, parece necesario penalizar también en las disposiciones tipo revisadas los respectivos actos, haciendo a unos de ellos pasibles de multa y a otros pasibles de penas de privación de libertad, o de los dos tipos

de sanciones. Corresponderá a las legislaciones nacionales determinar el grado máximo de estas sanciones en consonancia con la práctica establecida en el país en desarrollo de que se trate. Sin embargo, en las Disposiciones tipo revisadas no se sugiere que la legislación nacional prevea también sanciones especiales en caso de reincidencia.

43. Toda persona que, sin autorización, utilice una expresión del folklore de una manera que esté sujeta a dicha autorización, incurrirá únicamente en multa. Análogamente, toda persona que no cumpla el requisito del reconocimiento del origen de las expresiones del folklore, incurrirá en multa.

44. En las Disposiciones tipo revisadas se prevén dos casos especiales de engaño y adulteración de los valores culturales, respectivamente. Una de estas infracciones es la "simulación fraudulenta", cuando la persona crea la impresión de que su producción es una expresión del folklore originaria de una comunidad en la que no tiene su origen realmente. Como sugirieron algunos expertos del Grupo de Trabajo, se ha puesto de manifiesto que las disposiciones al respecto se limitan a los casos en que existe engaño. La otra infracción puede cometerse mediante cualquier utilización pública de la expresión del folklore que adúltere perjudicialmente la misma. Estas dos contravenciones serán sancionables también con penas de privación de libertad.

45. Las infracciones que se mencionan en el Artículo 5, pueden también, en su caso, cometerse en forma acumulativa.

Confiscación (Art. 6)

46. En relación con el proyecto inicial de las disposiciones tipo, algunos expertos sugirieron lo siguiente: i) que el artículo relativo al procedimiento penal que trataba también de la confiscación, se fusionase con el artículo en el que se prevenía la protección contra diversos actos por medio de sanciones penales; ii) en caso de no fusionarse de la manera indicada, la confiscación no debía incluirse en el marco de las normas de procedimiento toda vez que es más bien una sanción que una medida de procedimiento; iii) debía suprimirse la disposición relativa a la confiscación; iv) la confiscación era una sanción importante y debía preverse recurriendo a una terminología compatible con las disposiciones constitucionales pertinentes de los diferentes países; v) el sentido de las expresiones "copias" y "que desacrediten", utilizadas en el proyecto inicial del artículo relativo a la confiscación, debía armonizarse con otros artículos de las Disposiciones tipo; vi) en el artículo relativo al procedimiento, debían también tomarse en consideración otros puntos de procedimiento, como el plazo para decidir sobre las solicitudes de autorización.

47. En las Disposiciones tipo revisadas se prevé la confiscación como sanción aplicable a todas las infracciones contra lo dispuesto en el Artículo 5, salvo la omisión de la identificación de la expresión del folklore utilizada. Por consiguiente, no ha sido fusionada con el artículo en el que se estipulan los propios actos por los que se incurre en sanción y las sanciones especiales de los mismos.

48. La confiscación será aplicable a toda producción tangible resultante de una infracción, así como a los beneficios de ella provenientes y a los instrumentos o utensilios utilizados para cometer la infracción.

49. No se ha mantenido el artículo inicialmente propuesto sobre el procedimiento penal, y todos los puntos de procedimiento se rigen por las Disposiciones tipo revisadas que figuran en la Parte II (disposiciones administrativas) según su contexto propio.

Duración de la protección (Art. 7)

50. Uno o dos expertos también propusieron que se estableciese que la protección de las expresiones del folklore no se encuentra limitada en el tiempo. En virtud de las Disposiciones tipo revisadas, la protección tendrá una duración ilimitada; sin embargo corresponderá a las legislaciones nacionales determinar el plazo para la prescripción de las infracciones previstas.

Autoridades (Art. 8)

51. En las Disposiciones tipo revisadas no figura disposición ninguna sobre la cuestión de a quién pertenecen las expresiones del folklore, ya que este aspecto del problema se trata de diferentes maneras en los distintos países. En las Disposiciones tipo revisadas se prevé únicamente la designación de las autoridades competentes para autorizar la utilización de las expresiones del folklore, si bien queda entendido que dichas autoridades conceden la mencionada autorización en nombre del propietario, quienquiera que sea. En las comunidades autóctonas de muchos países en desarrollo persiste todavía un fuerte sentimiento de propiedad de su patrimonio cultural tradicional, que en modo alguno debe herirse declarando simplemente que las expresiones del folklore son propiedad del pueblo, del país o de la nación como tal; por otra parte, sin embargo, la custodia de todas las comunidades de la nación y la salvaguardia de todo el acervo del patrimonio cultural existente en el país deben ejercerse de manera centralizada para que sean efectivas tanto en el plano nacional como en el internacional.

52. De conformidad con la sugerencia formulada por los expertos del Grupo de Trabajo, las Disposiciones tipo revisadas dejan a cada país la designación de esas autoridades en su legislación nacional. Únicamente sugieren que se prevea una "autoridad competente" que se encargue de la labor administrativa resultante de la legislación protectora de las expresiones del folklore, y una "autoridad supervisora" que, en un nivel más elevado, dé las necesarias orientaciones a las autoridades competentes y posiblemente sirva también como segunda instancia en casos de litigio.

53. Cabe la posibilidad de que las autoridades competentes sean distintas según las clases de expresiones del folklore cuya utilización esté sujeta a autorización. Puede considerarse útil confiar a organismos distintos la autorización del uso de expresiones existentes en forma inmaterial, por tradición oral o empírica, y de expresiones del arte popular existentes en formas tangibles. En el primer caso, podría designarse a un departamento del Ministerio de Cultura, o a la organización de autores del país (si tal organización existe ya) o a un organismo especial constituido para los fines de aplicación de la ley sobre protección de las expresiones del folklore; en el segundo caso, también podría designarse al Museo Nacional o al Instituto Etnológico del país. La "autoridad supervisora" podría ser un departamento de la Oficina Presidencial u otra oficina semejante de alto nivel, o un ministerio en el caso de que los organismos competentes constituyesen una organización independiente, o una autoridad especialmente establecida para este fin.

54. La autoridad competente puede solicitar la asistencia de comisiones de expertos encargadas de cuestiones relativas a la clasificación, identificación, autenticidad y evaluación de las expresiones del folklore y sobre las reproducciones y representaciones o ejecuciones de las mismas. Sin embargo, los expertos del Grupo de Trabajo sugirieron que en las Disposiciones tipo revisadas no debía disponerse el establecimiento obligatorio de una comisión especial para su ejecución.

55. Como también sugirieron los expertos del Grupo de Trabajo, no se prevé en las Disposiciones tipo revisadas ningún estatuto especial que regule las actividades de la autoridad competente.

Autorización (Art. 9)

56. Algunos expertos del Grupo de Trabajo sugirieron que al comienzo del artículo relativo al proceso de autorización debía preverse una obligación directa para la solicitud de autorización. Tal disposición queda estipulada en el párrafo 1).

57. Algunos expertos mencionaron también que el contenido de la solicitud de autorización podría establecerse con más detalle que el proyecto inicial. En el párrafo 2) se da cumplimiento a esta petición.

58. En las Disposiciones tipo revisadas figuran normas bastante detalladas en relación con el proceso mismo de autorización. A ciertos respectos, se ofrecen entre corchetes soluciones alternativas. Por ejemplo, los expertos propusieron que no debía ser obligatorio necesariamente un formulario escrito de solicitud de autorización; por tanto, esto sólo se propone entre corchetes. Otros expertos sugirieron que las tsas percibidas por la autoridad

competente no debían calcularse necesariamente con arreglo a un baremo fijado por el Ministerio supervisor o de tutela y que esta fijación debía ser optativa entre la autoridad competente y el Ministerio de tutela. Así pues, en las Disposiciones tipo revisadas figuran estipulaciones alternativas también en el contexto de la fijación de las tasas por concepto de utilización de las expresiones del folklóre. Sin embargo, no se prevén en ellas soluciones contractuales para las tasas que habrán de abonarse, como también sugirió un experto del Grupo de Trabajo. El control de la utilización de las expresiones del folklóre es asunto eminentemente público y las condiciones de tal utilización no deben convertirse en objeto de transacción.

59. En lo que respecta al empleo de las tasas recaudadas, los expertos sugirieron que las disposiciones al respecto debían ser suficientemente flexibles para que permitieran su empleo en el fomento o la salvaguardia del folklóre o para otros fines culturales. En el párrafo 4) se da cumplimiento a esta petición; en él se prevé sin embargo que cierta participación, que habrá de determinar expresamente cada país, deberá concederse en cualquier caso a la comunidad de origen de la expresión del folklóre utilizada; y que la autoridad competente está facultada para deducir de las tasas recaudadas una parte correspondiente a los costes que le ocasionen sus actividades en relación con la autorización para autorizar las expresiones del folklóre.

60. Algunos expertos del Grupo de Trabajo se preguntaron si era necesario prever expresamente los recursos ante la autoridad supervisora, en el supuesto de que el procedimiento de los recursos administrativos se regía de manera suficiente en cada país por normas generales del derecho público. Por ello, la norma pertinente de las Disposiciones tipo revisadas se propone solamente entre corchetes.

Jurisdicción (Art. 10)

61. Algunos expertos sugirieron también que se considerase la necesidad de una disposición relativa a los recursos ante los tribunales. Una disposición de este género se establece en el artículo relativo a la jurisdicción. En este contexto, incumbe a la legislación nacional decidir qué tribunales serán competentes en los casos de recurso contra las decisiones de las autoridades de que se trate y en los casos de infracciones, respectivamente. Queda entendido que en el primero de estos casos son de aplicación las leyes y normas del procedimiento civil, y en el segundo caso se aplican las leyes y normas del procedimiento penal.

Relación con otras formas de protección conferida por la legislación (Art. 11)

62. Los expertos del Grupo de Trabajo recomendaron vivamente que en las disposiciones tipo se estipulase clara y directamente que la protección especial de las expresiones del folklóre no limitará ni perjudicará en ningún caso a la protección otorgada por el derecho de autor cuando ésta sea aplicable a las creaciones realizadas por miembros de las comunidades autóctonas, ni a la protección a que puede recurrirse en algunos casos bajo la forma de los derechos conexos o en la esfera de la propiedad industrial (protección de dibujos o modelos, marcas, denominaciones de origen, etc.) en virtud de la ley nacional o de cualquier acuerdo internacional pertinente. Así pues también permanece abierta la posibilidad de hacer que las expresiones del folklóre estén protegidas en virtud del Artículo 15, párrafo 4) del Convenio de Berna, como obras inéditas de las cuales se desconoce la identidad del autor. También por lo anterior, es por lo que las Disposiciones tipo revisadas no deberán aplicarse en forma conflictiva con otras disposiciones legales destinadas a la preservación del folklóre.

Interpretación (Art. 12)

63. En cumplimiento de una sugerencia formulada por los expertos del Grupo de Trabajo, el último artículo de las Disposiciones tipo revisadas pone de relieve un principio subyacente a la totalidad del sistema de protección especial de las expresiones del folklóre: esta protección en ningún caso deberá obstaculizar el desarrollo normal de las expresiones del folklóre en las comunidades nacionales. El fin último de una protección adecuada de las expresiones del folklóre es fomentar la evolución nacional del patrimonio cultural tradicional.