

Grupo de especialistas *ad hoc* en conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales

Ginebra, 9 de diciembre de 2018

NOTA DE ANTECEDENTES SOBRE ELEMENTOS SUSTANTIVOS

preparada por la Oficina Internacional de la OMPI

1. El objetivo general del grupo de especialistas *ad hoc* en conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales es, como se desprende del mandato del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (“CIG”) y de las decisiones tomadas en la trigésima séptima sesión del CIG, celebrada del 27 al 31 de agosto de 2018, dar respuesta a cuestiones específicas de carácter jurídico, normativo o técnico. Los resultados de su labor se comunicarán al CIG, que los examinará en mayor profundidad.

2. De acuerdo con las decisiones tomadas en la trigésima séptima sesión del CIG, se invitó a los Estados miembros, por medio de los coordinadores regionales, a que propusieran las cuestiones específicas que debían someterse al examen del grupo de especialistas *ad hoc*. El presidente y los vicepresidentes del CIG establecieron una lista de cuestiones a partir de las propuestas presentadas por los Estados miembros, y la pusieron a disposición de los coordinadores regionales para que formularan comentarios. En consecuencia, el presidente y los vicepresidentes han establecido la siguiente lista:

1) Materia

- Conocimientos tradicionales
- Expresiones culturales tradicionales

2) Cuestiones transversales relativas a los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales

- Interacción entre la materia, los criterios de admisibilidad y el alcance de la protección
- Alcance de la protección (con eventual inclusión de “enfoque estratificado” / “protección diferenciada”).

3. En la presente nota de antecedentes sobre elementos sustantivos se aportan antecedentes sobre la lista de cuestiones y se proponen algunos aspectos para que el grupo de especialistas *ad hoc* los examine. No se prevé que el grupo de especialistas *ad hoc* pueda abordar todos los aspectos y cuestiones que figuran a continuación. Los vicepresidentes del grupo proporcionarán más orientación sobre las cuestiones específicas que se abordarán en esta reunión específica. Cabe recordar que también se examinará la cuestión de los conocimientos tradicionales (“CC.TT.”) y las expresiones culturales tradicionales (“ECT”) en las sesiones trigésima octava, trigésima novena y cuadragésima del CIG, y, si así lo decide el Comité, se reunirá un grupo de especialistas *ad hoc* antes de su cuadragésima sesión.

Materia

4. Los actuales textos de negociación de CC.TT. y ECT (documentos WIPO/GRTKF/IC/38/4 y WIPO/GRTKF/IC/38/5) incluyen proyectos de definiciones de CC.TT. y ECT (artículo 1 de los textos respectivos) y de artículos sobre la materia (artículo 3 de los textos respectivos).

5. En los instrumentos jurídicos, las disposiciones relativas a la materia suelen tener como fin definir el alcance de la materia objeto de protección. A menudo, las normas internacionales de propiedad intelectual (“PI”) remiten al nivel nacional la determinación del alcance preciso de la materia objeto de protección. Los instrumentos internacionales varían entre los que facilitan una descripción amplia y general de la materia y los que fijan un conjunto de criterios que la materia debe cumplir para ser objeto de protección (en el contexto del CIG, denominados “criterios de admisibilidad”), además de los instrumentos que no ofrecen ninguna definición. Por ejemplo, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (1994) (“el Acuerdo sobre los ADPIC”) no define el término “invención”, pero dispone que las invenciones patentables son aquellas que son nuevas, entrañan una actividad inventiva y son susceptibles de aplicación industrial (en los debates del CIG a estos se les

denomina “criterios de admisibilidad”). El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1979) (“el Convenio de París”) define “propiedad industrial” de forma amplia y extensa. El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1979) (“el Convenio de Berna”) ofrece una descripción general de “obras literarias y artísticas”, una lista ilustrativa de ejemplos y criterios como el de la originalidad y la fijación en un soporte material para identificar las obras literarias y artísticas susceptibles de protección por derecho de autor.

6. Si el grupo de especialistas *ad hoc* considera necesario definir los CC.TT. y las ECT en uno o varios instrumentos jurídicos internacionales, se le invita a aclarar más el significado de “tradicional”. Las características de los CC.TT. y las ECT son diferentes en todo el mundo, de ahí la importancia de identificar las características principales y universales que tienen su lugar en un instrumento internacional. En particular, se invita al grupo de especialistas *ad hoc* a examinar la forma más adecuada de formular:

- el carácter intergeneracional del mantenimiento y la transmisión;
- el vínculo o los vínculos entre los CC.TT. y las ECT, por un lado, y la cultura y comunidad de origen, por otro;
- la naturaleza colectiva de los CC.TT. y las ECT; y
- su naturaleza dinámica, en constante evolución.

7. También se invita al grupo de especialistas *ad hoc* a examinar la necesidad de incluir un componente temporal (por ejemplo “no inferior a 50 años”).

8. En cuanto a la definición de las ECT, se invita al grupo de especialistas *ad hoc* a debatir sobre si es necesario incluir ejemplos de distintas formas de ECT en la definición de estas (ya sea en el cuerpo de la definición o como notas al pie).

Cuestiones transversales relativas a los CC.TT. y las ECT

9. Algunas de las cuestiones objeto de examen afectan tanto a los textos sobre CC.TT. como a los textos sobre ECT (cuestiones transversales horizontales) o están presentes en dos o más artículos de al menos uno de los textos (cuestiones transversales verticales).

10. En resumidas cuentas, y de nuevo en relación con el aspecto de la “materia”, según una opinión, la definición debe mantenerse lo suficientemente amplia como para abarcar todo tipo de CC.TT. y ECT, mientras que la otra opinión es partidaria de una definición precisa y limitada en aras de la claridad y la transparencia. Si la definición es amplia, es posible que otros elementos deban actuar como filtro, como los criterios de admisibilidad (de haberlos) o las excepciones y limitaciones, así como el alcance de la protección (el alcance de los derechos). Ese ejemplo se utiliza sencillamente para demostrar que existe una interacción entre la definición de la materia, el alcance de la protección y las excepciones y limitaciones. Esa interacción también puede estar relacionada con el equilibrio inherente a todos los tipos de sistemas de protección de PI (también subyacente a todas las cuestiones transversales), es decir, el equilibrio entre los derechos privados y el interés general.

11. Por lo tanto, se invita al grupo de especialistas *ad hoc* a examinar la interacción entre la materia, los criterios de admisibilidad, el alcance de la protección y las excepciones y limitaciones, y también:

- si son necesarios los criterios de admisibilidad (término utilizado en el contexto del CIG) en relación con la materia, ya que, al establecer los derechos, la materia que deba finalmente protegerse podría definirse más claramente en los artículos relativos al alcance de la protección y a las excepciones y limitaciones; y
- sobre la base de la posibilidad de introducir un enfoque estratificado (véase *infra*) para definir el alcance de la protección, si debería aplicarse también ese enfoque a las disposiciones sobre excepciones y limitaciones, es decir, que diversos tipos de actos

objetos de excepción reflejen los distintos tipos de materia protegida y los derechos que se aplican a cada nivel.

12. El alcance de la protección tiene por objeto determinar qué actos específicos con respecto a los CC.TT. o las ECT protegidos deberían prohibirse o prevenirse. Desde el principio, se invita al grupo de especialistas *ad hoc*. a aclarar lo siguiente:

- cuál es el enfoque adecuado: uno basado en derechos, uno basado en medidas o una combinación de ambos; y
- la flexibilidad necesaria que permite determinar el alcance de la protección a nivel nacional.

13. Los actuales proyectos de artículo (artículo 5 de los textos respectivos sobre CC.TT. y ECT) ponen de manifiesto la existencia de dos opciones, que son, en resumidas cuentas, “el derecho a decir no” y el “derecho a recibir una compensación”:

- En lo que respecta a la primera opción, se seguiría el régimen de derechos exclusivos, en el que los titulares de derechos tienen un conjunto de derechos de los que son titulares y que pueden ceder o a los que pueden renunciar, según sea el caso. En este contexto, los titulares de derechos tienen un conjunto de derechos que pueden hacer valer contra terceros. Así, tienen la posibilidad de decir “no” a los usos estipulados en el ámbito de sus derechos exclusivos.
- La segunda opción es el derecho a recibir remuneración o compensación. En otras palabras, es el derecho a recibir una remuneración por determinados usos, sin la posibilidad de impedir tales usos o de oponerse a los mismos. Esta opción guarda relación con lo que en las publicaciones especializadas se conoce como “régimen de responsabilidad pecuniaria”. Los sistemas vigentes de PI no están formados únicamente por derechos exclusivos, e incluyen también el derecho a recibir remuneración o compensación en determinados casos.

14. Asimismo, cabe distinguir entre derechos patrimoniales y derechos morales. Por ejemplo, en el marco del derecho de autor, los derechos patrimoniales permiten al titular de los derechos obtener una retribución financiera por el uso de sus obras por terceros, mientras que los derechos morales se refieren al derecho a reivindicar la paternidad de una obra y de oponerse a toda mutilación o deformación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio al honor o a la reputación del autor.

15. El CIG ha debatido durante varios años un “enfoque estratificado” (también denominado “protección diferenciada”), según el cual los poseedores de derechos podrían hacer valer distintos tipos o niveles de derechos o de medidas en función de la naturaleza y las características de la materia objeto de protección, el grado de control que poseyeran los beneficiarios y el grado de difusión.

16. En el enfoque estratificado se propone una protección diferenciada conforme a distintos tipos de CC.TT. o ECT dentro de un espectro que oscilaría entre CC.TT. o ECT disponibles al público en general y CC.TT. o ECT secretos, sagrados o desconocidos fuera de la comunidad, y cuyo uso está en manos de los beneficiarios.

17. Se invita al grupo de especialistas *ad hoc* a examinar:

- la idoneidad de los derechos patrimoniales y morales para las distintas formas de CC.TT. o ECT. Por ejemplo, los derechos patrimoniales exclusivos podrían ser adecuados para algunas formas de CC.TT. o ECT (como, por ejemplo, los CC.TT. o ECT sagrados o desconocidos), mientras que un modelo basado en derechos morales podría adecuarse, por ejemplo, a los CC.TT. o las ECT que ya estén a disposición del público o hayan sido divulgados, pero que se puedan seguir atribuyendo a comunidades locales o pueblos indígenas específicos.

- la calidad, el nivel de control y el grado de difusión, así como la cuestión de la relación con el dominio público; y
- los aspectos prácticos y las repercusiones jurídicas de los niveles propuestos.

18. En el contexto de los CC.TT. la protección diferenciada que se propone en el enfoque estratificado ofrece una posibilidad de responder a la realidad de las diferencias existentes entre los CC.TT. secretos, los CC.TT. de difusión restringida y los CC.TT. de amplia difusión, cuyas definiciones el grupo de especialistas *ad hoc* está invitado a examinar.

19. En el contexto de las ECT, habida cuenta de los aspectos prácticos y las repercusiones jurídicas de los niveles propuestos, se invita al grupo de especialistas *ad hoc* a que examinen qué criterios resultan adecuados y deberían utilizarse en el contexto de las ECT, con el fin de determinar los niveles. Cabe observar que los criterios que podrían ser pertinentes en el contexto de los CC.TT. podrían no ser necesariamente de aplicación en el contexto de las ECT.

Otra cuestión

20. También es posible que el grupo de especialistas *ad hoc* desee examinar las leyes nacionales destinadas a velar por la autenticidad de los objetos artísticos y artesanales producidos por los pueblos indígenas y las comunidades locales.

Recursos de utilidad

21. En el sitio web de la OMPI se ofrecen recursos útiles que el grupo de especialistas *ad hoc* puede utilizar como material de referencia, como, por ejemplo:

- Nota informativa del presidente para la trigésima octava sesión del CIG, https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=420992.
- WIPO/GRTKF/IC/38/6, La protección de los conocimientos tradicionales: proyecto actualizado de análisis de las carencias, https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=417731;
- WIPO/GRTKF/IC/38/7, Proyecto actualizado de análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales tradicionales, https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=417732;
- WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8, Nota sobre los significados de la expresión “dominio público” en el sistema de propiedad intelectual, con referencia especial a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=149213;
- WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9, Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales, https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=147152;
- Experiencias regionales, nacionales, locales y comunitarias, https://www.wipo.int/tk/es/resources/tk_experiences.html;
- Conferencias y ponencias sobre temas escogidos, https://www.wipo.int/tk/es/resources/tk_experiences.html#4.

[Fin del documento]