

OMPI



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

S

WIPO/GRTKF/IC/12/4(b)

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 31 de enero de 2008

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

**Duodécima sesión
Ginebra, 25 a 29 de febrero de 2008**

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

RESEÑA OBJETIVA

Documento preparado por la Secretaría

Antecedentes

1. El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, (el Comité) examina actualmente la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore (ECT/EF) a través de dos procesos relacionados y complementarios:

i) el examen de una lista de cuestiones acordada sobre la protección de las ECT/EF; y

ii) el examen de un proyecto de objetivos y principios revisados para la protección de las ECT/EF.

2. El Comité decidió en su undécima sesión, en julio de 2007, que la Secretaría de la OMPI preparara “una reseña objetiva de los puntos de vista y las cuestiones señalados por los Estados miembros y los observadores, con indicación de quién ha formulado tal punto de vista o cuestión, respecto de la lista de cuestiones examinada en la undécima sesión, incluidos los comentarios presentados por escrito en la undécima sesión, reseña que será examinada por los Estados miembros y los observadores sin perjuicio de las posturas adoptadas con respecto de las mismas”. Asimismo, decidió que sigan siendo objeto de debate los objetivos y principios revisados para la protección de las ECT/EF.

3. En concordancia con esas decisiones, los documentos de trabajo sobre la protección de las ECT/EF que se están preparando para la duodécima sesión del Comité comprenden:

i) el documento WIPO/GRTKF/IC/12/5(a): una breve reseña de la labor actual sobre las ECT/EF;

ii) el documento WIPO/GRTKF/IC/12/5(b): el presente documento, texto de la “reseña objetiva” solicitada;

iii) el documento WIPO/GRTKF/IC/12/5(c): el texto del proyecto de objetivos y principios, idéntico al texto que se distribuyó en la octava, novena, décima y undécima sesión, que se suministra a modo de referencia teniendo en cuenta la decisión de que ese documento siga siendo objeto de debate.

El proyecto de reseña objetiva

4. El Anexo del presente documento (“Reseña objetiva”) es la reseña objetiva mencionada en la decisión de la undécima sesión, que se proporciona para que sea considerada y nuevamente examinada, según proceda, por el Comité en su duodécima sesión. La reseña se publicó en el sitio Web de la OMPI, en www.wipo.int/tk, en forma de proyecto para su examen por los Estados miembros y los observadores, a quienes se invitó a enviar sus comentarios a la Secretaría de la OMPI antes del 31 de enero de 2008. Los comentarios recibidos sobre el proyecto han sido incorporados a la reseña objetiva que figura en el Anexo.

¿Cómo se ha preparado esta “reseña objetiva”?

5. En la decisión adoptada por el Comité en su undécima sesión se encomendaba a la Secretaría a efectuar “una reseña objetiva” que “agrupe” los puntos de vista y las cuestiones señalados por los Estados miembros y los observadores con respecto a la lista de cuestiones

relativas a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore (ECT/EF). La “reseña objetiva” debería realizarse “con indicación” de quién ha formulado tal punto de vista o cuestión. Los puntos de vista y comentarios que han de citarse y compilarse son los que figuran en los comentarios escritos proporcionados por los Estados y observadores sobre la lista de cuestiones (tal y como figuran en los documentos WIPO/GRTKF/IC/11/4(a), WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2) y los formulados verbalmente en la undécima sesión del Comité (registrados en el proyecto de informe de la sesión, WIPO/GRTKF/IC/11/5 Prov.).

6. El proyecto de “reseña objetiva” que figura en el presente documento comprende citas reproducidas directamente de los comentarios escritos y de las intervenciones verbales realizados por los Estados y los observadores con respecto a cada una de las 10 cuestiones expuestas en la lista de cuestiones. Por lo tanto, las citas aparecen entre comillas. Como en los comentarios escritos y en las intervenciones verbales se plantean varias cuestiones más concretas en relación con las 10 cuestiones principales que figuran en la lista de cuestiones, y como en varios comentarios e intervenciones se han señalado las mismas cuestiones, se ha tratado de agrupar los comentarios e intervenciones en torno a las cuestiones más específicas (“subcuestiones”) que guardan relación con cada una de las 10 cuestiones principales. Por lo tanto, las citas se agrupan en “categorías”, cada una de las cuales guarda relación con una subcuestión concreta que se ha señalado en varios comentarios e intervenciones. Cabe la posibilidad de que de este modo algunas partes de una misma intervención o comentario escrito hayan sido “citadas” y aparezcan en distintas categorías. Cuando no se ha incluido el texto de un comentario o intervención en una cita en particular (en cuyo caso dicho texto aparecerá en otro lugar), se indica tal circunstancia mediante el uso de puntos suspensivos (por ejemplo “...”). Sin embargo, figuran todos los comentarios e intervenciones a excepción de aquellos de naturaleza puramente formal o de procedimiento. Además, es posible que se hayan omitido algunos comentarios en los que se mencionan los comentarios de otras delegaciones y observadores cuando no se desprenda claramente del contexto a qué comentarios se hace referencia. En algunos casos, la cita de un comentario o intervención aparece en más de un lugar, cuando la cita haga referencia a más de una cuestión o subcuestión. En los documentos citados anteriormente siguen estando disponibles los comentarios escritos y las intervenciones en su totalidad.

7. Se atribuye cada cita, según procede, al Estado u observador en cuestión señalando el nombre correspondiente y mediante el empleo de notas a pie de página. Las referencias en las notas a “WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)”, por ejemplo, dan a entender que la cita procede de un comentario escrito que figura en ese documento, mientras que la referencia al “WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.” significa que la cita procede de una intervención verbal formulada durante la undécima sesión del Comité.

8. En los casos en que el Estado o el observador hayan realizado comentarios escritos e intervenciones verbales en la undécima sesión, la Secretaría ha reproducido generalmente los dos, salvo que se repitan directamente, en cuyo caso se mencionan el comentario escrito y la intervención verbal como fuentes de la cita.

9. Asimismo, se han incluido los comentarios generales sobre cuestiones sustantivas relativas a las ECT/EF que han formulado los Estados y los observadores en sus comentarios escritos e intervenciones verbales, agrupados en categorías según se ha descrito anteriormente.

10. Se invita al Comité a remitirse a la reseña objetiva adjunta en el examen de la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresión del folclore en su duodécima sesión, y a proporcionar instrucciones u orientación sobre la reelaboración, si procede, de ese material.

[Sigue el Anexo]

ANEXO

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

RESEÑA OBJETIVA

ÍNDICE

COMENTARIOS GENERALES	6
CUESTIÓN N.º 1: DEFINICIÓN DE EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES (ETC)/EXPRESIONES DEL FOLCLORE (ef) QUE DEBEN PROTEGERSE.....	18
A. ¿DEBE EXISTIR UNA DEFINICIÓN DE ECT/EF?	19
Es necesaria una definición clara.....	19
No es necesaria una definición clara	19
B. ¿QUÉ MATERIA DEBE FORMAR PARTE DEL CONCEPTO DE ECT/EF? ¿CÓMO DEBE EXPRESARSE LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LAS ECT/EF Y LOS CC.TT.?.....	20
Ejemplos de ECT/EF	20
Vínculos entre las ECT/EF y el patrimonio cultural	25
Relación entre las ECT y los CC.TT.....	25
C. ¿QUÉ CUALIDADES/CARACTERÍSTICAS DEBEN POSEER LAS ECT/EF PARA SER SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN?	29
D. ¿QUÉ OTROS TÉRMINOS, CONCEPTOS Y CUESTIONES CONEXOS PUEDE SER NECESARIO ACLARAR?.....	37
E. ¿CÓMO PUEDE DEFINIRSE EN FORMA MÁS CLARA EL SIGNIFICADO Y EL ALCANCE DE LAS ECT/EF?	38
F. ¿QUÉ COMENTARIOS SE HAN FORMULADO, SI LOS HUBIERE, SOBRE EL PROYECTO DE DISPOSICIÓN QUE SE OCUPA DE ESA CUESTIÓN EN EL DOCUMENTO WIPO/GRTKF/IC/12/4(C) O EN VERSIONES ANTERIORES DE ESE DOCUMENTO (COMO EL WIPO/GRTKF/IC/10/4, WIPO/GRTKF/IC/11/4(C))?	41
CUESTIÓN N.º 2: ¿QUIÉN DEBE BENEFICIARSE DE ESE TIPO DE PROTECCIÓN?, O ¿QUIÉN ES EL TITULAR DE LOS DERECHOS EXISTENTES SOBRE LAS ECT/EF SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN?	47
A. ¿QUÉ PERSONAS, COMUNIDADES O ENTIDADES SE RECONOCEN EN CALIDAD DE POSIBLES I) BENEFICIARIOS DE LA PROTECCIÓN O II) TITULARES DE DERECHOS? ¿CUÁL ES LA FUNCIÓN, SI LA HUBIERE, DEL ESTADO? ¿CABE LA POSIBILIDAD DE QUE UN PARTICULAR SEA TITULAR DE DERECHOS SOBRE LAS ECT/EF?	48
Titulares y custodios.....	48
Varios posibles beneficiarios y titulares, entre ellos, el Estado y los particulares	48
Únicamente las comunidades	50
Las comunidades en tanto que beneficiarios, los Estados en tanto que titulares.....	51
Comentarios generales.....	51
Titularidad individual en oposición a la comunitaria.....	53
B. ¿CÓMO DEBE RECONOCERSE A LOS BENEFICIARIOS Y TITULARES DE DERECHOS? ¿CÓMO DEBE ESTABLECERSE Y DETERMINARSE EL “VÍNCULO” EXISTENTE ENTRE LAS ECT Y LOS BENEFICIARIOS/TITULARES DE DERECHOS?.....	53
Criterios de procedencia (“autoría”) y de uso continuo.....	53
No es necesaria la procedencia.....	54
Criterio de vínculo con la tierra/territorio y posibles dificultades que plantea	55
Criterio de descendencia.....	55
Necesidad de identificar a los beneficiarios/titulares y maneras de hacerlo	56
C. EN LOS CASOS EN QUE SE HALLA LA MISMA ECT/EF O UNA ECT/EF SIMILAR EN MÁS DE UNA COMUNIDAD O PAÍS, ¿CÓMO DEBE RECONOCERSE A LOS BENEFICIARIOS/TITULARES DE DERECHOS?	57

- D. ¿CÓMO PUEDE ACLARARSE AÚN MÁS EL SIGNIFICADO Y EL ALCANCE DE LOS TÉRMINOS BENEFICIARIOS/TITULARES DE DERECHOS? ¿QUÉ OTROS TÉRMINOS Y CONCEPTOS CONEXOS PUEDE SER NECESARIO ACLARAR? 58
- E. ¿QUÉ COMENTARIOS SE HAN FORMULADO, SI LOS HUBIERE, SOBRE EL PROYECTO DE DISPOSICIONES QUE SE OCUPAN DE ESA CUESTIÓN EN EL DOCUMENTO WIPO/GRTKF/IC/12/4(C) O EN VERSIONES ANTERIORES DE ESE DOCUMENTO (COMO EL WIPO/GRTKF/IC/10/4, EL WIPO/GRTKF/IC/11/4(C))?. 61

CUESTIÓN N.º 3: ¿QUÉ OBJETIVO DEBE ALCANZARSE AL OTORGAR LA PROTECCIÓN CON ARREGLO AL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (DERECHOS PATRIMONIALES, DERECHOS MORALES)? 64

- A. ¿DEBE OTORGARSE A LAS ECT/EF PROTECCIÓN CON ARREGLO AL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL? ¿CONSTITUYE UNA MEDIDA IMPORTANTE Y VALIOSA ACLARAR LOS OBJETIVOS DE ESE TIPO DE PROTECCIÓN? ¿CÓMO DEBEN ACLARARSE LOS OBJETIVOS?..... 64
- B. ¿QUÉ OBJETIVOS ESPECÍFICOS SE HAN CONSIDERADO PERTINENTES? 69
- C. ¿QUÉ OTROS TÉRMINOS, CONCEPTOS Y CUESTIONES CONEXOS PUEDE SER NECESARIO ACLARAR?..... 79
- D. ¿QUÉ COMENTARIOS SE HAN FORMULADO, SI LOS HUBIERE, SOBRE EL PROYECTO DE DISPOSICIÓN QUE SE OCUPA DE ESA CUESTIÓN EN EL DOCUMENTO WIPO/GRTKF/IC/12/4(C) O EN VERSIONES ANTERIORES DE ESE DOCUMENTO (COMO EL WIPO/GRTKF/IC/10/4, EL WIPO/GRTKF/IC/11/4(C))?. 79

CUESTIÓN N.º 4: ¿QUÉ CONDUCTAS DEBEN CONSIDERARSE INACEPTABLES/ILEGALES EN RELACIÓN CON LAS ECT/EF SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN? 81

- A. COMENTARIOS SOBRE EL PRINCIPIO: ¿YA SE CONSIDERAN INACEPTABLES/ILEGALES ALGUNAS FORMAS DE CONDUCTA EN RELACIÓN CON LAS ECT/EF? ¿DEBEN CONSIDERARSE INACEPTABLES/ILEGALES OTRAS FORMAS DE CONDUCTA? 81
- Formas de ECT/EF que ya están protegidas*..... 81
- Dudas acerca de la necesidad de protección adicional/propuestas sobre la manera de volver a examinar esa cuestión* 82
- Enfoque basado en los derechos humanos* 83
- B. PROPUESTAS Y EJEMPLOS CONCRETOS: ¿QUÉ FORMAS ESPECÍFICAS DE CONDUCTA DEBEN CONSIDERARSE INACEPTABLES/ILEGALES EN RELACIÓN CON LAS ECT/EF? ¿DEBEN RECIBIR DISTINTOS NIVELES DE PROTECCIÓN LOS DISTINTOS TIPOS/CATEGORÍAS DE ECT/EF? ¿DEBE ESTAR SUJETA CUALQUIER FORMA O NIVEL DE PROTECCIÓN AL REGISTRO PREVIO O A OTROS REQUISITOS DE FORMA?..... 84
- Reconocimiento de la fuente*..... 84
- Uso denigrante* 84
- Conducta que “perjudique” a las ECT/EF* 84
- Ausencia de consentimiento previo* 84
- Diversas conductas*..... 85
- Comentarios sobre la notificación/registro previo u otros requisitos de forma*..... 91
- ECT/EF de valor cultural y espiritual* 92
- Interacción entre la reglamentación internacional, nacional y comunitaria* 93
- Ejemplos concretos de “apropiación indebida”* 93
- C. ¿QUÉ TÉRMINOS, CONCEPTOS Y CUESTIONES CONEXOS PUEDE SER NECESARIO ACLARAR?..... 95
- “Inadmisibilidad”* 95
- “Apropiación indebida”* 95
- “Dominio público”* 96
- “Conductas”*..... 96
- “Adaptación” y “beneficio”* 97
- “De importancia cultural”* 97
- D. ¿QUÉ COMENTARIOS SE HAN FORMULADO, SI LOS HUBIERE, SOBRE EL PROYECTO DE DISPOSICIÓN QUE SE OCUPA DE ESTA CUESTIÓN EN EL DOCUMENTO WIPO/GRTKF/IC/12/4(C) O EN VERSIONES ANTERIORES DE ESE DOCUMENTO (COMO EL WIPO/GRTKF/IC/10/4, EL WIPO/GRTKF/IC/11/4(C))?. 97

CUESTIÓN N.º 5: ¿DEBEN EXISTIR EXCEPCIONES O LIMITACIONES A LOS DERECHOS QUE DIMANAN DE LAS ECT/EF SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN? 99

- A. COMENTARIOS SOBRE LA OPORTUNIDAD DE EXAMINAR ESTA CUESTIÓN: ¿DEBE TENER LUGAR EN ESTE MOMENTO UN DEBATE SOBRE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES?..... 99

B.	COMENTARIOS DE FONDO: ¿SERÍA NECESARIO ESTABLECER EXCEPCIONES Y LIMITACIONES A LA PROTECCIÓN QUE PUEDE OTORGARSE A LAS ECT/EF? EN CASO AFIRMATIVO, ¿QUÉ PRINCIPIOS DEBEN DETERMINAR QUÉ EXCEPCIONES Y LIMITACIONES SERÍAN NECESARIAS? ¿QUÉ EXCEPCIONES Y LIMITACIONES CONCRETAS SE HAN PROPUESTO?	102
	<i>Necesidad de excepciones y limitaciones, principios rectores y propuestas concretas.....</i>	<i>102</i>
	<i>No deben establecerse excepciones y limitaciones o deben estar sujetas a determinadas condiciones.....</i>	<i>108</i>
	<i>Cómo determinar las excepciones y limitaciones apropiadas.....</i>	<i>109</i>
C.	¿QUÉ TÉRMINOS, CONCEPTOS Y CUESTIONES CONEXOS PUEDE SER NECESARIO ACLARAR?.....	110
	<i>ECT/EF.....</i>	<i>110</i>
	<i>“Adaptación” y “derivados”</i>	<i>110</i>
D.	¿QUÉ COMENTARIOS SE HAN FORMULADO, SI LOS HUBIERE, SOBRE EL PROYECTO DE DISPOSICIÓN QUE SE OCUPA DE ESA CUESTIÓN EN EL DOCUMENTO WIPO/GRTKF/IC/12/4(C) O EN VERSIONES ANTERIORES DE ESE DOCUMENTO (COMO EL WIPO/GRTKF/IC/10/4, EL WIPO/GRTKF/IC/11/4(C))?.....	110
CUESTIÓN N.º 6: ¿POR CUÁNTO TIEMPO DEBE OTORGARSE LA PROTECCIÓN?		114
A.	COMENTARIOS SOBRE LA OPORTUNIDAD DE EXAMINAR ESTA CUESTIÓN: ¿RESULTA APROPIADO CONSIDERAR ESTA CUESTIÓN EN ESTE MOMENTO?	115
B.	COMENTARIOS SOBRE CONSIDERACIONES DE POLÍTICA: ¿QUÉ CUESTIONES POLÍTICAS SON PERTINENTES PARA EL EXAMEN DE ESTA CUESTIÓN?.....	116
C.	PROPUESTAS CONCRETAS SOBRE LA DURACIÓN I: ¿DEBE LIMITARSE DE ALGUNA MANERA LA DURACIÓN O DEBE TRATARSE DE UNA DURACIÓN “ILIMITADA”? EN CASO DE QUE LA DURACIÓN SEA LIMITADA, ¿QUÉ CRITERIOS DEBEN UTILIZARSE PARA DETERMINAR LA DURACIÓN? ¿DEBE DEPENDER LA DURACIÓN DE ALGUNA FORMA DE REGISTRO O NOTIFICACIÓN Y DE SU CONSIGUIENTE RENOVACIÓN?	117
	<i>La duración de la protección debe ser ilimitada.....</i>	<i>118</i>
	<i>Duración limitada de la protección: con referencia a las normas de derecho de autor y derechos conexos.....</i>	<i>120</i>
	<i>Duración limitada de la protección: con referencia a la naturaleza intrínseca de las ECT.....</i>	<i>121</i>
	<i>Requisitos de registro o notificación.....</i>	<i>123</i>
	<i>Otros comentarios generales.....</i>	<i>123</i>
D.	PROPUESTAS CONCRETAS SOBRE LA DURACIÓN II: ¿DEBEN PROTEGERSE DURANTE UN PERÍODO ESPECÍFICO ECT? ¿DEBEN PROTEGERSE DURANTE UN PERÍODO ESPECÍFICO DETERMINADOS DERECHOS QUE DIMANAN DE LAS ECT?.....	124
	<i>ECT de valor comercial.....</i>	<i>124</i>
	<i>Obras derivadas y “extraídas”</i>	<i>124</i>
	<i>Distinguir los derechos patrimoniales y morales.....</i>	<i>125</i>
	<i>ECT/EF protegidas en virtud de la legislación de derecho de autor y derechos conexos.....</i>	<i>125</i>
	<i>ECT secretas.....</i>	<i>126</i>
D.	¿QUÉ COMENTARIOS SE HAN FORMULADO, SI LOS HUBIERE, SOBRE EL PROYECTO DE DISPOSICIÓN QUE SE OCUPA DE ESA CUESTIÓN EN EL DOCUMENTO WIPO/GRTKF/IC/12/4(C) O EN VERSIONES ANTERIORES DE ESE DOCUMENTO (COMO EL WIPO/GRTKF/IC/10/4, EL WIPO/GRTKF/IC/11/4(C))?.....	126
CUESTIÓN N.º 7: ¿EN QUÉ MEDIDA OTORGAN PROTECCIÓN LOS DERECHOS DE P.I. VIGENTES? ¿QUÉ VACÍOS DEBEN LLENARSE?		128
A.	¿QUÉ COMENTARIOS GENERALES SE HAN FORMULADO SOBRE LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LOS OBJETIVOS SEÑALADOS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS ECT/EF (VÉASE LA CUESTIÓN N.º 3) Y LOS RÉGIMENES DE P.I. VIGENTES? ¿ESTÁN CONCEBIDOS LOS SISTEMAS DE P.I. PARA PROTEGER LAS ECT/EF Y RESULTAN ADECUADOS A ESE FIN? ¿SE HA CONSIDERADO QUE DETERMINADOS PRINCIPIOS O CONCEPTOS DE LOS DERECHOS DE P.I. RESULTAN PROBLEMÁTICOS EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LAS ECT/EF? ¿CÓMO PUEDE EXAMINAR MÁS DETENIDAMENTE EL COMITÉ LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LOS DERECHOS DE P.I. Y LAS ECT/EF?.....	128
	<i>Comentarios generales.....</i>	<i>128</i>
	<i>Referencias a principios y conceptos particulares de los derechos de P.I. vigentes en relación con las ECT/EF</i>	<i>134</i>
B.	¿QUÉ EJEMPLOS CONCRETOS EXISTEN DE ECT/EF, O SUS FORMAS, QUE RECIBAN PROTECCIÓN AL MENOS EN CIERTA MEDIDA DE LOS DERECHOS DE P.I. U OTRA FORMA DE LEGISLACIÓN? ¿EXISTEN “VACÍOS” ENTRE LA PROTECCIÓN CONFERIDA Y LOS OBJETIVOS SEÑALADOS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS ECT/EF? EN CASO AFIRMATIVO, ¿QUÉ EJEMPLOS CONCRETOS SE HAN SUMINISTRADO? ¿SE HA MENCIONADO EN	

ALGUNO DE LOS COMENTARIOS E INTERVENCIONES DETERMINADOS CASOS, LEGISLACIÓN U OTRAS MEDIDAS?	136
C. EN LOS CASOS EN QUE SE DETECTAN “VACÍOS”, ¿QUÉ SOLUCIONES SE HAN PROPUESTO? ¿QUÉ OTRO TIPO DE LEGISLACIÓN Y MEDIDAS (DISTINTAS DE LA P.I.) PUEDEN SER ÚTILES PARA PROPORCIONAR UNA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LAS ECT/EF?	144
¿Qué vacíos deben llenarse?	147
CUESTIÓN N.º 8: ¿QUÉ SANCIONES O PENAS DEBEN IMPONERSE A CONDUCTAS O ACTOS CONSIDERADOS INACEPTABLES/ILEGALES?	150
A. COMENTARIOS GENERALES: ¿RESULTA PREMATURO DEBATIR ESTA CUESTIÓN? ¿CÓMO SE INTERPRETA LA CUESTIÓN Y EN QUÉ CONTEXTO SE PODRÍA HABER PLANTEADO?	150
<i>Propuestas concretas sobre la manera de que avance el debate sobre esta cuestión</i>	152
B. COMENTARIOS CONCRETOS: ¿CÓMO DEBEN IDEARSE LAS SANCIONES Y LAS PENAS? ¿QUÉ PROPUESTAS CONCRETAS DE SANCIONES Y DE PENAS SE HAN FORMULADO? ¿SE HAN CITADO EXPERIENCIAS O EJEMPLOS NACIONALES?	153
<i>Sobre la interacción entre la normativa nacional e internacional y la naturaleza del posible “instrumento”</i>	158
<i>Experiencias nacionales</i>	159
C. ¿QUÉ COMENTARIOS SE HAN FORMULADO, SI LOS HUBIERE, SOBRE EL PROYECTO DE DISPOSICIÓN QUE SE OCUPA DE ESA CUESTIÓN EN EL DOCUMENTO WIPO/GRTKF/IC/12/4(C) O EN VERSIONES ANTERIORES DE ESE DOCUMENTO (COMO EL WIPO/GRTKF/IC/10/4, EL WIPO/GRTKF/IC/11/4(C))?	161
CUESTIÓN N.º 9: ¿QUÉ CUESTIONES DEBEN ABORDARSE A ESCALA INTERNACIONAL Y NACIONAL? O, DICHO DE OTRO MODO: ¿CUÁL ES LA LÍNEA DIVISORIA ENTRE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y LA NACIONAL?	163
A. COMENTARIOS GENERALES: ¿DEBE EXAMINARSE ESTA CUESTIÓN EN ESTE MOMENTO? ¿CUÁLES SON LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE ESTA CUESTIÓN? ¿CUÁL ES EL SIGNIFICADO DE ESTA CUESTIÓN Y POR QUÉ ES IMPORTANTE? ¿QUÉ EXPERIENCIAS O EJEMPLOS NACIONALES SE HAN CITADO?	163
<i>Experiencias y ejemplos nacionales</i>	165
B. COMENTARIOS SOBRE LAS DIFERENCIAS ENTRE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y LA NACIONAL: ¿CÓMO SE RELACIONAN O DEBEN RELACIONARSE ENTRE SÍ LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y LA NACIONAL? ¿PRECEDE LA NORMATIVA INTERNACIONAL A LA NACIONAL O VICEVERSA? ¿QUÉ CUESTIONES DEBEN ABORDARSE A ESCALA INTERNACIONAL Y NACIONAL?	170
<i>Comentarios generales</i>	170
<i>La normativa nacional precede a la internacional</i>	170
<i>Cuestiones que pueden ser abordadas a escala internacional y nacional</i>	171
<i>Interacción/relación entre la normativa internacional y la nacional/división de la labor entre la normativa internacional y la nacional</i>	171
<i>Razones por las que es necesario un instrumento internacional</i>	175
<i>Acuerdos regionales y bilaterales</i>	178
<i>Coordinación con otros instrumentos y foros internacionales</i>	179
C. ¿QUÉ CUESTIONES SE HA CONSIDERADO ADECUADAS EN CONCRETO PARA LA NORMATIVA NACIONAL? ¿CUÁL ES LA FUNCIÓN DE LA NORMATIVA NACIONAL?	179
D. ¿QUÉ CUESTIONES DEBEN ABORDARSE A NIVEL INTERNACIONAL? ¿CUÁL ES LA FUNCIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL?	180
E. ¿QUÉ COMENTARIOS SE HAN FORMULADO, SI LOS HUBIERE, SOBRE EL PROYECTO DE DISPOSICIÓN QUE SE OCUPA DE ESA CUESTIÓN EN EL DOCUMENTO WIPO/GRTKF/IC/12/4(C) O EN VERSIONES ANTERIORES DE ESE DOCUMENTO (COMO EL WIPO/GRTKF/IC/10/4, EL WIPO/GRTKF/IC/11/4(C))?	182
CUESTIÓN N.º 10: ¿QUÉ TRATO DEBE DARSE A LOS TITULARES/BENEFICIARIOS DE DERECHOS QUE SEAN EXTRANJEROS?	184
A. COMENTARIOS GENERALES: “¿QUÉ SIGNIFICADO TIENE ESTA CUESTIÓN? ¿QUÉ CONSIDERACIONES SE APLICAN AL EXAMINARLA? ¿CÓMO DEBE RESOLVERSE?	184
B. COMENTARIOS CONCRETOS: ¿DEBEN RECIBIR EL MISMO TRATO LOS NACIONALES Y EXTRANJEROS? EN CASO AFIRMATIVO, ¿CON ARREGLO A QUÉ PRINCIPIO (POR EJEMPLO, EL TRATO NACIONAL, LA RECIPROCIDAD O EL RECONOCIMIENTO MUTUO)?	187
<i>Trato equitativo: comentarios generales</i>	187
<i>Reciprocidad</i>	188

	<i>Trato nacional</i>	188
	<i>Trato nacional y reciprocidad</i>	190
	<i>Trato nacional y reconocimiento mutuo</i>	191
	<i>Los extranjeros no pueden ser titulares o beneficiarios de los derechos</i>	191
C.	¿QUÉ COMENTARIOS SE HAN FORMULADO, SI LOS HUBIERE, SOBRE EL PROYECTO DE DISPOSICIÓN QUE SE OCUPA DE ESA CUESTIÓN EN EL DOCUMENTO WIPO/GRTKF/IC/12/4(C) O EN VERSIONES ANTERIORES DE ESE DOCUMENTO (COMO EL WIPO/GRTKF/IC/10/4, EL WIPO/GRTKF/IC/11/4(C))?	191

COMENTARIOS GENERALES

Nota introductoria de la Secretaría

En los comentarios generales formulados por los Estados y los observadores en sus comentarios escritos y en sus intervenciones verbales figuran comentarios sobre el procedimiento observado por el Comité en su labor sobre P.I. y ECT/EF, sobre la lista de cuestiones y la manera en que debe interpretarse y utilizarse, sobre los objetivos de la labor del Comité relativa a las ECT/EF y sobre cuestiones de fondo. En determinados comentarios generales también se proporciona información sobre iniciativas y experiencias nacionales.

En consecuencia, los comentarios e intervenciones se han reseñado y agrupado en las categorías siguientes:

- A) Comentarios sobre el procedimiento: ¿Qué comentarios se han formulado sobre la labor del Comité relativa a las ECT/EF en su conjunto y, en particular, sobre la lista de cuestiones? ¿Qué enfoque han adoptado los Estados y observadores con respecto a la lista de cuestiones? ¿Cuál es la relación existente entre la lista de cuestiones y el proyecto de objetivos y principios políticos?;
- B) Objetivos: ¿Cuáles son los objetivos de la labor del Comité relativa a las ECT/EF en general y del examen de la lista de cuestiones en particular?;
- C) Comentarios sobre las cuestiones mismas: ¿Se han formulado adecuadamente las cuestiones? ¿Cómo deben interpretarse? ¿Debe otorgarse prioridad a algunas cuestiones? ¿Es necesario seguir examinando determinados términos conexos?;
- D) Comentarios sustantivos: ¿Qué comentarios generales se han formulado sobre la relación existente entre la P.I. y las ECT/EF? ¿Qué principios deben regir la labor del Comité?; y
- E) Experiencias nacionales: ¿Qué información se ha proporcionado sobre experiencias, consultas, legislación y políticas nacionales?

- A. Comentarios sobre el procedimiento: ¿Qué comentarios se han formulado sobre la labor del Comité relativa a las ECT/EF en su conjunto y, en particular, sobre la lista de cuestiones? ¿Qué enfoque han adoptado los Estados y observadores con respecto a la lista de cuestiones? ¿Cuál es la relación existente entre la lista de cuestiones y el proyecto de objetivos y principios políticos?

Comunidad Europea

“La Comunidad Europea y sus Estados miembros se congratulan del enfoque, convenido en la última sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, o sea continuar el debate en la próxima sesión sobre la base de un cuestionario, dado que permite centrarse en las cuestiones de fondo sobre el tapete [...]”¹

Hungría

“[...] Hungría hace suyas las contribuciones de la Unión Europea relativas a las dos listas de cuestiones”².

Unión Internacional de Editores (UIE)

“[...] se congratula de la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la lista de cuestiones adjunta al Proyecto Revisado de Informe sobre la décima sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, y tiene el agrado de presentar sus respuestas como documento adjunto a la presente carta... A fin de contribuir al avance del proceso de creación de consenso, hemos optado por responder a las cuestiones que atañen a la perspectiva de la industria editorial, en particular de los escritores y editores a nivel local y de aquellos editores que colaboran estrechamente con las comunidades indígenas... A su debido momento estaríamos dispuestos a explicar con más detalle nuestra posición a la Secretaría de la OMPI o a los delegados de la OMPI. Deseamos a todos ustedes éxito en los trabajos de este importante Comité y esperamos con mucho interés poder participar en la undécima sesión”³.

Kirguistán

“Habida cuenta de que la protección de los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales (folclore) es una de las cuestiones actuales más urgentes que examina la comunidad internacional, nuestra oficina observa asimismo que otros países también aplican un sistema de protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales (folclore). La República de Kirguistán se ocupa actualmente de llevar a cabo algunos trabajos de investigación a ese respecto. Sin embargo, desearíamos destacar que la labor que lleva a cabo el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual,

¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore es muy importante a ese respecto”⁴.

Estados Unidos de América

“En la décima sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (el CIG), los Estados miembros convinieron en presentar comentarios escritos sobre diez cuestiones (lista de cuestiones) relacionadas con la protección de los conocimientos tradicionales (CC.TT.) y de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore (ECT/EF) con objeto de facilitar en el marco del CIG un debate a fondo de las numerosas cuestiones complejas y sustantivas sometidas a examen por el CIG. Los Estados Unidos se congratulan de esta oportunidad y, en este sentido, les es grato presentar estos comentarios preliminares sobre las cuestiones seleccionadas en relación con la protección, la preservación y la promoción de los CC.TT. y las ECT/EF. Los Estados Unidos creen que alcanzar un acuerdo sobre objetivos normativos y principios generales en relación con los CC.TT. y las ECT/EF permitirá avanzar en los trabajos del CIG. Muchas de estas cuestiones no son nuevas para el CIG, pero, hasta el presente, sus miembros no han tenido la oportunidad de entablar el tipo de debate centrado en el tema que es necesario para alcanzar el consenso sobre estas importantes cuestiones. Los Estados Unidos entienden además que estas listas preliminares de cuestiones serán revisadas y ampliadas gracias a los comentarios de los Estados miembros y en el marco de las deliberaciones del CIG [...].”⁵

Sudáfrica

“[...] Sudáfrica reafirma su posición de que el CIG debe orientar sus trabajos de modo a acelerar su conclusión, dado que las respuestas a las decisiones tomadas en la décima sesión del CIG no parecen tener un carácter especialmente exploratorio en relación con la compilación de informaciones y los amplios debates sobre la labor futura del CIG. Sudáfrica se considera en una posición ventajosa por el hecho de contar con una política nacional respecto de los sistemas de conocimientos indígenas que permite fundamentar nuestra posición sobre las diversas cuestiones, y sobre cualquier proyecto de legislación que sea conforme con nuestra legislación relativa a los derechos de propiedad intelectual, y establezca oficialmente esa política sobre los sistemas de conocimientos indígenas [...].”⁶

Canadá

“De conformidad con el punto 11 del orden del día, en la décima sesión del CIG de la OMPI se acordó que los Estados miembros y los observadores fuesen invitados a someter comentarios sobre una lista de diez cuestiones adjunta como Anexo I al documento de decisiones de 8 de diciembre de 2006. El Canadá agradece a la Secretaría de la OMPI la oportunidad de realizar comentarios. Señala que espera trabajar junto con los otros Estados miembros y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y considera que los comentarios recibidos guiarán la labor futura del CIG. En respuesta a esa invitación de la OMPI, el Canadá presenta los siguientes comentarios, sin perjuicio de los comentarios que puedan presentarse en fechas posteriores. Los comentarios preliminares del Canadá en

⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

relación con las expresiones culturales tradicionales (ECT) y las diez cuestiones antes mencionadas deben leerse conjuntamente con sus comentarios preliminares sobre los conocimientos tradicionales (CC.TT.), ya que muchos consideran que las ECT son un subconjunto de los CC.TT. El propósito es que este comentario lo compartan los Estados miembros, la Secretaría de la OMPI y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales [...].”⁷

Australia

“Aunque las cuestiones acordadas no son para nada nuevas en los debates del CIG, el revisarlas a la luz de la extensa labor realizada hasta ahora por el CIG puede ayudar a aclarar dónde sería beneficioso realizar una labor más concreta, dónde hay que aclarar más los objetivos y dónde se encuentran las diferencias de enfoque. A través de los puntos de vista expresados hasta ahora por los Estados miembros se ve claramente que existen amplias divergencias en lo que respecta al enfoque que debe darse a las cuestiones sobre la relación existente entre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore (ECT/EF) y la propiedad intelectual (P.I.) [...].”⁸

Nueva Zelandia

“[...] Las cuestiones fundamentales que surgieron en la décima sesión representan un paso positivo en lo que respecta a abordar las cuestiones complejas y polémicas en relación con la interrelación entre la P.I. y los CC.TT. Consideramos que antes de entrar en un debate sobre las posibles opciones políticas o jurídicas para tratar las cuestiones es fundamental adoptar un enfoque de este tipo. Los objetivos y principios políticos que contienen los documentos aún requieren mucho trabajo; esto, y la labor sobre grupos de cuestiones fundamentales deben ser las prioridades del CIG. El ahondar más en la sustancia de las cuestiones fundamentales asociadas a la protección de los CC.TT. y las ECT ha sido un paso positivo que el Comité debería extender. Las respuestas de Nueva Zelandia [expuestas en el resto del documento] se basan en los comentarios que hemos realizado en anteriores sesiones del CIG y deberían leerse conjuntamente con esos comentarios y además de ellos. Las respuestas no constituyen la postura final de Nueva Zelandia sobre estas cuestiones. Nueva Zelandia acogería con beneplácito la oportunidad de realizar más comentarios en futuras sesiones, ya que continuamos recibiendo opiniones de diversas partes interesadas del país, y se está desarrollando nuestra experiencia nacional. Una serie de partes interesadas indígenas de Nueva Zelandia han hecho hincapié en que las cuestiones relacionadas con los CC.TT. y las ECT deben abordarse como un todo⁹. Nueva Zelandia considera que estas preocupaciones son válidas y, por lo tanto, hemos adoptado un enfoque más holístico combinando nuestras respuestas a los dos grupos de cuestiones fundamentales [...].”¹⁰

⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁹ [Nota de la Secretaría: la nota a pie de página figuraba originalmente en el comentario y en el Apéndice I del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.] En su informe de evaluación, que se sometió a la décima sesión del CIG y se ha publicado en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(b), Maui Solomon señala que un solo documento sobre CC.TT. y ECT sería de uso más fácil, teniendo en cuenta las muchas cuestiones comunes y repeticiones que contienen los dos documentos.

¹⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

B. ¿Cuáles son los objetivos de la labor del Comité relativa a las ECT/EF en general y del examen de la lista de cuestiones en particular?

Comunidad Europea

“[...] El objetivo de la presentación de este texto es contribuir constructivamente al diálogo entre los miembros de la OMPI, teniendo en cuenta los intereses expresados por algunos delegados en relación con la protección de los valores espirituales y comerciales atribuidos a las expresiones culturales tradicionales y las expresiones del folclore, poniendo de relieve su importancia como patrimonio común. La Comunidad Europea y sus Estados miembros reconocen el valor general y específico que las comunidades indígenas y locales atribuyen a sus expresiones culturales tradicionales (ECT) y afirman que esas comunidades merecen respeto [...].”¹¹

Estados Unidos de América

“[...] las listas de cuestiones, tanto la correspondiente a los CC.TT. como la que atañe a las ECT/EF, constituyen una base útil y un marco eficaz para facilitar ese debate a fondo... el debate sobre la lista de cuestiones, destinado a facilitar el consenso entre los participantes en el CIG...”¹².

Unión Internacional de Editores (UIE)

“[...] Nuestra posición se basa en las siguientes preocupaciones y objetivos básicos:

- apoyo a los esfuerzos de los editores locales e internacionales para preservar y difundir las ECT/EF y los CC.TT.;
- apoyo a los editores de textos didácticos en su papel de transmisión de las ECT/EF y de los CC.TT.;
- importancia de la libertad de expresión y la libertad de acceso a la información en beneficio de la evolución de las culturas;
- valor de la riqueza del dominio público para el avance de la sociedad en general, en particular de los creadores y los editores;
- valor primordial del derecho de autor y de otros derechos vigentes de propiedad intelectual para la protección de los intereses económicos y morales de todos los creadores, incluidos los pueblos indígenas;
- respeto del principio de complementariedad, según el cual sólo deben cumplirse, a nivel internacional, las tareas que no puedan ser llevadas a cabo de forma eficaz a nivel local;

...Esperamos que nuestras respuestas puedan contribuir, en última instancia, a la elaboración de un marco que permita incentivar a las comunidades indígenas y a los editores profesionales para que se refuercen las posibilidades de preservar y difundir el contenido cultural indígena en beneficio de todos [...].”¹³

¹¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Japón

“[...] Sin embargo, como un primer paso para ahondar en la comprensión de las ECT/EF, nos congratulamos de que los debates se basen en las listas de cuestiones [...]”¹⁴

Sudáfrica

“[...] la continuación de los trabajos del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (el CIG) constituirá un paso adelante en la elaboración de un instrumento internacional vinculante destinado a proteger los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales y los recursos genéticos [...]”¹⁵

“[...] FUTURO DEL CIG

Con objeto de aclarar el papel positivo de la continuación de los trabajos del CIG, Sudáfrica considera que debería centrarse en la elaboración de un Convenio internacional global jurídicamente vinculante para promover y proteger los derechos y la dignidad de las comunidades indígenas y locales”¹⁶.

Arts Law Centre of Australia

“El objetivo general debería consistir en poner fin a la amplia apropiación indebida de las expresiones culturales tradicionales. Urge proteger este patrimonio cultural frente a poderosos intereses comerciales, por ejemplo, en el caso de los sitios de arte rupestre. El Comité Intergubernamental debería alentar a los países a tomar medidas inmediatas con miras a establecer un marco de protección, ya que actualmente existen lagunas evidentes... Cabe destacar que los participantes indígenas suelen estar a favor de la creación de un instrumento internacional vinculante, mientras que numerosos representantes gubernamentales se oponen a ello”¹⁷.

C. Comentarios sobre las cuestiones mismas: ¿Se han formulado adecuadamente las cuestiones? ¿Cómo deben interpretarse? ¿Debe otorgarse prioridad a algunas cuestiones? ¿Es necesario seguir examinando determinados términos conexos?

Estados Unidos de América

“[...] observan que algunas de las cuestiones que figuran en la lista contienen términos como “protección” y “protegido”. Estas palabras a veces se utilizan en el marco del CIG para referirse a medidas jurídicas destinadas a zanjar cuestiones y a responder a preocupaciones relacionadas con los CC.TT. y las ECT/EF, en particular la protección en virtud de las legislaciones de propiedad intelectual. Sin embargo, a lo largo de sus deliberaciones, los participantes en el CIG no han fijado límites al examen de los CC.TT. y las ECT/EF; por el

¹⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2.

contrario, el CIG ha utilizado sistemáticamente un enfoque amplio para abordar las cuestiones y las preocupaciones relacionadas con los CC.TT. y las ECT/EF, en particular el examen de las medidas para salvaguardar, preservar y promover un entorno de respeto a esos conocimientos y esas expresiones. Este enfoque es coherente con el mandato del CIG, en el que se dispone que no se excluye ningún resultado. Del mismo modo, los Estados Unidos piensan que el debate sobre la lista de cuestiones, destinado a facilitar el consenso entre los participantes en el CIG, no debe dar por sentado la comprensión de una determinada cuestión ni imponer un determinado resultado [...].”¹⁸

Japón

“[...] la cuestión de las expresiones culturales tradicionales (ECT)/expresiones del folclore (EF) es importante para muchos Estados miembros. Sin embargo, ...aún no se ha logrado el entendimiento necesario entre los Estados miembros a este respecto como para lograr un acuerdo a nivel internacional... Al examinar la lista de cuestiones pensamos que sería útil centrarse en algunos elementos fundamentales, como la definición o el sentido de ciertos términos. Deseamos señalar que algunas de las cuestiones no pueden resolverse debido a que ciertos elementos clave siguen siendo imprecisos. Aun antes de intentar ultimar los detalles de la formulación de cierta terminología, convendría atender a la falta de una concepción o visión comunes respecto de lo que se entiende por esos términos. Sin embargo, afirmar que, en estas circunstancias, es imposible llegar a un acuerdo sobre la formulación precisa de las definiciones o decir que las definiciones deberían ser competencia de los legisladores de los Estados miembros significaría un rechazo de abordar el problema como es debido. La lista de cuestiones contiene términos tales como “derechos” y “protección”, pero en la etapa actual de los debates aún no hay consenso respecto del establecimiento de nuevos derechos o formas de protección. Quizás utilizaremos o mencionaremos estos términos al examinar cada cuestión por separado, pero esto no es una indicación de la posición del Japón respecto de la formulación de cualesquiera nuevos “derechos” o nuevas formas de “protección”. Por supuesto, sabemos que hay algunos derechos preexistentes en virtud del derecho consuetudinario, y que deberían ser respetados. Sin embargo, incluso en estos casos, cabe señalar que los derechos reconocidos por el derecho consuetudinario en ciertos Estados o regiones no son necesariamente reconocidos en otras jurisdicciones. El Japón presenta las siguientes observaciones sobre cada cuestión. Nos reservamos el derecho de hacer nuevos comentarios en caso necesario”¹⁹.

Canadá

“[...] presenta[r] algunos comentarios generales aplicables a todas las cuestiones. Estamos de acuerdo con la opinión expresada en diversos documentos preparados por la Secretaría de la OMPI respecto a que indicar el objetivo político que se tiene que abordar y el fundamento jurídico para la protección de las ECT puede ayudar a definir la forma adecuada de protección y la materia protegida. El primer paso para poder abordar las otras cuestiones señaladas más abajo es alcanzar un consenso sobre un objetivo común”²⁰.

¹⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

Unión Internacional de Editores (UIE)

“[...] Necesidad de lograr el consenso en materia de objetivos normativos y de principios fundamentales antes de estudiar la posibilidad de crear un marco más detallado para la protección de las ECT/EF o de los CC.TT. a nivel internacional”²¹.

Australia

“[...] el CIG debería continuar creando una sólida base de conocimientos que sirvan como punto de partida para nuevos debates. Es importante continuar compartiendo experiencias nacionales. Asimismo, para continuar con la labor del CIG resulta fundamental que se acuerden los objetivos políticos y los principios rectores generales para abordar las cuestiones de P.I. relacionadas con las ECT/EF. Sólo cuando se alcance un consenso a este respecto se podrán examinar plenamente y hacer avanzar todas las opciones a fin de alcanzar los objetivos, de acuerdo con los principios acordados”²².

Nueva Zelandia

“[...] apoya la continuación de la labor del CIG en **todos** los ámbitos, pero mantiene su postura sobre la necesidad de alcanzar un cierto consenso sobre los objetivos políticos y los principios rectores antes de determinar los posibles mecanismos jurídicos para la protección de los CC.TT. o tomar decisiones sobre la forma de cualquier obligación internacional que pueda adoptarse (incluida la posibilidad de redactar directrices, una declaración, un protocolo, un tratado o enmiendas a los tratados existentes) [...]”²³

D. Comentarios sustantivos: ¿Qué comentarios generales se han formulado sobre la relación existente entre la P.I. y las ECT/EF? ¿Qué principios deben regir la labor del Comité?
--

Unión Internacional de Editores (UIE)

“[...] Los editores están en contacto con las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore (ECT/EF) o los conocimientos tradicionales (CC.TT.) de muy diversas formas:

- Los editores locales de libros infantiles y de libros de texto hacen referencia en sus obras al contexto cultural y al entorno de sus lectores. La narración de cuentos populares o la descripción de la cultura que forma parte de la vida cotidiana de sus lectores es parte del contenido editorial.
- Del mismo modo, muchos escritores de ficción se inspiran en costumbres y tradiciones locales, y en el entorno social en el que se criaron. Las narraciones pueden referirse a algunas experiencias específicas importantes para la propia cultura local.
- Los editores universitarios publican obras de científicos en las que se hacen observaciones etnológicas; otros pueden publicar textos sobre la investigación

²¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

²³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

científica basada en descubrimientos de los pueblos indígenas. En este ámbito, existe una conciencia clara de las consecuencias éticas de ese tipo de investigación y se han establecido una serie de códigos de conducta o están en proceso de examen”²⁴.

Comunidad Europea

“[...] la continuación de los debates en el marco del CIG debe basarse en los siguientes principios generales, como se ha expresado en la décima sesión del CIG (30 de noviembre a 8 de diciembre de 2006).

Principios rectores generales:

a) Al tiempo que reconocemos la importancia de las aspiraciones y expectativas de las comunidades indígenas por lo que respecta a sus ECT, consideramos que una primera medida práctica ha de ser permitir a esas comunidades utilizar el sistema actual de propiedad intelectual, cuando corresponda, tanto a nivel nacional como internacional. Si no forman parte de un marco jurídico en funcionamiento, será difícil detectar los actos ilícitos.

b) La naturaleza misma de la protección por el sistema de propiedad intelectual siempre se ha basado en un delicado equilibrio de intereses entre los creadores y quienes desean disfrutar de esas creaciones o utilizarlas. Respecto de los usos que se consideren ofensivos, pueden utilizarse otros ámbitos del derecho, como las normas en materia de blasfemia o de competencia desleal.

c) Convenimos en que no debe obstaculizarse el sistema internacional de propiedad intelectual vigente de derechos y obligaciones y que debe evitarse la doble protección.

d) Habida cuenta de la gran diversidad de comunidades indígenas y de las diferentes actitudes y necesidades que éstas han expresado durante los últimos años en el marco del CIG, parecería que no será posible ofrecer como solución la instauración de un sistema único.

e) De las características de las ECT expuestas en esta sección se deriva que la protección por medio del derecho de autor no es satisfactoria. La idea de su carácter evolutivo, las dificultades para determinar quién es el creador y cuándo se han creado, su falta de originalidad y la duración indeterminada de la protección que se solicita plantean problemas cuando se tienen en cuenta los estrictos criterios (relativos a la identidad del creador, la originalidad de la obra y el plazo y la duración de la protección) necesarios para beneficiarse de la protección por derecho de autor.

f) Estamos a favor de continuar el examen de las expresiones culturales tradicionales independientemente de las cuestiones relativas a los conocimientos tradicionales.

g) La labor del CIG no debe interferir con los acuerdos reconocidos internacionalmente en materia de derechos humanos.

²⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

h) Parece haber una cierta superposición con las indicaciones recogidas en el apartado a). En nuestras jurisdicciones, las ECT están en el dominio público y, por consiguiente, están libremente disponibles para uso de todos, incluidas las personas que pertenecen a la comunidad original.

i) Cualquiera que sea el sistema que se introduzca para administrar los derechos vinculados a las comunidades indígenas, éste no debe impedir el derecho a crear a quienes deseen inspirarse en esas ECT”²⁵.

Brasil

“Las siguientes cuestiones deberían orientar los debates sobre la protección de las ECT/EF en el marco de las competencias de la OMPI, la mayoría de las cuales se mencionan, en general, en el proyecto de instrumento internacional que es objeto de estudio en el Anexo del documento WIPO/GRTKF/IC/10/4:

- Protección preventiva: medidas para frenar la apropiación indebida de las ECT/EF, en particular impedir y, cuando proceda, revertir la concesión de derechos de P.I. sin la autorización de los custodios de las ECT/EF, independientemente de si han sido registradas;
- Protección positiva: sin perjuicio de la decisión que los miembros puedan tomar para proteger las ECT/EF por medio de sistemas “*sui generis*”, el CIG debe considerar la pertinencia de los mecanismos de P.I. para proporcionar protección a las ECT/EF, examinando, por ejemplo, i) la medida en que deberían adaptarse las normas relacionadas con el dominio público para lograr una protección adecuada de las ECT/EF; ii) los cambios que puedan ser necesarios para conceder un plazo de protección a las ECT/EF acorde con su duración en el tiempo; iii) la eventual modificación de las normas que rigen la validez de los derechos de P.I. a fin de prever mecanismos disuasivos contra la apropiación indebida de las ECT/EF;
- El consentimiento fundamentado previo: garantizar los derechos de las comunidades sobre las ECT/EF estableciendo la exigencia del consentimiento fundamentado previo como condición para su utilización por un tercero;
- La dimensión internacional: El CIG debería abordar formas y medios de facilitar la observancia de la legislación nacional sobre la protección de las ECT/EF en terceros países”²⁶.

Arts Law Centre

“[...] Un principio fundamental de las medidas de protección consiste en no permitir el uso de las expresiones culturales tradicionales sin el consentimiento de sus custodios [...].”²⁷

²⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2.

E. Experiencias nacionales: ¿Qué información se ha proporcionado sobre experiencias, consultas, legislación y políticas nacionales?

Nueva Zelanda

“[...] El Grupo de Políticas en materia de Propiedad Intelectual del Ministerio de Desarrollo Económico de Nueva Zelanda, realizó, el lunes 12 de marzo de 2007, un seminario sobre la protección de los CC.TT. y las ECT a fin de debatir con los maoríes y otras partes interesadas nacionales las cuestiones fundamentales que se derivaron de la décima sesión del CIG. En consulta con los participantes, se realizó un informe sobre el seminario que se adjunta a este documento como Apéndice I²⁸. La respuesta de Nueva Zelanda, [expuesta en el resto del texto presentado], se ha basado en el contenido del informe, los comentarios recibidos hasta ahora y el proyecto de objetivos políticos y principios rectores, así como en el informe de evaluación realizado por Maui Solomon (sometido al CIG en su décima sesión y publicado en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)). Para facilitar un análisis de las cuestiones, se han proporcionado ejemplos de los puntos de vista de las partes interesadas y de conceptos consuetudinarios de los grupos indígenas del país cuando se ha considerado que estos ejemplos podían ayudar a aclarar la postura de Nueva Zelanda. El hecho de mencionar las opiniones y conceptos de dichas partes en la respuesta de Nueva Zelanda no significa necesariamente que el Gobierno los haga suyos. Se han introducido en el documento a fin de reflejar e integrar los distintos puntos de vista nacionales y los conceptos consuetudinarios indígenas relacionados con esas cuestiones fundamentales. Consideramos que este enfoque es positivo, especialmente teniendo en cuenta el estudio de la OMPI sobre: i) el papel de las leyes y los protocolos consuetudinarios de las comunidades indígenas y locales en relación con sus conocimientos tradicionales, recursos genéticos y expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, y ii) la relación de las leyes y los protocolos consuetudinarios con el sistema de propiedad intelectual. Todos los términos y conceptos consuetudinarios indígenas se traducen al inglés y se definen para que los pueda entender una mayor audiencia internacional. Un glosario de términos maoríes²⁹ se puede encontrar como referencia al final del documento^{30,31}.

Kirguistán

“La Delegación de Kirguistán afirmó que el folclore, como patrimonio artístico, ocupa un lugar especial en el patrimonio cultural material e inmaterial. Su protección, junto con la protección de los recursos genéticos y los CC.TT., han sido objeto de una extraordinaria atención prestada por la UNESCO y la OMPI desde hace muchos años. A ese respecto, Kirguistán había preparado un proyecto de ley sobre la conservación y protección jurídica del

²⁸ [Nota de la Secretaría: la nota a pie de página figuraba originalmente en el comentario y en el Apéndice I del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4 (a) Add].

²⁹ [Nota de la Secretaría: la nota a pie de página figuraba originalmente en el comentario y en el Apéndice I del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.] Los maoríes son el pueblo indígena de Nueva Zelanda.

³⁰ [Nota de la Secretaría: la nota a pie de página figuraba originalmente en el comentario y en el Apéndice I del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.] Los maoríes son el pueblo indígena de Nueva Zelanda.

³¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

folclore nacional de la República de Kirguistán, que se encontraba en curso de actualización y aprobación. En ese país surgió la necesidad de adoptar medidas para proteger el folclore. La globalización estaba dando lugar a la comercialización de la materia del folclore a escala mundial, ya que han aumentado las formas de utilización de esa parte del patrimonio cultural y la revolución tecnológica ha ampliado las posibilidades de difusión de las tradiciones culturales de diversos pueblos. Con la ayuda de las modernas tecnologías digitales, las obras del folclore nacional se sometieron a una utilización comercial a escala mundial, sin la debida observancia de los intereses culturales y económicos de los pueblos a quienes se debía su creación. No obstante, la utilización ilegítima del folclore sólo era un aspecto del problema relativo a la protección del folclore. El otro aspecto estaba relacionado con la expropiación del folclore, su asimilación para crear otra identidad étnica, el uso distorsionado y la falta de información sobre la titularidad. En el contexto de la atención cada vez mayor que presta la comunidad internacional a la protección y conservación del folclore, y además de la inexistencia de un instrumento internacional pertinente concebido para regular esas relaciones en cuestión, varios países se estaban apresurando, por todos los medios disponibles, para fijar y difundir las tradiciones y costumbres y el patrimonio cultural de otros Estados, como si de su propio folclore nacional se tratara. Asimismo, como patrimonio cultural de un determinado pueblo, el folclore era un instrumento de su propia expresión cultural, del valor humano y del patrimonio de la cultura universal. Las obras de la cultura nacional constituyen valores espirituales y materiales. El patrimonio, en forma de obras literarias, musicales y artísticas, es el orgullo de cualquier identidad étnica. Un ejemplo sorprendente de ese tipo de obras es el “*Manas*” épico nacional de Kirguistán, un modelo único de creación nacional transmitido de generación en generación, además del arte de los relatores nacionales de historias “*akyns*”, que figuran en una lista de 28 obras maestras de arte oral e inmaterial de la UNESCO. Las obras materiales de creación nacional gozan de gran notoriedad y son muy apreciadas. Durante siglos, los maestros nacionales han estado afinando sus conocimientos a fin de crear objetos originales a partir de diferentes tipos de materiales que, incluso hoy en día, no han perdido su valor y originalidad. La Delegación explicó que el proyecto de Ley contiene disposiciones sobre la conservación, la protección jurídica y la defensa del folclore nacional, que se aplicaron sobre la base de una legislación especial, similar a la legislación aplicable a la P.I. Asimismo, las expresiones del folclore nacional se definieron como una forma no tradicional de P.I. Como manifestación de creación intelectual individual o colectiva, el folclore no merece una protección jurídica menor que las obras de creación intelectual. Esa protección del folclore es esencial para permitir que se desarrolle esa forma de acervo, tanto en el interior del país como allende sus fronteras, se garantice su continuidad y se difunda con mayor amplitud. La República de Kirguistán ha estado esforzándose por aplicar la siguiente política relativa a la protección jurídica de las expresiones del folclore, mediante la creación de una base legislativa que garantice la conservación de dichas expresiones, la creación de condiciones para la cooperación internacional con el objetivo de velar por la protección jurídica de las expresiones del folclore pertenecientes al pueblo kirguiso sobre el territorio de otros Estados, y la divulgación de la importancia del folclore como un elemento de originalidad cultural. A modo de conclusión, la Delegación expresó su agradecimiento al Comité por la importante labor realizada en este ámbito y también por brindar la oportunidad de intercambiar opiniones y examinar temas de interés para todos”³².

CUESTIÓN N.º 1: DEFINICIÓN DE EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES (ETC)/EXPRESIONES DEL FOLCLORE (EF) QUE DEBEN PROTEGERSE.

Nota introductoria de la Secretaría

En los comentarios escritos y en las intervenciones efectuadas en la undécima sesión del Comité sobre esta cuestión se abordaban dos cuestiones conexas, a saber, i) ¿qué son las ECT/EF? y ii) ¿qué criterios deben aplicarse para determinar qué ECT/EF (una vez que quede claro el significado de ese concepto) deben protegerse? En el examen de la primera cuestión (¿qué son las ECT/EF?) se tenían en cuenta, en primer lugar, la naturaleza y las características esenciales de las ECT/EF y, en segundo lugar, si era necesario una definición precisa de ECT/EF y, en caso afirmativo, si el proyecto de definición del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4.c) era el punto de partida adecuado para esa definición. En el debate se puso de manifiesto que varias cuestiones fundamentales de política entran dentro del examen del objeto de la protección.

Por lo tanto, los comentarios escritos y las intervenciones se han organizado en las categorías siguientes:

- (A) ¿Debe existir una definición de ECT/EF?
- (B) ¿Qué materia debe formar parte del concepto de ECT/EF? ¿Cómo debe expresarse la relación existente entre las ECT/EF y los CC.TT.?
- (C) ¿Qué cualidades/características deben poseer las ECT/EF para ser susceptibles de protección?
- (D) ¿Qué otros términos, conceptos y cuestiones conexas puede ser necesario aclarar?
- (E) ¿Cómo puede definirse en forma más clara el significado y el alcance de las ECT/EF? y
- (F) ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

A. ¿Debe existir una definición de ECT/EF?

Es necesaria una definición clara

Comunidad Europea

“Además de los principios generales mencionados, la Comunidad Europea y sus Estados miembros desean apoyar los esfuerzos del CIG para aclarar el objeto de la protección. Una clara definición del objeto de la protección es indispensable para entablar un debate a fondo a ese respecto”³³.

Unión Internacional de Editores (UIE)

“Los editores entienden que es necesaria una clara y breve definición del objeto protegido, que no dé lugar a ambigüedades, para poder publicar obras relacionadas con las ECT/EF en un marco económico y jurídico seguro [...]”³⁴

No es necesaria una definición clara

Nueva Zelanda

“[...] lo primero que hay que plantearse es si se necesita una definición formal o rígida... Al intentar definir CC.TT. y ECT, se corre el riesgo de congelar o limitar los derechos en el momento en que se definen y, por consiguiente, de no tener en cuenta completamente su carácter evolutivo. En lugar de esto, deberían buscarse modelos de protección que no requieran la elaboración de definiciones formales de CC.TT. y ECT o en los que se reconozca plenamente que los CC.TT. y las ECT evolucionan. La Delegación está de acuerdo con Etiopía en que toda definición debería ser una definición propia de los titulares de ECT y debería basarse en el derecho consuetudinario relativo a las ECT. El Comité asesor maorí, creado en virtud de la Ley de Marcas de 2002 de Nueva Zelanda, es un ejemplo de posibles medidas y mecanismos políticos que no requieren una definición formal de ECT [...]”³⁵

República Islámica del Irán

“[...] No obstante, no debería considerarse que se trata de una definición exclusiva. En segundo lugar, debido a la diversidad de las culturas, la definición podría ser objeto de diversas variantes y matices [...]”³⁶

³³ WIPO/GRTKF/IC/11/4.a)

³⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4.a)

³⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Utilidad del Convenio de Berna

Italia

“[...] el artículo 2 del Convenio de Berna debe regular la definición de las ECT. No obstante, no todo lo que procede de las comunidades locales debe necesariamente protegerse como folclore. Lo que no se rige por el artículo 2 del Convenio de Berna, como la artesanía y los diseños, podrían protegerse como marcas o diseños. En conclusión, no es necesaria una nueva definición, y es suficiente reutilizar la definición ya existente en el Convenio de Berna”³⁷.

Burkina Faso

“[...] no existen motivos para preocuparse demasiado de la falta de una definición precisa del concepto de ECT. En primer lugar, a título de ejemplo, en el campo del derecho de autor el concepto de autor nunca se llegó a definir en los instrumentos internacionales, pero la falta de una definición nunca impidió la aplicación satisfactoria de esos instrumentos. En segundo lugar, como dieron a entender determinadas delegaciones, es un error remitirse al Convenio de Berna en busca de una definición de las ECT. No obstante, era necesario observar desde la perspectiva de la creación artística y literaria el material que se protegerá como ECT”³⁸.

B. ¿Qué materia debe formar parte del concepto de ECT/EF? ¿Cómo debe expresarse la relación existente entre las ECT/EF y los CC.TT.?
--

Ejemplos de ECT/EF

Ghana

“[...] Ejemplos de estas expresiones son los cuentos populares, las canciones folclóricas, la música instrumental y las danzas y los diversos ritos de un pueblo. En sentido amplio, el folclore incluye todas las obras literarias y artísticas creadas principalmente por autores de identidad desconocida pero que se supone sean nacionales de un país determinado, a partir de formas características tradicionales de grupos étnicos del país”³⁹.

Qatar

“[...] Sus formas son entre otras:

- CC.TT. y prácticas sobre la naturaleza y al universo.
- CC.TT sobre artesanía tradicional.
- CC.TT. sobre agricultura, medicina tradicional, artes culinarias, etc.
- CC.TT. sobre decoraciones y símbolos.
- CC.TT. sobre construcción y arquitectura

³⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

- Derecho consuetudinario”⁴⁰.

Asociación Rusa de Pueblos Indígenas del Norte (RAIPON)

“[...] Obras de creación popular:

- 1) obras de creación popular oral, como cuentos, epopeyas, leyendas, cuentos de hadas, poesía popular, proverbios y enigmas;
- 2) obras musicales como canciones populares y música instrumental;
- 3) obras coreográficas, como danzas populares;
- 4) obras dramáticas, como juegos, escenificaciones y rituales;
- 5) obras de pintura, esculturas, artes gráficas y otras obras de arte;
- 6) obras de arte decorativa aplicada;
- 7) obras de arquitectura, etcétera”⁴¹.

Túnez

“[...] En Túnez, los ámbitos de aplicación de esos conocimientos tradicionales son los siguientes:

- artesanía,
- artes culinarias,
- el arte de vivir,
- el arte de la construcción,
- la agricultura y la naturaleza,
- los conocimientos médicos”⁴².

Guatemala

“La Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, ratificada por el Gobierno de Guatemala el 21 de mes de agosto de 2006, publicada en el Diario de Centro América 23 de marzo de 2007.

Las expresiones culturales: Son las expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades que poseen un contenido cultural.

La protección significa la adopción de medidas encaminadas a la preservación, salvaguardia y enriquecimiento de la diversidad de las expresiones culturales.

Las disposiciones tipo OMPI UNESCO para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas (WIPO/GRTKF/IC/2)

Las expresiones del folclore: se entiende por “expresiones del folclore” las producciones integradas por elementos característicos del patrimonio artístico tradicional,

⁴⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁴¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁴² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

desarrollado y perpetuado por una comunidad o por individuos, que reflejan las expectativas de esa comunidad.

Protege:

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

Las expresiones tangibles: las obras de arte popular y tradicional, tales como: dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, tapicería, trajes, instrumentos musicales y obras arquitectónicas.

Decreto N.º 26-97, reformado por el Decreto N.º 81-98 del Congreso de la República de Guatemala. Ley para la protección del patrimonio cultural de la Nación.

Patrimonio cultural: Forman el patrimonio cultural de la nación los bienes e instituciones que por ministerio de ley o por declaratoria de autoridad lo integren y constituyan bienes muebles o inmuebles, públicos y privados, relativos a la paleontología, arqueología, historia, antropología, arte, ciencia y tecnología, y la cultura en general, incluido el patrimonio intangible, que coadyuven al fortalecimiento de la identidad nacional.

Patrimonio cultural tangible: Bienes culturales inmuebles: la arquitectura y sus elementos, incluida la decoración aplicada, los grupos de elementos y conjuntos arquitectónicos y de arquitectura vernácula, los centros y conjuntos históricos, incluyendo las áreas que le sirven de entorno y su paisaje natural, la traza urbana de las ciudades y poblados, los sitios paleontológicos y arqueológicos, los sitios históricos, las áreas o conjuntos singulares, obra del ser humano o combinaciones de éstas con paisaje natural, reconocidos o identificados por su carácter o paisaje de valor excepcional, las inscripciones y las representaciones prehistóricas y prehispánicas.

Bienes culturales muebles: Son aquellos que por razones religiosas o laicas, sean de genuina importancia para el país, y que tengan relación con la paleontología, la arqueología, la antropología, la historia, la literatura, el arte, la ciencia o la tecnología guatemaltecas, que provengan de las fuentes enumeradas a continuación. Las colecciones y los objetos o ejemplares que por su interés e importancia científica para el país, sean de valor para la zoología, la botánica, la mineralogía o arqueológico, planificado fortuito. Los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos, históricos y de sitios arqueológicos. Los bienes artísticos y culturales relacionados con la historia del país, acontecimientos destacados, personajes ilustres de la vida social, política e intelectual, que sean de valor para el acervo cultural guatemalteco.

Protege:

- a) Las pinturas, dibujos y esculturas originales.
- b) Las fotografías, grabados, serigrafías y litografías.
- c) El arte sagrado de carácter único, significativo, realizado en materiales nobles, permanentes, y cuya creación sea relevante desde el punto un orden histórico y artístico.

- d) Los manuscritos incunables y libros antiguos, mapas, documentos y publicaciones.
- e) Los archivos, incluidos los fotográficos, cinematográficos y electrónicos de cualquier tipo.
- f) Los instrumentos musicales
- g) El mobiliario antiguo.

El Decreto N.º 25-2006 del Congreso de la República, Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, establece:

Patrimonio cultural inmaterial: son los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que le son inherentes a las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos para que se les reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural.

Protege:

Artes del espectáculo, usos sociales, rituales y actos festivos, conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, técnicas artesanales tradicionales”⁴³.

Federación de Rusia

“En la legislación rusa no existe una definición de “expresión cultural tradicional/expresión del folclore”; siendo utilizada más comúnmente la expresión equivalente “obra de arte popular”. Sin embargo, tampoco se define esta expresión en la legislación rusa.

Las obras de arte popular incluyen en particular:

- 1) obras de arte popular orales, como sagas, leyendas, cuentos de hadas, poemas populares, proverbios y enigmas;
- 2) obras musicales, como canciones populares y música instrumental;
- 3) obras coreográficas, como danzas populares;
- 4) obras dramáticas, como juegos, interpretaciones o ejecuciones y ceremonias;
- 5) obras de arte, esculturas, gráficos y otras;
- 6) obras de arte decorativo y aplicado;
- 7) obras arquitectónicas, etc.

Es imposible ofrecer una lista exhaustiva de los objetos que deberían considerarse obras de arte popular [...]”⁴⁴

Etiopía

“[...] La política cultural de Etiopía incluía en la rúbrica cultural lo siguiente: idiomas, historia del patrimonio, artesanía, bellas artes, literatura oral, sabiduría popular, creencias, hallazgos arqueológicos (como expresiones del pasado), alfabetos de Etiopía y otros rasgos culturales. La legislación nacional definió el patrimonio cultural inmaterial, en la

⁴³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁴⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

Declaración 209 de 2000, como todo patrimonio cultural que no se puede palpar con las manos, pero que se puede ver y oír, e incluye distintos tipos de interpretaciones o ejecuciones y espectáculos, folclore, creencias religiosas, ceremonias matrimoniales y de duelo, música, drama, literatura y valores culturales similares, tradiciones y costumbres de naciones, nacionalidades y pueblos”⁴⁵.

Marruecos

“[...] En la definición cabría incluir la música tradicional, la danza, la poesía, la pintura, la artesanía en madera, los textiles, las labores de punto, etcétera, al tratarse de elementos que deberían figurar en la definición que finalmente se establezca”⁴⁶.

Kirguistán

“Las expresiones culturales tradicionales (folclore) que deben protegerse son las siguientes: expresiones tradicionales rituales y prácticas (relacionadas con el arte popular oral y utilizadas en forma oral), mitos, leyendas, cuentos, patrimonio (sanjyra), epopeyas, obras dramáticas populares, proverbios, refranes, enigmas, expresiones de poesía popular, canciones populares y fúnebres (koshok), melodías de danzas, música popular y profesional, danzas populares, juegos, acontecimientos, celebraciones y otras expresiones de movimiento, expresiones musicales del folclore nacional y expresiones verbales, así como expresiones del simbolismo nacional, ornamentos, modelos, contenidos en artículos que expresen la idea de objetos semánticos. La protección también abarca la obras de artesanía popular creadas de forma material y por medio del arte y la artesanía populares, incluidas artes gráficas profesionales, pinturas, imágenes, dibujos de siluetas, monedas, utensilios de madera, trajes nacionales, decoraciones de interior, viviendas, caballos, esculturas, cerámicas, objetos de alfarería y de hueso, objetos de piedra, piezas fundidas de acero y bronce, obras de metal, tallas, mosaicos, bordados, pinturas ornamentales, sericultura, tejidos a mano estampados, artículos de fieltro, encajes, tapicería, alfombras tejidas con nudos, modelos, joyería, artículos de cuero, cestería, esteras ornamentales (chiy), trajes como expresión del arte popular, instrumentos musicales, ebanistería, arquitectura, pequeñas obras de arquitectura, etcétera.”⁴⁷.

Estados Unidos de América

“[...] En ese intento, se dijo que la materia de los ECT/EF consistía en cuatro amplias categorías de materiales expresivos, puestos de relieve en más de 40 ejemplos que mostraban cuatro características. En esas cuatro amplias categorías podrían encajar materiales tan diversos como historias, canciones, danzas, arquitectura vernácula y cestas—materiales o inmateriales [...]”⁴⁸

Brasil

“[...] Con respecto a la definición del folclore, en opinión del Brasil esa definición, o la materia de la protección, debería abarcar todos los elementos que pertenecen al patrimonio

⁴⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁴⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

cultural tradicional de una comunidad o de un pueblo [...]”⁴⁹

“El objeto de las ECT/EF debería estar compuesto por elementos que pertenezcan al patrimonio cultural tradicional, creado y preservado por una comunidad o un pueblo en un país, o por personas, y que reflejen las expresiones culturales tradicionales de esa comunidad o pueblo [...]”⁵⁰

Vínculos entre las ECT/EF y el patrimonio cultural

Tailandia

“[...] Asimismo, quizás el concepto de patrimonio cultural material e inmaterial debería vincularse o asociarse con la definición de ECT”⁵¹.

México

“[...] debe tenerse en cuenta la definición de “patrimonio cultural inmaterial” que figura en el artículo 2 de la Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Habida cuenta de lo expuesto anteriormente, y de conformidad con la Ley Federal del Derecho de Autor de México y su Reglamento, las ECT que debería protegerse son: i) las expresiones verbales tales como relatos, cuentos populares, leyendas, tradiciones, poesía popular y otras expresiones similares; ii) las expresiones musicales tales como canciones populares, ritmos y música instrumental; iii) las expresiones corporales tales como danzas y rituales; iv) las expresiones materiales tales como obras de arte popular o artesanía tradicional, y, en particular, obras pictóricas o dibujos, tallas de madera, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, cristalería, albañilería, trabajo en metales, artículos de cuero, trajes típicos, hilado, tapicerías y similares, instrumentos musicales populares o tradicionales, arquitectura específica de cada grupo étnico o comunidad y cualquier expresión nativa que constituya una obra literaria o artística o un arte o artesanía popular que pueda atribuirse a una comunidad o grupo étnico”⁵².

Relación entre las ECT y los CC.TT.

Burkina Faso

“[...] Eso es lo que permitió establecer una distinción entre las ECT y los CC.TT., que pertenecen al otro sector de creación intelectual, a saber, las creaciones de carácter técnico [...]”⁵³

Camerún

“[...] Es este primer elemento, siendo necesario distinguir las ECT de los CC.TT., lo que constituye conocimiento en sí mismo [...]”⁵⁴

⁴⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁵⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁵¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁵³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Hokotehi Moriori Trust

“[...] la distinción entre ECT y CC.TT. se ha establecido en estos foros para dar cabida a los CC.TT. en los sistemas de P.I. No es una distinción reconocida por los moriori ni por muchos otros pueblos indígenas. Los CC.TT. y las ECT guardan una relación inextricable [...]”⁵⁵

Consejo Internacional de los Tratados Indios (CITI)

“[...] La definición de los CC.TT. del Consejo no debería ser limitada sino que debería abarcar los panoramas y lugares culturales de mayor importancia para los pueblos indígenas, el conocimiento del uso contemporáneo, la utilización previa y la eventual utilización de plantas y especies de animales, minerales y del suelo. En la cultura Kuna, por ejemplo, la medicina tradicional se crea a partir de plantas, minerales, animales, productos alimenticios, pequeñas raíces, frutas no comestibles, y se practica, además, mediante canciones y oraciones terapéuticas... CC.TT. es un concepto en que están comprendidas las creaciones tangibles e intangibles, las manifestaciones culturales, las tecnologías, las ciencias, los conocimientos agrícolas, los diseños, las literaturas y las artes visuales e interpretativas que se derivan de las tradiciones orales y escritas. Los CC.TT. también están vinculados a los territorios, tierras y recursos naturales y genéticos tradicionales indígenas, y se transmiten de generación a generación”⁵⁶.

China

“[...] el Comité [debe hacer] una clara distinción entre ECT y CC.TT. para facilitar el examen de las dos cuestiones, que, según ha observado, es también un asunto de interés para muchos Estados miembros”⁵⁷.

Federación Ibero-latinoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE)

“[...] le preocupa que al examinar las ECT, los CC.TT. y los RR.GG. como un solo bloque, cualquier discrepancia que surja en un ámbito perjudicará a los demás... El Representante estimó que ECT es buen nombre, sobre todo teniendo en cuenta la renuencia de algunas delegaciones a aceptar la expresión “folclore” por considerarla peyorativa. Así, debe establecerse una distinción entre ECT y CC.TT. Las expresiones se refieren al amplio espectro de formas artísticas mediante las cuales una persona o grupo de personas interpretan obras literarias o artísticas, o expresiones del folclore, un término utilizado para definir a los intérpretes o ejecutantes en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) de 1996, mientras que el término CC.TT. se refiere a las tecnologías de producción, o prácticas habituales, generadas como respuesta a la realidad social y al entorno en que viven las comunidades indígenas... Por último, los intérpretes o ejecutantes son quienes más activamente se familiarizan con las expresiones culturales y quienes, además, las aman, defienden, desarrollan y conservan, por lo que desempeñan un papel esencial”⁵⁸.

⁵⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁵⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

“[...] La segunda cuestión se refiere a las expresiones del folclore que deben protegerse: a nuestro entender, estas expresiones son todas las creaciones originales de la comunidad de que se trate, que deben integrar, según su ámbito de aplicación, el conjunto de las creaciones que se reflejan en mayor o menor medida en la legislación en materia de propiedad intelectual en vigor en los diferentes países. Sin embargo, consideramos que las composiciones musicales, con o sin palabras, las obras dramática y obras dramáticomusicales, incluidas las coreografías, las pantomimas y, en general, cualquier ejecución o interpretación artística similar, en particular las obras de teatro, así como las esculturas, las pinturas, los dibujos, los grabados, las litografías y las artes gráficas, y las obras tridimensionales de artes aplicadas o no, deberían estar protegidas como objeto a examen. También deben incluirse los diseños de artesanía indígena y la elaboración de productos originales, incluidos los logotipos, las denominaciones, y las expresiones lingüísticas específicas utilizadas para denominar una región o un pueblo”⁵⁹.

Nueva Zelanda

“[...] Muchos pueblos indígenas definen sus CC.TT. y ECT de una forma mucho más amplia que incluye otras expresiones y prácticas materiales e inmateriales, tales como: los sistemas y prácticas de enseñanza; prácticas tradicionales para la gestión medioambiental; prácticas de gestión de la propiedad común; procesos tradicionales de toma de decisiones; estructuras de clasificación y cuantificación; prácticas en relación con la salud; prácticas de ganadería; la conservación de los recursos hídricos y del suelo; la agricultura; los materiales de construcción y la conservación de la energía, entre otras cosas... En toda definición de los CC.TT. y las ECT que deberían ser materia de protección debe también tenerse en cuenta los siguientes hechos, generalmente aceptados: los conocimientos indígenas son un subconjunto de los CC.TT.; las ECT son la manifestación de los CC.TT.; los CC.TT. y las ECT forman parte de sistemas culturales que se transmiten y preservan de generación en generación, mantenidos y desarrollados por cada comunidad en su entorno físico y local; ...Por último, la Delegación señaló que las ECT no pueden disociarse de los propios CC.TT. o del entorno físico y cultural del que proceden. No obstante, las ECT, al ser manifestaciones o prácticas culturales concretas de los CC.TT., son posiblemente más fáciles de proteger que los CC.TT.”⁶⁰.

“[...] Los siguientes términos y conceptos consuetudinarios indígenas son importantes para el análisis nacional de las cuestiones relacionadas con los CC.TT. y las ECT:

Mātauranga Māori son los conocimientos maoríes de los *kaitiaki* junto con los sistemas de organización, transmisión, divulgación, y protección de dichos conocimientos y también incluye los *te reo Māori* (lengua y dialectos maoríes), los *tikanga Māori* (véase abajo la definición) y las obras *taonga* (véase abajo la definición)⁶¹.

⁵⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁶⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁶¹ [Nota de la Secretaría: la nota a pie de página figuraba originalmente en el comentario] En la demanda WAI 262 en relación con el Tratado de Waitangi, los querellantes, las Ngāti Koata (tribus maoríes de la isla sur de Nueva Zelanda), discuten la interpretación de *Mātauranga*: “Los *Mātauranga* son los que proporciona a las Ngāti Koata la comprensión de sus intrincadas relaciones y conexiones con el universo, el medio ambiente y los otros. ...no existe una sola palabra o descripción que pueda definir el significado de *mātauranga*. El término “conocimientos tradicionales” ganó terreno durante las vistas como equivalente de *mātauranga*

[Sigue la nota en la página siguiente]

Las obras Taonga o ECT maoríes incluyen obras artísticas y literarias tales como tallas, tejidos, *waiata* (canciones), *pātere* (cantos rítmicos), *oriori* (canciones de cuna), *haka* (expresión dramática/poética de cuestiones culturales), *mōteatea* (término genérico para las canciones tradicionales maoríes), pinturas, artesanías, obras escritas, obras gráficas, obras dramáticas, obras musicales, tradiciones orales, artes interpretativas, símbolos, imágenes y diseños, artefactos y la *mauri* (fuerza vital) de estas obras *taonga*, en las que se reflejan de alguna forma la cultura o identidad de sus *kaitiaki* (guardas o custodios consuetudinarios) e incluyen los conocimientos, habilidades, y valores culturales o espirituales en los que se basan.

Los Kaitiaki de las obras *taonga*, los recursos biológicos y genéticos de especies indígenas o *taonga*, el medio ambiente, *te reo Māori*, *tikanga Māori* y *mātauranga Māori*, son: individuo/s, *whānau* (familia (s)), *hapū* (subtribu (s)) o *iwi* (tribu (s)) (según cuál sea el caso), cuya relación consuetudinaria con estos *taonga* genera una obligación y el correspondiente derecho a: proteger, preservar, controlar, regular, utilizar, desarrollar o transmitir estos *taonga* y la relación con ellos.

Tikanga Māori son las costumbres, leyes, prácticas, tradiciones y valores de los *kaitiaki* (guardas y custodios consuetudinarios) que comprenden, sustentan y están en la base de la cultura maorí y sus muchas e inconfundibles culturas tribales.

Entre los ejemplos de conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales de Nueva Zelandia pueden incluirse las prácticas y sistemas de conocimientos en relación con el tejido, las artes interpretativas, la medicina, la construcción de casas tradicionales, los juegos, las canciones, las historias tribales, la pesca, la caza y los conocimientos y prácticas agrícolas, la recogida de alimentos, los conocimientos biológicos y medioambientales, y las estructuras de clasificación y cuantificación tales como el calendario maorí, entre otras cosas... Sin embargo, puede establecerse una distinción entre:

- la “base de conocimientos tradicionales” (que comprende las tradiciones y el patrimonio cultural, la lengua, los lugares sagrados, los restos humanos, los recursos naturales, y los conocimientos asociados a ellos); y
- las “innovaciones y creaciones basadas en los conocimientos tradicionales” (que se han sustentado o inspirado en la “base de conocimientos tradicionales”.

[Continuación de la nota de la página anterior]

en lengua inglesa. Pero los *Mātauranga* son mucho más que “conocimientos”, tradicionales o de otro tipo (por ejemplo, adquiridos). Los conocimientos pueden definirse como una familiaridad con los hechos, las verdades o los principios, derivada del estudio o la investigación. Lo que diferencia a los *mātauranga* de los conocimientos es que los conocimientos se obtienen a través del estudio o la investigación mientras que los *mātauranga* son tanto aprendidos como inherentes a los pueblos que los poseen. Los conocimientos pueden aprenderse a través de libros mientras que los *mātauranga* se transmiten de generación en generación. La mejor forma de describir los *Mātauranga* es como “comprensión” porque cuando uno pierde sus *mātauranga* es la comprensión lo que pierde y no sus conocimientos. Esta comprensión que incluyen los *mātauranga* es el fundamento por el que existimos en el universo y la forma en la que interactuamos con él.”

La “base de conocimientos tradicionales” está sujeta a las leyes y protocolos tradicionales. A menudo es propiedad colectiva o está guardada colectivamente, y puede ser sagrada/secreta o estar en el dominio público. Las innovaciones basadas en los conocimientos tradicionales pueden ser creaciones individuales, quizá acompañadas de responsabilidades hacia la comunidad, que pueden estar sujetas a leyes formales y a leyes consuetudinarias.

Los derechos de P.I. convencionales sólo protegen las innovaciones y creaciones basadas en los CC.TT., y no subyacen en los mismos CC.TT. El problema se plantea debido a que las innovaciones y creaciones basadas en los conocimientos tradicionales no pueden separarse de los mismos CC.TT.”⁶².

Arts Law Centre de Australia

“[...] Es importante reconocer la conexión fundamental e indivisible que existe entre las expresiones culturales tradicionales y los conocimientos tradicionales”⁶³.

C. ¿Qué cualidades/características deben poseer las ECT/EF para ser susceptibles de protección?

Unión Internacional de Editores (UIE)

“[...] En particular, un marco de protección de los ETC no debería servir para proteger simplemente una idea o concepto, sino que debería estar relacionado con una determinada manifestación o expresión. De no ser así, podría infringirse el derecho a la libertad de expresión (véase el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos)”⁶⁴.

Ghana

“1.1. El glosario de la OMPI define el folclore como el conjunto de obras que pertenecen al patrimonio cultural de una nación, creadas, preservadas y desarrolladas en las comunidades indígenas por personas no identificadas de generación en generación...”

1.2. En la ley de derecho de autor de 2005 (Ley 690) se entiende por folclore las expresiones, literarias, artísticas y científicas que pertenecen al patrimonio cultural de Ghana y que han sido creadas, preservadas y desarrolladas por autores desconocidos de comunidades étnicas de Ghana, así como toda obra que se designe, en virtud de ley, obra del folclore de Ghana.

1.3. En el volumen 32, N.º 4, del Boletín de la UNESCO, se define folclore como sigue: “Folclore es un medio por el cual se expresa la cultura [...]”⁶⁵

⁶² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁶³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. 2

⁶⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁶⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

Noruega

“El término expresiones culturales tradicionales y expresiones del folclore puede incluir expresiones artísticas o tradicionales, tangibles o intangibles, que sean el resultado de la creatividad de individuos o de una comunidad, y son características de la identidad social y cultural y del patrimonio cultural de una comunidad que se encarga de su preservación, su utilización y su desarrollo. Podrían definirse otras cuestiones específicas a nivel nacional [...]”⁶⁶

Qatar

“[...] Los conocimientos tradicionales (CC.TT.) representan el conjunto de las creaciones basadas en la tradición de una comunidad, expresadas por un grupo de individuos y reconocidas como auténtica expresión de los conocimientos de una comunidad en la medida en que reflejan su experiencia social. Sus prácticas de vida, normas y valores se transmiten oralmente por imitación o por otros medios [...]”⁶⁷

Asociación Rusa de Pueblos Indígenas del Norte (RAIPON)

“Todas las obras realizadas a partir de la cultura tradicional, interpretadas o ejecutadas por grupos o autores del folclore procedentes de diversos pueblos indígenas [...]”⁶⁸

Túnez

“Terminología

Los conocimientos tradicionales incluyen los procedimientos adquiridos por los pueblos gracias a los conocimientos técnicos, la habilidad y la creatividad que han heredado. Se trata de la transmisión de la cultura, de generación en generación.

Los conocimientos tradicionales deben preservarse porque contienen indicadores de la identidad y de la naturaleza específica de una nación [...]”⁶⁹

Federación de Rusia

“[...] Como queda claro en las obras mencionadas, el arte popular puede expresarse o no en una forma material.

En general, teniendo en cuenta los estudios de los etnógrafos, las expresiones del folclore (obras de arte popular) tienen las siguientes características:

⁶⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁶⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁶⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁶⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

- imposibilidad de determinar el autor con un grado suficiente de exactitud;
- peculiaridades regionales, debido al asentamiento de un determinado pueblo en determinados territorios;
- imposibilidad de determinar con un grado suficiente de exactitud en qué momento se crearon las obras de arte popular.

Las obras de arte popular pueden considerarse objetos que incluyen elementos típicos del patrimonio artístico tradicional, creados y preservados por una comunidad de individuos que encarna la nacionalidad y la aspiración artística tradicional de esa comunidad”⁷⁰.

Nicaragua

“Los conocimientos adquiridos en el transcurso del tiempo en una determinada región con características de una comunidad específica que pasa dichos conocimientos de generación en generación como parte de sus costumbres y cultura”⁷¹.

Etiopía

“[...] las ECT deberían, en cierta medida, definirse a sí mismas, permitiendo la comprensión de lo que constituyen expresiones culturales por parte de las comunidades tradicionales o locales. Esto requiere el reconocimiento del derecho consuetudinario. Al buscar una definición aceptable se han de tener en cuenta las prácticas jurídicas habituales. ... La legislación nacional definió el patrimonio cultural inmaterial, en la Declaración 209 de 2000, como todo patrimonio cultural que no se puede palpar con las manos, pero que se puede ver y oír [...]”⁷²

República Islámica del Irán

“[...] En tercer lugar, con respecto al carácter material o inmaterial de las ECT, es necesario prestar atención a las expresiones mixtas que combinan tanto elementos materiales como inmateriales”⁷³.

Marruecos

“[...] la definición que hay que establecer para las ECT debería ser general y debería contener todos los elementos que reflejen las expresiones artísticas tradicionales y el trabajo de las comunidades locales y los pueblos indígenas... En la definición deberían constar las formas, ya sean materiales o inmateriales, expresadas y manifestadas por las comunidades individuales que son representativas de dichas expresiones [...]”⁷⁴

⁷⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁷¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁷² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁷³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁷⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Camerún

“[...] con respecto a la definición de ECT, cabe mencionar al menos dos elementos. En primer lugar está la palabra “expresión”, que hace referencia a la forma o la representación de algo... Están, además, los elementos “tradicionales” y “culturales”, que también son importantes porque constituyen características específicas de las ECT [...]”⁷⁵

Amauta Yuyay

“[...] una ECT constituye conocimiento, una práctica “ancestral” inherente a los pueblos indígenas, manifestada en forma de música, danza, en la vestimenta que se utiliza en las distintas festividades, las obras de artesanía, las visiones del mundo, la gastronomía, las ceremonias, etcétera. La investigación sobre el mencionado conocimiento ancestral por parte de profesores universitarios, empresas o artistas, ya sean blancos o racialmente mezclados en la sociedad multicultural del Ecuador, y por parte de quienes comercializan tal conocimiento y lo utilizan en distintos ámbitos, artísticos o de un tipo similar, se conoce como folclore. H₂O es la fórmula física y química que se enseña en los colegios, pero *yacu*, la palabra quechua para referirse al agua, es su fuente de vida y la hermana mayor de la Madre Tierra. A este respecto, el Representante propuso que el término “ancestral” sea tenido en cuenta”⁷⁶.

“Tupaj Amaru”

“[...] Las ECT se refieren al valor espiritual de la vida. Las ECT son expresiones de la identidad de los pueblos indígenas, de su memoria y de sus almas. Están vinculadas con la canción, el baile y otras manifestaciones que están en constante evolución y en transformación y cambio continuos. Son muy difíciles de definir, pues mañana estas manifestaciones serán ligeramente diferentes. Se trata, en último término, de la memoria de la humanidad, que está en constante evolución. ¿Cómo puede todo ello traducirse en una mercancía comercial? Algunos conocimientos y ECT son secretos para los pueblos indígenas. En tales casos, lo que puede hacerse es determinar lo que los pueblos indígenas desean proteger y para quién. Los pueblos indígenas están tratando de proteger las ECT contra el uso ilícito y la piratería [...]”⁷⁷

Ecuador

“[...] Mediante su legislación, el Ecuador garantiza la existencia de ECT y protege la P.I. colectiva de su conocimiento ancestral, y estimula, igualmente, la creatividad y la innovación en las comunidades locales. En lo tocante a este punto, la Delegación se manifestó a favor de los comentarios formulados por Amauta Yuyay y señaló también que, concretamente, los sonidos producidos por instrumentos ancestrales y por el propio ser humano deberían protegerse e incluirse entre los criterios de definición de las ECT”⁷⁸.

⁷⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁷⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁷⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁷⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Consejo Internacional de los Tratados Indios (CITI)

“[...] sus CC.TT. y ECT se mantienen vivos y han evolucionado con el tiempo de forma colectiva junto con sus pueblos. Muchas de sus culturas se manifiestan en el arte tradicional y contemporáneo. La autenticidad, calidad e integridad cultural de sus CC.TT. y sus formas de arte se han mantenido a lo largo de generaciones. El conocimiento tradicional es dinámico y no puede ceñirse a una definición específica. De esta suerte, podría decirse que los CC.TT. colectivos indígenas contienen todas las creaciones intelectuales y los conocimientos de la utilización de los recursos naturales de que se han servido y han desarrollado los pueblos indígenas a lo largo de su historia, sin olvidar su conocimiento indígena del uso sostenible de la biodiversidad en el campo de la medicina y de los productos alimenticios, además de otros ámbitos que podrían mencionarse respecto de los cuales los pueblos indígenas poseían CC.TT. propios [...]”⁷⁹

Kirguistán

“[...] señaló que los proyectos de legislación de Kirguistán relativos a las ECT/EF incorporan una disposición, en virtud de la cual, las ECT se basan en las tradiciones y la cultura de una comunidad, protegiendo las ECT de esa comunidad, especialmente en el ámbito de la artesanía y las artes, tomando en consideración los aspectos sociales y culturales que influyen en las artes, la artesanía, la literatura, la música, el baile y las festividades. La protección del folclore en esta legislación se centró particularmente en las tradiciones orales”⁸⁰.

Brasil

“[...] es necesaria una protección adecuada y eficaz de las ECT/EF en el plano internacional. Esa protección podrá obtenerse principalmente mediante dos tipos de medidas o mecanismos. En primer lugar, cabe mencionar los mecanismos defensivos, que deberían crearse y ponerse en marcha para impedir la apropiación indebida de las ECT. Entre esos mecanismos defensivos, el Brasil desea señalar el papel que deben desempeñar los principios del consentimiento fundamentado previo y el acceso y la participación en los beneficios. Esos principios están consagrados en el CDB. En segundo lugar, cabe mencionar las medidas positivas o, con mayor exactitud, los mecanismos de P.I. El Comité debería asimismo examinar la idoneidad de los mecanismos de P.I. para facilitar la protección de las ECT... Al elaborar el concepto o la definición deberá tomarse en consideración el hecho de que las ECT/EF tienen un carácter dinámico, evolutivo e iterativo. Esa protección no debe estar en modo alguno supeditada al registro. Esto es algo que esta Delegación ha venido reiterando en el Comité y es de suma importancia que la protección se conceda sin supeditarla al registro [...]”⁸¹

⁷⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁸⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁸¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

Ogiek Peoples Development Program (OPDP)
(Programa para el Desarrollo del Pueblo Ogiek)

“Es posible utilizar muchos términos diferentes para definir las ECT en relación con la identidad cultural y la solidaridad en los medios de subsistencia. Según el Pueblo Ogiek las ECT se refieren a la experiencia de la circuncisión (los ritos de iniciación), el casamiento, los entierros y las actividades de caza. Por lo tanto, una expresión cultural tradicional permite reconocer la forma de vida tradicional en la que un ser humano nace y se cría. El folclore se ha utilizado en la educación tradicional no escolar como fuente de relatos para las jóvenes generaciones a fin de que comprendan mejor las relaciones de parentesco y con los extranjeros. Las expresiones del folclore han servido para prevenir a los jóvenes contra ciertas normas comunitarias”⁸².

“[...] En la definición debería reconocerse la identidad cultural, la titularidad colectiva y la transmisión de una generación a otra”⁸³.

México

“[...] por ECT debe entenderse todas aquellas expresiones primarias, o de otro tipo, de una comunidad local o un pueblo indígena que se refieren a los ámbitos literario, artístico, técnico o práctico, el arte popular o la artesanía tradicional, transmitidas de una generación a otra en sus propias lenguas, usos y costumbres. Dichas expresiones pueden ser materiales o inmateriales, están estrechamente relacionadas con los CC.TT. y pueden ser, o no, obra de un autor identificable [...]”⁸⁴

Arts Law Centre of Australia

“[...] Es importante que la definición refleje el carácter dinámico de las expresiones culturales tradicionales, es decir, que son culturas vivas más que piezas de museos [...]”⁸⁵

Nueva Zelanda

“[...] Esto es especialmente importante debido a que los conocimientos y la cultura evolucionan... Están también de acuerdo en que los CC.TT., y en especial los *mātauranga Māori* (conocimientos maoríes) y sus expresiones culturales, se transmiten a menudo de forma oral y tienen un vínculo preciso con la cultura local y con la relación que la comunidad tiene con la tierra y sus recursos naturales. Las principales características de los CC.TT. y las ECT son las siguientes: se crean, preservan y transmiten en un contexto tradicional; se transmiten de generación en generación; pertenecen a una comunidad o pueblo locales o indígenas particulares; no son estáticos, sino que evolucionan a medida que las comunidades hacen frente a los nuevos retos y necesidades; y tienen carácter colectivo... en “conocimientos y expresiones culturales tradicionales”, el término “tradicionales” no implica necesariamente que los conocimientos o expresiones culturales sean antiguos o de índole no científica. Pueden ser creaciones o innovaciones de carácter evolutivo basadas en la tradición,

⁸² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁸³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁸⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁸⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. 2

y cuya creación se ha basado en las tradiciones culturales y ha surgido cuando los individuos y las comunidades han aceptado los nuevos retos y realidades que se plantean en su entorno físico y social [...]”⁸⁶

“[...] Hasta ahora no se ha acordado ninguna definición formal de lo que se considera que son los CC.TT. y las ECT. En el contexto del Convenio sobre la Diversidad Biológica los CC.TT. generalmente se han definido como “*conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales de todo el mundo, desarrollados a través de la experiencia de siglos y adaptados a la cultura y al entorno locales, y transmitidos oralmente de generación en generación.*”... “*Toi te whenua, los conocimientos provienen de la tierra. La identidad está basada en ella. No tener tierra conduce a perder el alma.*” (Dr. Hirini Moko Mead). No puede dejar de destacarse la importancia que la tierra y el medio ambiente tienen para los maoríes. Ésta se refleja a través de la *whakapapa* (genealogía), los nombres ancestrales de los lugares y las historias tribales. El cuidado con el que los maoríes tratan la tierra refleja la estrecha relación que tienen con sus ancestros. Los maoríes se ven a sí mismos no sólo como “de la tierra” sino “como la tierra”.

“*Los maoríes creen que la tierra es el vientre elemental al que todos tenemos que regresar. Abrazados a ella, cuidadosamente situados, los huesos completan el ciclo; porque tal como da, ella recibe.*” (Dr. Ngahuia Te Awekotuku, 1982)

La tierra es muy importante para los maoríes, pero también lo es el agua que corre a través de ella. Se dice que toda el agua se originó en el dolor de la separación del *Ranginui* (padre cielo) y de la *Papatūānuku* (madre tierra) y que está dotada de una *mauri* o fuerza vital propia. (Referencia: *He Hinatore ki te Ao Māori*). Los conocimientos maoríes o *mātauranga Māori* tienen su origen en la relación ancestral y multigeneracional (*whakapapa*) con la cultura, la tierra y sus recursos.

“*Los conocimientos han sido creados a través del tiempo, pero no por un solo autor o inventor. Son el depósito de la cultura y la identidad. Los beneficios son compartidos. No pueden poseerse ni venderse. No hay nadie que pueda conocerlo todo; sus custodios tienen la responsabilidad de su protección y utilización.*” (Moana Jackson)

Estas responsabilidades de custodia fueron definidas por el Tribunal de Waitangi en el contexto de la demanda WAI 262⁸⁷ en virtud del Tratado de Waitangi, utilizando el concepto maorí de *kaitiaki* (guardas o custodios) en relación con los *mātauranga Māori* (conocimientos maoríes) y sus *taonga* (tesoros – que incluyen las expresiones culturales, los recursos naturales y los sistemas de conocimiento [...])⁸⁸

⁸⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁸⁷ El Tribunal Waitangi es una comisión de encuesta establecida por ley a fin de examinar los alegatos de incumplimiento del Tratado de Waitangi (el documento fundacional de Nueva Zelandia) e informar al respecto. Los querellantes en la demanda WAI 262, también conocida como la demanda sobre la fauna y la flora, han planteado preocupaciones en relación con los derechos de P.I. y la protección de los *mātauranga Māori*. Los comentarios finales del caso WAI 262 fueron realizados en junio de 2007. Actualmente el Tribunal Waitangi está en fase de redacción del informe.

⁸⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

Japón

“[...] Existen ECT que se transmiten sólo a determinadas personas en una pequeña comunidad mediante ritos estrictos, y también existen ECT en sentido amplio, como las que se han arraigado como parte de la cultura tradicional de un país entre los ciudadanos en general, y son utilizadas por los moradores de una ciudad, y a veces incluso se utilizan con fines comerciales. Entre esas expresiones, los criterios que separan las que están protegidas de las que no lo están no son claros. Aplicar estas palabras sin el rigor necesario puede conllevar el peligro de otorgar la protección de la propiedad intelectual a la cultura tradicional en general. Esta consecuencia no es conveniente, porque limitaría indebidamente el dominio público. Por otra parte, si hemos de interpretar demasiado estrictamente el sentido de esas palabras y limitar el alcance de la protección, necesitaremos una explicación fundamentada acerca de la razón por la que algunos tipos de expresiones están protegidos y otros no lo están.

2) Los criterios de estar en el dominio público debido a su utilización fuera de la comunidad: Se entiende que las ECT/EF pasan al dominio público cuando ya no tienen vínculos con una determinada comunidad. Sin embargo, no queda claro en qué medida los usos ajenos a la comunidad serían suficientes para atribuir una ECT/EF al dominio público. Geográficamente no queda claro en qué medida el uso debería extenderse fuera de la comunidad para que una ECT/EF pase al dominio público. Por lo que respecta a la duración, no queda claro cuánto tiempo es necesario que miembros ajenos a la comunidad utilicen una ECT/EF para que pase al dominio público. No corresponde negar la condición de dominio público a las ECT/EF que han sido utilizadas fuera de la comunidad desde hace siglos, porque esto sería como negar los frutos del desarrollo cultural mediante intercambios culturales.

3) Expresiones culturales no tradicionales: No queda claro por qué las expresiones culturales tradicionales que han pasado al dominio público no puedan ser protegidas, mientras que las expresiones culturales tradicionales lo son...

4) Las ECT/EF “que deben protegerse”: Algunos consideran que el significado de la expresión ECT/EF podría precisarse si se establecen claramente las condiciones de protección de las mismas, aunque el significado de la propia expresión ECT/EF sea en sí vago. Sin embargo, ha de observarse que no se ha logrado consenso sobre lo que se entiende por el término “protección”. Las siguientes opiniones acerca de la lista de cuestiones no tienen otro objeto que facilitar el debate y no significa que el Japón esté de acuerdo en comenzar el examen de esas cuestiones con otra finalidad que no sea la de aclarar las cuestiones. Los criterios para establecer las ECT/EF “que deben protegerse” son indisolubles de los criterios para evaluar los beneficios que pueda tener una sociedad mediante la protección de las ECT/EF... ¿Habrán de ponerse a disposición del público ampliamente las ECT/EF (como es el caso de las patentes y del derecho de autor) con objeto de mejorar la tecnología y la cultura en beneficio de las generaciones futuras? ¿O se ha de considerar que el mantenimiento de las ECT/EF en sí está al servicio del interés público? Teniendo en cuenta todas estas cuestiones, los debates deberían centrarse en el interés público y en los beneficios que pueda obtener la sociedad. Si no se examina el interés público, no quedará claro si es necesaria la protección o qué ha de protegerse. El objeto de la protección puede variar por la forma/el nivel de protección. El nivel de protección necesario para garantizar el respeto de las ECT/EF puede abarcar una gama muy amplia de expresiones culturales. Si el nivel de protección es el de conceder un derecho exclusivo, el alcance del objeto será mucho más reducido. Además, también pueden concebirse niveles tales como conceder el derecho a una remuneración o asignar subvenciones públicas para su conservación. A modo de conclusión, la Delegación señaló que para explicar la expresión “las ECT/EF que deben protegerse”, es indispensable el examen de la cuestión del interés público,

la determinación de los problemas actuales, así como de las necesidades prácticas en materia de protección”⁸⁹.

Federación Ibero-Latinoamericana de Artistas, Intérpretes y Ejecutantes (FILAIE)

“[...] Consideramos que la cuestión puede dividirse en dos partes, la primera en relación con la definición en sí de expresiones culturales tradicionales, que debe reflejar el concepto de elaboración de una creación original por un grupo de individuos que constituyen una comunidad que ha concebido esas creaciones indígenas desde tiempos ancestrales y el hecho de que esas creaciones, incluidas las modificaciones, que han sido transmitidas de generación en generación, y se han perpetuado en el tiempo hasta el presente, continúen en vigor. El objeto de la expresión cultural tradicional debe pertenecer a la comunidad que la ha creado y transmitido, y ser reconocida como su obra propia [...]”⁹⁰

D. ¿Qué otros términos, conceptos y cuestiones conexos puede ser necesario aclarar?

Estados Unidos de América

“[...] Agradecerían, por ejemplo, tener más información, entre otras cosas, sobre experiencias específicas, nacionales e indígenas, en que se haya definido satisfactoriamente “cultura tradicional”, y, en particular, sobre: i) cuestiones temporales (por ejemplo, cuántas generaciones o años fueron necesarios para que la expresión pudiera calificarse de “tradicional”); ii) cuestiones geográficas (por ejemplo, cómo se concedió la protección, en su caso, respecto de las expresiones que han sido objeto de una amplia difusión); iii) los criterios aplicados para determinar si las expresiones, exhibiciones o manifestaciones de una cultura tradicional eran “característicos” de la “identidad cultural o social” de una cultura tradicional específica; iv) las muchas definiciones de ECT/EF utilizadas hoy en día por los Estados miembros [...]”⁹¹

Canadá

“[...] Algunas de las cuestiones que tiene que abordar de forma detallada el CIG son el significado de “tradicional” y aclarar si las personas o entidades entran dentro del ámbito del término “comunidades””⁹².

Japón

“[...] la expresión “expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore” transmite una idea aproximada de su significado general, pero desde una perspectiva jurídica se trata de una expresión muy imprecisa. En el párrafo 50 del documento WIPO/GRTKF/IC/6/3 se enumeran los elementos comunes que figuraban en las definiciones de las ECT/EF de las leyes nacionales: se transmiten de generación en generación, oralmente o por imitación; reflejan la identidad cultural y social de una comunidad; consisten en elementos característicos del patrimonio de una comunidad; son creadas por autores

⁸⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. and WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁹⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁹¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁹² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

desconocidos o por comunidades, por individuos a los que la comunidad reconoce el derecho, asigna la responsabilidad o concede la autorización para hacerlo; se encuentran en constante evolución y son creadas en el seno de la comunidad. Por lo que respecta a estos elementos comunes, existen los siguientes problemas y dificultades: 1) los diversos sentidos de ciertas palabras y el alcance del dominio público. No queda claro cómo han de interpretarse y aplicarse expresiones como “tradicional”, “transmitidas de generación en generación”, “patrimonio” y “característico”. Esas palabras tienen acepciones muy diversas... En el párrafo 42.c) del documento WIPO/GRTKF/IC/5/3, figura una lista de ejemplos como las obras de Shakespeare, el patrimonio de las culturas griega, egipcia y romana, y se plantea la pregunta: ¿Deberían las creaciones “tradicionales” gozar de una condición jurídica privilegiada respecto de otras creaciones “no tradicionales” que están en el dominio público? Esta cuestión aún no ha tenido respuesta... Las siguientes opiniones acerca de la lista de cuestiones no tienen otro objeto que facilitar el debate y no significa que el Japón esté de acuerdo en comenzar el examen de esas cuestiones con otra finalidad que no sea la de aclarar las cuestiones. Los criterios para establecer las ECT/EF “que deben protegerse” son indisociables de los criterios para evaluar los beneficios que pueda tener una sociedad mediante la protección de las ECT/EF [...]”⁹³

E. ¿Cómo puede definirse en forma más clara el significado y el alcance de las ECT/EF?
--

Australia

“[...] hay que debatir más en profundidad la definición de ECT/EF. Asimismo, apoyaría un debate que también se centre en las características generales de las ECT/EF tal como las reconocen las comunidades indígenas. Esto debería ayudar a identificar el tipo de materiales que tradicionalmente se han protegido. Australia señala que en virtud de la protección del derecho de autor existente algunas expresiones de ECT/EF en soporte material entran dentro de las categorías de materia protegida. Opina que es importante que sólo se considere que ese material es una ECT/EF cuando exista un vínculo claro entre éste, el creador o el artista intérprete o ejecutante indígena, y la comunidad indígena de la que se deriva. Australia insta al debate sobre los aspectos de una definición basada en un marco de este tipo. Si la protección de dichos materiales quiere concordar con la protección existente en virtud del marco internacional de protección de la P.I. el amplio ámbito potencial de las ECT/EF planteará desafíos”⁹⁴.

Tailandia

“[...] No obstante, las circunstancias culturales varían de una región a otra y de un país a otro, incluso de una comunidad a otra dentro de cada país. A este respecto, la Delegación confía en que deberían seguir promoviéndose nuevas medidas de desarrollo, en particular el intercambio de prácticas óptimas, la creación de capacidad y los talleres técnicos, para permitir la profundización y una mayor aclaración de este concepto subyacente. Asimismo, quizás el concepto de patrimonio cultural material e inmaterial debería vincularse o asociarse con la definición de ECT [...]”⁹⁵

⁹³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

⁹⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁹⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Hokotehi Moriori Trust

“[...] En respuesta a la observación de la Delegación del Japón de que no entiende por qué las ECT que son del dominio público deberían estar protegidas cuando obras que no son ECT, como las obras de Shakespeare, no pueden estarlo, el Representante señaló que el concepto de “dominio público” es una creación occidental que no está reconocida por los pueblos indígenas; los sistemas occidentales, introducidos a lo largo de cientos de años de colonización, han afectado enormemente, y de manera desfavorable, a los sistemas de CC.TT.; además, la protección de ECT es fundamental para el mantenimiento, la supervivencia y la integridad de las culturas de los pueblos indígenas y de sus identidades en tanto que pueblos singulares en el seno de las sociedades modernas. El Representante ilustró su intervención con la exposición de dos casos en que los cigarrillos “Maori Mix” y “Natural Spirit”, que muestran a un jefe indio con un tocado de plumas fumando una larga pipa de la paz, se comercializaron sin el conocimiento ni el consentimiento del pueblo maorí. Para los pueblos indígenas es necesario tener control del modo en que se utilizan sus ECT, y de quiénes lo hacen, debido al uso ofensivo desde el punto de vista cultural, cada vez más frecuente, que practican las empresas que promocionan la venta de sus productos. El Representante está de acuerdo con la Delegación de Nueva Zelandia en la necesidad de ser cuidadosos al definir algo que está en continua evolución y expansión. Además, se pronunció a favor de las intervenciones del Consejo Same y del Movimiento “Tupaj Amaru” según las cuales las ECT están relacionadas y son importantes para la identidad de las culturas de los pueblos indígenas”⁹⁶.

Estados Unidos de América

“[...] Este enfoque exhaustivo para definir las ECT/EF podría resultar periódicamente útil en los debates. En particular, la Delegación señaló que los criterios generales pueden servir de base útil en la medida en que avanzan los debates. Con todo, por las mismas razones que fueron tan frustrantes para el Comité en el pasado, las definiciones redactadas en términos amplios que, en contraposición, se basan en conceptos vagos e imprecisos, como señaló acertadamente la Delegación del Japón, no prometen ayudar a avanzar en nuestra tarea. Por muy adecuadas que puedan ser tales formulaciones para indicar el amplio alcance, la riqueza y la diversidad de las ECT/EF, en último término, el Comité no podrá utilizarlas para determinar con mayor precisión las lagunas existentes en la protección de las ECT/EF. Los Estados Unidos de América recomendaron que se aplique un enfoque más concreto, centrado y fáctico a la labor del Comité... Además, están interesados en saber más sobre las definiciones de folclore que utilizan otros Estados miembros en la gestión de las colecciones del patrimonio cultural. Los Estados Unidos de América cuentan, por ejemplo, con una útil definición de trabajo de folclore prevista por la *American Folklife Preservation Act* (Ley estadounidense de 1976 sobre la Preservación de las costumbres populares). Si bien tal definición ha sido muy útil para avanzar en la cuestión de la protección, el fomento y la preservación del folclore en el país, ésta no tiene por qué satisfacer las necesidades de todos los demás países y comunidades. Los Estados Unidos de América tienen un gran interés en intercambiar definiciones similares con otros Estados miembros. Para terminar, la Delegación convino con la Delegación de Italia en que podría ser útil tener en cuenta las definiciones de folclore que figuran en otros acuerdos internacionales relacionados con la materia”⁹⁷.

⁹⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁹⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

“El CIG ha hecho avances considerables en la delimitación general del ámbito de las ECT/EF...Sin embargo, hasta la fecha los miembros del CIG no han tenido la oportunidad de entablar un debate centrado en el objeto de las ECT/EF. Basándose en sus trabajos previos, el CIG se encuentra actualmente en la posición de poder examinar con más detalle el objeto de las ECT/EF. Este debate deberá tener en cuenta en gran medida las experiencias nacionales (por ejemplo, en virtud de las legislaciones nacionales del derecho de autor, las legislaciones *sui generis*, el derecho consuetudinario y otras legislaciones) así como las experiencias de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales (nota de la propuesta: los Estados Unidos utilizan la expresión “los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales”, que aparece en varios documentos del CIG/OMPI, aunque señalan que el CIG no ha logrado acuerdos respecto de la utilización de esa expresión).

Al ampliar el ámbito de acción, el CIG podría progresar en su comprensión de muchas cuestiones prácticas y teóricas recurrentes por lo que respecta al objeto de las ECT/EF. Por ejemplo, la cuestión tan reiterada de si el objeto de las ECT/EF está limitado a las producciones literarias y artísticas orientadas hacia la comunidad debe examinarse más a fondo. Una importante cuestión relacionada es la definición con mayor precisión, si es posible, de los límites entre ECT/EF y los conocimientos tradicionales (CC.TT). Los debates en el CIG sobre el objeto de las ECT/EF deberían tener en cuenta el aporte de las experiencias nacionales más recientes, en particular los enfoques de los miembros de la OMPI al definir las ECT/EF con fines de protección o de exclusión.

El CIG se beneficiaría grandemente de las enseñanzas sacadas de las experiencias de los pueblos indígenas y de las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales al definir el objeto de las ECT/EF. Ese examen debe apoyarse en medidas jurídicas (como la definición de las ECT/EF en el derecho consuetudinario, codificadas o no) y en medidas no jurídicas (como la utilización de registros tribales y de bases de datos electrónicas). Un examen centrado en el tema deberá abordar asimismo la cuestión de cómo determinar la relación entre una determinada ECT/EF y un determinado pueblo indígena o comunidad tradicional u otra comunidad cultural.

La cuestión de definir las ECT/EF también plantea la difícil cuestión de determinar cuáles ECT/EF o elementos de las mismas “deben ser protegidos”. Como observamos en nuestros comentarios generales, los Estados Unidos de América entienden que el término “protección” incluye una amplia gama de medidas (incluidas las medidas jurídicas y no jurídicas) cuando se trata de abordar cuestiones y preocupaciones específicas relacionadas con las ECT/EF y los CC.TT. Sería útil que el CIG examine con mayor detalle la cuestión relativa a qué ECT/EF o elementos relacionados pueden ser objeto de protección en el marco de los mecanismos jurídicos y no jurídicos vigentes⁹⁸.

Canadá

“[...] existen dos partes en la definición de las ECT susceptibles de protección: en primer lugar, formular una definición adecuada de las ECT y, en segundo lugar, determinar en su totalidad el alcance de la materia susceptible de protección. Ambas representan un desafío debido a la complejidad de las cuestiones y a las particularidades de todos los Estados

⁹⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

miembros. La Delegación considera, además, que lograr un consenso sobre el objetivo de la protección de las ECT puede ayudar a definir la materia que se ha de proteger y aportar una mayor claridad terminológica”⁹⁹.

F. ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

Noruega

“[...] A nuestro entender, los debates en el marco del CIG, así como los documentos del CIG proporcionan una base amplia para la comprensión de cuáles expresiones debería protegerse”¹⁰⁰.

Sudáfrica

“Aunque ratificamos la definición formulada en el artículo 3 del documento WIPO/GRTKF/10/5, Sudáfrica recomienda que se incluya la frase: “Los conocimientos indígenas se transmiten de generación a generación y dentro de una generación”.

Como complemento de la definición actual, Sudáfrica propone lo siguiente:

- incluir en la definición del término “conocimientos tradicionales”, los conocimientos técnicos y la espiritualidad (artículo 3.2);
- incluir “memoria” entre los recursos en la sección correspondiente del artículo 3; y
- en el artículo 4. iii), añadir los términos “tradicional y local”.

Sudáfrica continuará utilizando la expresión “conocimientos indígenas” en lugar de la expresión “conocimientos tradicionales”. Esta terminología es conforme con nuestra política relativa a los sistemas de conocimientos tradicionales, con los proyectos de enmiendas a nuestra legislación de P.I. y con el proyecto de reglamentación del acceso y la participación en los beneficios, etc. Son algunos argumentos más a favor de la utilización de conocimientos indígenas en lugar de conocimientos tradicionales”¹⁰¹.

Colombia

“La definición que se formula en el artículo 1 propuesto de las disposiciones sustantivas que figuran en los documentos WIPO/GRTKF/IC/9/4 y WIPO/GRTKF/IC/10/4 se refiere a la “creatividad del individuo”. Consideramos que no es necesario mencionar la creatividad de un individuo cuando se habla de una tarea colectiva. Sin embargo, el problema no es tanto una cuestión de aplicabilidad del criterio de creatividad a un grupo, sino de definición práctica

⁹⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

¹⁰⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4.a).

¹⁰¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a). Se ha añadido el comentario de Sudáfrica puesto que hace referencia a los CC.TT. y a las ECT.

del criterio como tal. Además, la lista que figura en el artículo no debería ser restrictiva”¹⁰².

Tailandia

“[...] el proyecto de descripción de las ECT/EF que figura en el proyecto de objetivos y principios era adecuado, y que secundaría con satisfacción cualquier consenso que pueda lograrse sobre esa cuestión tan fundamental a fin de facilitar la futura marcha de la labor [...]”¹⁰³

Burkina Faso

“[...] su intervención está relacionada con las declaraciones realizadas en nombre del Grupo Africano. La Delegación señaló que la definición que figura en el artículo 1 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4.c) proporciona una buena base para la labor que se va a realizar... Por último, la Delegación dijo que hay motivos fundados para modificar la redacción del párrafo a) del artículo 1, añadiendo las palabras “*in particular*” después del término “*comprise*” (ambos en la versión inglesa)”¹⁰⁴.

Argelia, en nombre del Grupo Africano

“[...] En relación con las Cuestiones y, especialmente, con la relativa a la definición, el Grupo Africano tomó nota de la intensificación de los esfuerzos invertidos en la definición de las ECT que figura en el artículo 1 de las disposiciones sustantivas del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c), elaborada a partir de experiencias nacionales y regionales, así como de los instrumentos internacionales vigentes. El Grupo opina, en consecuencia, que la definición del artículo 1 aporta una base satisfactoria para los ulteriores trabajos [...]”¹⁰⁵

República Islámica del Irán

“[...] la definición en el texto actual es aceptable en general, y es una buena definición de base [...]”¹⁰⁶

Indonesia

“[...] la definición de ECT que figura en el proyecto de disposiciones del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4.c) es aceptable. Sin embargo, hay un elemento que todavía no se ha incluido, y que está relacionado con el teatro. Por lo tanto, se propone añadir el siguiente texto a la definición: “teatro, incluido entre otros: funciones de marionetas y dramas basados en tradiciones populares”. Este texto debería insertarse después del inciso iii) de la definición”¹⁰⁷.

¹⁰² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

¹⁰³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹⁰⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹⁰⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹⁰⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹⁰⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Marruecos

“[...] En la anterior sesión del Comité, las delegaciones hicieron esfuerzos notables para tratar de encontrar una definición de ECT, cuyo resultado fue el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c), que debería constituir la base de cualquier debate ulterior sobre este asunto. La Delegación estima que la definición que figura en el artículo 1 de dicho documento es aceptable. Contiene numerosos elementos y se ha obtenido gracias a los enormes esfuerzos invertidos para no dejar de tener en cuenta las definiciones de otros convenios o tratados [...]”¹⁰⁸

Camerún

“[...] De modo que la “expresión” o la “representación”, como se indica en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c), debe ser la representación de dicha cultura tradicional y dichos CC.TT. Estos son los aspectos o elementos específicos de una ECT, como se indica en el documento citado. No obstante, la referencia a “todas las formas tangibles o intangibles” parece superflua. Se estima que resulta repetitiva y confusa, y debería eliminarse. De tal suerte que se obtendría la verdadera esencia de la definición”¹⁰⁹.

“Tupaj Amaru”

“[...] los pueblos indígenas, especialmente los Tupaj Amaru, están desconcertados porque en los documentos previos al Comité no figura prácticamente ninguna referencia al documento original en que se describen las ECT que se van a proteger. Así, ¿qué debería protegerse como ECT? Las contribuciones de los participantes del Comité no son definiciones sino propuestas. El Comité pidió que se presentaran nuevas propuestas relativas al artículo 1 de las disposiciones sustantivas, pero tal petición no ha sido satisfecha. El Movimiento “Tupaj Amaru” desea contribuir desde una perspectiva indígena a la definición de expresiones culturales... La OMPI, la UNESCO, el CDB y otros organismos e instituciones cuentan ya con una definición clara. Lo que hace falta es un consenso sobre lo que se está tratando de proteger como ECT/EF. El Movimiento Indio “Tupaj Amaru” desea que se amplíe el artículo 1 de la definición añadiendo otros elementos como el diseño, la escultura, la fotografía, el grabado, los objetos sagrados y los escritos. Su lengua, por ejemplo, el quechua, les fue robada y está ahora en el *British Museum*. También los instrumentos musicales están en los museos occidentales. El Representante aludió, asimismo, a los estudios llevados a cabo por la Dr. Erica Irene Díaz para el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, que deberían tenerse en cuenta”¹¹⁰.

Ecuador

“[...] desea que la labor del Comité sobre CC.TT. y ECT se centre en los instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes [...]”¹¹¹

¹⁰⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹⁰⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹¹⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹¹¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Hokotehi Moriori Trust

“[...] Aunque las definiciones pueden ser problemáticas, la amplia definición de ECT que rige actualmente es preferible al enfoque más limitado que defienden algunos Estados miembros [...]”¹¹²

China

“[...] la definición de ECT que figura en el actual proyecto de disposiciones es relativamente global y flexible y agradeció a la Secretaría su intensa y eficaz labor al respecto. La Delegación está dispuesta a aceptar la definición como base de los ulteriores debates [...]”¹¹³

Estados Unidos de América

“[...] Algunas delegaciones han dado a entender que el artículo 1 del Anexo del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4.c) facilita una “base adecuada” para un debate sobre la definición de las ECT/EF. A juicio de los Estados Unidos de América, el empeño del Comité en definir las ECT/EF, a la vez que facilitaba información de base útil, también plasmaba y ponía de relieve los importantes desafíos a los que el Comité se ha enfrentado y sigue enfrentándose al tratar de definir con precisión las ECT/EF. Como se recordará, con esta medida se pretendió captar la riqueza y diversidad de las ECT/EF presentando una amplia selección de materiales que se podría considerar que “expresan” una “cultura tradicional” o unos “conocimientos tradicionales” [...]”¹¹⁴

“[...] Los avances se han inspirado en la labor pionera de las Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas. También se ha beneficiado del excelente trabajo de la Oficina Internacional que ha compilado abundante material y sintetizado elementos clave de las definiciones relativas a las ECT/EF a partir de marcos regionales, legislaciones nacionales de derechos de autor y otras legislaciones [...]”¹¹⁵

Brasil

“[...] En conclusión, la Delegación considera que la definición propuesta en el artículo 1 del Anexo del documento WIPO/GRTKF/IC/10/4 representa una base adecuada para examinar esta cuestión”¹¹⁶.

“[...] Las disposiciones que definan el objeto del instrumento internacional deberían reflejar la idea de que las ECT/EF tienen una dinámica y son de índole iterativa (en el sentido de que representan un proceso). Del mismo modo, las expresiones que caractericen a comunidades o identidades establecidas más recientemente no deben quedar sin protección,

¹¹² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹¹³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

¹¹⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹¹⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

¹¹⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

porque estas expresiones también reúnen las condiciones necesarias para que se las considere ECT/EF. Por lo que respecta a las expresiones musicales, en particular los estilos de música, la protección requerida está destinada a lo particular en lugar de lo general, o sea, que tiene poco sentido calificar un estilo musical de tradición, dado que, por la misma dinámica cultural de la humanidad, se trasmite y es compartida entre muchos grupos y sociedades.”¹¹⁷.

Federación Iberoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE)

“[...] agradeció a la Secretaría la admirable labor llevada a cabo en la preparación de unos documentos tan detallados, en los que se abordan todas las cuestiones que se están examinando y sin los cuales sería imposible llegar a conclusiones significativas. La FILAIE está integrada por gran cantidad de artistas que se expresan en español y en portugués, y está constituida por sociedades de gestión de México, América Central, América del Sur y, en Europa, de la Península Ibérica. La Delegación señaló que ha observado un amplio consenso entre las delegaciones del gobierno con respecto a seguir trabajando para adoptar una resolución apropiada, de modo que la Asamblea General de los Estados miembros pueda tomar decisiones a fin de establecer un instrumento internacional... El Representante señaló también que la OMPI ha emprendido medidas respecto de las cuestiones básicas planteadas en relación con las ECT, contenidas en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(a), a las que se hace referencia... La FILAIE considera que es necesaria la protección, preferiblemente mediante un instrumento internacional que cubra, defienda y proteja a las ECT que sean objeto de apropiación indebida. La mejor forma de lograr dicha protección es estableciendo normas de P.I., como prevén ya tanto el Convenio de Berna como el WPPT [...]”¹¹⁸

Arts Law Centre de Australia

“[...] la definición que figura en el artículo 1 del proyecto de disposiciones revisadas sobre la protección de las ECT del documento WIPO/GRTKF/IC/4/11(c) constituye una base útil para futuros debates. Además, se señaló que el cumplimiento del artículo 1.a)cc) podría dificultar a algunas comunidades indígenas de Australia la obtención de protección de sus ECT, debido a los desplazamientos de dichos pueblos y al menoscabo de su derecho consuetudinario. Todo ello es la consecuencia directa de las políticas aplicadas por el Gobierno durante los dos últimos siglos. Sería más conveniente que la definición reflejara mejor esta realidad, estableciendo únicamente que las ECT sean “mantenidas, utilizadas o desarrolladas... de conformidad con las leyes y las prácticas consuetudinarias de dicha comunidad”. De otro modo, podría ocurrir que, para algunas comunidades indígenas, tener que hacer prueba de su correspondiente derecho consuetudinario fuera extremadamente difícil”¹¹⁹.

Nueva Zelanda

“[...] La definición de trabajo de ECT que figura en el artículo 1 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) se centra especialmente en los derechos de P.I... Los individuos y organizaciones con los que la Delegación ha mantenido consultas a escala nacional sobre la definición de trabajo del artículo 1 han señalado que, en general, están de acuerdo con dicha

¹¹⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

¹¹⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

¹¹⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. 2

definición, ya que, a su juicio, cubre la mayor parte de las áreas de interés [...]”¹²⁰

“[...] Sin embargo, el proyecto de artículo 4 sugiere que para que sean susceptibles de protección específica contra la utilización o apropiación indebidas es necesario aportar elementos más precisos, en el sentido de que los CC.TT. deben: i) existir en un contexto tradicional y haber sido transmitidos de una generación a otra; ii) asociarse de forma muy precisa a una comunidad o población tradicional o indígena que preserve y transmita dichos conocimientos de una generación a otra; y iii) formar parte integrante de la idiosincrasia cultural de la comunidad o población indígena tradicional a la que se atribuyan esos conocimientos, ya sea mediante custodia, propiedad colectiva o responsabilidad cultural. Esos vínculos pueden quedar reflejados de forma oficial o informal por medio de prácticas, normativas o protocolos consuetudinarios o tradicionales” [...]”¹²¹

¹²⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹²¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

CUESTIÓN N.º 2: ¿QUIÉN DEBE BENEFICIARSE DE ESE TIPO DE PROTECCIÓN?, O ¿QUIÉN ES EL TITULAR DE LOS DERECHOS EXISTENTES SOBRE LAS ECT/EF SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN?

Nota introductoria de la Secretaría

En los comentarios escritos y en las intervenciones verbales sobre esta cuestión se examinaban dos cuestiones principales que guardan relación entre sí, a saber, en un sistema *sui generis*, i) ¿quién debe beneficiarse de la protección de las ECT/EF? y ii) ¿quién debe ser el titular de los derechos sobre las ECT/EF? A pesar de lo complejo que resulta esta cuestión, muchas delegaciones convinieron en que es fundamental que exista una mayor claridad a ese respecto. Entre las cuestiones que se plantearon en ese sentido figuran la de la función del Estado en calidad de titular de derechos, el lugar que ocupan los particulares en tanto que beneficiarios o titulares de derechos, la manera en que debe establecerse y reconocerse el “vínculo” existente entre un titular de derechos, como la comunidad, y una ECT, la manera en que debe tratarse el “folclore regional” y el folclore que pertenece a más de una comunidad de un país, la cuestión de si resulta útil el proyecto de disposición del documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(b) y de si es necesario aclarar otros términos y conceptos conexos. Asimismo, en el marco de esta cuestión (y de otras cuestiones) se planteó la conveniencia de que existan requisitos formales, como el registro, en relación con la concesión de derechos o determinados beneficios derivados de las ECT/EF.

En consecuencia, los comentarios e intervenciones se han organizado con arreglo a las categorías siguientes:

- A) ¿Qué personas, comunidades o entidades se reconocen en calidad de posibles i) beneficiarios de la protección o ii) titulares de derechos?;
- B) ¿Cómo debe reconocerse a los beneficiarios y titulares de derechos? ¿Cómo debe determinarse el “vínculo” existente entre las ECT y los beneficiarios/titulares de derechos?;
- C) En los casos en que se halla la misma ECT/EF o una ECT/EF similar en más de una comunidad o país, ¿cómo debe reconocerse a los beneficiarios/titulares de derechos?;
- D) ¿Cómo puede aclararse aun más el significado y el alcance de los términos beneficiarios/titulares de derechos? ¿Qué otros términos y conceptos conexos puede ser necesario aclarar?
- E) ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposiciones que se ocupa de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

A. ¿Qué personas, comunidades o entidades se reconocen en calidad de posibles i) beneficiarios de la protección o ii) titulares de derechos? ¿Cuál es la función, si la hubiere, del Estado? ¿Cabe la posibilidad de que un particular sea titular de derechos sobre las ECT/EF?

Titulares y custodios

Unión Internacional de Editores (UIE)

“Para que los editores puedan publicar obras relacionadas con las ECT/EF beneficiándose de seguridad económica y jurídica, es necesario ante todo definir con concisión y claridad quiénes serían los beneficiarios potenciales, sin dar lugar a ambigüedades. Sólo los titulares o custodios de las ETC deberían beneficiarse de la protección [...]”¹²²

Varios posibles beneficiarios y titulares, entre ellos, el Estado y los particulares

Kirguistán

“Los titulares de las expresiones culturales tradicionales son los siguientes: naciones, nacionales y entidades jurídicas que crean y preservan esas expresiones.

El Estado, cuyo patrimonio cultural abarca esas expresiones (folclore), debe beneficiarse de la utilización de esas expresiones”¹²³.

Sudáfrica

“[...] Sudáfrica considera que el actual sistema de protección de los derechos de P.I. se limita a los derechos exclusivos privados y, por lo tanto, es incompatible con la protección de los CC.TT. Nos basamos en la premisa de que los CC.TT. forman parte del patrimonio de una comunidad transmitido de generación en generación, y no debe permitirse que sean privatizados o explotados para beneficio personal, o que se los haga pasar subrepticamente al “dominio público”. Así pues, afirmamos que el primer beneficiario de los conocimientos indígenas debe ser la comunidad directamente vinculada a esos conocimientos susceptibles de protección.

Así pues, Sudáfrica propone que cuando no haya un beneficiario claro o identificable, el Estado o la autoridad competente actúe como custodio de los derechos, así como de los productos derivados de los derechos de P.I. o de los CC.TT. de las comunidades [...]”¹²⁴

Argelia, en nombre del Grupo Africano

“[...] las ECT se mantienen en depósito como parte del patrimonio de una comunidad que es transmitido de una generación a otra y es, así, propiedad común de dicha comunidad.

¹²² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹²³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹²⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

En este contexto, los beneficiarios de la protección de ECT deberían ser: i) los titulares de ECT, ya sean comunidades locales y tradicionales o individuos determinados dentro de esas comunidades que crean, preservan, utilizan y transmiten el conocimiento en un contexto tradicional, y ii) aquellos a quienes los titulares de derechos les han conferido derechos, como se define anteriormente, mediante el consentimiento fundamentado previo, quienes podrían ser personas individuales o entidades jurídicas, sin excluir a los compiladores de ECT, investigadores, coleccionistas y compiladores de información respecto de las ECT y, también, instituciones de investigación tecnológica y desarrollo [...]"¹²⁵

Túnez

“Gobiernos, pueblos y titulares de esos conocimientos”¹²⁶.

Guatemala

“El Decreto N.º 25-2006 del Congreso de la República, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, establece:

Las Comunidades, grupos e individuos del desarrollo sostenible [...]"¹²⁷

Ghana

“Los beneficiarios de la protección del folclore pueden dividirse en dos categorías, a saber:

1. Los titulares o propietarios de las expresiones del folclore, es decir las personas, comunidades tradicionales, castas, familias, grupos étnicos, naciones y subregiones. Por ejemplo, en África occidental, a pesar de ligeras diferencias entre las especies y la utilización, el kente, el ñame, la mandioca, y la palma son ampliamente utilizados en la subregión.
2. Los titulares de derechos derivados como investigadores, innovadores y extractores modernos de expresiones del folclore.

Entre los beneficiarios de la protección prevista en el instrumento a estudio deben incluirse las comunidades indígenas, las naciones y las subregiones a quienes pertenece el folclore y se encargan de su preservación, y los titulares de derechos derivados como los coleccionistas, los investigadores, los extractores y los creadores.

Los investigadores, los coleccionistas y los extractores de informaciones relativas al folclore deben beneficiarse de un reconocimiento limitado [...]"¹²⁸

Qatar

“a) La comunidad tradicional como principal titular de los derechos y propietaria o los miembros del grupo que es el titular de los derechos sobre los conocimientos

¹²⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹²⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹²⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹²⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

tradicionales susceptibles de protección como representantes de la sociedad o del pueblo.

- b) El informante como transmisor de las tradiciones.
- c) El compilador que reúne los conocimientos tradicionales y los conserva en archivos en buenas condiciones y de forma metódica”¹²⁹.

Asociación Rusa de Pueblos Indígenas del Norte (RAIPON)

“Los autores y los intérpretes o ejecutantes de las obras interpretadas o ejecutadas”¹³⁰.

Canadá

“[...] Sin olvidar que las comunidades son beneficiarias potenciales de protección de sus ECT, el Comité debería abordar si la protección de las ECT debe extenderse a otros beneficiarios. De hecho, puede haber casos en los que un individuo, familia, clan o sociedad determinados pueden ser reconocidos como la fuente de las ECT. A juicio del Canadá, el Comité debería mantener más debates a fin de aclarar quiénes son los correspondientes beneficiarios potenciales y titulares de derechos de las ECT susceptibles de protección”¹³¹.

Únicamente las comunidades

Tailandia

“[...] en lo que respecta a quiénes deberían beneficiarse de la protección de las ECT/EF, los titulares de los derechos que se derivan de las ECT/EF protegidas deberían ser, naturalmente, la comunidad que crea, mantiene, restituye y recrea las ECT y el folclore. No obstante, podría considerarse que algunas expresiones tradicionales o folclore pertenecen a distintos ámbitos de las comunidades, como puede ser el local, el regional o intercomunal, el nacional o incluso el transfronterizo, en cuyo caso la protección debería beneficiar a todos ellos. La Delegación señaló que debe facilitarse siempre la fuente del responsable del origen, o del creador, sea éste un colectivo o un individuo, y deben mantenerse consultas con las partes interesadas antes de utilizar las ECT/EF fuera del contexto de esas comunidades tradicionales [...]”¹³²

Colombia

“[...] Al igual que los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales regionales y las expresiones del folclore tienen generalmente un origen colectivo y son preservadas colectivamente; de ahí que los derechos derivados de las mismas deban concederse principalmente a las comunidades y no a los individuos. A este respecto, aunque se considere pertinente teóricamente asignar un derecho a un grupo, por razones prácticas ese grupo debería estar representado por un organismo específico, lo que plantea la cuestión del reconocimiento y/o el fuero de que ese organismo debe gozar en la marco legislativa nacional”¹³³.

¹²⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹³⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹³¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

¹³² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹³³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Federación Ibero- Latinoamericana de Artistas, Intérpretes y Ejecutantes (FILAIE)

“No cabe duda de que el único beneficiario de este tipo de protección debe ser la comunidad indígena o el pueblo ancestral que ha creado la cultura tradicional original. Ese beneficio debe canalizarse hacia la acción directa mediante disposiciones pertinentes, a fin de que se otorgue el máximo de beneficios directamente a la comunidad”¹³⁴.

Consejo Same

“[...] Si el Comité desea hacer algún progreso real, tiene que dejar de dar vueltas al asunto y reconocer lo que debería ser evidente en un foro sobre derechos de P.I., esto es, que los titulares de ECT son los creadores de dichas ECT... El Consejo Saami propuso que el Comité cierre el debate de esta sesión sobre la cuestión de los beneficiarios con la única conclusión lógica: que la creatividad humana redunde en beneficio de los creadores”¹³⁵.

Arts Law Centre of Australia

“[...] aunque los derechos que se derivan de las ECT, así como los beneficios, deben pertenecer a los pueblos indígenas, y sus comunidades, que están directamente vinculados con las ECT... Por principio, generalmente el Estado no debería ejercer ningún derecho en nombre de las comunidades indígenas, ya que existen antecedentes de Estados que se han apropiado indebidamente de beneficios correspondientes a pueblos indígenas, como los casos de sueldos robados en Australia. Cuando no existe ningún titular del derecho indígena o beneficiario precisos, cabe preguntarse si el Estado debe apropiarse esos derechos y beneficios mediante un fideicomiso en nombre de los pueblos indígenas”¹³⁶.

Las comunidades en tanto que beneficiarios, los Estados en tanto que titulares

Nicaragua

“Los beneficiarios de estos conocimientos deben ser la comunidad o la población de la región, y el gobierno local es el propietario de esos derechos”¹³⁷.

Comentarios generales

Federación de Rusia

“La interpretación oficial de las disposiciones del artículo 3 de la ley núm. 3612-1 de la Federación de Rusia, de 9 de octubre de 1992 sobre los “Elementos básicos de la legislación de la Federación de Rusia en materia de cultura”, nos permite llegar a la conclusión de que el folclore puede asimilarse a los valores culturales, de que algunas expresiones del folclore pueden asimilarse a la propiedad intelectual de los pueblos de la Federación de Rusia y que “tienen importancia para todos los rusos y, por lo tanto, pertenecen integralmente a la

¹³⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹³⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹³⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2.

¹³⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

Federación de Rusia y a sus nacionales sin posibilidad alguna de transferencia a otros países o uniones de países en los la Federación de Rusia es parte”.

Los institutos jurídicos de propiedad intelectual no tienen un único enfoque para definir el beneficiario respecto de la concesión de protección jurídica a un objeto de propiedad intelectual.

Por lo que respecta al derecho de autor, el beneficiario es el autor (creador), la persona que ha contribuido a la creación de la obra, y los derechohabientes, en particular los herederos del autor.

El instituto de derechos conexos considera como beneficiario al iniciador, el organizador, la persona que ha contribuido a la difusión de la obra.

Los institutos de derecho de patentes, la así llamada propiedad industrial, tampoco ofrecen una unidad en la definición de beneficiario. De conformidad con el derecho de patentes, los derechos exclusivos pertenecen al titular de la patente (artículo 10 de la ley de patentes núm. 3517-I de la Federación de Rusia de 23 de septiembre de 1992.), que puede ser el autor de la invención, el modelo de utilidad, el diseño (la persona gracias a cuya actividad creativa fue creado), su empleador (si el objeto ha sido creado en el marco de sus obligaciones profesionales) o sus derechohabientes.

Una característica común a todas las personas citadas anteriormente, en virtud de la legislación de derecho de autor y de derecho de patentes, es su contribución, a saber los gastos incurridos para la creación de la obra susceptible de protección jurídica. Así pues, el beneficiario puede ser cualquier persona que haya contribuido a la creación de una obra o sus derechohabientes.

Por lo que respecta a las obras de arte popular (expresiones del folclore) es imposible definir la persona que hizo una contribución a la creación de la obra, se trate del creador, o del organizador del proceso. Por esta y otras razones, no se concede protección jurídica a las obras de arte popular en Rusia de conformidad con la ley de la Federación de Rusia sobre “derecho de autor y derechos conexos”.

Tampoco es posible determinar los herederos y los derechohabientes de los autores de obras de arte popular, debido no sólo a la migración de la población, sino también a la semejanza, a las características comunes, de las obras de arte popular de diferentes personas. La semejanza de las obras es debida no sólo al hecho de que las obras de arte folclórico proceden de una única fuente, sino también a la interacción cultural de los pueblos, y a la similitud de las condiciones climáticas, históricas y nacionales, que dejan una impronta en las obras de arte popular de muchos pueblos.

Por lo que atañe al derecho de autor y al derecho de patentes, tras la muerte del autor, si no tiene herederos, todos los derechos de las obras se atribuyen a la Federación de Rusia, que puede confiar la administración de los derechos de propiedad a un organismo especial.

Dado que es imposible definir los derechohabientes respecto de las obras de arte popular, trataremos de establecer una analogía con la ley de la herencia.

Supongamos que se considera el Estado como beneficiario.

Sin embargo, los herederos del autor pueden vivir en el territorio de diferentes Estados, con sistemas jurídicos diferentes. En general, de conformidad con el artículo 1224 del código civil de la Federación de Rusia sobre la herencia, las relaciones sobre la herencia están regidas por la legislación del país en el que el testador – en este caso el autor - tuvo su último domicilio. Así pues, en los casos en que los herederos del autor no puedan identificarse, pero que quede claro que el autor tuvo su último domicilio en la Federación de Rusia, se aplica el derecho sucesoral de la Federación de Rusia: se considera entonces la Federación de Rusia como el derechohabiente al mismo título que en los casos de herencia yacente (artículo 1151 del código civil).

Sin embargo, en los casos en los que no es posible determinar el testador (el autor) de las obras de arte popular, ni su último domicilio y, del mismo modo, la legislación que debería aplicarse, no queda claro quién puede pretender que se le otorguen esos derechos.

De lo expuesto, se pueden deducir las dificultades a las que puede dar lugar la definición de beneficiario cuando no es posible aplicar la legislación rusa actual”¹³⁸.

Titularidad individual en oposición a la comunitaria

Nueva Zelanda

“[...] Debe analizarse detenidamente la protección que se otorga a los creadores individuales en oposición a los de la comunidad en que se originaron los CC.TT. y las ECT, y comprenderla en profundidad, antes de determinar qué tipo de derechos deberían concederse, en su caso, o quiénes deberían ser sus titulares”¹³⁹.

B. ¿Cómo debe reconocerse a los beneficiarios y titulares de derechos? ¿Cómo debe establecerse y determinarse el “vínculo” existente entre las ECT y los beneficiarios/titulares de derechos?

Criterios de procedencia (“autoría”) y de uso continuo

China

“[...] los beneficiarios deberían estar limitados a las comunidades tradicionales de donde provienen las ECT/EF, o que se encargan de su preservación, su administración o su desarrollo, o que dan a esas expresiones sus características singulares sociales y culturales”¹⁴⁰.

Noruega

“Los beneficiarios deben ser los custodios (los portadores de la tradición) de las ECT/EF, o sea, los grupos colectivos –los pueblos indígenas o las comunidades locales– que han conservado, utilizado y desarrollado las expresiones, y continúan haciéndolo [...]”¹⁴¹

¹³⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹³⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

¹⁴⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁴¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Ogiek Peoples Development Program (OPDP)
(Programa de Desarrollo del Pueblo Ogiek)

“Los beneficiarios de las ECT/EF son los titulares de los derechos de protección sobre sus valores culturales. Mediante la exposición de los valores culturales, la comunidad que posee y utiliza las ECT/EF percibe ingresos del turismo, de la investigación, que, a su vez, pueden ser indispensables para el desarrollo nacional. Deben reconocerse todas las actitudes que promueven y favorecen el respeto de la cultura y el folclore de la comunidad que los utiliza. Es necesario definir límites a la protección de las ECT/EF porque pueden ser utilizadas indebidamente. Es el caso de muchas instituciones científicas que recurren a los símbolos y las prácticas culturales tradicionales para aumentar la seguridad. Mientras la comunidad recurre a sus buenas prácticas culturales, es necesaria la elaboración de políticas que garanticen la promoción de las ECT/EF durante un período mayor de tiempo. De esta manera las generaciones futuras tendrán la posibilidad de adaptar las cuestiones culturales”¹⁴².

Guatemala

“[...] Las comunidades originarias, y los pueblos que son autores de sus expresiones folclóricas”¹⁴³.

Brasil

“Aunque no siempre es posible identificar a un autor individual, las ECT/EF de grupos étnicos y de poblaciones tradicionales tienen una autoría colectiva identificable, dado que pertenecen a un grupo o población específicos – razón por la que no es posible argumentar que las expresiones pertenecen al dominio público. Así pues, la titularidad de los derechos debe ser colectiva y de conformidad con los intereses y las tradiciones de los grupos en cuestión. La noción de “autor” es un elemento que pone en evidencia la complejidad de la cuestión, dado que frecuentemente no hay un autor o autores identificables en el seno de las comunidades tradicionales. Por otra parte, la transmisión de ese patrimonio se hace generalmente de forma oral, de generación en generación. La obra se recrea y se le da un significado renovado a lo largo del tiempo, lo que pone en evidencia la dinámica inherente de ese proceso de creación intelectual [...]”¹⁴⁴

No es necesaria la procedencia

Italia

“[...] en Italia, y más ampliamente en Europa, existen muchas comunidades locales que no son necesariamente indígenas y que, sin embargo, tienen sus propias ECT. La Delegación opina que debe conferirse una adecuada protección a estas ECT aun cuando no procedan de una comunidad indígena”¹⁴⁵.

¹⁴² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁴³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁴⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁴⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Criterio de vínculo con la tierra/territorio y posibles dificultades que plantea

México

“La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore debe beneficiar a las comunidades culturales o grupos étnicos de la región a la que pertenece la expresión cultural tradicional/expresión del folclore”¹⁴⁶.

Arts Law Centre of Australia

“[...] Podría resultar difícil dar pruebas de ello, como demuestran algunos ejemplos de desplazamientos generalizados como el de los grupos indígenas de Australia, que reivindican derechos originarios respecto de los cuales han tenido que demostrar su conexión ininterrumpida con la tierra, lo que les ha planteado inmensas dificultades a raíz de las que algunos casos pueden tardar más de 10 años en resolverse. Se debería favorecer a las comunidades indígenas que reivindican la custodia de ciertas expresiones culturales tradicionales [...]”¹⁴⁷

Criterio de descendencia

Nueva Zelanda

“[...] Para los maoríes la respuesta a esta cuestión sobre los CC.TT. y las ECT ha sido generalmente *ngā uri* – todos los que *whakapapa* (descienden genealógicamente). La estructura de las comunidades maoríes se organiza en *iwi* (tribus), *hapū* (subtribus), y *whānau* (familia). Los maoríes a los que se ha consultado sobre esta cuestión han señalado que la distribución de beneficios y titularidad de los derechos pueden causar problemas, debido a la estructura consuetudinaria de las comunidades. Algunos elementos de los CC.TT. y las ECT pueden pertenecer a más de una *iwi*, *hapū*, o *whānau*; y ciertos elementos de los CC.TT. y las ECT pueden variar ligeramente de una *iwi*, *hapū*, *whānau* a otra pero pueden seguir siendo básicamente los mismos CC.TT. y las mismas ECT... Algunos interesados maoríes han dicho que esta cuestión de los titulares de derechos y beneficiarios por el momento se encuentra “en una canasta demasiado difícil”. Sin embargo, también se reconoce que el sistema para gestionar la titularidad de los derechos y la distribución de los beneficios tiene que diseñarse con arreglo a las normas y costumbres indígenas [...]”¹⁴⁸

“[...] los titulares de derechos y beneficiarios de las ganancias derivadas de la utilización y explotación de las ECT deberían ser los propios titulares y creadores de ECT y su comunidad o comunidades... Los CC.TT. están sujetos a las leyes y protocolos consuetudinarios y son a menudo “propiedad” colectiva o están salvaguardados colectivamente; además, algunos de sus aspectos pueden ser sagrados o secretos o estar en el dominio público. Las innovaciones o expresiones basadas en los CC.TT. pueden ser creaciones individuales, quizá acompañadas de responsabilidades para con la comunidad, que pueden estar sujetas a leyes formales y a leyes consuetudinarias. La Delegación afirmó que la utilización de los CC.TT. y las ECT también podría beneficiar a todos los neozelandeses y a

¹⁴⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

¹⁴⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2 y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹⁴⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

la humanidad en general, y contribuir a su bienestar; además, a menudo potencia la innovación, la creatividad y el crecimiento no sólo en las comunidades indígenas y locales a partir de las que se originaron sino de una forma mucho más amplia. Y añadió que el reconocimiento de las contribuciones a la innovación y a la creatividad es importante y guarda conformidad con los objetivos y principios que subyacen a los sistemas de P.I. y, por consiguiente, cualquier atribución de derechos o distribución de beneficios generados por la utilización de CC.TT. o ECT debería reconocer justa y equitativamente estas contribuciones. Es importante reconocer las fuentes de la innovación y la creatividad o las contribuciones de los titulares de ECT, independientemente de quién las esté utilizando. Los individuos u organizaciones consultados afirman que es fundamental que se reconozca la *whakapapa*, término maorí que puede traducirse como la fuente o la esencia/descendencia genealógica de las ECT¹⁴⁹.

Necesidad de identificar a los beneficiarios/titulares y maneras de hacerlo

Unión Internacional de Editores (UIE)

“[...] y [los beneficiarios] deben poder identificarse claramente mediante la aplicación de principios concertados y transparentes”¹⁵⁰.

Noruega

“[...] Las costumbres locales pueden ayudar a identificar los custodios idóneos y sus representantes”¹⁵¹.

Brasil

“[...] está de acuerdo con la Delegación de Noruega en que las costumbres locales pueden ayudar a identificar a los custodios apropiados y a sus representantes [...]”¹⁵²

Australia

“Esta cuestión requiere más debate. Como punto de partida, Australia reconoce que el creador y la comunidad pueden querer beneficiarse de cualquier protección. El derecho a disfrutar de los beneficios de la protección debería determinarse en relación con las leyes y políticas nacionales, y estar de conformidad con el derecho internacional existente. Australia sólo reconoce la legislación consuetudinaria cuando no entra en conflicto con el derecho internacional y las políticas y leyes nacionales [...]”¹⁵³

¹⁴⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹⁵⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁵¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁵² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁵³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

C. En los casos en que se halla la misma ECT/EF o una ECT/EF similar en más de una comunidad o país, ¿cómo debe reconocerse a los beneficiarios/titulares de derechos?

Colombia

“Respecto de este punto, es importante distinguir los conceptos de Estado, país y pueblo o nación. Precisamente, en países con una gran diversidad cultural como Colombia, donde existen 91 pueblos indígenas, con más de 60 idiomas diferentes, y sistemas específicos de organización y de gobierno, es esencial canalizar debidamente los beneficios a esos pueblos o naciones que a veces están asentados trascendiendo las fronteras nacionales. En otras palabras, aunque el concepto de comunidad cultural es suficientemente amplio para abarcar un país o una nación, es importante establecer que los beneficios corresponden a una nación cuando se trata de países constituidos por una única comunidad cultural, pueblo o nación, o más precisamente cuando los pueblos o las naciones que viven en la región trascienden, de hecho, los límites territoriales entre países vecinos. Del mismo modo, en el concepto de comunidad cultural sería necesario incluir las identidades regionales o locales, que no constituyen necesariamente pueblos diferentes y, aunque esos pueblos compartan el mismo idioma, región e identidad nacionales, poseen expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore que son específicas de una comunidad cultural particular que las considera auténticas, y que, a su vez, forma parte de una comunidad cultural o sociedad nacional más amplia dentro del país [...]”¹⁵⁴

Estados Unidos de América

“[...] la dificultad inherente a la tarea de definir quienes han de ser los beneficiarios de la protección de las ECT/EF se agrava en un mundo en el que personas y grupos pueden cruzar fácilmente fronteras nacionales y geográficas. En los Estados Unidos de América, por ejemplo, los custodios de la tradición de casi todos los grupos culturales del mundo practican sus ECT/EF en el nuevo lugar de residencia. Así pues, los Estados Unidos de América son muy conscientes de que las ECT/EF viajan con cada custodio de la tradición y a menudo se practican a gran distancia del lugar geográfico en que se originaron [...]”¹⁵⁵

Canadá

“[...] muchos pueblos y comunidades en todo el mundo crean y tratan de proteger lo que ellos podrían considerar ECT. Las ECT podrían originarse en una determinada comunidad o ser compartidas en su totalidad o en parte por diferentes comunidades. Cuando son comunes a varias comunidades, será importante que el Comité aclare si todas o algunas comunidades deberían beneficiarse de protección con respecto a sus ECT y las implicaciones políticas de dicha protección [...]”¹⁵⁶

¹⁵⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁵⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹⁵⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Arts Law Centre of Australia

“[...] Otro de los problemas surge cuando hay varias comunidades responsables de las ECT. Un ejemplo lo constituyen algunas historias procedentes de los sueños en la cultura indígena australiana. Es necesario reconocer que puede haber más de una comunidad que es titular de derechos, y que debería beneficiarse, habida cuenta de la diversidad de culturas indígenas que hay en Australia [...]”¹⁵⁷

D. ¿Cómo puede aclararse aún más el significado y el alcance de los términos beneficiarios/titulares de derechos? ¿Qué otros términos y conceptos conexos puede ser necesario aclarar?
--

Consejo Same

“[...] Dicho esto, el hecho de que esté pendiente una cuestión tan importante como la de quién debe beneficiarse de la protección pone de manifiesto la necesidad de aclarar algunas cuestiones fundamentales antes de que el Comité pueda empezar a elaborar un instrumento internacional de manera efectiva. Naturalmente, la respuesta a prácticamente todas las otras cuestiones enumeradas, como la relativa a qué objetivo se pretende alcanzar mediante la protección, qué tipos de conducta deberían considerarse inaceptables, la duración de la protección y la cuestión de hasta qué punto los derechos de P.I. confieren ya protección, dependería fundamentalmente de la consideración de quiénes puedan ser los sujetos de los derechos de que se trata... Hasta que no lo haga, el Comité difícilmente podrá proseguir su labor con eficacia. Es evidente que sólo podrá mantenerse un debate inteligente cuando se sepa quiénes son los titulares de los derechos que se están examinando [...]”¹⁵⁸

Estados Unidos de América

“[...] En sus deliberaciones hasta la fecha, los participantes en el Comité no han tenido la oportunidad de entablar un debate a fondo y de lograr un claro entendimiento de esas complejas cuestiones, y aún menos han logrado un consenso sobre el alcance y el significado de términos importantes como “pueblos indígenas”, “comunidades tradicionales” y “demás comunidades culturales” [...]”¹⁵⁹

“[...] al Comité le resultaría útil estudiar más a fondo, con la asistencia de representantes de los diversos colectivos interesados, entre ellos los grupos indígenas y los custodios de la tradición, los mecanismos vigentes para proteger las ECT/EF, a fin de que el Comité adquiriera una comprensión más profunda de las estrategias más eficaces para identificar a los grupos beneficiarios y dirimir las reivindicaciones, en ocasiones concurrentes, de los beneficiarios. Este tema comprende complejas cuestiones relacionadas con la red de intereses de muchas partes interesadas, como puedan ser las funciones de los Estados y de sus ciudadanos, las comunidades de inmigrantes, las autoridades gubernamentales, los pueblos indígenas y tradicionales y otras comunidades culturales, expertos en la materia e instituciones culturales. Los Estados Unidos de América han escuchado atentamente la útil

¹⁵⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2 y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹⁵⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹⁵⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

declaración del Consejo Same, en la que señalaba que alcanzar un entendimiento mutuo de este asunto fundamental debería ser un objetivo de alta prioridad debido a la interrelación de dicho asunto con otras cuestiones previas al Comité... hay muchas cuestiones que deben abordarse. Por ejemplo, ¿qué podría constituir un grupo identificable?; ¿podría serlo toda la población de un país?; ¿tiene que tratarse de un grupo étnico? La Delegación del Japón ha planteado en sus observaciones por escrito una interesante cuestión en relación con los grupos que no se basan en etnias o en el parentesco, como ciertos grupos religiosos. Si bien hay acuerdo en que podría ser difícil dar con una respuesta precisa a estas cuestiones, se estima que el Comité debería definir con más precisión lo que constituye un grupo cultural tradicional, aun cuando ello dé lugar a la identificación de grupos que deberían quedar excluidos de esa definición”¹⁶⁰.

Brasil

“[...] Otros ejemplos destacan la complejidad de la cuestión, como el hecho de que muchos grupos étnicos indígenas no están agrupados en un mismo territorio y, por lo tanto, una ETC específica puede ser compartida por diferentes grupos étnicos. A pesar de la complejidad de la cuestión, la determinación de los beneficiarios de la protección de las ECT/EF es una cuestión decisiva en el marco de un instrumento internacional [...]”¹⁶¹

“[...] El Brasil opina que, en lo tocante a la definición de quiénes deberían beneficiarse de la protección de las ECT/EF, cabría establecer unas normas mínimas en el plano internacional, aunque la definición específica de las condiciones que deben reunirse para ser beneficiarios debería dejarse a cargo de las legislaciones nacionales. Este Comité debería abordar y reconocer la paternidad y titularidad colectivas de las ECT/EF... Ninguna definición será perfecta, pero en su opinión es posible lograr establecer una definición básica y la Delegación desea cooperar con otras delegaciones para tratar de lograr un denominador común”¹⁶².

Japón

“[...] no queda claro cuáles son las condiciones sociales necesarias para que un grupo pueda ser calificado de “comunidad” y beneficiario de la protección. Los puntos que es necesario aclarar son: i) la comunidad respecto de las ECT/EF cuyo origen no es posible determinar: hay muchas ECT/EF cuyo origen es indeterminable. Hay casos en los que no puede determinarse la comunidad que debería hacer valer sus derechos para beneficiarse de las ganancias, y otros en los que hay más de una comunidad que reivindica el origen de una ECT; ii) la comunidad respecto del “folclore regional”: no queda claro cómo han de tratarse los casos de “folclore regional” en los que una comunidad está asentada más allá de las fronteras nacionales; iii) la comunidad respecto del “folclore nacional”: generalmente la palabra “comunidad” implica un cierto nivel de vida comunitaria. Sin embargo, cuando por “comunidad” se entiende los nacionales de todo un país, y pueden reivindicar la propiedad de un “folclore nacional”, la condición de vida comunitaria se vuelve tan vaga que pasa a ser inexistente. Esto equivale a decir que las ECT/EF pueden ser tan amplias como para incluir cualquier expresión relacionada con las costumbres o las tradiciones de una nación. Es necesario aclarar la relación entre “comunidad” y las condiciones de “vida comunitaria” o la

¹⁶⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁶¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁶² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

condición de “ser transmitidas”; iv) las comunidades tradicionales que no se basan en vínculos de parentesco: no queda claro si una comunidad que ha transmitido las ECT/EF de generación en generación, como es el caso de una comunidad religiosa, que no se basa en vínculos de parentesco, puede considerarse una comunidad beneficiaria. La Delegación no ve razones válidas para que una organización que esté estrechamente unida no pueda considerarse beneficiaria por el simple hecho de que los miembros de la Organización no tienen un vínculo biológico, mientras que una comunidad sin lazos claros de unión, como puede ser un país (como es el caso del “folclore nacional”) pueda serlo. En el párrafo 42.d) del documento WIPO/GRTKF/IC/5/3 se plantea: “¿Cabe contemplar como principio de política general la creación de un sistema *sui generis* para ciertas comunidades (como los pueblos indígenas o locales, a diferencia de las demás personas “no indígenas” o “no locales”)?”. A esta cuestión el Comité todavía no ha dado respuesta; v) comunidades actuales: existen asimismo otras formas de comunidades que no están basadas en vínculos de parentesco, como las comunidades Internet. Los miembros de estas comunidades no viven juntos. Esas comunidades no duran más de una generación. Sus miembros se reúnen por un objetivo común o porque comparten la misma idea. Naturalmente, esas comunidades no son comunidades tradicionales y no se consideran comunidades beneficiarias en el sentido de la definición tradicional. No obstante, no queda claro por qué estas comunidades deberían ser tratadas de forma diferente a las comunidades tradicionales; vi) comunidades de inmigrantes: la cuestión de cómo considerar las ECT/EF de los inmigrantes (en contraposición a las ECT/EF de los pueblos indígenas) se ha planteado ocasionalmente. Sin embargo aún no se le ha dado respuesta. A continuación, la Delegación pasó a ocuparse del mecanismo de participación en los beneficios y señaló que aparentemente es difícil que el mecanismo funcione correctamente: i) habrá muchos casos en los que la comunidad no pueda ejercer sus derechos contra un tercero que no pertenezca a la comunidad, aunque trate de hacerlo, debido a la ausencia de un mecanismo claro de toma de decisiones o de representantes en la comunidad. Especialmente en el caso del “folclore nacional”, cuyo titular son los nacionales de todo un país, no queda claro quién tiene derecho a otorgar una autorización; ii) algunos han propuesto que el Estado ejerza derechos en nombre de esas comunidades. Pero algunos grupos de pueblos indígenas se oponen y no hay consenso. Cuando los Estados pueden actuar como beneficiarios en representación de los pueblos indígenas, se plantea el problema de si el Estado actuará realmente en el interés de los pueblos indígenas; iii) no queda clara la cuestión de cómo se distribuirán los beneficios en la comunidad”¹⁶³.

Nueva Zelanda

“[...] Por otra parte, habrá que efectuar más análisis a fin de definir lo que significa “beneficio”. Existen muchos tipos de beneficios que pueden derivarse de la utilización de las ECT. No estamos ocupándonos únicamente de los potenciales beneficios económicos. Hay que analizar más esta cuestión si se quiere examinar en profundidad la índole y el alcance de la protección, en su caso, que debería concederse en el contexto de la P.I., y los distintos beneficios que deberían atribuirse a los propietarios de derechos de P.I. y a los titulares de ECT”¹⁶⁴.

¹⁶³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁶⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

Australia

“[...] Muchos de los conceptos incluidos en los actuales objetivos políticos y principios rectores en relación con los beneficios que deberían derivarse de la protección también requieren más debate. Esos objetivos incluyen: ii) Promover el respeto, iii) Adecuarse a las verdaderas necesidades de las comunidades, y v) Potenciar a las comunidades”¹⁶⁵.

E. ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposiciones que se ocupan de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

Sudáfrica

“[...] Además, Sudáfrica propone la introducción de los términos “comunidades indígenas tradicionales y locales”, así como que se añada la palabra “tradicionales” después de “titulares de los conocimientos”¹⁶⁶.

Indonesia

“[...] está conforme con la definición de beneficiarios de ECT/EF que figura en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c). No obstante, para que sea más exhaustiva, propone que la definición contenga, además, los siguientes elementos: i) además de contar con las comunidades tradicionales o indígenas como partes que mantienen y desarrollan las ECT/EF, es necesario que los gobiernos cumplan también una función en la facilitación de protección de ECT/EF en caso de que haya otras comunidades que puedan obtener beneficios por la utilización de ECT/EF; ii) en caso de que el titular de ECT/EF no pudiera ser identificado, el beneficiario de protección de ECT/EF debería ser el gobierno, como el gobierno local, y las ECT/EF deberían utilizarse en pro de los intereses de la comunidad; iii) el titular de ECT/EF que cumpla las condiciones necesarias para beneficiarse de la protección debería ser el titular de ECT/EF que haya sido identificado por el gobierno local; iv) respecto de la contribución individual al desarrollo de ECT/EF, ésta podría recompensarse mediante el sistema de P.I. vigente; v) un Estado podría cumplir una determinada función en la facilitación de protección de la comunidad, función que podría ampliarse más en tanto que titular del derecho sólo en caso de que ello beneficiara a las comunidades”¹⁶⁷.

Hokotehi Moriori Trust

“[...] se pronunció a favor del artículo 2 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) y respaldó la declaración del Consejo Same. En relación con el párrafo ii) de la definición, el Representante recomendó que se incluya la palabra “restituyen” después de mantienen, esto es, “mantienen, restituyen, utilizan o desarrollan”. Muchos pueblos indígenas o tradicionales han perdido, a lo largo de los procesos de colonización, muchas de las ECT, y muchos, entre ellos su propio pueblo, los moriori, están restituyendo el uso de dichas ECT. Una limitación a

¹⁶⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

¹⁶⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁶⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

esas ECT que se mantienen o permanecen vigentes vulneraría el derecho de los pueblos indígenas a restituir sus prácticas culturales”¹⁶⁸.

Consejo Same

“[...] como punto de partida de su debate, el Comité debe contar con el lenguaje concreto que figura en el proyecto de objetivos políticos y principios fundamentales... Por el momento, los objetivos políticos y los principios fundamentales, así como los documentos preparatorios previos a la presente sesión, son ambiguos en esta materia y, en consecuencia, contradictorios. Como se aclara en la página 17 del Anexo al documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c), el artículo 2 de las disposiciones sustantivas dispone que, si así lo prevé la legislación nacional, las ECT deberían estar en manos de una autoridad gubernamental antes que en las de las personas que crean dichas ECT. Del mismo modo, en el párrafo d) de la página 7 del documento WIPO/GRTKF/IC/4(c) se señala que los Estados son libres de proclamar que las ECT pertenecen al Estado antes que al pueblo del que proceden y, en consecuencia, en el párrafo f) se establece que incumbe a la legislación nacional determinar si son los creadores de las ECT quienes deberían conceder la autorización para utilizar tales ECT o debería ser una autoridad nacional. El Representante manifestó que el Consejo Same considera inaceptable que en los documentos presentados antes de esta sesión se dé a entender que el patrimonio cultural de un pueblo indígena pueda confiscarse simplemente porque la legislación así lo dispone. También se planteó si dicha propuesta no va más allá del mandato de la OMPI. ¿No se supone que la OMPI debe respetar, proteger y fomentar los derechos de las personas que se derivan de su propia creatividad? En el Acuerdo de 1974 entre las NN.UU. y la OMPI, por ejemplo, se reconoce a la OMPI como el organismo especializado para “fomentar la actividad intelectual creativa”. Sin embargo, en estos documentos se ofrecía un sistema alternativo por el cual los creadores de artes, literatura y canciones no tenían derechos sobre dichas obras sino que, en el marco de dicho sistema, una persona que no tuviera nada que ver con la creación podría apropiarse legítimamente de estos derechos. Además, dicha propuesta estaba en contradicción con otras disposiciones de los objetivos políticos y los principios fundamentales. En el artículo 1 de las disposiciones sustantivas se definen las ECT que pueden recibir protección. Al hacerlo, el artículo subraya que, para constituir una ECT, la creatividad tiene que ser característica de una identidad cultural y social de una comunidad y ser mantenida, utilizada o desarrollada por dicha comunidad. El Consejo Same respalda estos criterios. En efecto, parece difícil que las ECT puedan definirse de otra manera. Lo que hace que una ECT sea una ECT es precisamente el hecho de que haya sido creada en un contexto cultural tradicional. Si un elemento de la creatividad humana se ha originado fuera de un contexto cultural tradicional, difícilmente podrá distinguirse del arte, la literatura y la música convencionales, y, así, podría en principio protegerse mediante el derecho de autor convencional. En el mismo orden de cosas, en el artículo 6 de las disposiciones sustantivas, en que se aborda la duración de la protección, se declara que las ECT deberán beneficiarse de protección siempre que sigan siendo características de la identidad cultural y social de una comunidad y sean mantenidas o utilizadas por la comunidad. El Consejo Same respaldó asimismo, esta disposición. Pero de estas disposiciones también se desprende que si la materia objeto de protección, así como la duración de la protección, se definen por su intrínseca relación con un pueblo indígena, es también ese mismo pueblo indígena el que tiene el control total y real sobre esas ECT, en el sentido de que corresponde a dicho grupo determinar si la creatividad constituye una ECT, y si deberá seguir siendo así más adelante. Esto parece contradecir la indicación de que las

¹⁶⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

ECT podrían estar en manos del Estado. ¿No resulta extraño que el proceso de creación pertenezca a un pueblo indígena, pero en cuanto algo ha sido creado, la obra pase a manos del Estado; y que, sin embargo, la propiedad del Estado pueda prescribir en el momento en que así lo decida el pueblo indígena? Esto no tiene sentido. Tal disposición, si se acuerda, constituiría en realidad un derecho de propiedad *sui generis* [...]”¹⁶⁹

Argelia, en nombre del Grupo Africano

“[...] La definición de trabajo que figura en el artículo 2 del documento WIPO/GRTKF/IC/10/4(c) es una buena base para ulteriores trabajos. Mediante un comentario general, el Grupo Africano está examinando todas las cuestiones y no ha encontrado grandes diferencias entre la mayoría de las propuestas formuladas por los distintos grupos. Parece que hay muchas posturas muy parecidas sobre diversas cuestiones, por lo que sería útil que la Secretaría aportara un esquema global de las diferentes propuestas para que pudieran compararse y extraerse conclusiones a partir de las mismas”¹⁷⁰.

Brasil

“[...] la definición de los beneficiarios de protección es una de las cuestiones más importantes que figura en la lista de cuestiones... y el artículo 2 del proyecto aporta una base adecuada para examinar esta cuestión [...]”¹⁷¹

Arts Law Centre of Australia

“[...] el proyecto de artículo 2 constituye una buena base para el debate... El artículo 2 podría resultar problemático si se exige a las comunidades que demuestren que se les confían las ECT “de conformidad con sus leyes y prácticas consuetudinarias” [...]”¹⁷²

¹⁶⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹⁷⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹⁷¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹⁷² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2.

CUESTIÓN N.º 3: ¿QUÉ OBJETIVO DEBE ALCANZARSE AL OTORGAR LA PROTECCIÓN CON ARREGLO AL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (DERECHOS PATRIMONIALES, DERECHOS MORALES)?

Nota introductoria de la Secretaría

En los comentarios escritos e intervenciones verbales realizados en la undécima sesión del Comité se señaló una amplia gama de objetivos que deben alcanzarse al otorgar la protección a las ECT/EF con arreglo al régimen de la P.I. Al mismo tiempo, varias delegaciones y representantes de observadores pusieron en duda la necesidad de otorgar protección a las ECT/EF con arreglo a ese régimen, muchos de ellos hicieron hincapié en la necesidad de aclarar los objetivos que deben alcanzarse y se propusieron varias maneras en las que cabe seguir examinando esos objetivos. Determinar los objetivos que se persiguen constituye una cuestión compleja y también se puso de manifiesto la necesidad de aclarar determinados términos, conceptos y otras cuestiones. Algunas delegaciones y representantes se manifestaron igualmente sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esta cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) o en sus versiones anteriores.

Por lo tanto, los comentarios e intervenciones se han organizado con arreglo a las cuatro preguntas siguientes:

- A) ¿Debe otorgarse a las ECT/EF protección con arreglo al régimen de la propiedad intelectual? ¿Constituye una medida importante y valiosa aclarar los objetivos de ese tipo de protección? ¿Cómo deben aclararse los objetivos?
- B) ¿Qué objetivos específicos se han considerado pertinentes?
- C) ¿Qué otros términos, conceptos y cuestiones conexos puede ser necesario aclarar? y
- D) ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

A. ¿Debe otorgarse a las ECT/EF protección con arreglo al régimen de la propiedad intelectual? ¿Constituye una medida importante y valiosa aclarar los objetivos de ese tipo de protección? ¿Cómo deben aclararse los objetivos?

Comunidad Europea

“Además de los principios generales mencionados, la Comunidad Europea y sus Estados miembros desean apoyar los esfuerzos del CIG para aclarar el objeto de la protección. Una clara definición del objeto de la protección es indispensable para entablar un debate a fondo a ese respecto”¹⁷³.

¹⁷³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Portugal, en nombre de la Comunidad Europea y sus Estados miembros

“[...] gracias a la labor del Comité, el amplio y muy complejo problema de las ECT/EF ha podido explicarse y estudiarse con mayor profundidad. No obstante, no parece que en la actual fase de desarrollo pueda conferirse protección a las ECT, en el plano internacional, como una forma de P.I. Debería llevarse a cabo un trabajo más exhaustivo sobre el marco jurídico y la protección adecuada de las ECT/EF, mediante la adopción de medidas jurídicas específicas, a fin de establecer políticas y leyes aplicables en el plano nacional”¹⁷⁴.

Estados Unidos de América

“El objetivo general y amplio de la protección de los derechos de propiedad intelectual es promover la creatividad y la innovación. En el Convenio que establece la OMPI se prevé que el objetivo principal de la OMPI es “promover la protección de la propiedad intelectual”. En el acuerdo de 1974 entre la ONU y la OMPI se reconoce que la OMPI es un organismo especializado que tiene como objetivo “promover la actividad intelectual creadora”. Los sistemas vigentes de protección de la P.I. pueden adaptarse y utilizarse para atender a las necesidades reales de las comunidades, incluidas las preocupaciones de índole económica y no económica., a la hora de determinar qué expresiones son o están relacionadas con las ECT/EF. Durante las últimas sesiones y con el firme apoyo de la Oficina Internacional, el CIG ha hecho considerables avances en la identificación y la sistematización de una serie de objetivos de política específicos destinados a las ECT/EF- relativos no sólo a su protección, sino también a la preservación y la promoción de esas expresiones. Para citar sólo algunos, el CIG ha puesto de relieve la importancia de promover un entorno propicio al respeto de las ECT/EF, contribuir a la preservación y a la salvaguardia de las ECT/EF y estimular, recompensar y proteger la creación y la innovación auténticas basadas en la tradición. Los Estados Unidos de América consideran que definir esos objetivos de política no es simplemente una técnica útil para facilitar los debates en el Comité. Por el contrario, los trabajos del CIG en relación con el marco normativo relativo a la preservación, la promoción y la protección constituyen en sí un instrumento muy útil para las personas encargadas de formular las políticas a nivel nacional, regional e internacional. Los Estados Unidos de América han tomado nota de que varios Estados miembros de la OMPI, gracias a los trabajos del CIG, están tomando medidas para hacer frente a problemas específicos en relación con la protección y la promoción de las ECT/EF. Sin embargo, aún queda mucho por realizar a nivel internacional. Es la opinión de los Estados Unidos de América, que el CIG debe continuar aportando una contribución positiva a la dimensión normativa que consiste en preservar, promover y proteger las ECT/EF. Como señalamos anteriormente, los Estados Unidos de América consideran que el CIG puede aportar una importante contribución si se llega a un acuerdo sobre los objetivos normativos y los principios generales a nivel internacional. Más específicamente, el CIG podría centrar los debates con mucho provecho en el considerable potencial que ofrecen la creatividad y la innovación tradicionales para promover el desarrollo económico y cultural, especialmente el desarrollo rural. Sin embargo, lamentablemente, en muchos países aún no se ha elaborado, o no se ha elaborado totalmente, el marco normativo necesario para la toma de decisiones respecto de la utilización (o la no utilización) de esos activos. El CIG podría desempeñar un importante papel en la elaboración de los marcos normativos nacionales pertinentes para la utilización de las ECT/EF por los Estados miembros de la OMPI, al servicio del desarrollo económico y cultural. Coherente

¹⁷⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

con el mandato de la OMPI, esta labor debe centrarse en los aspectos relacionados con los derechos de P.I. en el ámbito del desarrollo cultural y económico, incluidas las consideraciones sobre los derechos morales y patrimoniales”¹⁷⁵.

“[...] los sistemas vigentes de protección de P.I. podrían utilizarse y adaptarse para atender algunas de las necesidades reales de las comunidades, entre ellas las necesidades de índole económica y no económica, con respecto a determinar qué expresiones son o están relacionadas con las ECT/EF. En este contexto, los objetivos de la protección de la P.I. podrían aplicarse igualmente a la creatividad de la comunidad y a la de los individuos. En la mesa redonda de las comunidades indígenas y locales de la sesión, por ejemplo, los Estados Unidos de América han escuchado atentamente la intervención del *Arts Law Centre of Australia*, en la que se facilitó a los participantes del Comité útiles informaciones sobre las actividades que el Centro lleva a cabo en la práctica para asistir a los creadores indígenas a aplicar los mecanismos jurídicos vigentes para proteger sus obras. Los Estados Unidos de América han tenido también gran interés en conocer las recientes medidas que Australia ha tomado para adaptar la doctrina de los derechos morales que confiere el derecho de autor a cuestiones de creatividad de la comunidad. Además, el país opina que el Comité debería seguir definiendo y elaborando objetivos políticos específicos en relación con las ECT/EF. Entre estos objetivos cabe incluir, entre otros, fomentar un entorno de respeto de las ECT/EF; contribuir a la preservación y la salvaguardia de las ECT/EF; y fomentar, recompensar y proteger la creatividad y la innovación basadas en las tradiciones. En el curso de las últimas sesiones, el Comité, con el firme apoyo de la Secretaría, ha avanzado de modo sustancial en la identificación y articulación de una amplia variedad de objetivos políticos concretos para proteger, preservar y fomentar las ECT/EF. Entre ellos está la importancia de fomentar un entorno de respeto de las ECT/EF, contribuir a la preservación y la salvaguardia de las ECT, y fomentar, recompensar y proteger la creatividad y la innovación basadas en las tradiciones. Los Estados Unidos de América creen que formular esos objetivos políticos no es sólo un procedimiento útil para facilitar el debate en el Comité, sino que la labor del Comité en lo que respecta al marco político para la preservación, el fomento y la protección de las ECT/EF es, en sí misma, un instrumento extraordinariamente útil para los responsables de la formulación de políticas en los planos nacional, regional e internacional. Los Estados Unidos de América han observado que una serie de Estados miembros de la OMPI, sirviéndose de la labor del Comité, están tomando medidas para resolver cuestiones y preocupaciones concretas en relación con la preservación, el fomento y la protección de las ECT/EF. Con todo, hay todavía una labor pendiente a escala internacional. En opinión de los Estados Unidos de América, el Comité debe seguir realizando una contribución positiva a la dimensión política de la conservación, el fomento y la protección de las ECT/EF. Y creen que el Comité puede hacer una importante contribución logrando el consenso en torno a los objetivos políticos y principios generales en el ámbito internacional. Es ésta una primera etapa fundamental para lograr un buen resultado en estas cuestiones”¹⁷⁶.

Japón

“[...] algunos opinan que la protección de la P.I. debería extenderse a las ECT/EF para que se reconozca su valor comercial. No obstante, los que defienden dicha postura no han definido de manera clara todas las razones que justifican que las ECT/EF puedan beneficiarse de dicha protección. Si el propósito de la protección de las ECT/EF mediante la P.I. es

¹⁷⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁷⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

corregir las desigualdades en el desarrollo económico o garantizar el desarrollo sostenible de determinadas comunidades, proporcionando un nuevo recurso económico, debe debatirse si dicha protección es un medio adecuado para alcanzar estos fines. Por otra parte, también debería prestarse atención al hecho de que la protección de las ECT/EF no es simplemente una cuestión de política económica y que sus repercusiones en el desarrollo cultural son muy amplias. Actualmente, el principal objetivo de un sistema de protección de derechos de P.I. es ofrecer incentivos a los creadores mediante la protección de sus creaciones y revitalizar la cultura y la sociedad. En este contexto, el derecho a la protección debería ser válido únicamente por un período de tiempo limitado a fin de estimular la utilización de las ECT/EF por terceros, con objeto de ampliar sus posibilidades y de garantizar un equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los intereses públicos. Sin embargo el hecho de permitir únicamente a una determinada generación beneficiarse de las ventajas que se deriven de las ECT/EF que se han ido transmitiendo de una generación a otra puede crear dificultades. Además, tras la expiración de los derechos de P.I., las generaciones no tendrían ningún incentivo financiero para preservar y transmitir las ECT/EF. Por otra parte, desde el punto de vista del interés general, tampoco sería pertinente conceder un derecho de P.I. que sea válido eternamente, dado que limitaría injustamente el alcance del dominio público. También se ha afirmado que las ECT/EF deberían estar protegidas por derechos morales para proteger los valores sustentados desde largo tiempo atrás por la población indígena o la comunidad local. Si se extiende la protección de los derechos morales a las ECT/EF, los titulares de los derechos deberían estar protegidos contra cualquier acto que pueda conculcar sus derechos morales. Sin embargo, aún no se han definido claramente los actos que constituyen una violación de esos derechos morales. Debería evitarse, por razones éticas, la utilización de las ECT/EF que cause un sufrimiento espiritual a una comunidad, de la misma forma que deberían evitarse las observaciones injuriosas sobre una raza, una religión o un sexo. No obstante, a la hora de establecer un sistema de derechos de P.I. o derechos similares con objeto de impedir esos actos será necesario tener prudencia, porque una reglamentación de la expresión innecesariamente estricta podría afectar a la libertad de palabra o a la evolución de la cultura. En caso de graves violaciones de los derechos morales, se podría aplicar la protección en virtud del Código Civil o de otras legislaciones más generales, aunque no se disponga de protección por derechos de P.I.”¹⁷⁷.

Canadá

“La protección de las ECT existente está más estrechamente relacionada con el derecho de autor. En general, existen dos enfoques de la protección por derecho de autor. A veces se hace referencia a esta dualidad como sistemas basados en los derechos económicos frente a sistemas basados en los derechos morales (la *Ley del derecho de autor* del Canadá reconoce ambos enfoques). Antes de determinar si debe proporcionarse a las ECT protección adicional por P.I. o protección *sui generis* y si ésta debería tener forma de derecho económico o moral, los Estados miembros deberían ponerse de acuerdo en lo que respecta a los objetivos que se quieren alcanzar al otorgar protección a las ECT. Asimismo, un consenso sobre los objetivos puede estar en la base de un debate sobre si pueden utilizarse los mecanismos existentes. Entretanto, resulta importante mantener una máxima flexibilidad a fin de que se respeten las diversas tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Al buscar “protección” para sus ECT las comunidades pueden tener diferentes objetivos, tales como la preservación, la promoción de la diversidad, y la promoción de la creatividad y de la innovación. En este contexto, existe cada vez más consenso entre diversas delegaciones respecto a que la prevención de la

¹⁷⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

“apropiación indebida” debe ser el más importante de los objetivos fundamentales. El Canadá ha señalado que comparte el interés en lo que respecta a la prevención de la “apropiación” y utilización indebidas de ECT. ... en la forma en la que el CIG define su objetivo común en el contexto de las ECT debería tenerse en cuenta el impacto que un objetivo de este tipo puede tener sobre los usuarios y el interés público general, en especial, cuando la P.I. pueda tener un impacto sobre otras iniciativas políticas importantes”¹⁷⁸.

[...] antes de determinar si a las ECT debe proporcionárseles protección adicional por P.I., o protección *sui géneris*, y si ésta debería concederse en forma de derecho moral o patrimonial, los Estados miembros deberían ponerse de acuerdo en los objetivos que se quieren alcanzar al otorgar protección a las ECT. El consenso en los objetivos podría ser fundamental en el debate sobre la posibilidad de aplicar los mecanismos vigentes. Mientras tanto, es importante que se mantenga la máxima flexibilidad de forma que se respeten las distintas tradiciones jurídicas de los Estados miembros. La Delegación se muestra a favor de la observación de la Delegación de la Federación de Rusia de que un intercambio de experiencias nacionales contribuiría positivamente a los debates. Las comunidades pueden tener objetivos diferentes al tratar de “proteger” sus ECT, tales como la preservación, el fomento de la diversidad, y el incentivo de la creatividad y la innovación. En este contexto, existe cada vez más consenso entre diversas delegaciones en que la prevención de la “apropiación indebida” debe constituir el más importante de los objetivos fundamentales. El Canadá comparte el interés en lo que atañe a la prevención de la “apropiación” y utilización indebidas de las ECT. ... en el modo en que este Comité define sus objetivos comunes en el contexto de las ECT debería tenerse en cuenta la repercusión que tales objetivos podrían tener en lo usuarios y en el interés público general, especialmente cuando la P.I. pueda incidir en otras iniciativas políticas importantes”¹⁷⁹.

Australia

[...] defiende firmemente la idea de que el primer paso fundamental en la elaboración de cualquier enfoque relativo a la protección de los CC.TT., al relacionarse con la P.I., es determinar los objetivos políticos y principios rectores generales pertinentes. Para lograr los objetivos políticos que se derivan de los muchos contextos de las ECT/EF puede tener que desarrollarse una amplia gama de instrumentos políticos. Este enfoque puede ser preferible al enfoque de la “talla única”. Los Estados miembros deberían tener libertad para aplicar los instrumentos políticos más apropiados a su situación nacional. En general, se reconoce que el objetivo de la protección por P.I. y sus derechos económicos es estimular y proteger la creatividad. Los derechos morales extienden esta protección a fin de reconocer la estrecha relación existente entre cada creador y su obra. Australia reconoce que los regímenes de P.I. existentes ya desempeñan una función importante en la conservación y protección de algunas categorías de ECT/EF que tienen un soporte material. Sería importante que las nuevas medidas desarrolladas para proteger las ECT/EF concordasen con los regímenes de P.I. existentes. Australia considera que debería examinarse más en profundidad la amplitud del problema existente en lo que respecta a las ECT/EF que han sido objeto de apropiación indebida a fin de comprenderlo mejor. Teniendo en cuenta la gran labor realizada hasta ahora por el CIG, y su utilidad, podría resultar beneficioso centrar los debates y análisis en ejemplos prioritarios concretos de utilización indebida de ECT/EF. De esta forma, pueden estudiarse las áreas de especial preocupación, y que se considera que tienen las repercusiones negativas

¹⁷⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

¹⁷⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

más graves, y también pueden analizarse todas las opciones políticas para abordar esas cuestiones”¹⁸⁰.

B. ¿Qué objetivos específicos se han considerado pertinentes?

Unión Internacional de Editores (UIE)

“[...] la atención deberá centrarse en la protección de los derechos morales. En general, la publicación de las ECT/EF no constituye una actividad muy rentable, a pesar de informaciones que ponen de relieve casos excepcionales, en oposición a las casas de edición. El objetivo de cualquier política en este ámbito debe ser incentivar la publicación, y no contribuir a aumentar los costos o a crear inseguridad comercial en una empresa ya de por sí expuesta a riesgos. La imposición de derechos patrimoniales agravaría esos riesgos, y disuadiría aún más a los editores de continuar sus actividades en ese sector”¹⁸¹.

China

“[...] el objetivo de la protección del sistema de propiedad intelectual es obtener derechos morales y derechos patrimoniales en relación con las ECT/EF de la comunidad tradicional”¹⁸².

Brasil

“La creciente demanda en materia de protección de las ECT/EF se debe al surgimiento de un mercado de productos respetuosos con el medio ambiente y que transmiten expresiones étnicas. Ese tipo de mercado seduce a una parte de la opinión pública internacional, que favorece los proyectos destinados a impedir la extinción cultural de las poblaciones tradicionales. Sin embargo, un efecto nocivo del surgimiento de esos mercados es el aumento de la cantidad de casos de apropiación ilícita de las ECT/EF. Habida cuenta de esta situación, un instrumento internacional debería, entre otras cosas, garantizar a las comunidades la titularidad de los derechos colectivos, tanto morales como patrimoniales, en relación con sus ECT/EF – por medio, por ejemplo, de la exigencia del consentimiento fundamentado previo– a fin de contribuir al mejoramiento de sus condiciones de vida. Teniendo en cuenta que la labor del Comité está circunscrita por el mandato de la OMPI, uno de los objetivos específicos que deben abordarse es el establecimiento de medidas destinadas a prevenir y a impedir la apropiación ilícita de las ECT/EF mediante la concesión de derechos de propiedad intelectual, independientemente de que esas expresiones estén registradas o no. Además, dado que la cuestión está a examen en el marco de la OMPI, el Comité debería examinar las eventuales medidas “positivas” necesarias para integrar la protección de las ECT/EF en las categorías existentes de derechos de propiedad intelectual que tienen en cuenta las características específicas de esas expresiones, y sin perjuicio de la posibilidad de que los miembros decidan otorgar protección a las ECT/EF por medio de sistemas *sui generis* [...]”¹⁸³

¹⁸⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹⁸¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁸² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁸³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

“[...] las medidas internacionales son necesarias para evitar la apropiación indebida de las ECT/EF, y el sistema internacional de P.I. tiene que dar una respuesta eficaz a dicho problema. En lo tocante a la cuestión que se está examinando, el objetivo que se persigue es exactamente evitar la apropiación indebida de las ECT/EF e impedir la concesión de derechos de P.I. no autorizados. Además, la consecución de otros objetivos podría lograrse estableciendo una protección adecuada y eficaz en el plano internacional. Entre dichos objetivos cabe citar la protección del medioambiente, el desarrollo sostenible, el derecho de los valores morales y espirituales de las comunidades tradicionales e indígenas, la prevención de la extinción cultural de dichas comunidades y el fortalecimiento de un mercado internacional de bienes respetuosos con el medioambiente. Así, para garantizar a las comunidades la titularidad de los derechos colectivos en lo que respecta a su patrimonio cultural y sus ECT/EF, es indispensable establecer un instrumento internacional. Tal instrumento debe comprender la exigencia del consentimiento fundamentado previo a fin de garantizar la distribución de los beneficios y la autorización del acceso. El Comité debería, asimismo, considerar otras medidas positivas, sin que ello impida a los miembros la posibilidad de conceder protección a las ECT/EF mediante un sistema “*sui generis*”¹⁸⁴.

Kirguistán

“El objetivo de la protección de las expresiones culturales tradicionales (folclore) es contribuir a mantener vivas las expresiones culturales tradicionales, así como su uso, su distribución y su preservación, porque son parte del patrimonio cultural de una determinada nación”¹⁸⁵.

Noruega

“[...] los principales objetivos de la protección de las ECT/EF son los siguientes:

- impedir la apropiación indebida
- evitar la concesión de derechos de P.I. no autorizados

Además, la protección debería:

- garantizar el consentimiento fundamentado previo y los intercambios basados en condiciones mutuamente convenidas.
- promover la participación equitativa en los beneficios
- promover la conservación y el uso sostenible de las ECT/EF

Mediante la protección, también se garantiza el reconocimiento y el respeto del valor intrínseco de las ECT/EF. Los fundamentos de la opinión de Noruega se exponen con más detalle en los párrafos 21 a 24 del documento WIPO/GRTKF/IC/9/12”¹⁸⁶.

¹⁸⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹⁸⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁸⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Ghana

- “1. Reconocer la propiedad del folclore.
2. Proteger los derechos de los titulares.
3. Estimular la recopilación, la conservación, el cotejo, la investigación y la utilización del folclore.
4. Facilitar la extracción con fines de investigación y la promoción de los derechos sobre el folclore.
5. Hacer que las expresiones del folclore sean accesibles en beneficio de la humanidad.
6. Garantizar una remuneración adecuada a los beneficiarios”¹⁸⁷.

Federación de Rusia

“Podemos indicar varios componentes de la protección otorgada actualmente por los institutos de propiedad intelectual: se trata de la así llamada protección “prohibitoria” y “positiva”. Por ejemplo, en el marco del derecho de autor, el objetivo de una protección llamada “positiva” sería el fomento por el Estado del interés en la creación de obras (estimular las actividades creativas del autor mediante el reembolso de los gastos que ha ocasionado la creación de sus obras, y la remuneración por el trabajo); los derechos exclusivos que se otorgan a un autor están destinados a alcanzar ese objetivo. El autor puede utilizar él mismo su obra, o conceder esos derechos a un tercero para recibir una remuneración. .

Se puede suponer que el objetivo de otorgar derechos para proteger las obras de arte popular es también estimular la creatividad. Sin embargo, este objetivo no es totalmente aplicable a las obras de arte popular. En la Federación de Rusia se concede actualmente protección por derecho de autor a toda obra de literatura o de arte creada gracias a una actividad creativa. Y cuando se habla de reembolso de los gastos incurridos en el pasado, se plantea la cuestión de la persona que ha incurrido en esos gastos, dado que es imposible saber quién es. El objetivo de conceder la protección llamada “prohibitoria” es impedir toda utilización no autorizada, prohibir ciertos actos que pueden tener consecuencias desfavorables para el autor. Sin embargo, los institutos de propiedad intelectual establecen ese tipo de prohibición por un tiempo determinado, transcurrido el cual, el derecho exclusivo deja de tener vigencia y el objeto (o sea la obra) pasa al dominio público (véase, en particular, el párrafo 1 del artículo 28 de la Ley No.5351-I de derecho de autor y derechos conexos de la Federación de Rusia de 9 de julio de 1993,); las obras en el dominio público pueden ser utilizadas libremente (véase el párrafo 2 del artículo 28 de la Ley de derecho de autor). También debe prestarse atención a los derechos personales no exclusivos: el derecho a ser reconocido como el autor, el derecho al nombre, el derecho a la protección de la obra contra cualquier deformación o cualesquiera otros actos que puedan dañar el honor y la dignidad del autor. Si el autor inicial desea ser identificado, ponerse en evidencia ante una determinada comunidad, dado que a las obras de arte popular (expresiones del folclore), expresadas de forma material, puede adjudicársele una marca: nombres, símbolos, estigmas, signos, etcétera. En cambio, si el creador se propone desde el comienzo permanecer anónimo para poner en evidencia que la obra creada es una aspiración de toda una nación y que el objetivo de la obra no es obtener beneficios (materiales o de otra índole), el objetivo puede ser el renombre o una remuneración, aunque también, por ejemplo, un objetivo privado, educativo, informativo, etc.,

¹⁸⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

y la obra de arte popular, como toda obra de sabiduría popular, puede contener normas de conducta, normas morales. Lo antedicho es una prueba de que el objetivo de la reglamentación jurídica de las relaciones vinculadas a la utilización de las obras de arte popular es la preservación y el fomento de la originalidad de los pueblos, la protección del honor y la dignidad de los representantes de los pueblos, la actividad creativa que da lugar a la creación de obras de arte popular. La reglamentación jurídica de las relaciones relativas a la explotación de obras de arte popular no puede elaborarse mediante normas en las que se prevean derechos exclusivos, porque estos derechos están destinados a crear un monopolio para los titulares de los derechos sobre las obras. Los institutos de propiedad intelectual están estrechamente vinculados con la persona del creador de la obra. Sólo el titular del derecho puede definir la forma en que su obra ha de utilizarse. Los institutos de propiedad intelectual, en particular en lo relativo a la legislación de derecho de autor, están destinados a promover la creatividad mediante el estímulo de los creadores de obras y no se ocupan de las cuestiones de preservación y mejoramiento de las obras, aunque tengan como función resolver problemas económicos y sociales, que son diferentes de la cuestión de la protección de obras de arte popular. Así pues, por lo que respecta a las obras de arte popular, los derechos más importantes parecen ser los derechos morales (y no los derechos patrimoniales), en particular la protección de las obras contra la deformación u otros actos que puedan dañar el honor o la dignidad del autor”¹⁸⁸.

“[...] A partir de lo dicho en relación con la definición de titular de derechos, e independientemente del enfoque que se adopte para resolver dicha cuestión [Nota de la Secretaría de la OMPI: véanse los comentarios formulados sobre la cuestión N.º 2], la Delegación opina que la creación de protección podría encaminarse a impedir la apropiación de la paternidad y la obtención de algún tipo de ganancia de dicha apropiación. Debe señalarse que actualmente el problema de preservar el folclore y su desarrollo es también importante, puesto que muchas obras del folclore podrían perderse para siempre”¹⁸⁹.

Qatar

“Derechos morales, culturales y patrimoniales contra la utilización ilícita y la apropiación indebida u otros actos ilícitos, tanto a nivel nacional como internacional”¹⁹⁰.

México

“Las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore deben recibir protección contra la distorsión, mutilación y otras modificaciones realizadas con la intención de causarles daño o perjudicar la reputación o imagen de la comunidad o grupo étnico al que pertenecen dichas expresiones”¹⁹¹.

“[...] el principal objetivo es fomentar y proteger la diversidad cultural así como el patrimonio cultural material e inmaterial. Las ECT deben recibir protección contra la distorsión, la mutilación y otras modificaciones hechas con la intención de causarles daño o perjudicar el prestigio o la imagen de la comunidad o pueblo indígenas al que pertenecen dichas expresiones. Por otra parte, debería reconocerse el derecho de los pueblos y

¹⁸⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁸⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

¹⁹⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁹¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

comunidades indígenas a oponerse al uso de sus ECT si los representantes de dichas comunidades no han concedido jurídicamente el “consentimiento fundamentado previo y libre” por la vía judicial, especialmente en los casos en que las comunidades no cuentan con representación jurídica”¹⁹².

Sudáfrica

“Las recomendaciones contenidas en los objetivos en materia de protección mediante el sistema de P.I. mencionados a continuación constituyen una respuesta a algunas, aunque no a la totalidad, de nuestras preocupaciones. Por consiguiente, apoyamos la introducción de los conceptos de:

- Desarrollo sostenible;
- preservación.

A este respecto, deseamos que se preste la debida atención al hecho de que la protección del sistema de P.I. debe distinguirse de los conceptos de “preservación” y “salvaguardia”. En cambio, la salvaguardia en el contexto del patrimonio cultural se refiere generalmente a la identificación, la documentación, la transmisión, la revitalización y la promoción del patrimonio cultural a fin de garantizar su conservación y su viabilidad.

- Promoción.

Sudáfrica considera que el reconocimiento y la promoción de la protección de la creatividad actual mediante el sistema de P.I. puede estimular ese desarrollo económico.

- Sudáfrica observa que existe actualmente un amplio reconocimiento de que los protocolos en materia de P.I. tienen, en última instancia, como objetivo mejorar las condiciones de vida. De ahí la necesidad de poner de relieve los posibles beneficios económicos y sociales.
- La cohesión social:
- impide la apropiación indebida y los abusos;
- protege contra la utilización no autorizada de los derechos de P.I.
- Sudáfrica suscribe las observaciones presentadas en los proyectos de objetivos que figuran en el documento de la OMPI WIPO/GRTKF/IC/10/5, páginas 3 a 5.

En el ámbito de la protección general de las comunidades sociales y culturales por la que se reconocerían los conocimientos indígenas como un sistema de conocimientos deberían garantizarse los derechos de los titulares de esos conocimientos – por ejemplo, contra la apropiación por personas que no pertenecen a la comunidad, y en relación con la equidad y la justicia en materia de participación en los beneficios. Sudáfrica considera que para que la protección por derechos de P.I. sea una realidad, debería ser compatible y favorable a una serie de objetivos de política general relativos a la protección y a la preservación de los conocimientos indígenas, en particular:

- a) el establecimiento de seguridad jurídica respecto de los derechos sobre los conocimientos indígenas,

¹⁹² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

- b) la supervivencia de las culturas indígenas – qué significa la supervivencia como población indígena y como comunidad,
- c) el reconocimiento del derecho consuetudinario y de las prácticas que rigen los conocimientos indígenas,
- d) el reconocimiento del derecho consuetudinario y de los protocolos que rigen la creación, la transmisión, la reproducción y la utilización de los conocimientos indígenas,
- e) la repatriación del patrimonio cultural, y
- f) el registro, la preservación, la protección y la promoción de la tradición oral”¹⁹³.

Asociación Rusa de los Pueblos Indígenas del Norte (RAIPON)

“Derechos patrimoniales y derechos morales”¹⁹⁴.

Colombia

“[...] la cuestión fundamental es el consentimiento fundamentado previo para utilizar o explotar la materia objeto de protección, y recompensar a la comunidad mediante beneficios. Del mismo modo, pensamos que el derecho de paternidad debe reconocerse en favor de la comunidad. Esta posición es conforme con los objetivos que figuran en los documentos WIPO/GRTKF/IC/9/4 y WIPO/GRTKF/IC/10/4, que son aplicables independientemente de su conformidad con el sistema de P.I. o con un instrumento *sui generis*, razón por la que los apoyamos”¹⁹⁵.

Federación Íbero-Latinoamericana de Artistas, Intérpretes y Ejecutantes (FILAIE)

“El objetivo propuesto debe incluir ambos derechos: morales y patrimoniales. Apoyamos la fórmula jurídica de derechos de remuneración en relación con la comunicación pública, la fijación, la reproducción, etc., la administración colectiva por medio de la propia comunidad, como único titular de los derechos, o por medio de organizaciones eficaces encargadas de la administración de derechos colectivos”¹⁹⁶.

Túnez

“[...] Los objetivos de la acción emprendida para proteger la propiedad intelectual son los siguientes:

- A. Preservar la memoria de una nación y su identidad.
- B. Crear empleos a un costo reducido.
- C. Promover y valorizar los conocimientos tradicionales.
- D. Preservar y proteger los conocimientos tradicionales a fin de impedir su explotación y su utilización comercial y no comercial ilícita.
- E. Valorizar los recursos regionales y locales.

¹⁹³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁹⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁹⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁹⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

- F. Promover el desarrollo sostenible de esos conocimientos como indicador de la naturaleza específica de una nación en el proceso de globalización”¹⁹⁷.

Guatemala

“El Decreto N.º 25-2006 del Congreso de la República, Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial establece: El respeto al patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos sobre la sensibilización en el plano local, nacional e internacional a la importancia del patrimonio cultural inmaterial y de su reconocimiento recíproco. Se entiende por salvaguardia las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión, básicamente a través de la enseñanza formal y no formal y la revitalización del patrimonio en sus distintos aspectos. Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales. Ratificada por el Gobierno de Guatemala el 21 del mes de agosto de 2006, publicada en el Diario de Centro América de 23 de marzo de 2007... Las expresiones del folclore constituyen manifestaciones de creatividad intelectual que merecen una protección inspirada en la que se otorga a las producciones intelectuales (...) y la 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”¹⁹⁸.

Nueva Zelanda

“[...] los objetivos deberían ser: i) impedir la apropiación y utilización indebidas y la falsificación de las ECT; ii) fomentar y estimular a los individuos y las organizaciones que deseen utilizar las ECT a llevar a cabo prácticas más respetuosas, de conformidad con las leyes y los protocolos consuetudinarios relacionados con las ECT; iii) reconocer y fortalecer la aplicación de leyes y protocolos consuetudinarios relacionados con las ECT; iv) garantizar la adecuada atribución de P.I. mediante el reconocimiento de la contribución de las ECT a los esfuerzos creativos e innovadores; v) fomentar la distribución justa y equitativa de los beneficios (económicos o de otro tipo) que se deriven de la utilización de los CC.TT. y de las ECT; vi) reconocer las responsabilidades colectivas relacionadas con los CC.TT. y las ECT. Algunos observadores y Estados miembros han señalado que podría existir tensión entre los modelos legislativos y visiones del mundo occidentales o europeos y las leyes, costumbres y visiones del mundo indígena. La mercantilización de la cultura puede verse como un ejemplo de esta divergencia. Un principio que debe tenerse en cuenta al conferir protección a las ECT debe consistir en equilibrar los puntos de vista y las expectativas enfrentados en relación con la utilización de las ECT, a fin de que todos los interesados queden satisfechos. Dicho principio guarda conformidad con los objetivos de fomentar la libertad intelectual y artística, la investigación y el intercambio cultural en condiciones equitativas, y con el objetivo de aumentar la seguridad, la transparencia y la confianza mutua. Otros objetivos secundarios, aunque también importantes, serían: i) aumentar la sensibilización, en los planos nacional e internacional, sobre las cuestiones que conectan a las ECT con la P.I. (por ejemplo, mediante la educación y los mecanismos de buenas prácticas); ii) ayudar a las comunidades indígenas y

¹⁹⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

¹⁹⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

locales a preservar, desarrollar y fomentar sus ECT y a apoyar sus estructuras tradicionales de creación, preservación y transmisión; iii) colaborar en la salvaguardia y fomento de la integridad y diversidad culturales; iv) impulsar las relaciones laborales positivas que generan, o mejoran, el respeto, la confianza y la cooperación entre las partes interesadas; v) garantizar la conformidad con los derechos internacionales conexos de las comunidades indígenas y locales; y vi) fomentar el respeto y el cumplimiento de los derechos nacionales de las comunidades indígenas y locales. La Delegación también se pronunció a favor de la observación de Australia de que los miembros del Comité mantengan la suficiente flexibilidad para adaptar sus sistemas conforme a la realidad nacional”¹⁹⁹.

Nicaragua

“En lo que respecta a los derechos económicos, debe garantizarse la naturaleza exclusiva de la explotación de los conocimientos, así como el derecho a autorizar o prohibir dicha explotación, mientras los derechos morales son derechos colectivos (regionales o comunitarios)”²⁰⁰.

India

“[...] el objetivo de conferir protección de P.I. a las ECT es evitar la apropiación indebida y garantizar ganancias económicas a las comunidades que las han cultivado y desarrollado. Así, es esencial establecer derechos tanto patrimoniales como morales. Los derechos patrimoniales contribuirían a la creación de capacidades y, de ese modo, a la conservación y el desarrollo positivo de las ECT. Los derechos morales allanarían el camino hacia un adecuado reconocimiento de las ECT por terceros”²⁰¹.

Argelia, en nombre del Grupo Africano

“[...] señaló que entre los objetivos relativos a la concesión de protección por P.I. de las ECT deberían figurar los siguientes: impedir la apropiación indebida; conferir a los titulares de conocimiento el derecho a explotar sus ECT; prohibir la explotación y difusión no autorizadas de ECT protegidas sin el consentimiento fundamentado previo de los titulares de conocimiento; reglamentar el acceso a los recursos biológicos y las ECT conexas; fomentar la participación equitativa en los beneficios que se derivan de la utilización de RR.GG. y ECT conexas; garantizar que el sistema de P.I. guarde conformidad con las disposiciones de los instrumentos internacionales que rigen el acceso a las ECT y su utilización, especialmente en lo tocante al consentimiento fundamentado previo, la participación en los beneficios y la divulgación del origen; fomentar la creatividad y la innovación fundamentadas en las ECT y las prácticas encaminadas a potenciar el desarrollo sostenible; además, elaborar bases de datos, registros y otros mecanismos apropiados para la obtención, compilación, conservación, consulta y utilización adecuadas de las ECT”²⁰².

¹⁹⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

²⁰⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²⁰¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁰² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Arts Law Centre of Australia

“[...] Los objetivos clave, que abarcan tanto los derechos patrimoniales como morales, comprenden: i) la necesidad de preservar el patrimonio cultural indígena frente a los daños y la destrucción, dado que los daños que se infrinjan a las ECT perjudican a los propios pueblos indígenas; ii) reconocer que el incremento del valor comercial de las ECT supone una presión mayor para las culturas indígenas y aumenta las posibilidades de apropiación indebida; iii) al proporcionar una protección más sólida se fomentarían las buenas prácticas y se desalentaría la apropiación indebida; iv) las comunidades indígenas deberían disponer de un control sobre la gestión de las ECT. Las terceras partes que deseen utilizar las ECT deberían obtener el consentimiento de los titulares de los derechos indígenas y los beneficios deberían distribuirse entre las comunidades indígenas; v) debe ponerse fin a la apropiación indebida de las ECT, estén registradas o no. No debería supeditarse la obtención de beneficios, o de protección, a un requisito de registro. Por último, la Representante señaló que, aun cuando el *Arts Law Centre*, mediante su servicio *Artists in the Black*, está basándose en el marco jurídico actualmente disponible para otorgar algún tipo de protección a las ECT, no se ha indicado que se esté proporcionando un nivel de protección adecuado a las ECT. De hecho, la protección que los marcos vigentes pueden aportar sufre graves limitaciones”²⁰³.

Etiopía

“[...] si bien el reconocimiento y la protección internacionales de los derechos de las comunidades tradicionales que se derivan de sus expresiones culturales tienen consecuencias económicas y morales directas, los objetivos del resultado que la Delegación desea alcanzar en el Comité no deberían limitarse a dichas consideraciones. El objetivo debería ser identificar los derechos vigentes en el marco de la legislación internacional y la legislación internacional de derechos humanos. Este derecho se relaciona directamente con los demás derechos, como el derecho a la cultura, el derecho a la libre determinación cultural y el derecho al desarrollo. No es éste un régimen de moralidad, sino de prestaciones y derechos. Dicha protección no debería fundamentarse en lo moral ni lo económico, sino en el ámbito de derechos. La Delegación señaló a la atención de los participantes en la sesión la observación general 17 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en que se reconocen los derechos de las comunidades a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que se derivan de toda producción científica, literaria o artística, refiriéndose, en particular, al párrafo 15 de dicha observación general. La Delegación señaló que la protección internacional de las ECT debería hacer de estas normas de derechos humanos una realidad concreta”²⁰⁴.

Indonesia

“[...] los objetivos que se persiguen al conferir protección de P.I., sin que ello obste la posibilidad de otorgar protección a las ECT/EF mediante sistemas *sui generis*, son tanto derechos morales como patrimoniales. Los derechos económicos no sólo representan dinero líquido, sino también ingresos de otro tipo, que podrían generar prosperidad a las comunidades. El sistema de P.I. vigente debería facilitar tales beneficios sin dejar de respetar

²⁰³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2.

²⁰⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

la legislación nacional. El Estado, por su parte, también podría tener la función de facilitador en la regulación de los derechos patrimoniales de las comunidades”²⁰⁵.

Tailandia

“[...] el beneficio debería incluir otros aspectos además de los derechos patrimoniales. La mayor parte de las comunidades tradicionales de Tailandia atribuyen la misma importancia al reconocimiento moral y espiritual y al reconocimiento y respeto del derecho y de la dignidad de la comunidad, en tanto que transmisora de valiosas tradiciones. En las condiciones de la protección debería hacerse constar explícitamente este hecho. En lo que atañe a la Cuestión N.º 3, la Delegación opina que el objetivo fundamental de la protección es defender las ECT contra todo tipo de utilización y apropiación indebidas, ya sea en los planos moral, espiritual o económico, y preservar dichas ECT. Con todo, en algunos casos, las comunidades que son titulares de derechos podrían no tener un conocimiento adecuado de sus derechos o de la necesidad de preservar sus tradiciones, o aun de que sus tradiciones estén siendo objeto de apropiación o utilización indebidas, y, en tal caso, el objetivo principal sería conferir una protección preventiva. A este respecto, la medida preventiva más eficaz es la creación de capacidades y la enseñanza destinadas a los miembros de la comunidad a fin de fortalecer su concienciación, y favorecer la formulación de un código de conducta apropiado como mecanismo interno para proteger sus tradiciones contra el declive y la apropiación y utilización indebidas”²⁰⁶.

Sudán

“[La Delegación manifestó] su pleno apoyo a la declaración de la Delegación de Argelia en nombre del Grupo Africano. Debería mobilizarse el apoyo político y social y se debería concienciar a las comunidades tradicionales de sus derechos, con miras a favorecer la diversidad cultural creativa y a que las comunidades indígenas puedan beneficiarse de sus producciones culturales y hacer uso de ellas. La Delegación propuso llevar a cabo un intercambio de experiencias, en el plano internacional, sobre los medios de protección”²⁰⁷.

República Islámica del Irán

“[...] en los instrumentos jurídicamente vinculantes, sin olvidar los que contemplen mecanismos *sui generis*, debe figurar: i) el fomento de las innovaciones de los titulares de derechos; ii) el respeto de los valores espirituales e intelectuales; iii) la preservación de los derechos morales y patrimoniales específicos de las comunidades indígenas; iv) el respeto del consentimiento fundamentado previo; y v) los derechos de la población a acceder a los beneficios derivados del folclore”²⁰⁸.

Yemen

“[...] evitar la utilización y apropiación indebidas de [las] ECT [de las comunidades locales]”²⁰⁹.

²⁰⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁰⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁰⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁰⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁰⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Italia

“[...] es útil recordar las disposiciones previstas en el ámbito jurídico internacional, en concreto, el artículo *6bis* del Convenio de Berna, que protege los derechos morales de cualquier obra, y más especialmente, las obras que están en el dominio público. En lo tocante a los derechos patrimoniales relacionados con tales obras, las jurisdicciones nacionales deberían conferir protección de un modo que resulte factible y eficaz en cada ámbito nacional. La Delegación aludió, asimismo, a la protección de la interpretación o ejecución de expresiones del folclore establecida en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)”²¹⁰.

Marruecos

“[...] Debe garantizarse que los titulares de derechos puedan beneficiarse gracias al reconocimiento de sus derechos patrimoniales, que son la principal garantía de que el patrimonio pueda difundirse y orientarse hacia el futuro, y se pueda extraer un beneficio del mismo. La Delegación respaldó la declaración de Argelia formulada en nombre del Grupo Africano, reafirmando que es necesario establecer la protección de las ECT a fin de difundir internacionalmente las ECT con arreglo a lo dispuesto por la ley”²¹¹.

C. ¿Qué otros términos, conceptos y cuestiones conexos puede ser necesario aclarar?

Canadá

“[...] el término “apropiación indebida” es complejo”²¹².

D. ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

Arabia Saudita

“[...] los objetivos de la protección de ECT, tal como figuran en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c), son de una extensión y alcance convenientemente amplios, ya que abarcan desde objetivos morales a económicos, y desde objetivos intelectuales, artísticos y culturales a objetivos proteccionistas. No obstante, en las disposiciones y observaciones del documento subyacen objetivos políticos no declarados. Con frecuencia, tales objetivos son complejos y no se distinguen unos de otros: en algunos casos, un objetivo moral no puede alcanzarse sin el correspondiente objetivo económico, y viceversa. Además, los objetivos pueden considerarse desde distintos ángulos variando el grado de prioridad o de importancia que se les concede. Si bien reconoce que los objetivos económicos pueden ser necesarios para la consecución de otros objetivos previstos en el documento, en concreto los

²¹⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²¹¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²¹² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

proteccionistas, la Delegación opina que concederles una prioridad exagerada no siempre puede garantizar la salvaguardia y protección de las ECT contra la distorsión y la utilización indebida; antes bien, puede ser la principal razón de que se produzcan actos prohibidos, tales como la distorsión, especialmente en los casos en que las ECT, que reflejan una gran variedad de valores y tradiciones, se convierten en simples productos similares a cualquier otra mercancía material que circule en el mercado. La Delegación espera que la importancia que se atribuye a esta cuestión se reduzca en la medida de lo posible”²¹³.

Indonesia

“[...] los objetivos fijados en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) son una buena base para el debate”²¹⁴.

Ghana

“El objetivo formulado en el documento GRTKF/9/INF/5 por lo que respecta a la protección del folclore es demasiado limitado. Es verdad que algunos investigadores, extractores e innovadores que tienen acceso al folclore se apropian a menudo ilícitamente de esos conocimientos. No se reconoce la fuente de información y los propietarios o titulares de los derechos sobre ese conocimiento sacan poco o ningún beneficio financiero de la explotación del folclore. El objetivo o la base de la protección del folclore no debería ser únicamente la lucha contra la apropiación ilícita. Es necesario ampliar los objetivos de la protección del folclore”²¹⁵.

Colombia

[Véase el apartado A].

Brasil

“[...] el proyecto de objetivos propuesto en el documento WIPO/GRTKF/IC/10/4, que se transcribe a continuación, representa una base pertinente para examinar la cuestión, en particular el objetivo N.º xii) –e impedir la concesión de derechos de P.I. no autorizados– que atañen más directamente a la competencia de la OMPI: [en el comentario se reproduce íntegramente el proyecto de objetivos del documento WIPO/GRTKF/IC/10/4]”²¹⁶.

Arts Law Centre of Australia

“[...] los objetivos que figuran en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) constituyen una base útil para proseguir los debates”²¹⁷.

²¹³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²¹⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²¹⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²¹⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²¹⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

CUESTIÓN N.º 4: ¿QUÉ CONDUCTAS DEBEN CONSIDERARSE INACEPTABLES/ILEGALES EN RELACIÓN CON LAS ECT/EF SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN?

Nota introductoria de la Secretaría

En sus comentarios escritos e intervenciones verbales, algunas delegaciones pusieron en duda el principio en que se basa esta cuestión, es decir, si deben considerarse inaceptables o ilegales determinadas conductas en relación con las ECT/EF. Algunos señalaron que las ECT/EF ya reciben cierta protección con arreglo a los derechos de P.I. (véase asimismo la cuestión N.º 7). Muchas delegaciones mencionaron la necesidad de proteger las ECT/EF contra distintas conductas, como la “deformación”, la “conducta irrespetuosa”, los “actos denigrantes”, la “piratería”, la “copia”, la “compilación no autorizada”, la “explotación”, la “divulgación”, el “abuso”, el “uso ilegítimo”, el “no pagar una compensación equitativa” y la “comercialización”. Varias delegaciones proporcionaron listas ilustrativas de distintas formas de conducta que en su opinión serían inaceptables o ilegales, y ejemplos de “apropiaciones indebidas”. Se señaló que es necesario aclarar nuevamente determinados términos y conceptos fundamentales y algunas delegaciones se manifestaron en contra de que la protección de las ECT/EF esté sujeta a cualquier requisito de registro. Por último, en varios comentarios e intervenciones se manifestaron distintas opiniones sobre el proyecto de artículo correspondiente a esta cuestión (proyecto de artículo 3).

En consecuencia, los comentarios e intervenciones se han agrupado como sigue:

A: Comentarios sobre el principio: ¿Ya se consideran inaceptables/ilegales algunas formas de conducta en relación con las ECT/EF? ¿Deben considerarse inaceptables/ilegales otras formas de conducta?

B: Propuestas y ejemplos concretos: ¿Qué formas específicas de conducta deben considerarse inaceptables/ilegales en relación con las ECT/EF? ¿Deben recibir distintos niveles de protección los distintos tipos/categorías de ECT/EF? ¿Debe estar sujeta cualquier forma o nivel de protección al registro previo o a otros requisitos de forma?

C: ¿Qué términos, conceptos y cuestiones conexos puede ser necesario aclarar?

D: ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

A. Comentarios sobre el principio: ¿Ya se consideran inaceptables/ilegales algunas formas de conducta en relación con las ECT/EF? ¿Deben considerarse inaceptables/ilegales otras formas de conducta?

Formas de ECT/EF que ya están protegidas

Australia

“[...] Señala que la protección del derecho de autor ya se aplica a una serie de materiales que incluyen muchas formas de ECT/EF a las que se ha dado un soporte material. La copia o la comunicación no autorizada de ECT/EF de reciente creación que son obras

originales ya está regulada tanto a escala nacional como internacional a través de la legislación y los tratados sobre derecho de autor [...]”²¹⁸

Dudas acerca de la necesidad de protección adicional/propuestas sobre la manera de volver a examinar esa cuestión

Japón

“[...] el concepto de acto inaceptable o ilegal puede variar según la forma de protección que se otorgue a las ECT/EF. Como ya mencionó en el debate sobre la tercera cuestión, su Delegación opina que no existe ningún motivo claro y justificable que explique por qué las ECT/EF deben poder optar a recibir protección en virtud de la propiedad intelectual. El Japón declaró que le preocupa enormemente la extensión de los derechos de propiedad intelectual a esta clase de expresiones... No obstante, se debe ser cuidadoso al tratar de instaurar cualquier tipo de sistema de derechos de propiedad intelectual o derechos similares como disuasión ante tales actos, dado que una reglamentación innecesariamente rígida contra la posibilidad de expresarse podría dañar la libertad de expresión o entorpecer el avance de la cultura. Por añadidura, para definir un acto como inaceptable o ilegal, debería realizarse una investigación en aras de dilucidar el perjuicio sufrido y el tipo de actos que lo causaron”²¹⁹.

Canadá

“[...] comunidades e individuos de todo el mundo se han inspirado en y combinado materiales, ideas y otros aspectos de unos y otros. En algunas ocasiones, tales acciones pueden ser consideradas actos de “apropiación” positivos, respecto de los cuales los individuos o comunidades interesados no expresarían preocupación alguna. Sin embargo, pueden darse otros casos en que los individuos y comunidades en cuestión consideren tales actos una “apropiación indebida” de sus ECT/EF [...]”²²⁰

Estados Unidos de América

“[...] hay que seguir trabajando para identificar formas específicas de comportamiento relacionadas con las ECT/EF de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y culturales consideradas inaceptables por los mismos. A fin de que el debate sobre estas cuestiones avance, sea constante, estable y con objetivos concretos, el Comité debería escudriñar el amplio abanico de comportamientos vistos por los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y culturales como inaceptables e ilegales, incluidos muchos ejemplos que ya aparecen en los documentos del Comité. Afirmó que, por ejemplo, los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y culturales consideran inaceptable e ilegal el uso insultante, degradante y cultural o espiritualmente ofensivo de una ECT/EF. Los Estados Unidos de América indicaron que estos comportamientos ofensivos están inextricablemente ligados a grupos culturales y comunidades específicos y que se necesita continuar trabajando caso por caso para alcanzar una mejor comprensión mutua de tales comportamientos. La Delegación alentó al Comité a que, a partir de esos elementos fácticos, profundice en su comprensión de las preocupaciones expresadas mediante un examen y un debate pormenorizados de los mecanismos existentes, incluidas las medidas legales, tanto

²¹⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

²¹⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²²⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

relativas como ajenas a la propiedad intelectual, así como medidas no jurídicas, ya que se puede disponer de las mismas para abordar cuestiones o preocupaciones específicas. Añadió que, de esta manera, el Comité podría determinar las lagunas existentes, si las hubiera, en los mecanismos nacionales e internacionales vigentes para responder a tales cuestiones o preocupaciones concretas. Finalmente, la Delegación señaló que las posiciones de los Estados miembros siguen muy apartadas respecto de cuestiones fundamentales relativas a la protección, promoción y preservación de las ECT/EF. Sin embargo, la Delegación declaró que sigue comprometida con firmeza a mantener el tipo de debate estable y continuo necesario para colmar las diferencias existentes, valiéndose de la información extraída de las experiencias nacionales ... recordó que, en documentos anteriores, ya se ha destilado una amplia gama de comportamientos considerados inaceptables o ilegales, entre ellos la reproducción, adaptación y posterior comercialización no autorizadas de ECT/EF, sin participación en los beneficios económicos; el uso insultante, degradante o cultural y espiritualmente ofensivo; el acceso a, la divulgación y el uso no autorizados de materiales secretos o sagrados; la apropiación de lenguas tradicionales; la fijación no autorizada de interpretaciones o ejecuciones en directo de ECT/EF y los actos subsiguientes a tales fijaciones; la apropiación de la reputación o el carácter distintivo de una ECT/EF, de tal manera que se evoque un producto tradicional auténtico a través de indicaciones falsas o se induzca a error respecto de su autenticidad y origen, o de la adopción de sus métodos de manufactura y “estilo”; no reconocer el origen de la tradición de que parte; y la concesión errónea de derechos de propiedad industrial respecto de las ECT/EF o sus derivados. La Delegación indicó que ya se ha debatido en el pasado sobre estas preocupaciones, aunque tal vez no con la profundidad necesaria y, por lo tanto y a partir de esta base, el Comité debería profundizar en su comprensión de las mismas mediante un examen y una discusión pormenorizados de los mecanismos existentes, incluidas tanto las medidas legales, en el ámbito de la propiedad intelectual o ajenas a la misma, como las de carácter no jurídico, que ya están disponibles para abordar estas cuestiones o preocupaciones específicas. Así, el Comité podría luego identificar los vacíos, si los hubiera, en los mecanismos nacionales o internacionales vigentes”²²¹.

Hokotehi Moriori Trust

“[...] una serie de Estados miembros han indicado que queda trabajo por hacer y han solicitado que el Comité encuentre ejemplos de apropiación indebida. El Representante instó a tales Estados miembros a releer los resultados de la misión exploratoria realizada por la Secretaría en 1998. Instó asimismo a los Estados miembros que aún no tengan las cosas claras en relación con este asunto, a leer los numerosos documentos presentados por los pueblos indígenas en los últimos siete años. Les invitó además a consultar otros documentos que puede facilitar la Secretaría, en los que figuran ejemplos detallados de todo el mundo de casos de apropiación indebida que preocupan a los pueblos indígenas [...]”²²²

Enfoque basado en los derechos humanos

Consejo Same

“[...] se alineó con los comentarios formulados anteriormente por la Delegación de Etiopía y señaló que la protección de las ECT debe ser conforme a las normas de derechos

²²¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²²² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

humanos. En esa línea, el Consejo Same alentó en concreto a los participantes en los debates del Comité y a la Secretaría a analizar el artículo 15 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el comentario general al mismo, en el que se recalca que la disposición en cuestión reviste, además de una dimensión individual, una colectiva y, por lo tanto, estipula que el derecho de los pueblos y comunidades indígenas respecto de su creatividad colectiva es un derecho humano. Para finalizar, afirmó que todo instrumento internacional acordado por el Comité debería por lo tanto respetar dicha disposición²²³.

B. Propuestas y ejemplos concretos: ¿Qué formas específicas de conducta deben considerarse inaceptables/ilegales en relación con las ECT/EF? ¿Deben recibir distintos niveles de protección los distintos tipos/categorías de ECT/EF? ¿Debe estar sujeta cualquier forma o nivel de protección al registro previo o a otros requisitos de forma?

Reconocimiento de la fuente

Unión Internacional de Editores (UIE)

“[...] la UIE podría considerar como requisito que la publicación, o cualquier otro uso, de las ECT/EF se haga únicamente con el adecuado conocimiento de la fuente²²⁴.”

Uso denigrante

Japón

“[...] deben impedirse los usos de ECT/EF que puedan infligir sufrimientos morales a una comunidad, del mismo modo que debe impedirse la utilización de expresiones despectivas con respecto a la raza, la religión o el sexo [...].”²²⁵

Conducta que “perjudique” a las ECT/EF

Kirguistán

“Se considerarán actos ilegales: la apropiación ilegal, la falsificación y otros actos que perjudiquen a las expresiones culturales tradicionales (folclore)”²²⁶.

Ausencia de consentimiento previo

Asociación Rusa de Pueblos Indígenas del Norte (RAIPON)

“La utilización ilegal o comercial de ejemplares y de melodías procedentes de creaciones sin el consentimiento de sus autores ni de sus artistas intérpretes o ejecutantes”²²⁷.

²²³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²²⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²²⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²²⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²²⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Diversas conductas

Ghana

- a) “Compilación no autorizada del folclore de los titulares de derechos.
- b) No reconocimiento de los derechos de los titulares o propietarios del folclore.
- c) Explotación del folclore protegido sin el consentimiento o la autorización de sus propietarios.
- d) Publicación de información protegida sin autorización ni acatamiento del derecho moral en el folclore.
- e) Ocultación injustificada de información sobre folclore de los investigadores a los titulares”²²⁸.

Qatar

“Mal uso, robo, infracción contra la ética, explotación ilícita, acciones lesivas y apropiación indebida”²²⁹.

Sudáfrica

“Apropiación indebida

Sudáfrica opina que toda adquisición o apropiación de conocimiento indígena, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos por medios ilícitos o desleales constituye un acto de apropiación indebida. Propone, además, que todo beneficio comercial procedente de una utilización de conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales o recursos genéticos ejecutada en contra de las prácticas honestas y que implique ganancias injustas, constituya un acto de apropiación indebida. Esto es también aplicable a la persona, o personas, que se apoderan de tal conocimiento, ya sepan o no se hayan ocupado de saber que el acceso a ese conocimiento es ilegal...

Distorsión

A Sudáfrica le preocupa la creciente manipulación y distorsión de los conocimientos indígenas, las expresiones culturales tradicionales y los recursos genéticos. Habida cuenta de la naturaleza de estos tres elementos, conviene cuidar especialmente la presentación del material cultural indígena destinada a fomentar su integridad.

Contrario a la Constitución / legislación nacional / instrumentos internacionales / derechos humanos

La legislación de Sudáfrica contiene un conjunto de disposiciones encaminadas a proteger los conocimientos indígenas, las expresiones culturales tradicionales y los recursos genéticos; por lo que opina que toda violación de dichas disposiciones legales es una conducta inaceptable.

²²⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²²⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Falta de respeto / menosprecio

En sintonía con su propuesta sobre las normas que regulan el acceso a los conocimientos y la participación en los beneficios que estos producen, Sudáfrica se muestra partidaria de incluir en este apartado el siguiente texto: “en caso de que no se logre obtener el consentimiento fundamentado previo – utilización indebida”.

Mantiene su firme posición en torno a la consideración de que toda persona que utilice conocimientos sin el consentimiento fundamentado previo de la comunidad, o lleve a cabo innovaciones o prácticas de modo no conforme con su propuesta (proyecto) sobre las normas que regulan el acceso a los conocimientos y la participación en los beneficios correspondientes está cometiendo un acto ilegal²³⁰.

Túnez

- “Piratería, utilización no autorizada de tales conocimientos.
- Copia (falsificación)”²³¹.

Federación Ibero-Latinoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE)

“En general, toda forma de apropiación, en el sentido amplio del concepto, que pueda reflejarse en disposiciones específicas de carácter civil, penal o administrativo [...]”²³²

Guatemala

“Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas (WIPO/GRTKF/IC/2).

Comercialización de ECT a escala global, sin respetar debidamente los intereses culturales y económicos de las comunidades que las han originado y sin que tales comunidades disfruten de los beneficios de su explotación”²³³.

Federación de Rusia

“Teniendo en cuenta las disposiciones mencionadas en el punto 3, las conductas consideradas inaceptables serán:

- apropiación ilegal de autoría;
- usos de obras de arte popular que perjudiquen la dignidad de los representantes de los pueblos que han creado tales obras”²³⁴.

²³⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²³¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²³² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²³³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²³⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Noruega

“[...] como mínimo, se debe evitar toda explotación no autorizada con ánimo de lucro. Por añadidura, es necesario garantizar que cualquiera que sea el uso, por ejemplo la reproducción y comunicación pública de una ECT, la fuente de la misma goce de reconocimiento. Concluyó apuntando que el Comité debería además encontrar formas de impedir los usos ofensivos de este tipo de expresiones”²³⁵.

“Una conducta inaceptable implica, al menos:

- algún tipo de explotación no autorizada, destinada a obtener beneficios económicos;
- algún tipo de explotación en que no se mencione la fuente de ECT/EF;
- algún tipo de uso ofensivo.

Tiene que darse una evidencia básica de, al menos, estos tres elementos”²³⁶.

Nicaragua

“La explotación y comercialización individual y los cambios en los procesos de preparación o producción que no cumplen con la transmisión de estos conocimientos y que se han diseñado para una explotación a gran escala por parte de empresas que no pertenecen a la comunidad”²³⁷.

México

“[...] debería considerarse inaceptable e ilegal toda distorsión, mutilación u otra modificación cuyo objetivo sea perjudicar a una ECT/EF desarrollada y perpetuada en una comunidad o pueblo indígena, o que trate de dañar la imagen o reputación de la comunidad, pueblo indígena o región a que pertenezca la expresión en cuestión. También debería considerarse inaceptable e ilegal la omisión en toda fijación, representación, publicación, comunicación o cualquier otro tipo de uso, de una mención a la comunidad, pueblo indígena o región a la que pertenece una ECT/EF. Además, la Delegación se sumó a quienes se han pronunciado a favor de que el “consentimiento fundamentado previo y libre” vaya unido a la protección de las ECT/EF”²³⁸.

India

“[...] la apropiación indebida de ECT/EF debe considerarse ilegal e improcedente, cuando medie robo, soborno, instigación al incumplimiento, fraude, representación errónea, engaño, abuso de confianza o incumplimiento de relación fiduciaria. La adquisición de información, incluido su registro para usos comerciales como la radiodifusión, teledifusión o publicidad, sin el consentimiento fundamentado previo de los titulares y usuarios tradicionales, equivale a un acto de apropiación indebida. Añadió que este razonamiento se aplica también a la divulgación no autorizada de ECT/EF secretas o espirituales. Además, la comercialización de estas expresiones sin una compensación justa y adecuada debería

²³⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²³⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²³⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

²³⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

considerarse asimismo un acto ilegal e inaceptable, por lo que debería compensarse a las comunidades interesadas. No obstante, esto sólo será posible con un instrumento internacional vinculante”²³⁹.

Indonesia

“[...] recalcó también otros casos que su Delegación considera inaceptables o ilegales, entre ellos la utilización de ECT/EF: 1) sin la autorización de la comunidad interesada; 2) sin recibir el acuerdo por escrito de la comunidad en cuestión; 3) cuando dicho uso pueda transmitir una imagen negativa de la comunidad interesada, y 4) cuando dicha utilización atente contra la dignidad de dicha comunidad o menoscabe el respeto que se le debe [...]”²⁴⁰

Argelia, en nombre del Grupo Africano

“[...] sostuvo que, entre los comportamientos considerados inaceptables en relación con las ECT merecedoras de protección, se debería incluir lo siguiente: i) la apropiación indebida; ii) el uso injusto y abusivo; iii) los actos denigrantes o irrespetuosos; iv) la distorsión; v) los actos contrarios a la legislación nacional, regional o internacional en vigor; vi) los actos que impidan de cualquier forma a los titulares de los conocimientos el disfrute de sus derechos; vii) la ocultación de los resultados de investigaciones sobre recursos genéticos a partir de ECT; viii) la transgresión de las normas sobre confidencialidad y sacralidad que rigen las prácticas y el respeto de las ECT; ix) la divulgación de información protegida sin la autorización de los titulares de los conocimientos”²⁴¹.

China

“[...] el principal objetivo de conceder protección mediante derechos de propiedad intelectual a las ECT es impedir el uso indebido y promover la innovación. La Delegación apoyó que se proteja a las ECT con eficacia y por distintos medios, como la propiedad intelectual, el derecho consuetudinario o la legislación en materia de competencia. En particular, China indicó que, como mínimo, las siguientes formas de comportamiento deberían ser consideradas inaceptables o ilegales: 1) la reproducción, publicación, adaptación, radiodifusión, interpretación o ejecución públicas, distribución y alquiler no autorizados de una ECT o de sus formas derivadas; 2) el uso de ECT sin indicar la fuente; y 3) los actos que distorsionen una ECT, los actos insultantes, así como los que supongan una degradación, mutilación o denigración de la expresión en cuestión y otros actos similares”²⁴².

Marruecos

“[...] se concentró en la necesidad de proteger la naturaleza tradicional de las ECT/EF. Teniendo esto en cuenta, afirmó que debería considerarse inaceptable e ilícito todo comportamiento que se desvíe del marco consuetudinario para comercializar esta clase de expresiones. Ello incluye todo comportamiento destinado a divulgar, radiodifundir, copiar o traducir ilegalmente una ECT/EF. Para todos estos tipos de comportamientos se debería obtener autorización o, sin la misma, se considerarán actos de “explotación ilícita”. Además,

²³⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁴⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁴¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁴² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

es justo que cuando se haga pública una ECT se cite su origen, concretamente el nombre de la comunidad y de la región percibidas como fuente de esos conocimientos y cultura”²⁴³.

Ogiek Peoples Development Program (OPDP)

“[...] para la comunidad ogiek, la apropiación y el uso indebidos de sus ECT resulta ofensiva y puede tener repercusiones físicas y espirituales en su sistema cosmológico. Asimismo, sugirió que, en aras de proteger las ECT, deberían instaurarse mecanismos de reparación adecuados, para que se compense a las partes o comunidades a las que pertenecen tales expresiones en caso de uso indebido. Por añadidura, se debería elaborar un mapa cultural que sirva para determinar en qué medida se están utilizando las ECT, para lo que sería necesario consultar con la comunidad interesada y la participación de la misma”²⁴⁴.

Tailandia

“[...] calificó esta cuestión de compleja, ya que las tradiciones y el sentido del decoro difieren de comunidad a comunidad. Sin embargo, en el contexto de la protección internacional, el Comité debería abordar este tema desde dos ángulos. Desde la perspectiva de la propiedad intelectual, la Delegación opinó que debería adaptarse la protección disponible en virtud de los instrumentos internacionales en vigor, a fin de incluir el uso no autorizado, la distorsión y la no participación de los titulares en los beneficios a que tienen derecho, así como para abarcar todas las formas de comportamiento que, a juicio de los interesados, constituyan actos ilegales. Desde la segunda perspectiva, consistente en determinar qué actos deben considerarse inaceptables, el análisis resulta más complejo. A este respecto, debería incluirse la protección de derechos morales y espirituales, ya que es necesario abarcar todo comportamiento irrespetuoso, insultante, causante de escarnio o que hiera a la sensibilidad, respecto del código de conducta de la comunidad tradicional interesada, además de todo comportamiento que no muestre sensibilidad por los derechos humanos y la dignidad cultural de dicha comunidad. Como conclusión, opinó que debería alentarse a las comunidades que gozan del derecho de protección a elaborar su propio código de conducta o sus normas consuetudinarias, para instaurar un sistema de protección que disfrute de reconocimiento al amparo del instrumento internacional”²⁴⁵.

Consejo Same

“[...] los derechos morales, en particular el derecho contra la apropiación indebida, desempeñe un papel más importante en la protección de las ECT que los derechos de propiedad intelectual convencionales. Sin embargo, toda protección adecuada no debería estar exenta de derechos económicos y debería incluir, por ejemplo, un elemento destinado a que los pueblos indígenas puedan utilizar determinados aspectos de su cultura con fines comerciales, que sirva de protección contra la explotación comercial de una ECT por parte de quienes no pertenezcan a la comunidad interesada, aun cuando no se infrinja derecho moral alguno tal y como se entiende en el contexto de la propiedad intelectual [...]”²⁴⁶

²⁴³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁴⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁴⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁴⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Brasil

“[...] el problema de la apropiación indebida de ECT/EF, exige una respuesta internacional firme, efectiva y adecuada en el marco del sistema de propiedad intelectual. Al igual que ocurre con la cuarta cuestión, se deberían considerar inaceptables e ilegales los actos de apropiación indebida, sobre todo los perpetrados mediante la utilización de mecanismos de propiedad intelectual. Añadió que también deben considerarse inaceptables e ilegales los actos despectivos capaces de suponer una ofensa a los valores espirituales y culturales de la comunidad en cuestión. La Delegación afirmó entender que el requisito de consentimiento fundamentado previo (CFP) debería ser el principio y mecanismo centrales de un sistema internacional para la protección de las ECT/EF. Señaló que, de hecho, una manera efectiva de determinar si un acto constituye apropiación indebida o no, consiste en determinar la existencia de CFP [...]”²⁴⁷

Nueva Zelandia

“[...] Según la experiencia adquirida hasta la fecha en su ámbito nacional, Nueva Zelandia indicó que, entre las formas de comportamiento relacionadas con las ECT que deberían considerarse inaceptables, habría que incluir: i) el uso de ECT sin celebrar las consultas pertinentes con los titulares o sin obtener su permiso; ii) la reproducción, adaptación o comercialización sin repartición de beneficios, económicos o de otra índole. Sin embargo, se necesita más trabajo para definir el término “adaptación” de una ECT, como la Delegación ya afirmó en el debate sobre la segunda cuestión sobre qué pretende abarcar el término “beneficio”: iii) el uso de una ECT que atente contra las leyes, protocolos o prácticas consuetudinarios de dicha expresión, o contra el respeto que se le debe; iv) el uso insultante, denigrante y cultural o espiritualmente ofensivo de una ECT; v) la fabricación, importación, exportación o venta de recuerdos tradicionales supuestamente “indígenas” o “auténticos”, y la representación errónea de una ECT sin respetar su integridad, o el intento de asociar una ECT a un producto o servicio, o a su comercialización, de tal manera que se induzca al consumidor a pensar que lo normal es que los titulares de dichas expresiones respaldan el producto o servicio en cuestión; vi) el acceso a y la divulgación no autorizados de ECT sagradas o secretas, como monumentos fúnebres y objetos de importancia espiritual y cultural; vii) no otorgar el debido reconocimiento a la fuente de una innovación o creación que parta de la tradición, o a los propios titulares de las ECT/EF; viii) no reconocer la contribución de las ECT/EF en los procesos de creación e innovación; ix) la concesión indebida o inválida de derechos de propiedad intelectual respecto de las ECT o sus adaptaciones [...]”²⁴⁸

“[...] Por ejemplo, la apropiación de una lengua tradicional para utilizarla fuera del contexto cultural consuetudinario sin autorización de los pueblos indígenas o comunidades locales cuya lengua es objeto de apropiación [...]”²⁴⁹

Arts Law Centre of Australia

“[...] el objetivo principal debería ser ofrecer un abanico de protecciones contra los comportamientos englobados por el amplio concepto de “apropiación indebida”. Los

²⁴⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²⁴⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

²⁴⁹

derechos sobre las ECT/EF y la capacidad de obtener reparación no deberían supeditarse al registro de las mismas. Añadió que los comportamientos que deberían abordarse incluyen: i) los usos de ECT sin el consentimiento de los custodios, como la reproducción, adaptación, interpretación o ejecución, radiodifusión o comunicación pública; ii) la comercialización de una ECT sin distribución de beneficios financieros; iii) el trato injurioso a su respecto; iv) causarle daño o provocar su destrucción; v) no atribuir, o atribuir incorrectamente, el papel de custodio; vi) la divulgación de materiales secretos o sagrados; y vii) la fijación de interpretaciones o ejecuciones en directo y ceremonias sin consentimiento”²⁵⁰.

Comentarios sobre la notificación/registro previo u otros requisitos de forma

Colombia

“[...] La protección se deriva únicamente de la creación; por tanto, el Gobierno de Colombia no está de acuerdo en considerar el registro y la notificación como condición para ejercer el derecho del consentimiento fundamentado previo. Los derechos morales y patrimoniales protegidos deben considerarse iguales y contar con las mismas medidas de observancia (en los ámbitos civil, penal y administrativo) [...].”²⁵¹

Federación Ibero-Latinoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE)

“[...] En general, debe evitarse el saqueo a que, por parte de terceros, están sometidos los pueblos y las comunidades, lo que implica, naturalmente, la protección de la propiedad intelectual y de los conocimientos de estos pueblos y comunidades mediante los registros pertinentes, ideados para producir un inventario o registro en relación con terceros”²⁵².

Etiopía

“[...] La marca de algunos aspectos de las ECT es su carácter oral. Por consiguiente, el someter tales expresiones a requisitos de registro y notificación, y darles protección a través del mecanismo del consentimiento fundamentado previo, podría traer consigo su erosión y a menudo podría servir de excusa para no otorgarles reconocimiento”²⁵³.

Consejo Same

“[...] exigir el registro de una ECT para aplicar el concepto de CFP podría no resultar práctico para fines culturales o de otro tipo [...].”²⁵⁴

Brasil

“Un instrumento internacional de protección de ECT/EF, negociado en un foro de P.I. como la OMPI, no puede omitir la necesidad de establecer medidas destinadas a impedir los actos de apropiación indebida, especialmente aquellos que tienen lugar mediante la utilización de mecanismos de P.I. y, entre otras medidas, deberá exigirse el consentimiento

²⁵⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2.

²⁵¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²⁵² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²⁵³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁵⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

fundamentado previo para todas las ECT/EF, registradas o no. El registro no debe ser una condición para la observancia de los derechos por las comunidades en cuestión [...]”²⁵⁵

Arts Law Centre of Australia

“[...] Los derechos sobre las ECT/EF y la capacidad de obtener reparación no deberían supeditarse al registro de las mismas [...]”²⁵⁶

ECT/EF de valor cultural y espiritual

Colombia

“[...] Con respecto a las ECT/EF de valor cultural y espiritual, hay que tener en cuenta que algunos pueblos indígenas opinan que, si hay distintos niveles y tipos de conocimientos, estos deben tratarse por separado. Y, más concretamente, los de naturaleza espiritual deben considerarse desde una actitud de defensa, pues, en principio, no tienen intereses económicos, sino expectativas de naturaleza espiritual y trascendente. Debe arbitrarse, por tanto, una protección estricta y establecer mecanismos de registro o notificación bien definidos con objeto de regular y hacer efectivo el consentimiento fundamentado previo. Un sistema de protección *sui generis* debe establecer un límite en las ECT/EF que, debido a su naturaleza espiritual y naturaleza sagrada, no pueden comercializarse. Los pueblos y comunidades tienen sus propias autoridades que deben proteger y preservar esos conocimientos con sus sistemas jurídicos y judiciales específicos; las autoridades nacionales competentes, además, deben salvaguardar este derecho y afianzar a las autoridades y organizaciones de esos pueblos y comunidades en el ejercicio del mismo. Asimismo, la existencia de evidencias de orden científico sobre la propiedad colectiva de ECT/EF debe ser prueba suficiente para poder ejercer el derecho al consentimiento fundamentado previo, aun cuando no se haya producido el registro o la notificación ante las autoridades gubernamentales competentes para la protección de los derechos de P.I. Se consideran evidencias de orden científico los estudios etnográficos, las monografías, las compilaciones y publicaciones científicas, hechas por especialistas en ciencias sociales o en ciencias naturales, así como las efectuadas por los miembros de las comunidades que llevan a cabo investigaciones específicas como estrategia para recuperar y revitalizar las ECT/EF. Además, en contextos geopolíticos complejos, dadas las diferentes formas de presión a que se enfrentan, la principal expectativa de las comunidades culturales estriba en que se garantice su continuidad física y cultural. En tales contextos, la protección de las ECT/EF cambia de nivel; no obstante, por motivos diferentes, tales expresiones dejan de ser sujetos jurídicos y, por consiguiente, no hay por qué establecer requisitos que, en ciertos casos, no pueden ser satisfechos por las comunidades. Es decir, en contextos de conflicto y desplazamiento, los derechos de los pueblos y comunidades más vulnerables deben garantizarse de forma prioritaria e incondicional”²⁵⁷.

²⁵⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²⁵⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2.

²⁵⁷

Interacción entre la reglamentación internacional, nacional y comunitaria

Noruega

“[...] Señaló la dimensión internacional del trabajo del Comité, aunque reconoció que tal vez algunas comunidades y regiones requieran flexibilidad adicional para diseñar soluciones adecuadas. Sin embargo y desde su punto de vista, algunas cuestiones necesitarían probablemente una respuesta común e internacional [...].”²⁵⁸

Hokotehi Moriori Trust

“[...] llamó a la creación de algún tipo de mecanismo, no sólo nacional sino internacional, que ofrezca garantías a los pueblos indígenas contra toda apropiación indebida o todo uso culturalmente inapropiado de sus ECT. El Representante añadió que *Hokotehi Moriori Trust* apoya la elaboración de uno o varios instrumentos internacionales vinculantes y firmes para que, aunque Nueva Zelanda cuente con una ley para impedir tales infracciones, el pueblo Moriori pueda prevenir la apropiación indebida a escala internacional. Sólo un instrumento internacional de carácter obligatorio aportaría a esta clase de pueblos las herramientas necesarias para impedir este tipo de actos [...].”²⁵⁹

Ejemplos concretos de “apropiación indebida”

Hokotehi Moriori Trust

“[...] contó la historia de una mujer que regentaba un negocio turístico en las Islas Chatham y quería producir una colección de tazas de café con la imagen de una figura humana del pueblo Moriori, lo cual supone a su juicio una ofensa contra la cultura de su pueblo. El Representante afirmó considerar que, entre los pueblos de la Polinesia, únicamente sus ancestros grababan la imagen de los difuntos en los árboles, no sólo para comunicarse con esa persona, sino también como medio para que su espíritu regrese a su patria ancestral. Por consiguiente, esas figuras humanas talladas son de suma importancia para el pueblo Moriori. Añadió que, en la actualidad, las citadas figuras forman parte del dominio público. El Representante se refirió también a otra persona que visitó las Islas Chatham en 1957 y dibujó bocetos de las 2.000 figuras existentes para luego publicarlas en forma de libro. Desde el punto de vista jurídico, no se pudo hacer nada para impedir tal acto. Sin embargo, el pueblo Maorí insiste en que goza de derechos culturales y de propiedad intelectual respecto de las imágenes en cuestión. Las mismas siguen siendo muy importantes cultural y espiritualmente para su pueblo y, por lo tanto, todo aquel que quiera utilizar esas imágenes u otras debería respetar el principio del consentimiento fundamentado previo. Continuó señalando que, si se obtiene la debida aprobación y ello supone un beneficio comercial, debería procederse al pago de regalías. Afirmó que, estos ilustrativos ejemplos, tienen como objetivo que los Estados miembros que aún no lo han hecho entiendan el por qué del razonamiento de los pueblos indígenas... compartió con los presentes su experiencia personal con Lego International, empresa que había utilizado denominaciones del pueblo Maorí en juguetes de plástico. En un principio, Lego respondió que no estaba infringiendo ley alguna. No obstante, el Representante contestó a la compañía que, desde los puntos de vista ético, moral y cultural,

²⁵⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁵⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

resultaba inadecuado utilizar nombres del pueblo Maorí. Lego decidió entonces no producir más juguetes con nombres maoríes sin el CFP del pueblo. Para finalizar, opinó que la elaboración de mecanismos es factible, pero se necesita buena voluntad, ya que el actual régimen de propiedad intelectual no parece ofrecer el tipo de protección necesaria para aliviar las preocupaciones de los pueblos indígenas...”²⁶⁰.

Tupaj Amaru

“[...] explicó algo ocurrido en su viaje por los llanos de la región fronteriza de Bolivia, Chile y Perú. Viajó a dicha zona con uno de los ancianos de la tribu Quechua para visitar los lugares sagrados de esta comunidad. Quienes habitan en ese lugar se mostraron desconfiados, debido a las experiencias negativas pasadas con antropólogos que habían acudido a tales lugares sagrados a obtener información sobre las tradiciones de la comunidad. Por lo tanto, afirmó que parece complicado visitar el lugar porque las comunidades están tratando de salvaguardar su herencia y patrimonio, valores que no pueden compararse con algo que se compra o se vende. He aquí sólo un caso de violación de los derechos consuetudinarios de los pueblos indígenas. El Representante declaró que antropólogos e investigadores han sido responsables del tráfico de objetos sagrados pertenecientes a los pueblos indígenas y las comunidades locales. Tras referirse a otros ejemplos relacionados con México y los Aztecas, exhortó al Comité a tomar medidas para proteger la herencia cultural e intelectual de los pueblos indígenas, dado que parece que la piratería centrada en este tipo de objetos es una constante a todos los niveles”²⁶¹.

Amauta Yuyay

“[...] explicó que, un gran número de turistas que visitan la famosa Plaza de los Ponchos en Otavalo (Ecuador) lo hacen a través de empresas multinacionales y sólo realizan visitas rápidas a esta histórica plaza, toman cientos de fotografías y hacen compras rápidas tratando de obtener descuentos. En otras palabras, se trata de una relación basada únicamente en el dinero. No existe relación humana, ni sentido del compromiso con la cultura y los Amauta se sienten perjudicados, como pueblo indígena, por esta relación. Por lo tanto, afirmó que resulta necesario crear instrumentos de protección que salvaguarden el patrimonio para que pueda forjarse una relación más auspiciosa con quienes visitan la zona, ya sean turistas o empresas multinacionales. El Representante propuso para ello un tipo de relación asentada en un nuevo concepto de turismo, el “eduturismo”, que sirva para educar a través del turismo”²⁶².

Consejo Same

“[...] Como claro ejemplo, explicó que, tras la colonización, el pueblo Same ha compartido una gran parte de sus territorios tradicionales con la población no Same. Para sobrevivir con una identidad propia, a su pueblo le resulta imperativo defender y preservar las fronteras culturales entre ambos pueblos, reservando los denominadores culturales de la cultura Same para su uso exclusivo. En el último Certamen Miss Mundo, Miss Finlandia optó por un vestido tradicional Same en una recepción de gala. Este comportamiento tal vez no parezca un acto de apropiación indebida desde el punto de vista de la propiedad intelectual. No obstante, no sólo se trata de un comportamiento ofensivo hacia su cultura, sino que sirvió

²⁶⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁶¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁶² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

además para diluir las fronteras entre las culturas Same y finlandesa y, a la larga, puede contribuir a la asimilación de los pueblos Same en la sociedad finlandesa. Por consiguiente, en todo sistema de protección de las ECT significativo, debería prohibirse cualquier acto de este tipo. Añadió que así es como deben entenderse los derechos morales en el contexto de las ECT y los derechos colectivos [...].”²⁶³

C. ¿Qué términos, conceptos y cuestiones conexos puede ser necesario aclarar?

“Inadmisibilidad”

Unión Internacional de Editores (UIE)

“[...] A la UIE le preocupa la introducción del concepto de “inadmisibilidad” en los debates en curso, pues “inadmisibilidad” no es un término jurídico y, además, no significa lo mismo para todo el mundo. La UIE recomienda utilizar términos claros y unívocos en los debates [...]”²⁶⁴

Etiopía

“[...] no le convence el término “inaceptable”, al considerarlo vago, relativo y no perteneciente a la jerga jurídica. La Delegación opinó que se describe de forma más adecuada la situación con el término “ilegal” [...]”²⁶⁵

“Apropiación indebida”

Australia

“[...] apoya la idea de que se realicen más debates sobre el término “apropiación indebida” a fin de garantizar que se examina y comprende plenamente... considera que la labor del CIG se beneficiaría de un debate sobre las experiencias nacionales en relación con la explotación de las ECT/EF”²⁶⁶.

Portugal, en nombre de la Comunidad Europea y sus Estados miembros

“[...] la mayoría de ECT/EF forman parte del dominio público y el proceso de creación de nueva cultura exige, en muchas ocasiones, la influencia e incluso ciertos usos de buena fe de las mismas. En la sociedad de la comunicación, la creación cultural parte del intercambio y el diálogo entre culturas, por lo que debe reflexionarse sobre las formas negativas de utilización. Por este motivo, la Delegación finalizó apuntando que, en el contexto actual, todo indica que hay que seguir el análisis para caracterizar el concepto de “apropiación indebida”²⁶⁷.

²⁶³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁶⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²⁶⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁶⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

²⁶⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Canadá

“[...] comparte el interés en lo que respecta a la prevención de la “apropiación” y utilización indebidas de ECT... Al mismo tiempo, en la forma en la que el CIG define su objetivo común en el contexto de las ECT debería tenerse en cuenta el impacto de un objetivo de este tipo sobre los usuarios y el interés público general [...]”²⁶⁸

“[...] “apropiación indebida” es un término de compleja interpretación y, como ya han señalado algunos Estados miembros, puede cobrar significados distintos para distintas personas. Si las labores futuras del Comité van a centrarse principalmente en este concepto, según su Delegación es necesario trabajar más para llegar a un consenso sobre qué formas específicas de comportamiento corresponden a una “apropiación indebida”²⁶⁹.

Noruega

“[...] es necesario que en el Comité se llegue a un entendimiento común sobre lo que constituye apropiación indebida, ya que es la única manera de lograr una protección efectiva contra la apropiación y el uso indebidos, así como contra el disfrute de derechos de propiedad intelectual sin autorización [...]”²⁷⁰

Véase asimismo el *Consejo Same*, más adelante.

“Dominio público”

Burkina Faso

“[...] respondió a la declaración formulada por Portugal en nombre de la Comunidad Europea y sus Estados miembros, que opinó que en Europa la mayoría de ECT/EF son a menudo parte del dominio público y que su protección puede obstaculizar la creación moderna. La Delegación de Burkina Faso declaró considerar que la situación del folclore no es la misma en todos los países. No obstante, tales diferencias no deberían impedir llegar a una solución de transacción plasmada en un texto común. Dicha solución, enmarcada por un instrumento jurídico, podría consistir en dejar de lado aquellos casos en que, en un determinado país, una ECT/EF sea del dominio público en virtud de las costumbres y prácticas de la comunidad interesada”²⁷¹.

“Conductas”

Etiopía

“[...] en esta cuestión no debería hacerse referencia a “comportamientos” como tal, sino a actos de determinado carácter, tal y como se refleja con precisión en el artículo 3 de WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) [...]”²⁷²

²⁶⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4 (a) Add.

²⁶⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4 (a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁷⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁷¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁷² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

“Adaptación” y “beneficio”

Nueva Zelanda

“[...] se necesita más trabajo para definir el término “adaptación” de una ECT, como la Delegación ya afirmó en el debate sobre la segunda cuestión sobre qué pretende abarcar el término “beneficio”... La Delegación reiteró que la creación de obras e invenciones adaptadas o derivadas de estas expresiones, supone un tipo de comportamiento merecedor de un análisis más profundo, con miras a determinar qué debería considerarse inaceptable”²⁷³.

“De importancia cultural”

Consejo Same

“[...] consideró imperativo que se entiendan los términos “de importancia cultural” y “apropiación indebida” desde el prisma de la cultura y los pueblos cuyas ECT se protegen. Como ha afirmado *Hokotehi Moriori Trust*, desde una perspectiva indígena, la protección de las ECT tiene mucho que ver con la defensa de la identidad cultural de pueblos con características distintivas propias. La utilización de elementos de sus culturas desde una perspectiva convencional centrada en la propiedad intelectual puede no dar la impresión de representar un acto de apropiación indebida que, sin embargo, resulta perjudicial para tales culturas [...].”²⁷⁴

D. ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esta cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

Sudáfrica

“[...] Con respecto al documento WIPO/GRTKF/IC/10/4, se le plantean dudas sobre la protección contra la apropiación indebida de conocimientos tradicionales. En concreto, le interesa saber:

- ¿Qué es uso leal y qué es apropiación indebida?
- ¿Es legítimo el dominio público?”²⁷⁵.

Colombia

“El Artículo 3, sobre las disposiciones sustantivas que figuran en los documentos WIPO/GRTKF/IC/9/4 y WIPO/GRTKF/IC/10/4, contempla la protección de las expresiones del folclore registradas aparte de las que no lo están, aun cuando, en relación con el registro del derecho de autor, dicho registro es declaratorio y no constituye un derecho [...].”²⁷⁶

²⁷³ WIPO/GRTKF/IC/11/4 (a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁷⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁷⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

²⁷⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

Indonesia

“[...] resulta esencial contar con una disposición según la cual toda apropiación o utilización de una ECT/EF por medios ilícitos o injustos constituya un acto de apropiación indebida. Aunque a su juicio el artículo 3 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) es una buena base para la negociación... La Delegación finalizó añadiendo que las medidas mencionadas en WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) deberían incluir también todo cambio de forma de una ECT/EF”²⁷⁷.

Consejo Same

“[...] el artículo 3 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) constituye un punto de partida con el que seguir trabajando y debatiendo en el futuro sobre este particular... El Consejo Same añadió que, a su juicio, la Delegación del Brasil ha realizado una importante contribución al debate sobre el artículo 3 de WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) por medio de sus comentarios acerca de la Lista de cuestiones en WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) [...]”²⁷⁸

Hokotehi Moriori Trust

“[...] respaldó la intervención del Consejo Same y considera también que el artículo 3 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) es el punto de partida adecuado para elaborar mecanismos que protejan contra la apropiación indebida [...]”²⁷⁹

Brasil

“[...] Por ende, finalizó apuntando que el proyecto de disposición que figura en el artículo 3 de WIPO/GRTKF/IC/11/4 (c), puede suponer una base adecuada y madura para el debate, siempre y cuando no se condicione la protección de las ECT/EF a su registro o notificación”²⁸⁰.

²⁷⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁷⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁷⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁸⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

CUESTIÓN N.º 5: ¿DEBEN EXISTIR EXCEPCIONES O LIMITACIONES A LOS DERECHOS QUE DIMANAN DE LAS ECT/EF SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN?

Nota introductoria de la Secretaría

Algunas delegaciones no consideraron apropiado que el Comité examine esta cuestión en este momento, dado que no se han aclarado suficientemente las razones y los objetivos que han de servirse mediante la protección de las ECT/EF en el marco de la P.I. Muchas de ellas convinieron en que, en caso de que se establezcan nuevas formas de protección para las ECT/EF, la protección de las ECT/EF debe estar sujeta a limitaciones y excepciones, y se plantearon determinadas propuestas concretas. Esas excepciones o limitaciones deberían elaborarse teniendo en cuenta la naturaleza misma de las ECT/EF, la manera en que son utilizadas como parte de las actividades cotidianas de las comunidades en cuestión y otras partes interesadas. Se hizo hincapié especialmente en que ningún sistema de protección de las ECT/EF debe limitar el acceso a las ECT/EF y su uso por sus custodios tradicionales, y muchas delegaciones declararon que las normas y el derecho consuetudinario constituyen un punto de referencia adecuado para determinar e interpretar las excepciones y limitaciones pertinentes. En los comentarios escritos y en las intervenciones verbales se manifestaron asimismo opiniones sobre el proyecto de disposición relativa a esa cuestión que figura en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4 (c), a saber, el proyecto de artículo 5.

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, los comentarios y las intervenciones se han agrupado como sigue:

A: Comentarios sobre la oportunidad de examinar esta cuestión: ¿debe tener lugar en este momento un debate sobre las excepciones y limitaciones?

B: Comentarios de fondo: ¿sería necesario establecer excepciones y limitaciones a la protección que pueda otorgarse a las ECT/EF? En caso afirmativo, ¿qué principios deben determinar qué excepciones y limitaciones serían necesarias? ¿Qué excepciones y limitaciones concretas se han propuesto?

C: ¿Qué términos, conceptos y cuestiones conexos puede ser necesario aclarar?

D: ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

A. Comentarios sobre la oportunidad de examinar esta cuestión: ¿debe tener lugar en este momento un debate sobre las excepciones y limitaciones?
--

Unión Internacional de Editores (UIE)

“La UIE se opone a una protección de ECT/EF apresurada y prematura mediante un marco de P.I. Por consiguiente, en esta fase, prefiere no formular comentarios sobre excepciones y limitaciones para compensar el efecto de un posible marco de protección de ECT”²⁸¹.

²⁸¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Sudáfrica

“Sudáfrica no ha elaborado todavía una propuesta detallada sobre estas disposiciones, pero le será grato presentarla en el Comité cuando esté terminada”²⁸².

Australia

“Tal como se señaló en la respuesta a la pregunta 4, la protección del derecho de autor ya se aplica a una serie de materiales que incluyen muchas formas de ECT/EF. La protección de estos materiales está sujeta a diferentes excepciones reconocidas internacionalmente y en los regímenes nacionales de P.I. Australia apoya la realización de nuevos debates sobre si excepciones similares o nuevas pueden ser apropiadas para las ECT/EF que no están cubiertas por la legislación de P.I. existente”²⁸³.

Tailandia

“[...] expresó su satisfacción con que se considere el tema de las excepciones a los derechos en la presente etapa. Continúo diciendo que, aunque podría ser prematuro entrar en detalles, le parece útil escuchar los pareceres de las distintas delegaciones [...]”²⁸⁴

Canadá

“[...] es prematuro por el momento abordar la cuestión de las excepciones o limitaciones a los derechos sobre las ECT susceptibles de protección, ya que su naturaleza y alcance dependería de una serie de factores, como el alcance de la materia protegida y el tipo de protección concedida a las ECT. Por añadidura, un conjunto de excepciones o limitaciones ineficaces o ineficientes desde el punto de vista administrativo podrían acabar frenando la creatividad y la innovación... en la sociedad y la economía... Por consiguiente, en las presentes deliberaciones se debería tomar en consideración la repercusión en los creadores, inventores, usuarios, así como en el interés público general... cuando se desarrollan las excepciones y limitaciones apropiadas a cualquier tipo de derechos que dimanen de las ECT susceptibles de protección.”²⁸⁵

Federación de Rusia

“[...] se podrían formular con precisión las disposiciones sobre limitaciones o excepciones después de aclarar las relativas al objetivo de la protección (tercera cuestión) y los comportamientos ilegales (cuarta cuestión) [...]”²⁸⁶

“Teniendo en cuenta los puntos 3 y 4, las excepciones y limitaciones no serán oportunas [...]”²⁸⁷

²⁸² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²⁸³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

²⁸⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁸⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

²⁸⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

²⁸⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Japón

“[...] reiteró creer que no se ha identificado ni explicado suficientemente ningún motivo justificable para conceder protección en el ámbito de la propiedad intelectual a las ECT/EF. El Japón expresó su honda preocupación a este respecto y señaló que no está en medida de entablar un debate centrado en los derechos o la protección [...]”²⁸⁸

Brasil

“[...] convencido de que el tema de la protección de las ECT/EF está lo suficiente maduro y cuenta con elementos de sobra, por lo que el Comité podría y debería entablar un debate de fondo sobre los derechos a conceder y las limitaciones y excepciones pertinentes [...]”²⁸⁹

Estados Unidos de América

“[...] coincidió con la Delegación del Canadá en que resulta prematuro que el Comité celebre un debate centrado en las “las excepciones o limitaciones a los derechos sobre las ECT susceptibles de protección.” Según la Delegación, el debate sobre esta cuestión, en su forma actual, podría tomar un determinado rumbo político que no estaría justificado en la presente fase de las deliberaciones, ya que no se ha llegado a un consenso sobre la adopción de un enfoque centrado en los derechos para abordar cuestiones y preocupaciones específicas sobre las ECT/EF. En segundo lugar, dicho debate podría tener la involuntaria consecuencia de polarizar las deliberaciones, con lo que se obstaculizaría las labores del Comité, en lugar de hacerlas avanzar. Desde una perspectiva general, el Comité debería seguir trabajando con miras a determinar en qué medida los mecanismos existentes sirven para abordar las cuestiones y preocupaciones específicas que se han planteado, así como a identificar cualquier vacío que deba colmarse, incluido a través de excepciones y limitaciones apropiadas y aplicables. Una vez que se hayan identificado los mecanismos existentes para abordar las cuestiones y preocupaciones específicas relativas a las ECT/EF susceptibles de recibir protección, el Comité estará en medida de evaluar el tema de las limitaciones y excepciones conexas”²⁹⁰.

Nigeria

“[...] como muestra la experiencia en otras esferas de la propiedad intelectual, las excepciones y limitaciones son un tema que debe ser objeto de un examen constante a medida que surgen nuevos desafíos en la sociedad. La Delegación afirmó no considerar prematuro el debate sobre las limitaciones y excepciones, dado que el Comité ya está contemplando la posibilidad de conceder algún tipo de protección [...]”²⁹¹

Hokotehi Moriori Trust

“[...] formuló comentarios sobre lo declarado por la Delegación del Japón, la cual afirmó que no está convencida de la necesidad de proteger las ECT ni mediante los derechos

²⁸⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

²⁸⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

²⁹⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁹¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

de propiedad intelectual ni por ningún otro medio. El Representante preguntó por qué sigue el Japón planteando esta pregunta después de siete años. Se interrogó además sobre si dicha delegación ha escuchado lo que han dicho durante los debates los pueblos indígenas o si tal vez no ha leído la información contenida en los documentos del Comité, en los que se explica con sumo detalle por qué las ECT necesitan protección. Finalizó señalando, con el máximo respeto, que la Delegación del Japón no puede mantener esta posición, al no resultar la misma creíble”²⁹².

B. Comentarios de fondo: ¿sería necesario establecer excepciones y limitaciones a la protección que pueda otorgarse a las ECT/EF? En caso afirmativo, ¿qué principios deben determinar qué excepciones y limitaciones serían necesarias? ¿Qué excepciones y limitaciones concretas se han propuesto?

Necesidad de excepciones y limitaciones, principios rectores y propuestas concretas

Portugal, en nombre de la Comunidad Europea y sus Estados miembros

“[...] si debiera prepararse un instrumento para proteger las ECT/EF mediante la creación de derechos, el mismo tendría que ir acompañado de excepciones y limitaciones”²⁹³.

Japón

“[...] pero que, al hablar sobre excepciones y limitaciones, debería tomarse en consideración el equilibrio entre los intereses de los titulares y el interés público, aunque dicho equilibrio podría variar según la forma de la protección y los actos ilegales que ésta englobe”²⁹⁴.

Kirguistán

“Las excepciones y limitaciones se establecerán respecto del uso de las expresiones culturales tradicionales (folclore)”²⁹⁵.

Ghana

“[...] Este instrumento no tendrá efecto en el caso de:

- i) los sistemas tradicionales de acceso, utilización o intercambio de conocimientos de folclore;
- ii) el acceso, la utilización y el intercambio de conocimientos y tecnologías por parte de las comunidades locales, y de tales comunidades entre sí.

²⁹² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁹³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

²⁹⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

²⁹⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

La participación en los beneficios fundamentada en las prácticas consuetudinarias de las comunidades locales correspondientes, siempre que la excepción no se aplique a la persona, o personas, que no vivan del modo tradicional y consuetudinario necesario para la conservación y el uso sostenible del folclore.

- iii) la disponibilidad permanente de los conocimientos tradicionales para la práctica, el intercambio, el uso y la transmisión consuetudinarios del folclore por parte de sus titulares;
- iv) el uso de la medicina tradicional en el hogar; el uso en hospitales públicos, especialmente por parte de titulares de conocimientos tradicionales asignados a dichos hospitales; o el uso con fines de salud pública;
- v) sistema de clasificación almacenada de prácticas de medicina tradicional;
- vi) toda utilización de conocimientos tradicionales o de ECT para beneficio público²⁹⁶.

Noruega

“Es conveniente examinar las limitaciones sobre la protección de ECT/EF a la luz del derecho tradicional de propiedad intelectual; en concreto, la posibilidad del uso no comercial y respetuoso, así como el uso en la educación y la investigación. Conviene también plantear las medidas destinadas a salvaguardar la protección y preservar el patrimonio cultural y tradicional. Toda medida sobre el interés público deberá garantizar que las ECT/EF en cuestión se traten con respeto²⁹⁷”.

Qatar

“Con fines culturales, educativos, de investigación e informativos, y de otro tipo²⁹⁸”.

Asociación Rusa de Pueblos Indígenas del Norte (RAIPON)

“El derecho de prioridad, concedido por los representantes de pueblos indígenas, a utilizar los conocimientos tradicionales con fines comerciales y el fomento del uso comercial, entre personas relacionadas con los pueblos indígenas, de los conocimientos tradicionales mediante el suministro del capital y de las condiciones necesarias a dicha utilización por parte de personas y organizaciones de pueblos indígenas. Catalogación, a cargo de especialistas, de los conocimientos tradicionales (teniendo en cuenta todas sus variedades tal como aparecen enumeradas anteriormente) de personas y comunidades relacionadas con pueblos indígenas que desean utilizar dichos conocimientos con fines comerciales, o de los casos de utilización indebida de tales conocimientos por personas que no están relacionadas con los pueblos indígenas²⁹⁹”.

²⁹⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²⁹⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²⁹⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

²⁹⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Colombia

“Está de acuerdo en que haya excepciones y limitaciones a los derechos dimanantes de los conocimientos tradicionales susceptibles de protección, siempre que las medidas de protección de ECT/EF no limiten el uso de tales conocimientos en el ámbito natural y tradicional de la comunidad... En general, estima que las excepciones deben formularse de forma explícita, siempre que se satisfagan unas condiciones mínimas; lo que corresponde con la regla de los tres pasos en el derecho de autor y con la que se recoge en el Artículo 30 del Acuerdo sobre los ADPIC en las patentes”³⁰⁰.

Federación Ibero-Latinoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE)

“Sí; en este ámbito deben examinarse los impedimentos físicos que pueden afectar a las personas y que en algunos casos puede imposibilitar el acceso a la cultura tradicional; asimismo se deberá tener en cuenta todo lo que se relaciona con la enseñanza y la educación. En general, las limitaciones recogidas en los tratados internacionales vigentes y en la legislación nacional de derecho de autor, a artistas intérpretes o ejecutantes y a productores están incluidas en las disposiciones anteriormente mencionadas”³⁰¹.

Nicaragua

“Sí, sobre todo con fines médicos en caso de emergencia nacional”³⁰².

India

“[...] al igual que ocurre con otros derechos de propiedad intelectual, deberían aplicarse excepciones y limitaciones a los derechos otorgados a las ECT/EF, ya que los mecanismos de protección no deberían restringir indebidamente la utilización de estas expresiones. Añadió que lo que se necesitan son salvaguardas contra la apropiación y el uso indebidos, así como medios para que disfruten de los beneficios económicos que merecen quienes conservan y desarrollan las ECT/EF [...]”³⁰³

Marruecos

“[...] Las excepciones para la enseñanza o la citación de fuentes en un contexto comercial podrían ayudar a encontrar el necesario equilibrio entre, por una parte, el reconocimiento de los derechos de los titulares y, por otra, las excepciones y limitaciones que faciliten el acceso a ese patrimonio”³⁰⁴.

Indonesia

“[...] sugirió que entre las excepciones y limitaciones se necesitaría incluir las siguientes cuestiones: i) utilización de las ECT/EF en el contexto educativo, científico o de

³⁰⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

³⁰¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

³⁰² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

³⁰³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁰⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

salud pública, de conformidad con la legislación nacional y garantizando que dicha utilización no tiene fines comerciales y no afecta adversamente al titular de la expresión en cuestión. En este caso, debería también mencionarse la fuente u origen; ii) en lo que respecta a los miembros de la comunidad, deberían poder utilizar, o interpretar y ejecutar, libremente sus ECT/EF en su propia comunidad, dentro de su contexto tradicional o consuetudinario; iii) para proceder a la utilización en el ámbito interior, dentro de una determinada jurisdicción nacional, se debería obtener la autorización de los titulares de las expresiones pertinentes y iv) debería permitirse explotar sus derechos de autor a quienes han desarrollado sus ECT/EF en su contexto consuetudinario. A este respecto, las leyes consuetudinarias o el Estado deberían exigir a tales personas que cumplan las condiciones relativas al CFP, la divulgación de la fuente y la participación de la comunidad en los beneficios”³⁰⁵.

Tailandia

“[...] en principio, habría que poder ampararse en excepciones que vayan en beneficio del interés público y de los intereses de las propias comunidades. Tales excepciones no deberían ser perjudiciales para las tradiciones de las comunidades y podrían ser, por ejemplo, excepciones para la educación y la transmisión a las nuevas generaciones, para la investigación y el análisis científicos o para un inventario nacional. No obstante y como norma general, siempre deberían celebrarse consultas con los titulares de los derechos y, en la medida de lo posible, obtenerse su consentimiento y alentar su participación”³⁰⁶.

República Islámica del Irán

“[...] Opinó que es necesario aclarar en qué casos no sería necesario obtener permiso. Algunos ejemplos podrían ser los actos con fines educativos, el uso en el ámbito personal, la utilización del folclore para la creación de nuevas obras o el uso parcial. Añadió que la protección no debe servir para crear un monopolio de los titulares de los derechos que impida el acceso del público a las ECT/EF. Indicó que existe la necesidad de lograr un equilibrio en el instrumento vinculante, al igual que ocurre con otros instrumentos de la misma naturaleza. La Delegación se sumó en general a lo declarado por la Delegación de Argelia en nombre del Grupo Africano”³⁰⁷.

México

“[...] En las medidas de protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, la libre utilización de dichas expresiones deberá permitirse, si no se realiza una explotación comercial, siempre que no se distorsionen, mutilen o modifiquen a fin de causar daño a las ECT/EF desarrolladas y perpetuadas en una comunidad o grupo étnico, o un perjuicio a la reputación o imagen de la comunidad, grupo étnico o región a la que dichas expresiones pertenecen”³⁰⁸.

³⁰⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁰⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁰⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁰⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

Federación de Rusia

“[...] propuso que la protección concedida a las ECT no limite ni la libertad de acceso a los valores culturales ni los derechos culturales de los ciudadanos, que se basan en la preservación y el desarrollo de las particularidades culturales de los pueblos, el intercambio cultural, el estudio, la investigación y uso en el ámbito privado”³⁰⁹.

Brasil

“[...] la apropiación indebida de ECT/EF es un problema mundial que requiere una respuesta mundial. Esa respuesta debe ser satisfactoria, efectiva, firme y venir del sistema de propiedad intelectual. La Delegación sostuvo que un instrumento internacional para la protección de las ECT/EF debería contener disposiciones sobre limitaciones y excepciones. Las mismas deberían permitir la utilización en casos de interés público, casos de uso respetuoso y no comercial, además de para enseñanza o aprendizaje, críticas o reseñas [...]”³¹⁰

China

“[...] hizo hincapié en la necesidad de incorporar limitaciones y excepciones en un sistema *sui generis* para la protección de las ECT. La Delegación agradeció además a la Secretaría su constructivo trabajo y afirmó que, a su juicio, las disposiciones pertinentes del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) forman una buena base para las deliberaciones futuras. A continuación, la Delegación señaló que deberían crearse limitaciones y excepciones siempre y cuando: 1) la protección de las ECT no afecte a la utilización de las mismas por parte de los miembros de las comunidades interesadas según sus prácticas y leyes consuetudinarias; 2) se exija indicar el origen, con lo que se podrían conceder excepciones para los siguientes usos: a) investigación científica o usos educativos; b) estudio, investigación o evaluaciones personales; c) transmisión de noticias o acontecimientos de actualidad; d) uso en el ejercicio de las facultades gubernamentales; e) archivos o inventarios; y, f) usos para salvaguardar la seguridad nacional; y, 3) puedan concederse licencias no voluntarias para la utilización de ECT en forma de adaptaciones”³¹¹.

Sudán

“[...] expresó su apoyo a lo declarado por la Delegación de Argelia en nombre del Grupo Africano. Además, la Delegación señaló la necesidad de mantener un equilibrio con el fin de evitar un debate excesivo sobre la necesidad o no de otorgar protección. Apuntó también que las campañas de promoción turística y las competiciones de belleza, dependen en gran medida de expresiones culturales y folclóricas, así que los pueblos indígenas deberían participar en los beneficios materiales y morales que se deriven de este tipo de actividades”³¹².

³⁰⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³¹⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³¹¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³¹² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Argelia, en nombre del Grupo Africano

“[...] este es uno de los temas principales... en cualquier instrumento jurídico, se debe encontrar un equilibrio entre los intereses de todas las partes. Recordó además que algunas delegaciones ya han planteado preguntas y preocupaciones legítimas. La Delegación apoyó la intervención de la Delegación de Burkina Faso, con la que se ha reaccionado a la declaración formulada por la Delegación de Portugal en nombre de la Comunidad Europea y sus Estados miembros. En la misma longitud de onda, el Grupo Africano sugirió que en cualquier instrumento internacional deberían figurar excepciones. No obstante, afirmó que existen otros derechos que deben respetarse plenamente. Además, deberían ofrecerse excepciones que sirvan para lograr un equilibrio. A su modo de entender, la protección de las ECT no debería ir en detrimento de la constante disponibilidad de las mismas para la práctica, intercambio, uso y transmisión por parte de sus titulares en el contexto tradicional. Otra exención debería permitir el uso de estas expresiones en beneficio público. El Grupo Africano reconoció también la importancia de exenciones para usos no comerciales como la enseñanza, la investigación, el uso personal o privado, las críticas o reseñas, la transmisión de información sobre noticias o acontecimientos de actualidad, así como las grabaciones y reproducciones para su inclusión en un archivo o inventario con el único fin de salvaguardar el patrimonio cultural, siempre y cuando las expresiones en cuestión no sean de carácter ofensivo ni atenten contra los intereses de las comunidades interesadas.”³¹³.

Nigeria

“[...] respaldó la Declaración pronunciada por Argelia en nombre del Grupo Africano. Desde su punto de vista, la fijación de los límites a los derechos y la correcta definición de las excepciones, se han convertido en temas entrelazados de gran importancia para los titulares y usuarios de derechos de propiedad intelectual. Nigeria añadió que este análisis no siempre ha sido lo más equilibrado posible en el caso de los derechos de propiedad clásicos. De hecho, a menudo se han definido estos elementos de forma tan restrictiva que se aumentado la carga del sistema que deben soportar los países usuarios, muchos de los cuales son países en desarrollo o países menos adelantados. No obstante, la Delegación expresó su convencimiento de que, si se quiere que los derechos contribuyan verdaderamente a los intereses de la sociedad, no sólo deben funcionar en beneficio de sus titulares, sino que resulta necesario que sirvan además al bien común de toda la comunidad. Cada vez más, las ECT se están convirtiendo en materia prima para otros quehaceres artísticos, entre ellos la música, la literatura y otras expresiones artísticas y, a menudo, quienes se basan en estas expresiones obtienen más beneficios de las obras derivadas que los titulares originales de las mismas. Aunque reconoció que las ECT necesitan un trato especial, Nigeria opinó que en la elaboración de excepciones y limitaciones se debería tener en cuenta su naturaleza misma, la manera en que las comunidades de que proceden y otras partes interesadas las utilizan en sus actividades cotidianas. Sin embargo, al definir limitaciones y excepciones, se debería tener cuidado para no erosionar las mismas expresiones que se busque proteger, ya que se trata de una materia muy frágil que ha padecido muchos años de olvidos y abusos... En Nigeria, existen instrumentos jurídicos para la protección de las ECT/EF en los que se incluyen excepciones y limitaciones. Entre tales excepciones se incluye la utilización con fines educativos, la utilización en ilustraciones de una obra original protegida por el derecho de autor, tomar prestada una ECT/EF para la creación de obras originales, así como los usos

³¹³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

incidentales. La Delegación sostuvo que deberían ofrecerse excepciones especiales que permitan su uso por parte de los nacionales de un país concreto, sobre todo cuando la ECT en cuestión se considere parte del patrimonio nacional. A guisa de conclusión, Nigeria añadió que, cuando se usen las ECT fuera de su contexto tradicional, se debería proceder a un reconocimiento apropiado de la fuente”³¹⁴.

Ucrania

“[...] en lo referente a las normas convencionales que rigen el derecho de autor y el uso legítimo de materia protegida por ese derecho, éstas deberían incluir además excepciones que permitan la libre utilización. Teniendo en cuenta que el uso de ECT/EF supone una tendencia específica y que sin el uso de tesoros nacionales de inestimable valor es imposible el desarrollo de las naciones, al examinar los problemas relativos al uso ilegítimo de estas expresiones resulta necesario prestar suma atención al tema del libre uso y del acceso libre”³¹⁵.

Guatemala

“[tras referirse a la legislación nacional y a los convenios internacionales ratificados por Guatemala]...Utilización con fines pedagógicos. Utilización para ilustrar la obra original de un autor, siempre que dicha utilización sea compatible con el buen uso. Utilizar las expresiones del folclore para crear una obra original de uno o más autores. Tampoco se aplicarán las disposiciones del Artículo 3 en los casos en que el uso de expresiones del folclore sea fortuito, como cuando, por ejemplo, se oye o se ve alguna expresión del folclore en el transcurso de algún acontecimiento sobre el que se está informando por medios fotográficos, de radiodifusión, o de grabación sonora o visual, siempre que tal uso quede justificado por dichos fines informativos. Utilización de objetos, que contengan o impliquen expresiones del folclore, permanentemente localizados en un lugar en que puedan ser vistos por el público, si la utilización consiste en incluir su imagen en una fotografía, una película o un programa de televisión”³¹⁶.

No deben establecerse excepciones y limitaciones o deben estar sujetas a determinadas condiciones

Túnez

“[...] Los derechos dimanantes de los conocimientos tradicionales susceptibles de protección no deben estar sujetos ni a las excepciones ni a las limitaciones (convendrá elaborar un inventario). Túnez cuenta ahora con un organismo del Ministerio de Protección de la Cultura y el Patrimonio encargado de elaborar una lista con las especificaciones técnicas aplicables a esta área”³¹⁷.

³¹⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³¹⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³¹⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

³¹⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Arts Law Centre de Australia

“[...] Teniendo en cuenta el historial de apropiación de ECT por parte de instituciones universitarias y culturales, como museos, galerías y archivos, la Representante opinó que podría acarrear problemas el permitir excepciones para: i) investigaciones o estudios sin ánimo de lucro; y ii) la inclusión en archivos, bibliotecas, museos y galerías. Finalizó recalcando la necesidad de que, antes de permitir estas excepciones, se impongan requisitos mediante los cuales los pueblos indígenas puedan ejercer un control adecuado”³¹⁸.

Tupaj Amaru

“[...] se mostró de acuerdo con la existencia de limitaciones y excepciones para usos que redunden en el interés público y no tengan ánimo de lucro, a condición de que se obtenga el consentimiento previo de los pueblos indígenas”³¹⁹.

Cómo determinar las excepciones y limitaciones apropiadas

Arabia Saudita

“[...] se preguntó quién tiene derecho a decidir sobre las excepciones y qué papel deberían desempeñar los titulares y los propietarios del patrimonio en este contexto. La Delegación señaló que las excepciones en el caso de la enseñanza podrían utilizarse tanto de forma correcta como incorrecta. Lo mismo podría aplicarse a otros elementos del texto, como las críticas o evaluaciones. Por consiguiente, la Delegación concluyó recalcando la necesidad de que el Comité encuentre medidas más claras y precisas para abarcar este campo”³²⁰.

Nueva Zelanda

“[...] Según las excepciones y limitaciones del actual sistema de propiedad intelectual, una cantidad considerable de ECT no reúnen los requisitos para recibir protección. Por ende, afirmó que podrían ser necesarios nuevos mecanismos o derechos *sui generis* para solucionar las carencias en la protección. Añadió que, sin un análisis y un debate pormenorizados sobre esta cuestión y sus implicaciones para los Estados miembros, los pueblos indígenas y las comunidades locales, sería difícil contemplar con qué excepciones o limitaciones deberían contar los mecanismos o derechos encaminados a proteger las ECT. La Delegación opinó que sería inadecuado remitirse únicamente a los actuales tipos de excepciones y limitaciones del sistema de propiedad intelectual para encontrar una solución a este tema. Concluyó afirmando que, en la elaboración de excepciones y limitaciones, se deberían tener en cuenta las leyes consuetudinarias, protocolos y prácticas relativos a las ECT, además de una serie de principios y objetivos generales, tanto humanitarios como medioambientales”³²¹.

³¹⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2 y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³¹⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³²⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³²¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

C. ¿Qué términos, conceptos y cuestiones conexos puede ser necesario aclarar?

ECT/EF

Nueva Zelanda

“[...] los elementos que no se deriven de actividades intelectuales y del patrimonio en sentido amplio (por ejemplo, restos humanos y lenguas en general) están excluidos de la definición de la OMPI de CC.TT. y ECT. Sin embargo, puede haber situaciones en las que dichos elementos culturales sean objeto de apropiación y utilización indebidas, o de falsificación en el contexto de los derechos de P.I., y, por consiguiente, también deben formar parte del análisis [...]”³²²

“Adaptación” y “derivados”

Nueva Zelanda

“[...] Tal como se señaló en respuesta a la pregunta 4, la creación de obras o inventos que sean adaptaciones o derivados de los CC.TT. y las ECT es una conducta que requiere un análisis más en profundidad a fin de determinar lo que se considera inaceptable o ilegal, y dónde pueden establecerse limitaciones en el contexto de los derechos de P.I. [...]”³²³

D. ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

Colombia

“[...] Apoya, en general, los contenidos del propuesto Artículo 5 sobre las disposiciones sustantivas que figuran en los documentos WIPO/GRTKF/IC/9/4 y WIPO/GRTKF/IC/10/4 [...]”³²⁴

India

“[...] A este respecto, la India opinó que sirve de base para considerar este punto la redacción propuesta en el artículo 5 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c)”³²⁵.

³²² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³²³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³²⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³²⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Marruecos

“[...] Constató a continuación que, a lo largo de los años, se han realizado esfuerzos y formulado muchas propuestas que suponen una buena base, todo lo cual se recoge en WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) [...]”³²⁶

Indonesia

“[...] calificó el artículo 5 de WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) de buena base para el debate [...]”³²⁷

República Islámica de Irán

“[...] declaró que el artículo 5 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) le parece una buena base para la discusión [...]”³²⁸

Hokotehi Moriori Trust

“[...] 1) el artículo 5.a)iii) debería incluir el requisito del consentimiento fundamentado previo ya que, desde su punto de vista, sería mejor disponer de medidas preventivas que esperar a que la “comunidad interesada” sea víctima de algún tipo de ofensa; 2) se debería suprimir el adjetivo “ilimitado” del artículo 5.b) y reemplazarlo por el uso “apropiado” conforme con las prácticas consuetudinarias y tradicionales [...]”³²⁹

México

“[...] el artículo 5 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) puede servir de base para debatir sobre este tema”³³⁰.

Arts Law Centre of Australia

“[...] El artículo 5 constituye un buen punto de partida [...]”³³¹

Brasil

“[...] Recordó que el Comité ha debatido sobre el proyecto de disposición de WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) durante años y que el proyecto es el resultado de los esfuerzos y de los debates sustantivos del Comité. Por ende, la Delegación opinó que el artículo 5 de WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) constituye una base madura, adecuada y sólida para el debate”³³².

³²⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³²⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³²⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³²⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³³⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³³¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. 2

³³² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

China

“[...] agradeció además a la Secretaría su constructivo trabajo y afirmó que, a su juicio, las disposiciones pertinentes del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) forman una buena base para las deliberaciones futuras [...]”³³³

Etiopía

“[...] En referencia al artículo 5.3) del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c), opinó que las críticas o reseñas son actividades o empresas dependientes de otras, que se utilizan más bien como método de enseñanza o aprendizaje, comercial o no, para la divulgación de información o en procedimientos judiciales. Por ello, la Delegación considera inapropiada su inclusión como motivo independiente para valerse de excepciones y limitaciones. Dicho esto, considera el artículo 5 una base sólida para deliberaciones futuras. A continuación, se refirió al comentario al primer párrafo del artículo 5, en el que se afirma que una protección demasiado estricta puede frenar la innovación y los intercambios culturales. La Delegación indicó que, a su juicio, la innovación y el intercambio cultural deberían beneficiar a las propias comunidades. Consideró necesario asimismo señalar las diferencias entre las premisas en que se basan, por una parte, la protección de las ECT/EF y, por otra, la promoción de la innovación y el intercambio cultural. La protección de las ECT surge de la necesidad de que las comunidades tradicionales disfruten de sus derechos. La innovación y el intercambio cultural merecen por lo tanto un trato distinto. A su modo de entender, la innovación y el intercambio cultural no deben actuar como limitaciones a los derechos citados anteriormente, a pesar de su importancia. En lo que atañe a la grabación y otras reproducciones de ECT para su inclusión en archivos o inventarios con fines no comerciales en el marco de la salvaguardia del patrimonio cultural, la Delegación opinó que, en el proceso de conservación de las ECT mediante la creación de inventarios o archivos, la responsabilidad principal debería recaer en el Estado donde se ubiquen las comunidades interesadas. Afirmó no poder concebir una situación en la que se puedan tomar tales medidas de conservación en el ámbito internacional sin un compromiso multilateral. No obstante, la Delegación opina que sería muy difícil también aceptar situaciones en las que se preparase un inventario, aun con fines no comerciales, fuera del entorno de las comunidades culturales tradicionales, sin su consentimiento y sin la participación de los Estados donde se ubican. Si esto ocurriera, proliferarían los archivos que se autoproclamarían sin ánimo de lucro y no se rendiría cuentas a las comunidades en cuestión sobre el acceso a los mismos. Se preguntó cómo puede una comunidad local proteger su folclore en una biblioteca para cuya creación no se obtiene el consentimiento de las comunidades interesadas y que se sitúa en la otra punta del mundo. Por lo tanto, la Delegación finalizó recomendando que se excluyan de la lista de limitaciones o excepciones los inventarios, colecciones y cualquier otra actividad de archivo”³³⁴.

Nigeria

“[...] Por este motivo, apoyó totalmente la declaración formulada por la Delegación de Argelia en nombre del Grupo Africano, en línea con la redacción del artículo 5 de WIPO/GRTKF/IC/11/4(c). Dicha redacción es una buena base para seguir debatiendo esta cuestión. Según dijo entender la Delegación, parece que se está tratando de dar por finalizada

³³³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

³³⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

la lista de excepciones... No obstante, teniendo en cuenta la opinión expresada por la Delegación, el artículo 5 de WIPO/IGRTK/IC/11/4(c) supone una buena base para seguir deliberando con el resto de delegaciones con el objetivo de mejorar el texto [...]"³³⁵

³³⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

CUESTIÓN N.º 6: ¿POR CUÁNTO TIEMPO DEBE OTORGARSE LA PROTECCIÓN?

Nota introductoria de la Secretaría

En los comentarios escritos e intervenciones verbales se expuso una serie de puntos. Si bien algunas delegaciones opinaron que no era adecuado que el Comité examine esta cuestión debido a que no se han aclarado suficientemente las razones y los objetivos que han de servirse mediante la protección de las ECT/EF en el marco de la P.I., otras formularon propuestas concretas sobre la duración de la protección que debería aplicarse a las ECT/EF. En algunos comentarios e intervenciones se propuso que las ECT/EF deben seguir estando protegidas en tanto en cuanto satisfagan determinados criterios que propusieron en sus comentarios e intervenciones. A ese respecto, algunas delegaciones opinaron que el proyecto de artículo sobre esta cuestión que figura en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4 (c) constituye una base adecuada para la labor futura. En los comentarios e intervenciones se examinaron asimismo cuestiones tales como: ¿deben protegerse todas las ECT/EF durante el mismo período de tiempo o deben adaptarse los plazos de protección a determinados objetivos y formas de ECT/EF?; ¿qué consideraciones de política están vinculadas a la duración de la protección de las ECT/EF?; en la medida en que determinadas formas de ECT/EF pueden estar ya protegidas en virtud del derecho de autor y los derechos conexos, ¿son adecuados e idóneos los períodos de protección vigentes en virtud del derecho de autor y los derechos conexos? ¿Deben distinguirse los derechos patrimoniales de los morales en relación con la duración de la protección?

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, los comentarios escritos y las intervenciones verbales se han agrupado como sigue:

A: Comentarios sobre la oportunidad de examinar esta cuestión: ¿resulta apropiado considerar esta cuestión en este momento?

B: Comentarios sobre consideraciones de política: ¿qué cuestiones políticas son pertinentes para el examen de esta cuestión?

C: Propuestas específicas sobre la duración I: ¿debe limitarse de alguna manera la duración o debe tratarse de una duración “ilimitada”? En caso de que la duración sea limitada, ¿qué criterios deben utilizarse para determinar la duración? ¿Debe depender la duración de alguna forma de registro o notificación y de su consiguiente renovación?

D. Propuestas concretas sobre la duración II: ¿deben protegerse durante un período específico determinadas ECT? ¿Deben protegerse durante un período específico determinados derechos que dimanen de las ECT?

E: Comentarios sobre el proyecto de artículo: ¿qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

A. Comentarios sobre la oportunidad de examinar esta cuestión: ¿resulta apropiado considerar esta cuestión en este momento?

Japón

“[...] las razones que justifican que la protección de derechos de P.I. se haga extensiva a las ECT/EF no se han determinado ni explicado suficientemente. Japón considera muy preocupante esta cuestión. No puede entablar un debate basado en los derechos o en la protección [...]”³³⁶

Canadá

“[...] también es prematuro abordar la duración de la protección, ya que la misma depende del tipo de protección que se conceda a las ECT. El enfoque que se adopte y los factores que se contemplen serán distintos según se confiera la protección mediante la afirmación de derechos o a través de medidas defensivas. Por añadidura, en la duración de la protección pueden influir una serie de factores, como el objetivo de la protección, el alcance de la materia protegida y las exenciones conexas”³³⁷.

Nueva Zelanda

“[...] apoyó la opinión del Canadá, según la cual es prematuro debatir esta cuestión, así como los elementos enumerados en su intervención, que deben ser considerados detalladamente para efectuar un análisis completo de este tema [...]”³³⁸

Nigeria

“[...] dado que la cuestión quedó claramente formulada en la última sesión del Comité, afirmar que resulta prematuro tratar de encontrar respuestas equivaldría a intentar evitar el debate sobre dicha cuestión [...]”³³⁹

Federación de Rusia

“[...] propuso que la duración de la protección se debata en mayor profundidad sólo después de definir y aclarar las disposiciones sobre los objetivos y el alcance de la protección. A este respecto, señaló que dado que los CC.TT. y las ECT/EF se basan en conocimientos transmitidos de generación en generación, no vale la pena debatir sobre la duración, ya que no se puede definir [...]”³⁴⁰

³³⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³³⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³³⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³³⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁴⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Estados Unidos de América

“[...] coincidió con la Delegación del Canadá en que resulta prematuro que el Comité entable un debate específico sobre la duración de los hipotéticos derechos que se puedan conceder para la protección de las ECT/EF. Asimismo, opinó que en la cuestión parece darse ya por sentado un resultado concreto, lo cual no es útil para hacer progresar las tareas del Comité. Añadió que existen numerosos mecanismos para la protección, preservación y promoción de las ECT/EF. Algunos mecanismos con los que se podría proteger y preservar estas expresiones, podrían ser de duración indefinida, como la protección que emana de las prácticas tradicionales o las obligaciones morales de un grupo cultural. Por otra parte, muchas de las formas existentes de protección en el ámbito de la propiedad intelectual son de duración limitada, como por ejemplo los derechos de autor. Para finalizar, la Delegación de los Estados Unidos de América reiteró sus comentarios anteriores, según los cuales se necesita seguir debatiendo sobre cuestiones y preocupaciones concretas relacionados con la protección, promoción y preservación de las ECT/EF, además de analizar las posibles lagunas en las medidas existentes para abordar estas cuestiones y preocupaciones, antes de estar en medida de determinar soluciones concretas”³⁴¹.

Brasil

“[...] [seguía] convencida de que la apropiación indebida de ECT/EF es un problema mundial que requiere una respuesta mundial y de que no es prematuro tratar de encontrar una respuesta. A continuación, reconoció el enorme esfuerzo realizado por el Comité en su debate sobre la cuestión de la protección de las ECT/EF y señaló que aquel cuenta ya con todos los elementos necesarios para negociar un instrumento internacional [...].”³⁴²

Tupaj Amaru

“[...] se refirió a lo afirmado por la Delegación del Canadá, según la cual resulta prematuro debatir sobre la duración de la protección. Se preguntó cuándo, después de seis o siete años de debates y declaraciones generales, llegará el momento de deliberar, de forma sustantiva, sobre si se debe o no imponer límites a la duración [...].”³⁴³

B. Comentarios sobre consideraciones de política: ¿Qué cuestiones políticas son pertinentes para el examen de esta cuestión?
--

Canadá

“[...] Algunos Estados miembros y observadores han pedido protección a perpetuidad, mientras que otros han sugerido que el mejor enfoque puede ser contemplar plazos de protección que estén más centrados en un objetivo particular y la materia objeto de protección. La protección a perpetuidad de las ECT muy probablemente plantearía problemas a los creadores y usuarios, y seguramente tendría consecuencias para la sociedad en general. Una protección perpetua por P.I. para las ECT también podría plantear problemas en otros

³⁴¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y

³⁴² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³⁴³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

foros tales como los que están buscando promover la diversidad cultural, la protección del patrimonio cultural inmaterial, o el mantenimiento de un dominio público fuerte, por ejemplo. En relación con la P.I., no existe una sola norma nacional o internacional sobre la duración de la protección para todas las formas de materia protegida. Aunque la protección a perpetuidad no es desconocida en el derecho de P.I., dicha protección es la excepción y no la regla. En la mayor parte de los casos la duración de la protección es para un periodo limitado de tiempo a fin de apoyar los objetivos de estimular la creatividad y la innovación y de promover la difusión de la información”³⁴⁴.

Japón

“[...] pero, al discutir sobre la duración de la protección de un derecho de propiedad intelectual, debería tomarse en consideración la necesidad de equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos y el interés público, aunque dicho equilibrio podría variar según el tipo de protección y el alcance del concepto de acto ilegal”³⁴⁵.

Australia

“[...] Australia quiere estimular un debate más en profundidad sobre la duración de la protección de las ECT/EF a fin de garantizar que su tratamiento esté de conformidad con las normas internacionales vigentes”³⁴⁶.

Nueva Zelandia

“[...] La mayoría de los actuales derechos de propiedad intelectual contienen límites en lo relativo a la duración de la protección. Los interesados de la comunidad maorí indicaron claramente que las motivaciones relacionadas con el crecimiento económico o la innovación, no deberían constituir los únicos incentivos para imponer límites a la duración de la protección. Esas motivaciones deben estar en equilibrio con otras de carácter cultural, como las aspiraciones y necesidades culturales de los titulares de las ECT, de conformidad con sus costumbres y protocolos... pero la protección de los aspectos morales debería ser perpetua, teniendo en cuenta la relación consuetudinaria que existe con este tipo de expresiones”³⁴⁷.

C. Propuestas concretas sobre la duración I: ¿Debe limitarse de alguna manera la duración o debe tratarse de una duración “ilimitada”? En caso de que la duración sea limitada, ¿qué criterios deben utilizarse para determinar la duración? ¿Debe depender la duración de alguna forma de registro o notificación y de su consiguiente renovación?

³⁴⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

³⁴⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁴⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

³⁴⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

La duración de la protección debe ser ilimitada

Kirguistán

“No debe limitarse el período de protección de las expresiones culturales tradicionales (folclore)”³⁴⁸.

Ghana

“El folclore debe protegerse a perpetuidad [...]”³⁴⁹

Asociación Rusa de Pueblos Indígenas del Norte (RAIPON)

“Estas normas no deben tener límites temporales. Únicamente un grupo creativo o un autor que hayan creado una expresión cultural tradicional y la hayan interpretado o ejecutado ante el público pueden limitar la duración de la protección”³⁵⁰.

Federación Ibero-Latinoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE)

“Debe concederse protección por un tiempo indefinido debido a la naturaleza específica de la ECT que se ha creado y/o modificado por obra de sucesivas generaciones. Esta continuidad generacional no debe interrumpirse, porque afectaría a la verdadera esencia de la cultura tradicional. Asimismo, deberá rehusarse cualquier disposición que afecte al dominio público de las ECT, aunque implique alguna retribución oculta”³⁵¹.

Túnez

“La duración de la protección debe ser ilimitada”³⁵².

Sudáfrica

“Sudáfrica apoya la idea de que los conocimientos indígenas, las expresiones culturales tradicionales y los recursos genéticos se protejan a perpetuidad. Cuando se habla de la necesidad de proteger los conocimientos tradicionales, es evidente que se está hablando de “protección” en el sentido de salvaguardar la permanente existencia y desarrollo de tales conocimientos. Como ya ha señalado varias veces, ello implica necesariamente proteger el contexto social, económico, cultural y espiritual de tales conocimientos en su totalidad, lo cual no se puede lograr con una protección de duración limitada. Así, propone un instrumento que proteja el carácter global, inalienable, colectivo y perpetuo de los sistemas de conocimientos indígenas con fines mucho más amplios que el beneficio económico”³⁵³.

³⁴⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³⁴⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³⁵⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³⁵¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³⁵² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³⁵³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Nicaragua

“De forma indefinida”³⁵⁴.

Tailandia

“[...] apoyó la posición del Grupo Africano. La Delegación afirmó que, a su parecer, no debería imponerse un límite temporal a la protección de las ECT/EF [...]”³⁵⁵

Sudáfrica, en nombre del Grupo Africano

“[...] El Grupo Africano sostuvo que debería otorgarse una protección perpetua a las ECT [...]”³⁵⁶

Marruecos

“[...] las ECT son de naturaleza distinta a otros productos culturales, ya que son consecuencia de la transmisión de una generación a otra y, por consiguiente, de carácter perpetuo. Finalizó señalando que las comunidades siguen vivas y que la protección debería tener en cuenta estas características y ser perpetua”³⁵⁷.

Amauta Yuyay

“[...] ha quedado clara la necesidad de proteger las formas de entender la vida de los pueblos indígenas. El Representante afirmó que ha escuchado las experiencias de *Inuit Women’s Organization*, incluido lo relativo a como transportan las mujeres a sus hijos en la espalda. El Representante explicó que, tanto a él como a su actual familia de siete hijos, siempre los ha llevado a espaldas la madre. Añadió que pertenece a una generación en la que las madres también han sido transportadas, lo cual ayuda a forjar una relación íntima que sirve para honrar a los miembros de la familia de mayor edad. Por lo tanto, finalizó indicando que la protección debería ser perpetua, ya que se trata de proteger la esencia misma de la vida de su pueblo”³⁵⁸.

Hokotehi Moriori Trust

“[...] a diferencia de las marcas, patentes y los derechos de autor, las ECT no son de duración definida. Añadió que las mismas siguen siendo fundamentales para el mantenimiento de la cultura y la identidad de los pueblos indígenas interesados. Además, convino con el Grupo Africano en que la protección debería ser de carácter perpetuo [...]”³⁵⁹

³⁵⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

³⁵⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁵⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁵⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁵⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁵⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

México

“Consideramos que si la protección sólo es para los derechos morales de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, su duración debe ser indefinida”³⁶⁰.

Tupaj Amaru

“[...] acogió con agrado la posición expresada por la Delegación de Sudáfrica, la cual explicó por qué no debe limitarse la duración. Subrayó que los pueblos indígenas y las comunidades locales, los titulares y custodios de las ECT/EF, son eternos [...].”³⁶¹

Indonesia

“[...] no debería imponerse limitación alguna a la duración de la protección de las ECT/EF, ya que son elementos importantes del patrimonio cultural de todas las naciones, en particular de la comunidad interesada que ha desarrollado y preservado las expresiones en cuestión [...].”³⁶²

Duración limitada de la protección: con referencia a las normas de derecho de autor y derechos conexos

Unión Internacional de Editores (UIE)

“La UIE apoya la limitación en el tiempo del derecho de autor en las obras artísticas y literarias. Toda protección, salvo los derechos morales fundamentales, deberá tener una limitación temporal para asegurar que las obras puedan reintegrarse en el ciclo creativo tras un determinado periodo. En caso contrario, el carácter de fuente de inspiración del dominio público podría verse excesivamente restringido. El mismo principio se aplicará a cualquier marco de protección de ECT/EF”³⁶³.

Italia

“[...] podría ser útil realizar una distinción, teniendo en cuenta las útiles intervenciones realizadas por el resto de delegaciones. En efecto, si se trata de que el Comité reflexione sobre la protección de los derechos morales, no debería entonces imponerse límite temporal alguno, en relación con lo cual la Delegación se refirió al artículo *6bis* del Convenio de Berna. Por otro lado, si la obra en cuestión no se considera material del dominio público, a juicio de Italia debería fijarse un límite a la duración de la protección. En este sentido, la Delegación hizo referencia de nuevo a las disposiciones sobre la duración recogidas en el Convenio de Berna, concretamente en los artículos 7 y *7bis* del citado Convenio. Según el parecer de Italia, lo estipulado en tales artículos podría aplicarse a las ECT”³⁶⁴.

³⁶⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

³⁶¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁶² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁶³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³⁶⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Tupaj Amaru

“[...] Asimismo, formuló comentarios sobre la aplicabilidad del Convenio de Berna al definir la duración de la protección y se preguntó qué ocurriría dentro de 50 o 100 años cuando expirase la protección jurídica de las expresiones en cuestión. Afirmó que los titulares y custodios seguirán ahí y, por ende, no sería apropiado que los pueblos interesados perdieran sus derechos, ya que las ECT/EF forman parte de sus identidades y almas. Añadió, para finalizar, que la protección no debe percibirse únicamente desde un punto de vista mercantil, siguiendo la lógica de la obtención de beneficios en la economía de mercado, sino desde el punto de vista de la existencia misma del ser humano, de su alma y su memoria”³⁶⁵.

Duración limitada de la protección: con referencia a la naturaleza intrínseca de las ECT

Noruega

“Deberá otorgarse protección mientras se cumplan los criterios de protección; por tanto, no tiene por qué establecerse un límite temporal”³⁶⁶.

Sudáfrica, en nombre del Grupo Africano

“[...] a la luz de la naturaleza distintiva e intergeneracional de estas expresiones, los derechos morales y económicos de los titulares deberían seguir siendo válidos mientras las ECT sigan siendo fundamentales para la identidad colectiva de los interesados”³⁶⁷.

Colombia

“[...] las EF deben protegerse mientras una comunidad las exprese o manifieste. No debe hacerse distinción alguna entre las EF registradas o no registradas y secretas”³⁶⁸.

India

“[...] la duración de la protección para las ECT/EF debería ser ilimitada, al igual que con las indicaciones geográficas. La protección debería continuar mientras las expresiones en cuestión sigan respetando los criterios para su disfrute”³⁶⁹.

Yemen

“[...] a diferencia de lo que ocurre con las patentes o las marcas, que caen en el ámbito de la propiedad personal, las ECT pertenecen a los pueblos y comunidades. Concluyó opinando que la protección no debería ser de duración limitada, sino que debería prolongarse mientras las expresiones en cuestión sigan respetando los criterios para obtenerla y se continúen transmitiendo de generación en generación”³⁷⁰.

³⁶⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁶⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³⁶⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁶⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³⁶⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁷⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Arts Law Centre of Australia

“[...] la protección debería durar siempre, mientras las comunidades sigan existiendo y siendo los custodios de sus ECT”³⁷¹.

China

“[...] sostuvo que, mientras una ECT concreta siga siendo un símbolo que represente a una comunidad tradicional o local, mientras exista un vínculo entre la expresión y la comunidad en cuestión, no debería imponerse un límite temporal artificial a la protección [...]”³⁷²

Egipto

“[...] recordó la naturaleza dinámica de las ECT, que se transmiten de una generación a otra, de una persona a otra, siempre sujetas a continuas modificaciones, añadidos o supresiones, que responden a las necesidades y prácticas colectivas de sus titulares. Sin ese carácter dinámico, las ECT perderían su valor como tales, de ahí la necesidad de otorgar protección mientras ese dinamismo haga que estas expresiones se sigan practicando y continúen circulando”³⁷³.

Ogiek Peoples Development Program (OPDP)

“[...] mientras la comunidad siga afirmándose en sus ECT, en el documento se debería optar por un período de protección más largo, lo cual garantizaría que las generaciones futuras puedan adaptar las expresiones en cuestión a su forma de vida”³⁷⁴.

Brasil

“[...] no deberían imponerse límites temporales a la protección. Habida cuenta de las características específicas de este tipo de expresiones, deberían gozar de protección mientras las mismas sigan formando parte de las tradiciones de la comunidad interesada. A este respecto, la duración de la protección debería depender únicamente de los criterios para obtener dicha protección. Una vez que una ECT/EF haya cumplido tales criterios, debería otorgarse protección sin imponer ninguna prescripción adicional, como por ejemplo el registro previo [...]”³⁷⁵

“[...] como pueda ser la dificultad para identificar a un autor concreto, las ECT/EF deben ser protegidas mientras las características simbólicas que originaron la expresión en cuestión sigan formando parte de la tradición de la comunidad que la posee [...]”³⁷⁶

³⁷¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2.

³⁷² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³⁷³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁷⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁷⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³⁷⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Nueva Zelandia

“[...] Los debates mantenidos por Nueva Zelandia en su ámbito nacional con los interesados en esta cuestión, indican que debería otorgarse una protección perpetua a las ECT o hasta que no haya nadie *whakapapa* (conectado genealógicamente) respecto de la fuente de los CC.TT. o las ECT, o mientras siga habiendo *uri* (descendientes) que deseen hacer valer la protección”³⁷⁷.

Requisitos de registro o notificación

Colombia

“Condicionar la duración de la protección a la existencia de un registro o notificación limita el alcance del instrumento, contradice los objetivos y principios establecidos y dificulta la defensa de los derechos que, por su naturaleza, no deberían estar sujetos a prescripción alguna, especialmente en el caso de pueblos indígenas cuyas leyes originales o específicas son sólo una, total y permanente [...]”³⁷⁸

Hokotehi Moriori Trust

“[...] la protección debería ser de carácter perpetuo y no debería limitarse a aquellas expresiones que se hayan registrado, ya que numerosos pueblos indígenas viven en comunidades remotas [...]”³⁷⁹

[Véase asimismo *Indonesia*, más adelante]

Arts Law Centre of Australia

“[...] una vez que se elimine el requisito de registro, ya que el mismo resulta inadecuado para numerosas comunidades indígenas que habitan en lugares remotos [...]”³⁸⁰

Otros comentarios generales

Guatemala

“[...] La protección no puede interpretarse en ningún caso de modo que obstaculice la utilización y el desarrollo normales de las expresiones del folclore”³⁸¹.

Qatar

“Deberá considerarse teniendo presente que el archivo de los conocimientos tradicionales en que se guardan los materiales desempeña la función de autoridad competente,

³⁷⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

³⁷⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³⁷⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁸⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2.

³⁸¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

y podría tomar la responsabilidad de conceder el uso adecuado de los conocimientos tradicionales”³⁸².

Hokotehi Moriori Trust

“[...] Como parte de la demanda Wai 262, las tribus maoríes formularon una serie de sugerencias de opciones y modelos para el funcionamiento en la práctica de los regímenes de protección. El Representante hizo un llamamiento dirigido a aquellos Estados miembros que no están convencidos sobre los mecanismos de protección que tratan de obtener los pueblos indígenas, para que lean los muchos materiales y documentos preparados por el Comité, así como los estudios de casos sobre el tema presentados por Estados y pueblos indígenas durante los últimos siete años. Como conclusión, sugirió que la Secretaría compile en una lista los documentos y demás información que reflejen el trabajo que ha realizado hasta la fecha sobre estas cuestiones”³⁸³.

D. Propuestas concretas sobre la duración II: ¿Deben protegerse durante un período específico ECT? ¿Deben protegerse durante un período específico determinados derechos que dimanen de las ECT?

ECT de valor comercial

Nigeria

“[...] expresó su apoyo a la declaración formulada por Sudáfrica en nombre del Grupo Africano sobre la sexta cuestión... La razón de ser misma de las ECT convierte la perpetuidad en la opción más atractiva y apropiada. No obstante, la Delegación ya explicó en las sesiones quinta y sexta del Comité que no hay nada inherentemente incorrecto o contradictorio en definir la duración de las ECT, sobre todo en aquellos casos que tienen una importancia o una orientación únicamente comerciales. De esta manera se podría lograr cierto equilibrio entre los intereses en conflicto de las comunidades de que proceden las expresiones, además de aumentar la certidumbre. Por consiguiente, la Delegación se dijo preparada a seguir debatiendo sobre la conveniencia y viabilidad de un régimen de duración dual, en particular mediante la distinción entre derechos económicos y morales sugerida por Nueva Zelandia e Italia. Finalmente, la Delegación expresó su desacuerdo con que se consideren las ECT parte del dominio público, ya que las mismas nunca han gozado de protección formal de ningún tipo”³⁸⁴.

Obras derivadas y “extraídas”

Ghana

“[...] Con todo, las obras derivadas o extraídas de los conocimientos o los derechos secundarios / conexos deben protegerse de acuerdo con la duración de la protección de los derechos de propiedad intelectual como las patentes, el derecho de autor, etcétera”³⁸⁵.

³⁸² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³⁸³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁸⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁸⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Distinguir los derechos patrimoniales y morales

Nigeria

“[...] Por consiguiente, la Delegación se dijo preparada a seguir debatiendo sobre la conveniencia y viabilidad de un régimen de duración dual, en particular mediante la distinción entre derechos económicos y morales sugerida por Nueva Zelandia e Italia [...]”³⁸⁶

Nueva Zelandia

“[...] Sin embargo, algunas partes interesadas han señalado que la duración de cualquier tipo de protección relacionada con factores económicos podría ser menor [...]”³⁸⁷

Italia [esta cita también aparece en otra parte]

“[...] podría ser útil realizar una distinción, teniendo en cuenta las útiles intervenciones realizadas por el resto de delegaciones. En efecto, si se trata de que el Comité reflexione sobre la protección de los derechos morales, no debería entonces imponerse límite temporal alguno, en relación con lo cual la Delegación se refirió al artículo *6bis* del Convenio de Berna. Por otro lado, si la obra en cuestión no se considera material del dominio público, a juicio de Italia debería fijarse un límite a la duración de la protección. En este sentido, la Delegación hizo referencia de nuevo a las disposiciones sobre la duración recogidas en el Convenio de Berna, concretamente en los artículos 7 y *7bis* del citado Convenio. Según el parecer de Italia, lo estipulado en tales artículos podría aplicarse a las ECT”³⁸⁸.

ECT/EF protegidas en virtud de la legislación de derecho de autor y derechos conexos

Australia

“Los tipos de ECT/EF ya protegidos como obras por la legislación de derecho de autor, generalmente disfrutaban de protección durante toda la vida del autor y 70 años más [...]”³⁸⁹

Federación de Rusia

“[...] En el caso de derechos individuales a los que han hecho referencia los Representantes de los pueblos indígenas, como los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes de himnos nacionales, podría aplicarse la legislación en vigor sobre derechos conexos y la duración de la protección de tales interpretaciones y ejecuciones sería limitada y se definiría en virtud de la citada legislación”³⁹⁰.

³⁸⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁸⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

³⁸⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁸⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

³⁹⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

ECT secretas

Indonesia [esta cita también aparece en otra parte]

“[...] la protección de las ECT/EF secretas no debería estar conectada únicamente a su carácter secreto, sino que deberían disfrutar de protección mientras se cumplan los criterios para obtenerla”³⁹¹.

Burkina Faso [esta cita también aparece en otra parte]

“[...] Según el proyecto de disposición [artículo 6.ii)], la protección terminaría cuando las expresiones del folclore que antes eran secretas dejen de serlo. Dado que la protección no dimana de su naturaleza secreta, a su juicio no existe motivo alguno para [que esa] sea la consecuencia de la divulgación”³⁹².

China [esta cita también aparece en otra parte]

“[...] se sumó a continuación a los comentarios formulados por la Delegación de Burkina Faso sobre el artículo 6.ii) y solicitó al Comité que se aclare la cuestión de la duración de la protección de las ECT secretas [...]”³⁹³

D. ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

Indonesia

“[...] En lo que atañe al párrafo 1 del artículo 6 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c), en el cual se afirma que la protección “durará mientras permanezcan registradas o notificadas, tal como se menciona en el artículo 7”, la Delegación opinó que no debería imponerse limitación temporal alguna a la protección mediante un sistema de registro. Afirmó creer que la protección no debería limitarse a los casos en que se proceda al registro o la notificación, ya que las ECT/EF pueden haber existido desde hace cien años. En lo relativo al párrafo 2 del artículo 6, la Delegación señaló que, a su entender, la protección de las ECT/EF secretas no debería estar conectada únicamente a su carácter secreto, sino que deberían disfrutar de protección mientras se cumplan los criterios para obtenerla”³⁹⁴.

Tailandia

“[...] el proyecto de disposición del artículo 6 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) debería usarse como base para los debates y, en particular, el

³⁹¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁹² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁹³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³⁹⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

proyecto de artículo 6.ii) debería ser considerado en consulta con las comunidades tradicionales”³⁹⁵.

Burkina Faso

“[...] señaló que la norma contenida en el artículo 6.ii) del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) no es la adecuada. Según el proyecto de disposición, la protección terminaría cuando las expresiones de folklore que antes eran secretas dejen de serlo. Dado que la protección no dimana de su naturaleza secreta, a su juicio no existe motivo alguno para esa sea la consecuencia de la divulgación”³⁹⁶.

China

“[...] se sumó a continuación a los comentarios formulados por la Delegación de Burkina Faso sobre el artículo 6.ii) y solicitó al Comité que se aclare la cuestión de la duración de la protección de las ECT secretas [...]”³⁹⁷.

Sudáfrica, en nombre del Grupo Africano

“La Delegación de Sudáfrica, en nombre del Grupo Africano afirmó que el artículo 6 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) supone una buena base para seguir debatiendo [...]”³⁹⁸

Brasil

“[...] El proyecto de disposición del artículo 6 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) supone una base suficiente para debatir esta cuestión”³⁹⁹.

China

“[...] opinó que el artículo 6 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) sirve de base para seguir deliberando”⁴⁰⁰.

Arts Law Centre of Australia

“[...] el artículo 6 sirve de punto de partida [...]”⁴⁰¹

³⁹⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁹⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁹⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

³⁹⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

³⁹⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁰⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁰¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2.

CUESTIÓN N.º 7: ¿EN QUÉ MEDIDA OTORGAN PROTECCIÓN LOS DERECHOS DE P.I. VIGENTES? ¿QUÉ VACÍOS DEBEN LLENARSE?

Nota introductoria de la Secretaría

En los comentarios e intervenciones realizados en relación con esta cuestión se examinó la relación existente entre los derechos de P.I. vigentes y la protección de las ECT/EF en términos generales, así como ejemplos concretos de casos en las que las ECT/EF han recibido protección con arreglo a los derechos de P.I. o en los que se han señalado vacíos. A este respecto, se formularon varias propuestas sobre la manera de llenar los vacíos existentes. Asimismo, se formularon varias propuestas sobre la manera en que puede examinar el Comité la relación existente entre las ECT/EF y los derechos de P.I. En consecuencia, los comentarios e intervenciones se han agrupado en tres grupos principales:

A: ¿Qué comentarios generales se han formulado sobre la relación existente entre los objetivos señalados para la protección de las ECT/EF (véase la cuestión N.º 3) y los regímenes de P.I. vigentes? ¿Están concebidos los sistemas de P.I. para proteger las ECT/EF y resultan adecuados a ese fin? ¿Se ha considerado que determinados principios o conceptos de los derechos de P.I. resultan problemáticos en relación con la protección de las ECT/EF? ¿Cómo puede examinar más detenidamente el Comité la relación existente entre los derechos de P.I. y las ECT/EF?;

B: ¿Qué ejemplos concretos existen de ECT/EF, o sus formas, que reciban protección al menos en cierta medida de los derechos de P.I. u otra forma de legislación? ¿Existen “vacíos” entre la protección conferida y los objetivos señalados para la protección de las ECT/EF? En caso afirmativo, ¿qué ejemplos concretos se han suministrado? ¿Se han mencionado en alguno de los comentarios e intervenciones determinados casos, legislación u otras medidas?;

y

C: En los casos en que se detectan “vacíos”, ¿qué soluciones se han propuesto? ¿Qué otro tipo de legislación y medidas (distintas de la P.I.) pueden ser útiles para proporcionar una protección integral de las ECT/EF?

<p>A. ¿Qué comentarios generales se han formulado sobre la relación existente entre los objetivos señalados para la protección de las ECT/EF (véase la cuestión N.º 3) y los regímenes de P.I. vigentes? ¿Están concebidos los sistemas de P.I. para proteger las ECT/EF y resultan adecuados a ese fin? ¿Se ha considerado que determinados principios o conceptos de los derechos de P.I. resultan problemáticos en relación con la protección de las ECT/EF? ¿Cómo puede examinar más detenidamente el Comité la relación existente entre los derechos de P.I. y las ECT/EF?</p>

Comentarios generales

Comunidad Europea

“Ya es posible ofrecer alguna protección, si bien limitada, por medio de las normas de propiedad intelectual vigentes. No obstante, debería quedar claro que al referirnos a la protección de las expresiones del folclore por medio de la propiedad intelectual, esta última se aplica, y de hecho únicamente puede aplicarse de manera útil, respecto de los aspectos económicos del folclore, dejando a un lado los aspectos puramente étnicos o religiosos. Es

más, si se trataran de proteger los aspectos étnicos o religiosos del folclore por medio de la propiedad intelectual, ésta traspasaría los límites de sus objetivos reconocidos: fomentar la creatividad y la inversión”⁴⁰².

China

“[...] el actual sistema de propiedad intelectual confiere solo una protección parcial sobre ECT/EF [...]”⁴⁰³

Kirguistán

“No existe una normativa adecuada ni una base jurídica directamente relacionada con la protección de las expresiones culturales tradicionales (folclore). La legislación de la República Kirguisa presenta un vacío en esta cuestión [...]”⁴⁰⁴

Noruega

“[...] Con todo, los derechos de P.I. no se crearon para proteger las ECT/EF, por lo que las características y necesidades específicas de estas no son necesariamente contempladas por tales derechos de un modo pertinente. Suele otorgarse una protección fragmentada, que varía entre las diferentes jurisdicciones y tipos de ECT/EF. Además, las ECT/EF no suelen considerarse necesariamente sujetos de protección”⁴⁰⁵.

Sudáfrica

“[...] opina que las solicitudes de derechos de P.I. que incluyan conocimientos indígenas, o estén basadas en ellos, deberían estar expresamente excluidas del ámbito de protección de los actuales derechos de P.I. [...]”⁴⁰⁶

Asociación Rusa de Pueblos Indígenas del Norte (RAIPON)

“No hay respuesta”⁴⁰⁷.

Colombia

“La legislación sobre propiedad intelectual no contempla ningún tipo de protección de ECT”⁴⁰⁸.

⁴⁰² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁰³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁰⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁰⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁰⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁰⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁰⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Túnez

“Se considera la expresión “conocimientos tradicionales” como un concepto impreciso que no puede protegerse mediante un único sistema de leyes, como el que constituyen en este caso las relativas a la propiedad intelectual. En el sistema de propiedad intelectual no puede reconocerse la propiedad colectiva de las prácticas y los conocimientos transmitidos de generación en generación. Cabría considerar, sin embargo, que, si la propiedad intelectual puede ayudar de un modo u otro a proteger los conocimientos tradicionales y a propiciar la identificación de sus propietarios legítimos, servirá, por lo pronto, para reconocer su creatividad colectiva [...]”⁴⁰⁹

Nicaragua

“No existe protección para los conocimientos tradicionales en Nicaragua”⁴¹⁰.

Nigeria

“[...] señaló a la atención del Comité el excelente informe de las misiones exploratorias de la OMPI, en el que se muestra claramente el vacío existente entre los objetivos del sistema clásico de derechos de propiedad intelectual y las necesidades y expectativas de las comunidades interesadas. Ello supone una prueba convincente de que el sistema de propiedad intelectual vigente ni se diseñó pensando en las ECT ni las protege adecuadamente”⁴¹¹.

India

“[...] la normativa convencional en materia de propiedad intelectual, sobre derechos de autor o diseños industriales, no puede aplicarse a las ECT, ya que resulta complicado determinar si se cumplen o no los requisitos de originalidad y carácter novedoso [...]”⁴¹²

Sudáfrica, en nombre del Grupo Africano

“[...] el actual sistema de propiedad intelectual no ofrece una protección adecuada a las ECT. Sin embargo, en ciertos casos específicos, algunos elementos de estas expresiones podrían disfrutar de protección al amparo del actual sistema de propiedad intelectual. Añadió que todo sistema viable de protección debe tener en cuenta la naturaleza comunal, holística e intergeneracional de las ECT [...]”⁴¹³

Burkina Faso

“[...] el tema de la protección de estas expresiones surgió durante la primera reunión africana sobre derechos de autor, celebrada en Brazzaville en 1963. Añadió a este respecto que se ha seguido debatiendo sobre dicho tema desde entonces. Por ejemplo, durante la revisión del Convenio de Berna en 1967, los países africanos expresaron sus preocupaciones,

⁴⁰⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴¹⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁴¹¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴¹² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴¹³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

lo cual conllevó la redacción del artículo 15. En aquel momento, no era correcto insinuar que el tema suponía un problema nuevo y que resultaba prematuro intentar abordarlo con propuestas concretas. Según la Delegación de Burkina Faso, las dificultades tienen que ver con el tema fundamental de la forma en que se lleva a cabo la creación intelectual, es decir, de forma tradicional o moderna. Cuando aparecieron los derechos de autor en Europa, también existía creación tradicional, pero tales derechos se concibieron para ocuparse de la creación “erudita”, dejando a un lado la creación popular. A este respecto, se citaba como ejemplo el criterio de originalidad, el cual es un criterio individualista. En la creación tradicional, el creador no busca necesariamente adquirir una identidad propia, sino que por encima de todo debe seguir siendo auténtico [...]”⁴¹⁴

American Folklore Society (AFS)

“[...] la conveniencia de que la OMPI cree comités de expertos encargados de perfilar definiciones y aclarar cuestiones, para después presentar recomendaciones específicas al Comité. Otros organismos internacionales han utilizado este método con éxito y, a juicio de AFS, la OMPI tiene a su disposición una cantidad considerable de información surgida de debates entre expertos. A este respecto, la Representante declaró que, sin lugar a dudas, a su organización le complacería participar en tales comités. También señaló que tanto las comunidades tradicionales como entes con un carácter más institucional, pueden servir de fuente de tales conocimientos periciales, ya que existen precedentes en los que basarse en el marco de otras iniciativas internacionales emprendidas, entre otros, en el marco de la UNESCO y el CDB. Por lo tanto, sugirió que, tras el debate de la undécima sesión sobre las diez cuestiones, la OMPI organice los citados grupos de trabajo formados por expertos. Utilizando los informes de las deliberaciones del Comité y el material preparado previamente por la Secretaría gracias a misiones exploratorias y estudios de casos, se encargaría a los comités de expertos que encontrasen puntos de acuerdo, que aportasen una perspectiva profesional, que ampliasen los conceptos cuando se les solicitara o que formularan recomendaciones concretas. Los resultados de los esfuerzos de estos grupos de trabajo deberían presentarse ante la duodécima sesión del Comité para proceder a un debate, pulir lo que resulte necesario y tomar decisiones sobre acciones futuras”⁴¹⁵.

Tailandia

“[...] los derechos de propiedad intelectual vigentes no son adecuados para proteger las ECT/EF. Sin embargo, deberían analizarse los instrumentos internacionales en vigor, así como identificar sus lagunas, con el objetivo de adaptarlos o completarlos, para así cubrir las necesidades específicas de protección de estas expresiones. La Delegación dijo entender que ello podría representar mucho trabajo, pero indicó que podría ser el objetivo central de la próxima etapa en las tareas del Comité. Por añadidura, la Delegación opinó que se debería promover el debate sobre legislaciones nacionales y sobre leyes consuetudinarias o códigos de conducta comunitarios, como parte de los esfuerzos de creación de capacidad encaminados a garantizar la protección preventiva de las ECT en todos los ámbitos. No obstante, para finalizar señaló la importancia de que se reconozcan tales ámbitos de protección y formen parte de un sistema de protección internacional”⁴¹⁶.

⁴¹⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴¹⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴¹⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Hokotehi Moriori Trust

“[...] Tales derechos sólo podrían proteger algunos aspectos económicos de las ECT, pero no los valores y la integridad cultural, aspectos que, para los pueblos indígenas, son más importantes”⁴¹⁷.

Estados Unidos de América

“En sintonía con el mandato de la OMPI de “fomentar la protección de los derechos de propiedad intelectual” y estimular, así, la innovación y la creatividad, el CIG ha hecho notables progresos en lo que atañe a la determinación de la función de los actuales derechos de P.I.; y, de este modo, ha abordado cuestiones concretas y dudas sobre las ECT/EF, como pueda ser la función, a escala nacional, del derecho de autor, de las marcas y de la legislación de secretos comerciales, entre otras legislaciones. Hay ya muchas disposiciones vigentes sobre derechos de P.I. para proteger las ECT/EF... El CIG debe apoyarse en la experiencia de los Estados miembros de la OMPI, tanto como en la experiencia de los pueblos indígenas, al adaptar o aplicar los derechos de P.I. vigentes a cuestiones y preocupaciones sobre ECT/EF. La Secretaría deberá informar sobre las medidas recientes destinadas a la aplicación de tales derechos a las ECT/EF. El Comité debería examinar, con un enfoque nuevo y objetivo, las actividades y programas (sin omitir los programas y mecanismos de ámbito regional), determinados a facilitar el intercambio de las mejores medidas de aplicación de los derechos de P.I. vigentes a los asuntos e intereses específicos relativos a las ECT/EF, ya sean nacionales, regionales o locales... El intercambio de información sobre los últimos desarrollos jurídicos y políticos y otras prácticas de eficacia probada a escala nacional favorecería el progreso de la labor del Comité. Algunos miembros podrían plantear sus dudas o exponer casos concretos en que los sistemas de propiedad intelectual parezcan insuficientes para preservar, proteger o fomentar las ECT/EF en un contexto determinado. Tales intervenciones contribuirán a que el Comité registre los vacíos que pudiera haber en el marco internacional actual. Una vez identificados tales vacíos, podrían ser analizados y abordados”⁴¹⁸.

“[...] el Comité debería seguir trabajando para identificar y analizar el uso de los derechos de propiedad intelectual en vigor para abordar cuestiones y preocupaciones específicas sobre la protección de las ECT/EF. Las experiencias exitosas a escala nacional, regional y local, podrían servir de base para identificar “prácticas óptimas” y modelos que sirvan a otros Estados miembros y grupos culturales. Este enfoque, basado en el acopio de mucha información fáctica, ofrece perspectivas muy prometedoras para facilitar un consenso en torno a una serie de objetivos alcanzables. En concreto, los Estados Unidos sugirieron que el Comité tal vez quiera contemplar actividades y programas, incluidos programas regionales y guías prácticas, diseñados para facilitar el intercambio de prácticas óptimas sobre el uso de derechos de propiedad intelectual vigentes para abordar cuestiones y preocupaciones locales, nacionales o regionales específicas relacionadas con las ECT/EF partiendo, cuando proceda, de las mejores prácticas seguidas por las instituciones culturales. Los Estados Unidos de América afirmaron que, a su juicio, debatir sobre una serie de principios y doctrinas concretos en materia de competencia desleal, relaciones contractuales, patrimonio cultural y derecho consuetudinario, cuando sirvan para tratar cuestiones y preocupaciones específicas, podría

⁴¹⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴¹⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

hacer avanzar las labores del Comité [...]”⁴¹⁹

Brasil

“[...] los derechos de propiedad intelectual tradicionales ni se diseñaron con las ECT/EF en mente, ni son adecuados para proteger estas expresiones. Tales derechos tradicionales, como los estipulados en el Convenio de Berna o el Acuerdo sobre los ADPIC, ni abordan adecuadamente la cuestión de la protección de las ECT/EF ni dan respuesta a las preocupaciones de las comunidades tradicionales y locales. La naturaleza pluridimensional y las particularidades de estas expresiones, apuntan a la acuciante necesidad de adoptar un instrumento internacional que garantice los derechos de las comunidades locales, indígenas y tradicionales. A modo de entender del Brasil, la apropiación indebida de ECT/EF es un problema mundial que exige una solución de carácter mundial, solución que debe buscarse bajo la égida del sistema de propiedad intelectual mediante la elaboración de un nuevo instrumento internacional. Finalizó señalando que el Comité ha progresado considerablemente en su debate sobre esta cuestión y expresando el deseo del Brasil de celebrar un debate sustantivo”⁴²⁰.

Canadá

“Tanto las leyes y políticas de P.I. como las que no son de P.I. pueden, dependiendo del objetivo de la protección, proteger a las ECT. Se ha expresado preocupación respecto a los “vacíos” existentes en el derecho de P.I. debido a que sólo las personas de la comunidad de la que procede, por ejemplo, una canción tradicional podrán utilizarla como base de una nueva obra. El que esto represente una brecha en la protección por P.I. puede depender de diversos factores y, en especial, del objetivo político de la protección. Por ejemplo, ¿el objetivo político es permitir sólo a los miembros de la comunidad de origen acceder a todas las ECT de su comunidad y utilizarlas, o es lograr dicha protección sólo para una categoría seleccionada de ECT? Asimismo, deben tenerse en cuenta las consecuencias de una protección tan amplia para los usuarios y el interés público general. La identificación y el examen de los vacíos del sistema actual permitirían el avance de la labor del Comité para beneficio de los Estados miembros”⁴²¹.

Australia

“Australia no ha realizado un análisis sistemático de la medida en la que la P.I. ya proporciona protección a las ECT/EF ni sobre qué vacíos deben llenarse. En términos generales, el derecho de autor, y las legislaciones sobre prácticas comerciales, información confidencial y competencia desleal tienen una función que desempeñar. Conceptos jurídicos más generales como el derecho contractual, el enriquecimiento injusto y el fraude también pueden tener un papel importante... El ámbito de cualquier problema sistémico que pueda existir con los medios para abordar la apropiación indebida de ECT/EF será objeto de más aclaraciones. Estas aclaraciones estarán apoyadas por un análisis de los problemas identificados a escala nacional”⁴²².

⁴¹⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴²⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴²¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴²² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Nueva Zelanda

“Los mecanismos de propiedad intelectual se elaboraron sin tener presente la protección de los CC.TT. y de las ECT... La cuestión de en qué medida el actual sistema de derechos de P.I. proporciona en Nueva Zelanda protección para los CC.TT. y las ECT se planteó en el contexto de la demanda WAI 262⁴²³ en virtud del Tratado de Waitangi. Los querellantes, los Ngāti Kuri, Ngāti Wai y Te Rarawa⁴²⁴, describieron la relación existente entre los *mātauranga Māori* (conocimientos maoríes) y los derechos de propiedad intelectual de la forma siguiente:

“El sistema de derechos de propiedad intelectual proporciona una forma muy limitada de protección a los *mātauranga* y no refleja ni protege los *valores* subyacentes a los sistemas de conocimientos tradicionales o consuetudinarios. Por ejemplo, los derechos de propiedad intelectual son derechos privados, monopolísticos que proporcionan protección económica a los titulares de esos derechos y tienen una duración limitada. Mientras que los *mātauranga Māori* (tal como ocurre con los sistemas de conocimientos indígenas de todo el mundo) son de naturaleza colectiva, se transmiten de generación en generación y son esenciales para el mantenimiento y supervivencia de la cultura y la identidad maoríes.

Esto no significa que el sistema de derechos de P.I. no proporcione ningún tipo de protección a los maoríes. Ha habido muchos ejemplos en los que los maoríes han utilizado las marcas y el derecho de autor para proteger los aspectos comerciales de sus obras. Para los querellantes, la cuestión fundamental es que el sistema de derechos de P.I. se limita a la protección de los derechos *económicos y comerciales*. No se elaboró para proteger los *valores culturales y la identidad* conexos a los *mātauranga Māori*”...⁴²⁵

Referencias a principios y conceptos particulares de los derechos de P.I. vigentes en relación con las ECT/EF

Comunidad Europea

“[...] [la propiedad intelectual] se aplica, y de hecho únicamente puede aplicarse de manera útil, respecto de los aspectos económicos del folclore, dejando a un lado los aspectos puramente étnicos o religiosos. Es más, si se trataran de proteger los aspectos étnicos o religiosos del folclore por medio de la propiedad intelectual, ésta traspasaría los límites de sus objetivos reconocidos: fomentar la creatividad y la inversión”⁴²⁶.

⁴²³ [Nota de la Secretaría: la nota a pie de página figuraba en el texto original]: El Tribunal Waitangi es una comisión de encuesta establecida por ley a fin de examinar los alegatos de incumplimiento del Tratado de Waitangi (el documento fundacional de Nueva Zelanda) e informar al respecto. Los querellantes en la demanda WAI 262, también conocida como la demanda sobre la fauna y la flora, han planteado preocupaciones en relación con los derechos de P.I. y la protección de los *mātauranga Māori*.

⁴²⁴ [Nota de la Secretaría: la nota a pie de página figuraba en el texto original]: Tres tribus maoríes de la parte norte de Nueva Zelanda.

⁴²⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴²⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Túnez

“[...] En el sistema de propiedad intelectual no puede reconocerse la propiedad colectiva de las prácticas y los conocimientos transmitidos de generación en generación [...]”⁴²⁷

India

“[...] la normativa convencional en materia de propiedad intelectual, sobre derechos de autor o diseños industriales, no puede aplicarse a las ECT, ya que resulta complicado determinar si se cumplen o no los requisitos de originalidad y carácter novedoso [...]”⁴²⁸

Sudáfrica

“[...] Todo sistema viable de protección debe tener en cuenta la naturaleza comunal, holística e intergeneracional de las ECT [...]”⁴²⁹

Burkina Faso

“[...] las dificultades tienen que ver con el tema fundamental de la forma en que se lleva a cabo la creación intelectual, es decir, de forma tradicional o moderna. Cuando aparecieron los derechos de autor en Europa, también existía creación tradicional, pero tales derechos se concibieron para ocuparse de la creación “erudita”, dejando a un lado la creación popular. A este respecto, se citaba como ejemplo el criterio de originalidad, el cual es un criterio individualista. En la creación tradicional, el creador no busca necesariamente adquirir una identidad propia, sino que por encima de todo debe seguir siendo auténtico [...]”⁴³⁰

Hokotehi Moriori Trust

“[...] los derechos de P.I. sólo podrían proteger algunos aspectos económicos de las ECT, pero no los valores y la integridad cultural, aspectos que, para los pueblos indígenas, son más importantes”⁴³¹.

Nueva Zelandia

“[...] Los querellantes, los Ngāti Kuri, Ngāti Wai y Te Rarawa⁴³², describieron la relación existente entre los *mātauranga Māori* (conocimientos maoríes) y los derechos de propiedad intelectual de la forma siguiente: “El sistema de derechos de propiedad intelectual proporciona una forma muy limitada de protección a los *mātauranga* y no refleja ni protege los valores subyacentes a los sistemas de conocimientos tradicionales o consuetudinarios. Por ejemplo, los derechos de propiedad intelectual son derechos privados, monopolísticos que

⁴²⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴²⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴²⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴³⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴³¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴³² [Nota de la Secretaría: la nota a pie de página figuraba en el texto original]: Tres tribus maoríes de la parte norte de Nueva Zelandia.

proporcionan protección económica a los titulares de esos derechos y tienen una duración limitada. Mientras que los *mātauranga Māori* (tal como ocurre con los sistemas de conocimientos indígenas de todo el mundo) son de naturaleza colectiva, se transmiten de generación en generación y son esenciales para el mantenimiento y supervivencia de la cultura y la identidad maoríes... Para los querellantes, la cuestión fundamental es que el sistema de derechos de P.I. se limita a la protección de los derechos *económicos y comerciales*. No se elaboró para proteger los *valores culturales y la identidad* conexos a los *mātauranga Māori* [...]"⁴³³

B. ¿Qué ejemplos concretos existen de ECT/EF, o sus formas, que reciban protección al menos en cierta medida de los derechos de P.I. u otra forma de legislación? ¿Existen “vacíos” entre la protección conferida y los objetivos señalados para la protección de las ECT/EF? En caso afirmativo, ¿qué ejemplos concretos se han suministrado? ¿Se ha mencionadon en alguno de los comentarios e intervenciones determinados casos, legislación u otras medidas?

Comunidad Europea

“[...] En cierta medida, cabe utilizar el *derecho de marcas* para proteger determinadas expresiones del folclore, como los dibujos o modelos o los símbolos. La ventaja de este tipo de protección es que no precisa del requisito de la novedad y que puede renovarse sin límite de tiempo, aunque únicamente hace referencia al uso real o previsto para determinadas categorías de productos o servicios.

La legislación sobre *dibujos y modelos industriales* suministra protección para determinadas expresiones del folclore, como las marcas gráficas en cualquier superficie y las formas plásticas tridimensionales. No obstante, resulta difícil conciliar los criterios de la novedad y la originalidad, así como la titularidad y la duración limitada de la protección, con la naturaleza de las expresiones del folclore.

Cabe aplicar la legislación sobre *indicaciones geográficas* a determinados productos tangibles del folclore (como los tapices, textiles o figuras) ya que la protección puede asignarse a un territorio en lugar de a una persona física o jurídica. No obstante, esta protección no otorga derechos exclusivos sobre el producto o servicio en sí mismo y únicamente impedirá que otros utilicen la indicación: aún así, cabría reproducir o representar el mismo tipo de folclore bajo un nombre distinto. Es posible que los conceptos de *competencia desleal o práctica comercial desleal* proporcionen, en los ámbitos en que estén vigentes, protección contra el uso comercial ilegal y cabría utilizarlos contra las industrias que se aprovechan del folclore sin tener en consideración su carácter tradicional.

Además, ya se ofrece alguna protección de la propiedad intelectual a los intérpretes y ejecutantes de expresiones del folclore por medio del Artículo 2.a) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación y Fonogramas de 1996. Este mismo Tratado hace extensivos a los mismos intérpretes o ejecutantes los derechos morales, los derechos económicos por sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, el derecho de reproducción, de distribución, de alquiler y el de puesta a disposición de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas. No obstante, la circunstancia de que las expresiones del folclore estén incluidas en el WPPT

⁴³³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

confirma el hecho de que no se trata de obras y se otorga la protección a los artistas intérpretes o ejecutantes de expresiones del folclore en virtud del concepto de derechos conexos⁴³⁴.

Unión Internacional de Editores (UIE)

“El derecho de autor y las marcas y la protección de diseños otorgan una amplia protección de los derechos patrimoniales. Hay, además, otros sectores de la legislación que pueden otorgar igualmente protección (indicaciones geográficas, confidencialidad / secretos comerciales). La UIE no tiene conocimiento de ningún vacío importante en la esfera de la publicación de ECT/EF⁴³⁵.”

Kirguistán

“[...] se ha elaborado un proyecto de ley “Sobre la conservación y la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales” que actualmente se está revisando en los Ministerios correspondientes de este país⁴³⁶.”

Ghana

“Actualmente, Ghana protege los aspectos literarios, científicos y artísticos de las ECT y los diseños *Adinkra* y *Kente*; es decir, los motivos tradicionales se protegen en virtud de la Ley de Derecho de Autor de 2005, o Ley 690. Los vacíos que deben afrontarse son aspectos del folclore que todavía perduran, como medicina y modos y métodos de preparación de alimentos tradicionales⁴³⁷.”

Noruega

“Los derechos de P.I. vigentes (como los regulados en los tratados suscritos bajo los auspicios de la OMPI) prestan protección en distintos grados según las circunstancias. Por ejemplo, el WPPT de 1996 protege a los intérpretes o ejecutantes de expresiones del folclore [...]”⁴³⁸

Sudáfrica

- “[...] Teniendo en cuenta los fundamentos de la P.I., las demandas de patente, por ejemplo, no cumplirían los criterios de innovación, novedad o actividad inventiva. Pero lo más importante para las comunidades locales o indígenas es que tales demandas de patente serían denegadas automáticamente, porque los conocimientos indígenas son de dominio público; esto es, están ya amparados jurídicamente por los sistemas de prácticas consuetudinarias, que protegen los conocimientos indígenas a perpetuidad por su condición de propiedad cultural inherente e inalienable de las comunidades locales e indígenas... En el marco de la disposición actual, no se establecen obligaciones respecto a la comunidad

⁴³⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴³⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴³⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴³⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴³⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

originaria, como puedan ser las obligaciones a reconocer el origen de su inspiración, a participar en los beneficios o a respetar los valores culturales y espirituales y los significados asociados con la expresión del folclore original... *Derechos de la comunidad*: - No se reconoce la definición de novedad ni de no evidencia (patentes): observa la dificultad de satisfacer requisitos tales como la novedad o la originalidad, así como la actividad inventiva o no evidencia (esto puede deberse, al menos en parte, al hecho de que los conocimientos indígenas suelen remontarse a periodos anteriores a la creación de los sistemas de P.I. convencionales, o se han elaborado de forma más difusa, acumulativa o colectiva, haciendo que sea difícil establecer la paternidad de la invención en una fecha determinada) [...]"⁴³⁹

Federación Ibero-Latinoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE)

“Los tratados internacionales no contienen prácticamente ninguna disposición sobre protección de ECT; en la legislación nacional se omite además dicha protección, salvo en disposiciones específicas de la legislación de Panamá, Túnez, Marruecos, etcétera. Solamente se hace referencia al folclore en el Tratado internacional de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) de 20 de diciembre de 1996, en el que un artista intérprete o ejecutante se define como aquella persona que represente un papel, cante, recite [...] obras literarias o artísticas o expresiones del folclore [...]"⁴⁴⁰

Túnez

“[...] La protección no debe impedir la participación y transmisión de los conocimientos tradicionales. Por otra parte, las indicaciones geográficas constituyen un importante elemento, de la misma forma que la especificidad territorial”⁴⁴¹.

Guatemala

“En el Decreto 33-98 y sus enmiendas, Decreto 56-2000 y Ley sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, se establece la protección a las obras literarias, científicas y artísticas, cualquiera que sea su modo o forma de expresión. En la Ley de Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, Decreto 26-97, enmendado por el Decreto 81-98, se establecen normas para la protección, la defensa, la investigación, la conservación y la recuperación de la propiedad contenida en el Patrimonio Cultural de la Nación. Entre las actuales lagunas jurídicas, cabe mencionar la ausencia de un tratado o acuerdo pertinente impulsado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual”⁴⁴².

Federación de Rusia

“Actualmente en Rusia el sistema de P.I. no contempla la protección jurídica de las obras de arte popular (expresiones del folclore), ni en el derecho de autor, ni en el derecho de patentes ni en ningún otro derecho *sui generis*. En algunos textos científicos se ha planteado la posibilidad de establecer pagos especiales por la utilización de obras de arte popular,

⁴³⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁴⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁴¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁴² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

remitiéndose al párrafo 3 del Artículo 28 de derecho de autor. Según este Artículo, el Gobierno de la Federación de Rusia puede determinar los casos en que deben hacerse pagos especiales por el uso en su territorio de obras de dominio público. Tales ingresos se destinan a fondos profesionales de autores y a las organizaciones que se ocupan de la gestión colectiva de los derechos de los autores, y no pueden exceder del 1% de la ganancia obtenida por el uso de tales obras. Este Artículo solo contempla las obras que han pasado a ser de dominio público. Cabe mencionar, asimismo, que los aspectos relacionados en el área de la artesanía artística se rigen por la Ley Federal de 1 de enero de 1999 “Sobre la artesanía artística pública”. Según la mencionada ley, las instancias ejecutivas federales deben establecer las condiciones económicas, sociales y de otro tipo para la conservación, regeneración y desarrollo de organizaciones de artesanía artística pública, cuya lista aprueba el Gobierno de la Federación de Rusia. Concretamente, conforme al Código Fiscal de la Federación de Rusia de 31 de Julio de 1998, N.º 146-FL, se prevén privilegios fiscales en favor de las organizaciones de artesanía artística pública. Por otra parte, estas organizaciones reciben subvenciones, aprobadas por el Decreto 90 de 21 de abril de 2006 del Ministerio de Industria y Energía. No obstante, las obras de arte popular no son solo las creaciones de artesanía artística pública. El concepto de “creación de artesanía artística pública” -que se refiere a un objeto artístico, decorativo o utilitario, elaborado según los patrones tradicionales de dicha artesanía- se extiende a los objetos de las artes decorativas y aplicadas, como tallas, bordados, artículos trenzados y tejidos, vestidos, adornos (la lista de los modos de producción y grupos de artículos de artesanía, que define los objetos de artesanía artística pública, ha sido aprobada por el Decreto 555 de 28 de diciembre de 1999 del Ministerio de Desarrollo Económico y del Comercio de la Federación de Rusia). En dicho concepto no están comprendidas las obras de creatividad oral nacionales, como las sagas, las leyendas, los cuentos de hadas, la poesía popular, los proverbios, los acertijos; o la obras musicales, como las canciones populares y la música instrumental; las obras coreográficas, como las danzas populares; las obras dramáticas, como los juegos, las escenificaciones, las ceremonias y otras obras de arte popular”⁴⁴³.

Indonesia

“[...] el actual sistema de propiedad intelectual tal vez no sea el adecuado para la protección de las ECT/EF. Uno de los motivos es que estas expresiones son el resultado de un proceso creativo impersonal, continuado y gradual, que se da en una determinada comunidad mediante repetidas imitaciones, mientras que el régimen de propiedad intelectual en vigor reposa en la individualidad. El hecho de que la protección ofrecida en virtud del actual régimen sólo pueda ser disfrutada de manera individual y de que en muchos casos la utilización de ECT/EF suceda sin el consentimiento ni la autorización de la comunidad interesada, muestra los vacíos que se necesita llenar [...]”⁴⁴⁴

Hokotehi Moriori Trust

“[...] los vacíos se identificaron en el informe sobre las misiones exploratorias de la OMPI y en muchos otros documentos presentados ante el Comité a lo largo de los años. El Representante apoyó a continuación el comentario escrito de la Delegación de Nueva Zelandia que figura en WIPO/GRTKF/IC/11/4(a), en el que se citan los argumentos jurídicos presentados en el marco de la demanda 262 del Tribunal de Waitangi, según los

⁴⁴³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁴⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

cuales el sistema de propiedad intelectual no protege, ni es esa su intención, los valores y la identidad subyacentes de las ECT de las culturas indígenas...”⁴⁴⁵.

Estados Unidos de América

“[...] Por ejemplo, una obra de arte visual, original, creada por un artista perteneciente a una comunidad, que estuviera inspirada, o que interpretara, un diseño tradicional, podría ser objeto de protección por derecho de autor [...]”⁴⁴⁶

Japón

“Hasta la fecha, no ha habido en el mundo ningún sistema de P.I. que otorgue protección directa a las ECT/EF. En algunos casos concretos, sin embargo, las ECT/EF pueden recibir protección de los sistemas en vigor, como la legislación de derecho de autor, la de marcas, o los sistemas legislativos de prevención de la competencia desleal. Aun así, seguirán dándose los siguientes problemas:

Protección por la legislación de derecho de autor

Para obtener protección por derecho de autor, es necesario un cierto grado de originalidad. Además, se tiende a dar por sentado que el titular del derecho es una persona y, aunque hay sistemas que contemplan la cotitularidad del derecho de autor, o la titularidad del derecho de autor de entidades jurídicas, no contemplan que una comunidad pueda llegar a ser titular del derecho de autor. La interpretación o ejecución de ECT/EF puede ser objeto de protección mediante derechos conexos, aun cuando las ECT/EF objeto de interpretación o ejecución no se consideren obras protegidas por el derecho de autor. La duración de la protección está limitada tanto en el caso del derecho de autor como en el de los derechos conexos.

Protección por el derecho de marcas

El derecho de marcas tiene por objeto proteger los signos utilizados por el empresario en bienes y servicios, pero no en expresiones culturales como ECT/EF. Cabría establecer una protección indirecta de la protección de las ECT/EF mediante un derecho de marcas. Más concretamente, si pudiera conferirse un derecho de marcas a una marca a cuyo grupo pertenezca la ECT/EF, en tal caso podrá arbitrarse la utilización de una marca que fuera la marca del grupo.

Además, respecto a la protección de los derechos morales, el derecho de autor puede otorgar protección de tales derechos siempre y cuando las ECT/EF se consideren obras protegidas por derecho de autor. Además, el código civil y otras legislaciones generales también pueden otorgar protección en casos de infracción grave de los derechos morales.

En conclusión, se ha mantenido un adecuado equilibrio entre la protección de ECT/EF y la del dominio público en virtud del sistema de P.I. y de otras legislaciones. En esta etapa no se ha observado ningún vacío entre el actual sistema y las formas o niveles necesarios de protección”⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁴⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁴⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

México

“[...] en su país, los derechos de propiedad intelectual incluyen los derechos de los autores en virtud de la Ley Federal del Derecho de Autor, mediante la cual se protegen los derechos morales de las culturas populares y los derechos de las ECT de manera exclusiva, así como otros derechos de propiedad intelectual e industrial. Aunque los pueblos y comunidades indígenas han utilizado algunas de estas disposiciones, las mismas no han sido suficientes para cubrir las necesidades de protección de sus CC.TT. y ECT, debido a la diversidad cultural de dichos pueblos y comunidades y a que no corresponden a su visión del mundo o a la forma en que valoran sus conocimientos y expresiones. La Delegación opinó que estos son algunos de los vacíos que el Comité debería tomar en consideración”⁴⁴⁸.

Australia

“[...] Aplicando el derecho de P.I. existente y los principios jurídicos generales, los tribunales australianos han abordado de forma eficaz cuestiones relacionadas con la reproducción no autorizada del arte aborigen tradicional. Ejemplos de ello son:

- En 1988 se emprendió una acción judicial en nombre de un artista de Tierra de Arnhem, John Bulun Bulun, y otros artistas del Territorio del Norte sobre la reproducción no autorizada de sus obras de arte en camisetas. En última instancia, el proceso se resolvió pagando una suma de 150.000 dólares australianos, gran parte de la cual se distribuyó entre los artistas y familias afectados. Esta distribución se basó en un acuerdo en el que se reconocía que incluso cuando el trabajo de un artista ha sido copiado de forma más amplia que el de los otros, se considera que todos han sufrido igual.
- En este caso el Tribunal también consideró que existía una relación fiduciaria entre el artista y su comunidad. Por consiguiente, el artista tenía el deber fiduciario hacia su comunidad de no explotar su obra de una forma que fuese contraria a la legislación y las costumbres de la comunidad y de tomar las medidas necesarias para proteger el trabajo artístico con arreglo a su posición como titular del derecho de autor.
- Entre 1992 y 1994 diversas obras de arte aborigen bastante importantes y conocidas fueron objeto de infracciones debido a la importación de alfombras hechas en Viet Nam en las que se reproducían dichas obras de arte. El Tribunal consideró que se había incurrido en una copia sustancial de obras de arte. La reclamación total por daños ascendió aproximadamente a unos 190.000 dólares australianos [...].”⁴⁴⁹

Nueva Zelandia

“Algunos aspectos de los derechos de P.I. existentes pueden utilizarse para proteger los CC.TT. Por ejemplo, puede ser posible reivindicar derechos de autor (incluidos los derechos morales) sobre obras literarias o artísticas, que reúnan los criterios exigidos en virtud de la legislación sobre derecho de autor. Sin embargo, señalamos que generalmente las comunidades indígenas y locales no disponen de los recursos (financieros y de otro tipo) necesarios para que los titulares de CC.TT. y ECT puedan gestionar y conseguir el respeto de sus derechos de P.I. a escala nacional e internacional.

⁴⁴⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁴⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

Ciertas excepciones y ciertos criterios del actual derecho de P.I., tales como la novedad/estado de la técnica existente y actividad inventiva/no evidencia, contrarios a la moralidad (escandalosos u ofensivos), también pueden proporcionar motivos para que las comunidades indígenas y locales se opongan a la concesión de derechos de P.I. a terceras partes que quieran explotar de forma poco apropiada sus CC.TT. y ECT. De nuevo, se plantea la cuestión de la capacidad de las comunidades indígenas y locales de realizar dichas objeciones.

Si la innovación o creación basada en los conocimientos tradicionales cumple con los criterios para el registro es posible registrar patentes colectivas. Los conocimientos tradicionales que se transmiten de generación en generación en la mayoría de los casos forman parte del estado de la técnica, a no ser que se hayan mantenido secretos, y, por consiguiente, a menudo no serán patentables.

Asimismo, existe la posibilidad de que los titulares de ECT registren marcas, marcas de autenticidad (por ejemplo, Toi Iho – marca maorí) y diseños en relación con ciertos tipos de ECT que se pretenden utilizar en el comercio. Sin embargo, la protección otorgada sólo está relacionada con la utilización de esas ECT en un contexto comercial y está condicionada por ello, lo cual puede que no sea espiritual o culturalmente aceptable para todas las ECT. Por el contrario, ciertos elementos de las ECT se han convertido en parte de la cultura dominante hasta el punto de que ya no se puede decir que sean lo suficientemente distintivos para diferenciar los bienes y servicios de una marca de los de otra. En ambas circunstancias, la legislación actual sobre marcas no tiene plenamente en cuenta las realidades asociadas a la protección de los CC.TT. y las ECT.

La revisión de la Ley de Marcas de Nueva Zelanda, de 1953, introdujo una serie de medidas a fin de hacer frente a las preocupaciones de los maoríes en lo que respecta al registro inapropiado de textos e imágenes maoríes como marcas. Estas medidas adoptaron la forma de disposiciones para evitar que los individuos y las empresas registren marcas que puedan ser ofensivas para una parte significativa de la población, incluidos los maoríes.

El inciso 17 c) de la Ley de Marcas de 2002 prevé que el Comisionado de Marcas “no debe registrar como marca o parte de una marca ningún material cuyo uso o registro sea susceptible, en opinión del Comisionado, de constituir una ofensa para una parte importante de la comunidad, incluidos los maoríes.”

En relación con las marcas registradas en virtud de la ley anterior, que puedan seguir siendo consideradas ofensivas, la ley de 2002 dispone que cualquier persona (incluida una persona que haya sido "culturalmente ofendida") pueda solicitar una declaración de invalidez en virtud de la ley. Esto significa que el Comisionado de Marcas o los tribunales pueden declarar la invalidez de una marca si ésta no se puede registrar en virtud de la ley de 2002 actualmente en vigor.

La Ley de Marcas de 2002 también dispone el establecimiento de un Comité Asesor del Comisionado de Marcas. La función de este Comité tal como la define esta ley es dar su opinión al Comisionado sobre si el uso propuesto o el registro de una marca que se deriva, o parece derivarse, de un signo maorí, incluido el texto y la imagen, es o podría ser ofensivo para los maoríes.

Algunos elementos de protección también se encuentran en el principio de fraude comercial (*passing off*) del derecho anglosajón, en disposiciones jurídicas respecto a la

competencia y el comercio justo, y en la ley de contratos (por ejemplo, acuerdos de confidencialidad, acuerdos de acceso y participación en los beneficios, secretos comerciales y violación de la confidencialidad). Sin embargo, ninguno de estos posibles mecanismos de protección ha sido elaborado con el objetivo fundamental de proteger los CC.TT. y las ECT, y, por consiguiente, a menudo no abordan completamente las preocupaciones y necesidades de los titulares de CC.TT. y ECT, y también a menudo requieren un compromiso por parte de dichos titulares de CC.TT. y ECT. Por ejemplo, muchos expertos en P.I. han elogiado los méritos de la ley sobre secretos comerciales como una posible opción para que los titulares de CC.TT. y ECT protejan de la apropiación indebida y la falsificación a las ECT y los CC.TT. sagrados. El compromiso puede consistir en que los pueblos indígenas y las comunidades locales que están intentando proteger estos elementos de ECT y CC.TT. sagrados, a través de la utilización de un mecanismo jurídico de este tipo, vean restringida su capacidad y libertad de transmitir y promover estos elementos sagrados de CC.TT. y ECT dentro de sus comunidades. Dichos elementos sagrados pueden terminar cerrados bajo llave y apartados de las personas y de la comunidad. Esto puede tener ramificaciones significativas en términos de supervivencia, vitalidad e integridad de la cultura.

A fin de que los instrumentos sobre secretos comerciales sean eficaces en la protección de los CC.TT. y las ECT, las disposiciones de dichos instrumentos deben estar de conformidad con las leyes y prácticas consuetudinarias, y permitir la difusión controlada de CC.TT. y ECT dentro de las comunidades indígenas y locales, sin que éstos corran el riesgo de entrar en el dominio público. Para las comunidades indígenas y locales puede resultar difícil controlar la difusión de los CC.TT. y las ECT de esta forma, y ello debido al contexto social y al predominio de las modernas tecnologías de la información como Internet. Este contexto de protección es distinto al de los conocimientos secretos de los negocios y empresas”⁴⁵⁰.

Arts Law Centre of Australia

“Los TPI ofrecen una protección limitada para las expresiones culturales tradicionales mediante los mecanismos jurídicos examinados en anteriores reuniones y documentos del CIG:

- derecho de autor
- derechos morales
- marcas
- derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes
- legislación de lucha contra la atribución engañosa
- legislación relativa a prácticas comerciales/protección del consumidor
- leyes relativas al patrimonio
- legislación sobre confidencialidad
- secretos comerciales”⁴⁵¹.

“[...] los vacíos existentes en las leyes australianas y en las de muchos otros Estados miembros ya se han explicado en los documentos de trabajo del Comité. Entre ellas se encuentran las siguientes: i) la titularidad comunitaria o colectiva de las ECT, ii) la duración limitada de los derechos de propiedad intelectual, mientras que las ECT requieren una

⁴⁵⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁵¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2.

protección perpetua, iii) muchos tipos de ECT son tradiciones orales o relacionadas con interpretaciones o ejecuciones y no están fijadas en un formato material, iv) las ECT son conocimientos compartidos que se transmiten de una generación a otra, no propiedad de un individuo, v) algunas ECT no se engloban en las categorías de materia que goza de protección en el ámbito de la propiedad intelectual, por ejemplo las ceremonias [...].”⁴⁵²

C. En los casos en que se detectan “vacíos”, ¿qué soluciones se han propuesto? ¿Qué otro tipo de legislación y medidas (distintas de la P.I.) pueden ser útiles para proporcionar una protección integral de las ECT/EF?

China

“[...] Una protección exhaustiva de ECT/EF -junto a la que dispensa la legislación de propiedad intelectual- requiere asimismo la protección en virtud de otras legislaciones, como la legislación *sui generis*, la administrativa, incluso la penal”⁴⁵³.

Qatar

“Los derechos de P.I. vigentes no son suficientes, dada la naturaleza de los conocimientos tradicionales. Para proteger tales conocimientos, es más adecuado disponer de un sistema *sui generis*”⁴⁵⁴.

Sudáfrica

“[...] Dado el hibridismo genético y la naturaleza comunitaria de los conocimientos indígenas, lo más probable es que su protección más adecuada proceda de un instrumento internacional, aunque tendrá que incluir elementos que sobrepasen el ámbito de los derechos de P.I. tradicionales... La Ley Sudafricana de Depósito Legal de 1997 prevé la protección del patrimonio documental nacional. En la medida en que se empieza a disponer por escrito de los sistemas de conocimientos indígenas, y a conservarlos en bases de datos electrónicas, deberían adoptarse medidas, con respecto a la Biblioteca Nacional de Sudáfrica y otros centros de depósito legal, para que reciban ejemplares de tales documentos *cuando se publiquen con fines comerciales*. También deberían adoptarse medidas respecto a las entidades de depósito legal para asegurar el acceso a la información pertinente almacenada en dichas bases de datos (teniendo presente la protección de los derechos de propiedad intelectual). Estos centros de depósito legal facilitan la conservación de la documentación sobre sistemas de conocimientos indígenas publicados, y fomentan el acceso a la información sobre el acervo cultural. Por todo lo cual, los sistemas de conocimientos indígenas deberían estar contemplados en la Ley de Depósito Legal de 1997, que actualmente se está enmendando. Esto se aplica también a otros países que disponen de legislación sobre depósito legal”⁴⁵⁵.

⁴⁵² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁵³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁵⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁵⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Federación Ibero-Latinoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE)

“[...] Para resolver esta cuestión de suma importancia, parece conveniente elaborar un tratado internacional en el que se establezca una protección mínima pero efectiva y que, tras su entrada en vigor, se aplique a los países que lo hayan firmado”⁴⁵⁶.

India

“[...] lo que se necesita es un nuevo grupo de derechos de propiedad intelectual que englobe todas estas formas de sabiduría tradicional”⁴⁵⁷.

Sudáfrica, en nombre del Grupo Africano

“[...] las lagunas que deben colmarse son las siguientes: i) el sistema de propiedad intelectual vigente no reconoce el carácter comunitario e intergeneracional de la titularidad; ii) el principio de definir la duración repercute negativamente en la naturaleza intergeneracional y evolutiva de las ECT; y iii) el actual sistema de propiedad intelectual no cuenta con disposiciones sobre los elementos espirituales, sagrados, secretos o rituales de tales expresiones”⁴⁵⁸.

Burkina Faso

“[...] no resulta necesario examinar las lagunas y carencias de la propiedad intelectual, como si hoy en día pudiera transformarse la misma para tener en cuenta la creación tradicional. A su modo de entender, es mejor intensificar la búsqueda en curso de soluciones *sui generis* para gestionar la creación tradicional”⁴⁵⁹.

Italia

“[...] ciertas modificaciones al Convenio de Berna, para explicar mejor quienes son los beneficiarios de la protección, podrían tal vez situar la protección de las ECT en un nivel adecuado. Italia señaló a la atención del Comité el artículo 15.4 del Convenio de Berna, que otorga protección a las obras no publicadas de autor desconocido, así como el artículo 7*bis* del mismo Convenio, en virtud del cual se concede protección a las obras realizadas en colaboración. Tal vez sea posible ofrecer protección a las comunidades locales para sus obras de autor desconocido realizadas en colaboración. Añadió que, al proceder de esa manera, sería posible dar a las ECT un nivel adecuado de protección contra la apropiación indebida y otras violaciones de derechos. Italia concluyó opinando que sería útil adoptar una serie de directrices comunes que contribuyan a que, en el marco de la legislación nacional, se adopten normas más centradas en la protección de las ECT”⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁵⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁵⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁵⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁶⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Indonesia

“[...] La principal alternativa es la instauración de un sistema internacional a partir de un tratado que ofrezca una protección *sui generis* a estas expresiones. Finalmente, la Delegación sostuvo que un sistema *sui generis* que sólo sea de ámbito nacional no resulta adecuado para garantizar una protección completa de las ECT/EF”⁴⁶¹.

Hokotehi Moriori Trust

“[...] es necesario elaborar sistemas *sui generis* para colmar estas lagunas, ya que el sistema de derechos de propiedad intelectual no protege los valores que apuntalan las ECT [...]”⁴⁶²

Estados Unidos de América

“[...] Y también podrían aplicarse otros principios y doctrinas de los derechos de P.I. vigentes a cuestiones e intereses específicos de las comunidades indígenas y locales. Por ejemplo, los derechos morales, previstos en el Convenio de Berna, podrían proteger cuestiones e intereses concretos, no económicos, vinculados a las ECT/EF. Y, del mismo modo, las doctrinas y principios de derechos de P.I. vigentes podrían incorporarse al Derecho consuetudinario... El Comité no debe dejar de escrutar detalladamente la aplicación de los derechos de P.I. vigentes a las cuestiones de ECT/EF. Estados Unidos opina que el análisis de los principios y doctrinas sobre la competencia desleal, la contratación, el patrimonio cultural y el derecho consuetudinario, cuando tales factores son idóneos para tratar cuestiones e intereses específicos, entran de lleno en el mandato del CIG. Sería conveniente, por ejemplo, que el Comité examinara minuciosamente la aplicación de la legislación sobre competencia desleal por parte de los Estados miembros de la OMPI a cuestiones concretas relacionadas con ECT/EF [...]”⁴⁶³

“[...] Por ejemplo, tal vez el Comité desee contemplar la posibilidad de examinar con mayor detenimiento el uso de la legislación sobre competencia desleal (así como las leyes conexas sobre publicidad y etiquetado ilegítimos) por parte de los Estados miembros de la OMPI para abordar cuestiones y preocupaciones específicas relacionadas con las ECT/EF. La Delegación opinó que, muchos otros principios y doctrinas que surgen de los derechos de propiedad intelectual en vigor, podrían adaptarse para solucionar cuestiones y preocupaciones concretas de las comunidades indígenas y locales. Por ejemplo, los derechos morales, plasmados en el Convenio de Berna, podrían adaptarse para abordar cuestiones y preocupaciones específicas de carácter no económico relacionadas con las ECT/EF. Los Estados miembros podrían compartir experiencias nacionales sobre sus intentos de integrar conceptos de derechos morales en el derecho consuetudinario. Al tratar cuestiones específicas de comunidades concretas, se requiere seguir debatiendo sobre la relación con el derecho consuetudinario de los principios y doctrinas de los actuales derechos de propiedad intelectual”⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁶² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁶³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁶⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Brasil

“Sin perjuicio de la decisión que los miembros puedan tomar para proteger las ECT/EF mediante sistemas *sui generis*, el Comité debe considerar la pertinencia de los mecanismos de P.I. para otorgar protección de ECT/EF, analizando, por ejemplo: i) hasta qué punto deberían adaptarse las normas sobre dominio público para poder conferir la protección adecuada de ECT/EF; ii) qué cambios serían necesarios para otorgar a las ECT/EF un periodo de protección proporcionado con su duración temporal; iii) qué modificaciones habría que efectuar en las normas que rigen la vigencia de los derechos de P.I. para establecer mecanismos disuasivos contra la apropiación indebida de ECT/EF”⁴⁶⁵.

Australia

¿Qué vacíos deben llenarse?

Mientras reconoce que no se excluye ningún resultado de la labor del CIG, Australia apoya un enfoque flexible de la protección de las ECT/EF. Los programas como los que se señalan más abajo forman parte del enfoque actual de Australia a fin de proteger la cultura indígena y pueden examinarse en general junto con la protección para la P.I. establecida por la ley. Con estas medidas se pretende garantizar que las comunidades indígenas y sus miembros gozan de una mejor posición a fin de acceder a los sistemas de protección existentes y beneficiarse de ellos.

Asimismo, un enfoque flexible garantiza la existencia de los mecanismos apropiados para satisfacer las diferentes necesidades de las comunidades indígenas. Esta flexibilidad debería extenderse a la diversidad de sistemas jurídicos de los Estados miembros.

El Gobierno australiano ha empezado a introducir una legislación que tiene por objetivo proporcionar capacidad jurídica en ciertas circunstancias a las comunidades indígenas a fin de salvaguardar la integridad de las obras creativas que encarnan los conocimientos tradicionales de una comunidad. La labor sobre dicha legislación está avanzando.

Además, existen una serie de programas del Gobierno australiano que proporcionan apoyo para la preservación de la cultura indígena, entre los que se encuentran:

- El programa nacional de apoyo a las artes y a la industria artesanal que proporciona ayuda financiera directa a los centros de arte indígena y apoyo a organizaciones a fin de promover la práctica profesional de las artes y proporcionar vías hacia la independencia económica;
- Un programa de apoyo a la cultura indígena que proporciona ayuda financiera a fin de preservar, desarrollar y promover el arte y la cultura indígenas dentro de las mismas comunidades indígenas;
- Una iniciativa especial de artes visuales indígenas, que complementa al programa NACIS y prevé la formación de jóvenes artistas indígenas y de trabajadores de centros

⁴⁶⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

de arte, la mejora de las instalaciones, y la financiación de iniciativas concretas de mercadotecnia.

- El Consejo Australiano también prevé un apoyo importante para los médicos indígenas, incluida la financiación directa, y la promoción de los derechos de los artistas.

El *Australian Cultural Ministers Council* (CMC) también ha decidido dar prioridad a las cuestiones de propiedad intelectual indígena. Los objetivos fundamentales en relación con la propiedad intelectual indígena que tiene el CMC son:

- promover unos vínculos más estrechos entre las empresas y las comunidades indígenas en lo que respecta a la propiedad intelectual indígena a fin de estimular una mayor independencia económica;
- incrementar la sensibilización de las comunidades indígenas, los consumidores y las empresas sobre la necesidad de proteger la propiedad intelectual indígena; y
- mejorar la coordinación de las redes existentes de organizaciones indígenas y no indígenas que trabajan en el área de la propiedad intelectual indígena.

Se está terminando de preparar una guía para la gestión de la propiedad intelectual a fin de hacer avanzar estos objetivos.

El Gobierno australiano ha acogido con beneplácito y ahora está examinando un informe parlamentario del Comité Permanente del Senado sobre Medioambiente, Comunicaciones, Tecnologías de la Información y Artes en su “Investigación sobre el sector de las artes visuales y artesanías indígenas en Australia”. El informe “Artes indígenas – Asegurar el futuro” se presentó el 21 de junio de 2007. Este informe contiene un amplio conjunto de recomendaciones para fortalecer el sector de las artes visuales y artesanías indígenas y proteger los derechos culturales y de propiedad intelectual indígenas a través de medios legislativos y no legislativos.

Australia apoyará el debate en el CIG sobre dichas medidas no legislativas a fin de que otros miembros puedan compartir sus experiencias⁴⁶⁶.

Nueva Zelanda

“[...] Por consiguiente, Nueva Zelanda está planteándose el desarrollo de modelos de protección *sui generis* para la propiedad cultural e intelectual de los maoríes, que vayan más allá de los sistemas de derechos de propiedad intelectual existentes. Somos conscientes de que la protección de los derechos de propiedad intelectual es sólo uno de los aspectos de un conjunto más amplio de preocupaciones en relación con la protección de los conocimientos tradicionales y el patrimonio cultural. Para Nueva Zelanda esto significa que a escala nacional se están buscando medios alternativos para proporcionar protección, además de los que puedan adaptarse en virtud del régimen existente de propiedad intelectual⁴⁶⁷.”

⁴⁶⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁶⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Arts Law Centre of Australia

“[...] En Australia, el Gobierno se ha planteado la instauración de derechos morales para las comunidades indígenas, lo cual podría servir para conceder cierta protección a tales comunidades cuando las ECT se incorporen en una obra u otra materia distintas a las obras protegidas por las leyes sobre derecho de autor. Añadió a este respecto que, hasta la fecha, no se ha presentado en el Parlamento legislación alguna, a pesar de haber debatido sobre la misma durante más de tres años. Concluyó opinando que, el promulgar leyes útiles puede ser un primer paso alentador, pero difícilmente una solución completa a las considerables lagunas que existen en la protección”⁴⁶⁸.

CUESTIÓN N.º 8: ¿QUÉ SANCIONES O PENAS DEBEN IMPONERSE A CONDUCTAS O ACTOS CONSIDERADOS INACEPTABLES/ILEGALES?

Nota introductoria de la Secretaría

Los comentarios escritos y las intervenciones verbales sobre esta cuestión se han agrupado de la manera siguiente:

A: Comentarios generales: ¿Resulta prematuro debatir esta cuestión? ¿Cómo se interpreta la cuestión y en qué contexto se podría haber planteado?

B: Comentarios concretos: ¿Cómo deben idearse las sanciones y las penas? ¿Qué propuestas concretas de sanciones y de penas se han formulado? ¿Se han citado experiencias o ejemplos nacionales?

C: ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

A. Comentarios generales: ¿Resulta prematuro debatir esta cuestión? ¿Cómo se interpreta la cuestión y en qué contexto se podría haber planteado?

Unión Internacional de Editores (UIE)

“[...] A la UIE le preocupa la introducción del concepto de “inadmisibilidad” en los debates en curso, pues “inadmisibilidad” no es un término jurídico y, además, no significa lo mismo para todo el mundo. La UIE recomienda utilizar términos claros y unívocos en los debates. La UIE se opone a una concesión apresurada de protección de ECT/EC. Así, en esta etapa prefiere no formular comentarios sobre la cuestión de las sanciones o penas”⁴⁶⁹.

Hokotehi Moriori Trust

“[...] no es prematuro elaborar sanciones y penas, como dan a entender algunos Estados miembros [...]”⁴⁷⁰

Uganda

“[...] por consiguiente, la Delegación opinó que no es prematuro abrir un debate sobre el establecimiento de sanciones”⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁷⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁷¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Estados Unidos de América

“[...] apoyó lo expresado por otras delegaciones al afirmar que, en su opinión, un debate sobre “sanciones y penas” no permitirá por el momento al Comité avanzar en sus labores [...].”⁴⁷²

Japón

“[...] las sanciones o penas contra los actos inaceptables e ilegales pueden variar en función del nivel de protección de las ECT/EF y la gravedad de los actos cometidos. Recordó la declaración que formulara en relación con la Cuestión N° 3, en cuya oportunidad afirmó que no hay motivos claros que justifiquen la habilitación de las ECT/EF como materia de protección de la propiedad intelectual. Preocupa profundamente al Japón la posible ampliación de la protección de la propiedad intelectual a las ECT/EF. Ya hay un equilibrio equitativo entre la protección de las ECT/EF y la protección del dominio público en el marco del sistema vigente de P.I. y otras leyes. El Japón no está convencido de la necesidad de implantar otras sanciones o penas, además de las que ya han introducido los sistemas en vigor [...].”⁴⁷³

Brasil

“[...] opinó que no es demasiado pronto ni prematuro abordar un tema tan importante, fundamental y sencillo... La Delegación sostuvo que la simple existencia del tema en la lista de cuestiones da a entender la madurez alcanzada por los debates en el Comité y reconoció los importantes avances que éste ha realizado [...].”⁴⁷⁴

Canadá

“[...] es prematuro abordar la cuestión de las sanciones o penas. Sin embargo, de imponerse sanciones o penas, las mismas deberían corresponder al daño causado y ajustarse a las obligaciones de los Estados miembros conforme al derecho internacional [...].”⁴⁷⁵

Nueva Zelandia

“[...] tal vez sea demasiado pronto en el proceso actual para abordar la cuestión en todos sus aspectos...”⁴⁷⁶. ... El Gobierno de Nueva Zelandia aún no ha tomado ninguna decisión sobre esta cuestión y sigue trabajando con la mira puesta en las posibles implicaciones para todas las partes interesadas. En conclusión, la Delegación declaró que Nueva Zelandia está examinando su experiencia nacional con vistas a un ulterior análisis de la cuestión”⁴⁷⁷.

⁴⁷² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁷³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁷⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁷⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁴⁷⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁴⁷⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

Propuestas concretas sobre la manera de que avance el debate sobre esta cuestión

Estados Unidos de América

“[...] estimaron que el Comité debería proceder a un debate objetivo sobre los comportamientos y actos concretos que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y otras comunidades culturales consideran inaceptables o ilegítimos. Cuando el Comité tenga un conocimiento más completo y fundado de los daños concretos que podrían invocarse, afirmó la Delegación, estará en mejores condiciones para considerar los recursos previstos en la legislación en vigor –leyes del derecho de autor, marcas, patentes, competencia desleal, secreto comercial, derecho penal y consuetudinario-, a fin de determinar si existen lagunas en los mecanismos de indemnización con que cuentan actualmente los Estados miembros de la OMPI”⁴⁷⁸.

Japón

“[...] no está convencido de la necesidad de implantar otras sanciones o penas, además de las que ya han introducido los sistemas en vigor. No es que el Japón considere el debate innecesario, pero cuando se examina qué sanciones o penas introducir, debería prestarse atención a la forma de protección de las ECT/EF y al alcance de los actos ilegales. En opinión de la Delegación, es fundamental abrir un debate basado en una información fáctica sobre los daños causados por los actos ilícitos”⁴⁷⁹.

Nueva Zelanda

“[...] es importante, primero, construir una base ética y prácticas de conducta conformes a las necesidades y aspiraciones de las comunidades indígenas y locales, para luego determinar qué tipos de sanciones o penas serían las más eficaces a fin de estimular la adopción de dichas prácticas y disuadir la apropiación y utilización inaceptables de las ECT [...]”⁴⁸⁰.

China

“[...] observó que ya algunos países imponen sanciones a los comportamientos ilegales. Al respecto, existen leyes nacionales, normas consuetudinarias y otras disposiciones. Por consiguiente, es necesario efectuar estudios acerca de las medidas previstas frente a comportamientos tales como las apropiaciones indebidas de ECT y la Delegación entendió que los países deberían prever el establecimiento de sanciones civiles y administrativas, o incluso de tipo penal”⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁷⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁸⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁴⁸¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

B. Comentarios concretos: ¿Cómo deben idearse las sanciones y las penas? ¿Qué propuestas concretas de sanciones y de penas se han formulado? ¿Se han citado experiencias o ejemplos nacionales?

Australia

“[...] las eventuales sanciones o penas deberían tener por objeto el cumplimiento de los objetivos de las medidas establecidas y estar en proporción al daño causado. En caso de necesidad, antes de explorar la introducción de otros mecanismos, debería examinarse si no cabe aplicar sanciones o penas ya previstas en la legislación en vigor. La adopción de medidas sin una correcta evaluación de sus posibilidades de observancia, su relación con el probable daño incurrido, sus repercusiones y el papel que se les asigna probablemente sólo produzca incertidumbre, sin alcanzar los objetivos deseados. Donde se hayan adoptado nacionalmente medidas de protección de las ECT/EF, deberían establecerse, de conformidad con el derecho internacional y la legislación y las políticas nacionales, los mecanismos de observancia apropiados, que permitan adoptar medidas eficaces contra la apropiación indebida de las ECT/EF”⁴⁸².

Ghana

“Propone que se consideren las siguientes disposiciones de la Ley Tipo de la Unión Africana.

- 1) Sin perjuicio de los organismos y autoridades actuales, el Estado establecerá los organismos adecuados facultados para garantizar el cumplimiento de las disposiciones del instrumento.
- 2) Sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles y penales que la violación de las disposiciones del instrumento y la regulación consiguiente puedan suscitar, podrán figurar las siguientes sanciones y penas:
 - i) advertencia por escrito;
 - ii) multas;
 - iii) revocación o cancelación automática de la autorización de acceso;
 - iv) confiscación del equipo e información registrada de los especímenes biológicos coleccionados;
 - v) prohibición permanente de acceso al folclore o conocimientos tradicionales tales como recursos biológicos, conocimientos comunitarios y tecnologías del país.
- 3) la infracción cometida se publicará en los medios de comunicación nacionales e internacionales y será comunicada por la autoridad nacional competente a las secretarías de los convenios internacionales y a los organismos regionales pertinentes.
- 4) cuando el innovador recolector actúe fuera de la jurisdicción nacional, podrán ejercerse acciones judiciales contra sus presuntas infracciones mediante la cooperación

⁴⁸²

WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

del gobierno bajo cuya jurisdicción actúe, fundándose en la garantía que dicho gobierno haya proporcionado”⁴⁸³.

Sudáfrica

- “Instrumento jurídicamente vinculante a escala internacional
- Acuerdos bilaterales / de memorandos de entendimiento /de cooperación
- Legislación nacional en cuyo marco se produjo la transgresión
- Artículo sobre sanciones
- Conciliación, Mediación y Arbitraje – por terceras partes independientes

Sudáfrica opina que el establecimiento de la pena podría hacerse para determinar la particular gravedad de la infracción así como los medios financieros de la parte implicada. Habrán de seguirse los procedimientos civiles, sin excluir el criterio de la prueba. Será necesario disponer de un oportuno mecanismo de apelación para verificar el criterio del regulador o del funcionario responsable. Tras la evaluación del documento WIPO/GRTKF/IC/10/4, éste podría ampliarse a otras áreas de normativa medioambiental y otras instancias normativas. Las normas propuestas sobre acceso y beneficio podrían aplicarse a establecer criterios de comparación”⁴⁸⁴.

Qatar

“Se aceptan las ventajas de las normas sobre derechos de P.I. vigentes en esta cuestión”⁴⁸⁵.

Asociación Rusa de Pueblos Indígenas del Norte (RAIPON)

“La utilización ilegal, sin el consentimiento voluntario y consciente de los autores, de expresiones culturales tradicionales con fines comerciales podrá sancionarse mediante la completa cancelación de los beneficios procedentes de tales expresiones y el impedimento de su divulgación en beneficio de los autores”⁴⁸⁶.

Amauta Yuyay

“[...] el daño causado por la apropiación y violación de los derechos de los pueblos indígenas es el resultado de un proceso histórico, en el cual durante más de 500 años esos pueblos sólo han podido ser testigos pasivos de las violaciones. Los fracasos son históricos y existe una deuda moral, que debe saldarse. En cuanto a la elección de los métodos, que sea la conciencia del mundo, hoy “globalizado”, quien decida”⁴⁸⁷.

⁴⁸³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁸⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁸⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁸⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁸⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Colombia

“Los mecanismos de solución de diferencias, las sanciones civiles y penales, ambas económicas (compensación de daños, multas) y también las que privan a los infractores de su libertad”⁴⁸⁸.

Federación Ibero-Latinoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE)

“En general, deberá otorgarse protección penal contra infractores y usurpadores de ECT, aunque se reservará para los casos más graves. Considera que las medidas administrativas y el control de las fronteras, con la imposición de fuertes multas a los infractores, podría dar excelentes resultados en los casos en que las infracciones afectan a elementos valiosos de distintas nacionalidades”⁴⁸⁹.

Túnez

“Las mismas sanciones que las adoptadas en el ámbito del patrimonio arqueológico (saqueo de yacimientos) y las sanciones relativas al derecho de autor (piratería)”⁴⁹⁰.

Federación de Rusia

“Puede valer la pena establecer la posibilidad de imponer sanciones administrativas en caso de que se cometan los actos que se mencionan en el punto 4; a saber:

- advertencia (medida administrativa, expresada mediante una reprobación oficial de una persona física o una entidad jurídica. Normalmente, la advertencia se hace por escrito);
- multa administrativa (sanción económica)”⁴⁹¹.

Nicaragua

“Sanciones financieras y penas de prisión según la gravedad del delito”⁴⁹².

Yemen

“[...] sanciones capaces de impedir a terceros toda distorsión, mutilación u otra forma de modificación de las ECT/EF y todo atentado a las mismas [...]”⁴⁹³

República Islámica del Irán

“[...] es necesario establecer sanciones y prever medidas de control de la observancia. Podría tratarse de recursos civiles y penales y otros medios eficaces destinados a proteger los

⁴⁸⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁸⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁹⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁹¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁴⁹² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁴⁹³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

derechos de las partes interesadas. Al respecto, convendría tener en cuenta los criterios aplicados en otros documentos internacionales. En general, la Delegación dio su apoyo a lo manifestado por la Delegación del Brasil⁴⁹⁴.

Uganda

“[...] apoyó la posición del Grupo Africano expresada por la Delegación de Argelia, en el sentido de imponer sanciones y penas para proteger a los titulares de ECT. Cuando se confieren derechos, siempre debe preverse la probabilidad de su violación. En tal sentido, es procedente incluir una disposición sobre sanciones y penas [...]”⁴⁹⁵

Brasil

“[...] Como norma general, las sanciones previstas en las normas de P.I. deberán aplicarse en los casos de apropiación indebida [...]”⁴⁹⁶

India

“[...] deben crearse mecanismos accesibles, apropiados y suficientes de observancia y solución de controversias, medidas en frontera, sanciones y recursos del caso, tanto penales como civiles, para combatir el quebrantamiento de la protección de las ECT/EF. Los mecanismos de observancia han de utilizar, de ser posible, las normas y los procedimientos del derecho consuetudinario y mecanismos sustitutivos de solución de diferencias. Podría crearse un organismo para la gestión de los derechos de las comunidades afectadas, con el encargo, entre otras cosas, de asesorar y asistir a las comunidades en lo que respecta al ejercicio de sus derechos y entablar, a solicitud de los interesados y en su nombre, las causas civiles, penales y administrativas que proceda”⁴⁹⁷.

Argelia, en nombre del Grupo Africano

“[...] Los comportamientos o actos considerados inaceptables o ilegales deberían dar lugar a sanciones o penas apropiadas”⁴⁹⁸.

Egipto

“[...] En tales circunstancias, el interés vulnerado tiene carácter público más que privado y las sanciones del caso deberían ser del tipo de las aplicables a las eventuales contravenciones del interés público, ya que afectan a ciertas expresiones pertenecientes a toda una comunidad. Además, dichas sanciones deberían incluir recursos civiles y penales establecidos en virtud de un instrumento vinculante internacional”⁴⁹⁹.

⁴⁹⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁹⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁹⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁹⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁹⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁴⁹⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Nigeria

“[...] apoyó lo expresado por la Delegación de Argelia en nombre del Grupo Africano. En opinión de la Delegación de Nigeria, para que un derecho tenga sentido, debería acompañarse de los recursos legales necesarios para responder a toda eventual contravención y debería adaptarse a las necesidades de observancia eficaz. En conocimiento del enorme volumen de documentación ilustrativo de las diversas experiencias nacionales que tiene ante sí el Comité, la Delegación expresó su convicción de la necesidad de disposiciones civiles, penales y administrativas apropiadas para abordar los actos que se consideren inaceptables e ilegales. Para ello, la formulación debería inspirarse en las disposiciones similares existentes en otros campos. Las experiencias y los mecanismos nacionales existentes no atienden suficientemente las preocupaciones de las comunidades locales ni la dimensión internacional del tema en debate. Cualquier formulación que se acuerde debería ser eficaz y adaptarse a las necesidades de las comunidades locales que se busca beneficiar, y debería admitir ampliamente la aplicación del derecho consuetudinario de dichas comunidades [...]”⁵⁰⁰

Nueva Zelandia

“[...] El Ministerio de Desarrollo Económico de Nueva Zelandia organizó, en marzo de 2007, un taller sobre la protección de CC.TT. y ECT, a los efectos de examinar, junto con la comunidad maorí y otros grupos interesados del país, las cuestiones más importantes que se desprenden de la Décima Sesión del Comité. En consulta con los participantes, se elaboró un informe sobre el evento, adjunto a los comentarios por escrito de Nueva Zelandia que figuran en el Apéndice A al documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(a). Los participantes se pronunciaron por la creación de un marco formal o “bases” para la acción y concluyeron que la imposición de penas sería un medio eficaz para lograr el cumplimiento. Algunos participantes preconizaron sanciones económicas, como posible mecanismo disuasivo frente a los comerciantes que recurren a la apropiación ilícita, la utilización abusiva o la representación engañosa de las ECT en el comercio internacional. Tales medidas serían compatibles con las sanciones que se aplican en caso de infracción de los derechos hoy consagrados de propiedad intelectual, que generalmente disponen el pago de cierta compensación financiera de los infractores a los titulares de los derechos afectados. En el marco de los derechos actuales de P.I., señaló la Delegación, su violación suele considerarse un asunto civil más que penal, pero puede haber sanciones de tipo penal en el caso de ciertas formas de infracción del derecho de autor. Esto quiere decir que son los titulares de los derechos de P.I. afectados quienes deben entablar pleitos contra los infractores. No sería ésta la manera más deseable ni eficaz de hacer cumplir la eventual protección de derechos relacionados con la propiedad intelectual en el caso de las ECT, ya que sus titulares poseen escasos recursos y también es limitada su capacidad para vigilar el respeto de sus derechos e iniciar acciones judiciales contra los posibles infractores. Sería más adecuado establecer sanciones penales y una financiación apropiada de organismos encargados de vigilar la observancia, o una combinación de ambos procedimientos, penales y civiles. El reclamo de severas sanciones jurídicas, económicas o de otro carácter, está presente en la mayoría de las comunicaciones que ha recibido al respecto el Gobierno de Nueva Zelandia. También la educación y las campañas de sensibilización son importantes para el cumplimiento y su vigilancia [...]”⁵⁰¹

⁵⁰⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁰¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

China

“[...] Además de la legislación nacional, las medidas al respecto deberían ajustarse a las costumbres de las poblaciones indígenas. La Delegación manifestó que las sanciones de este tipo son un medio eficaz y necesario para proteger las ECT”⁵⁰².

“Opina que a las conductas o actos considerados inaceptables o ilegales deben aplicarse sanciones o penas de carácter civil, administrativo o penal”⁵⁰³.

Arts Law Centre of Australia

“[...] Debería contarse con una serie de sanciones civiles y penales, estas últimas aplicables a los actos ilícitos más graves. Desde un punto de vista de las poblaciones indígenas, el asunto más importante que debe destacarse es que tales sanciones deberían estar al alcance de las poblaciones indígenas mediante procedimientos accesibles”⁵⁰⁴.

Sobre la interacción entre la normativa nacional e internacional y la naturaleza del posible “instrumento”

Indonesia

“[...] Por otro lado, también es importante tener en cuenta las funciones de la legislación nacional, que desempeña un importante papel a la hora de garantizar una protección efectiva de las ECT/EF. Además, la Delegación sostuvo que, si bien corresponde a la legislación nacional un importante papel, ella no basta para combatir eficazmente la apropiación indebida de ECT, ya que ésta también puede producirse internacionalmente”⁵⁰⁵.

Noruega

“La legislación nacional deberá prever sanciones adecuadas y eficaces en función de la infracción cometida. En la Parte III del Acuerdo sobre los ADPIC se ofrece orientación a este respecto”⁵⁰⁶.

Brasil

“[...] reiteró su convicción de que se necesita un sólido mecanismo internacional para impedir la apropiación indebida de las ECT/EF. Tal mecanismo permitiría adoptar medidas de defensa positivas para proteger los derechos de las comunidades indígenas y tradicionales, particularmente en lo que se refiere a requisitos tales como el consentimiento fundamentado previo, condiciones de acceso y la distribución de los beneficios [...]”⁵⁰⁷.

⁵⁰² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁰³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁰⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2 y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁰⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁰⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁰⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Portugal, en nombre de la Comunidad Europea y sus Estados miembros

“[...] el marco de sanciones en este terreno debería ser de la incumbencia y responsabilidad de cada Estado miembro, si se tiene en cuenta, en particular, que instrumentos del tipo de las “normas no vinculantes” podrían, en este caso, constituir una solución apropiada”⁵⁰⁸.

Nueva Zelanda

“[...] Se sugirió que una política de cumplimiento destinada a los usuarios de CC.TT. y ECT podía ser un medio viable para lograr los objetivos; con el tiempo, éstos deberían ir más allá de medidas voluntarias y directrices sobre prácticas óptimas [...]”⁵⁰⁹

Hokotehi Moriori Trust

“[...] Es necesario prever la posible opción entre leyes “blandas” y “duras”, por ejemplo códigos deontológicos, directrices y materiales didácticos. También se requieren leyes vinculantes cuando la legislación “blanda” no produce el efecto deseado, de modo que pueda apoyarse en un código de sanciones destinadas a alentar el cumplimiento”⁵¹⁰.

Experiencias nacionales

Kirguistán

“La legislación de la República Kirguisa no prevé sanciones o penas por violar el uso de las expresiones culturales tradicionales (folclore)”⁵¹¹.

Guatemala

“Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas (WIPO/GRTKF/IC/2).

Confiscación.

Prohibición de depósito, importación y exportación.

Código Penal de Guatemala.

Contempla delitos contra la confianza pública y el patrimonio nacional, así como el saqueo de ese patrimonio.

El Artículo 332A, enmendado por el Artículo 23 del Decreto 33-96, se refiere al hurto y robo de tesoros nacionales. Se impondrá una sanción de pena privativa de libertad de 2 a 10

⁵⁰⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁰⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁵¹⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵¹¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

años en el caso del Artículo 246, y una de 4 a 15 años en los casos del Artículo 251, cuando se acometa apropiación de:

- 1) colecciones y especímenes raros de fauna, flora o minerales, o piezas de interés paleontológico;
- 2) propiedad con valor científico, cultural, histórico o religioso;
- 3) antigüedades de más de 100 años, inscripciones, monedas, grabados, sellos fiscales y postales con valor filatélico;
- 4) objetos de interés etnológico;
- 5) manuscritos, libros, documentos y antiguas publicaciones con valor histórico o artístico;
- 6) artefactos originales, cuadros, pinturas y dibujos, grabados y litografías con valor histórico o cultural;
- 7) sonido, archivos fotográficos o cinematográficos con valor histórico o cultural;
- 8) artículos y objetos de mobiliario de más de 200 años de antigüedad e instrumentos musicales antiguos con valor histórico o cultural.

La pena se incrementará un tercio en los casos en que la infracción haya sido cometida por funcionarios u otros profesionales o personas que, debido a su posición o cargo, sean responsables de guardar o custodiar la propiedad protegida por dicho Artículo.

El Artículo 332B, enmendado por el Artículo 24 del Decreto 33-96, se refiere al hurto y robo de la propiedad arqueológica. Se impondrá una sanción de pena privativa de libertad de 2 a 10 años en el caso del Artículo 246, y una de 4 a 15 años en el caso del Artículo 251, cuando se acometa apropiación de:

1. objetos procedentes de excavaciones arqueológicas legales o ilegales, o descubrimientos arqueológicos;
2. ornamentos o partes de monumentos arqueológicos;
3. piezas u objetos de interés arqueológico, aunque estén desperdigados o localizados en zonas abandonadas.

La pena se incrementará un tercio en los casos en que la infracción haya sido cometida por funcionarios u otros profesionales o personas que, debido a su posición o cargo, sean responsables de guardar o custodiar la propiedad protegida por dicho Artículo.

Ley de Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, Decreto 26-97, enmendado por el Decreto 81-98.

Artículo 45. Exportación ilegal de propiedad cultural. Toda persona que exporte ilegalmente una propiedad que pertenezca al Patrimonio Cultural de la Nación será sancionada con una pena privativa de libertad de 6 a 15 años y se le impondrá una multa equivalente al doble del valor de la propiedad cultural. La Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural establecerá el valor económico de la propiedad cultural⁵¹².

⁵¹² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

México

“La Ley Federal del Derecho de Autor señala que toda fijación, representación, publicación, comunicación o utilización en cualquier soporte de una obra literaria y artística, protegida como cultura popular, constituirá una violación del derecho de autor y será sancionada por el Instituto Nacional del Derecho de Autor con una multa de entre 5.000 y 15.000 días de salario mínimo. Asimismo, se impondrá una multa adicional de hasta 500 días de salario mínimo a toda persona que persista en dicha violación”⁵¹³.

C. ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

Hokotehi Moriori Trust

“[...] El artículo 8 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) representa el punto de partida para la formulación de las sanciones, pero requiere mayor elaboración [...]”⁵¹⁴

Yemen

“[...] Aun reconociendo la competencia de los países para elaborar sus propias disposiciones legales de protección, la Delegación propuso adoptar como bases para las mismas el contenido del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) preparado por la Secretaría”⁵¹⁵.

Turquía

“[...] el artículo del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) sobre sanciones, recursos y el ejercicio de los derechos debe aplicarse a nivel internacional. Para la Delegación, hasta cierto punto son pertinentes las experiencias y leyes nacionales. Sin embargo, tras escuchar las intervenciones de muchas delegaciones, da la impresión de que dicho artículo puede entenderse como una nueva norma aplicable a terceros, fuera de los ámbitos nacionales, y de que las partes en cuestión tendrían que poder beneficiarse de tales derechos fuera de sus respectivos sistemas nacionales. Desde este punto de vista, la Delegación consideró que el artículo podría tener aplicación internacional”⁵¹⁶.

Indonesia

“[...] El artículo 8 de WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) es una buena base para el debate [...]”⁵¹⁷

⁵¹³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁵¹⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵¹⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵¹⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵¹⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Brasil

“[...] El proyecto de disposición que figura en el párrafo a) del artículo 8 del Anexo al documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) representa, en su opinión, una base suficientemente reflexionada para considerar el tema”⁵¹⁸.

Argelia, en nombre del Grupo Africano

“La Delegación de Argelia, en nombre del Grupo Africano, dio su apoyo al artículo 8 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c). El Grupo entendió que dicho artículo constituye una excelente base de trabajo y que las sanciones allí propuestas podrían ser una base útil para reprimir toda transgresión de los derechos reconocidos a los titulares de CC.TT. y ECT/EF [...]”⁵¹⁹

Egipto

“[...] apoyó la declaración formulada por la Delegación de Argelia en nombre del Grupo Africano. El artículo 8 propuesto en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) es, dijo, una buena base de trabajo, habida cuenta de que las sanciones impuestas en virtud de los sistemas actuales de P.I. son insuficientes, ya que apuntan a los infractores de derechos individuales, mientras que, en la mayoría de los casos, las infracciones en materia de ECT/EF tienen que ver con derechos de las comunidades [...]”⁵²⁰

Nigeria

“[...] Como punto de partida, la Delegación declaró estar convencida de que el artículo 8 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) es una base adecuada para avanzar en las labores. La Delegación coincidió con otras delegaciones en el sentido de que es necesario formular con precisión dicho artículo, el cual merece examinarse en detalle, y señaló que no sería prematuro proceder de tal manera”⁵²¹.

Arts Law Centre of Australia

“El artículo 8 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) constituye una buena base para proseguir el debate sobre sanciones [...]”⁵²²

⁵¹⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵¹⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵²⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵²¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵²² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2 y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

CUESTIÓN N.º 9: ¿QUÉ CUESTIONES DEBEN ABORDARSE A ESCALA INTERNACIONAL Y NACIONAL? O, DICHO DE OTRO MODO: ¿CUÁL ES LA LÍNEA DIVISORIA ENTRE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y LA NACIONAL?

Nota introductoria de la Secretaría

Los comentarios escritos y las intervenciones verbales sobre esta cuestión se han agrupado de la manera siguiente:

A: Comentarios generales: ¿Debe examinarse esta cuestión en este momento? ¿Cuáles son los antecedentes históricos de esta cuestión? ¿Cuál es el significado de esta cuestión y por qué es importante? ¿Qué experiencias o ejemplos nacionales se han citado?

B: Comentarios sobre las diferencias entre la normativa internacional y la nacional: ¿Cómo se relacionan o deben relacionarse entre sí la normativa internacional y la nacional? ¿Precede la normativa internacional a la nacional o viceversa? ¿Qué cuestiones deben abordarse a escala internacional y nacional?

C: ¿Qué cuestiones se ha considerado adecuadas en concreto para la normativa nacional? ¿Cuál es la función de la normativa nacional?

D: ¿Qué cuestiones deben abordarse a nivel internacional? ¿Cuál es la función de la normativa internacional?

E: ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

Los comentarios sobre esta cuestión también figuran en algunas de las demás cuestiones.

A. Comentarios generales: ¿Debe examinarse esta cuestión en este momento? ¿Cuáles son los antecedentes históricos de esta cuestión? ¿Cuál es el significado de esta cuestión y por qué es importante? ¿Qué experiencias o ejemplos nacionales se han citado?
--

Etiopía

“[...] La búsqueda de un régimen internacional tiene, afirmó la Delegación, viejas tradiciones. En 2003, la Asamblea General de la OMPI encargó al Comité que acelerara su labor y se concentrara en la dimensión internacional. El Comité debe definir la línea divisoria entre las dimensiones nacional e internacional de su trabajo. La Delegación se refirió a los Grupos Mixtos de Expertos OMPI-UNESCO sobre la protección internacional de las expresiones del folclore a través del sistema internacional de P.I., esfuerzos que se remontan a 1984. Por entonces, algunos decían que el tiempo no había madurado aún para la elaboración de un instrumento internacional. Etiopía y los cientos de comunidades que representa observan que, más de veinte años después, todavía hay quienes consideran que el tiempo no ha madurado. La Delegación desafió a los que esto afirman, a que le digan al Comité cuándo el tiempo habrá madurado. La Delegación alentó la participación de otras organizaciones internacionales. Para terminar, la Delegación citó las palabras de la Relatora

Especial del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Dra. Erica Irene Daes, quien en 1996 señaló que los informes complementarios de entonces ponían en evidencia la existencia de esfuerzos paralelos en busca de un consenso internacional de los gobiernos sobre la protección del patrimonio de los pueblos indígenas, a nivel de diversos órganos de las Naciones Unidas y organismos especializados, afirmando que se notaba una urgente necesidad de comunicación y coordinación con vistas a lograr resultados coherentes y mutuamente sustentados⁵²³.

Nigeria

“[...] recogió la observación de la Delegación de Burkina Faso acerca de que las preocupaciones de los países africanos en materia de protección de las ECT son anteriores a la revisión de Estocolmo del Convenio de Berna. El Grupo de Trabajo Africano sobre Derecho de Autor recomendó hace 40 años, en su reunión celebrada en Brazzaville en 1963, la inclusión de las expresiones del folclore en la lista de obras protegidas con arreglo al Convenio de Berna. Si bien el párrafo 4 del artículo 15 del Convenio en principio responde a estas preocupaciones, está claro que la revisión no ha satisfecho ninguna de las preocupaciones de los titulares de derechos de ECT. Por tal motivo, la Delegación apoyó las declaraciones de otras delegaciones que preguntaron cuándo se considerarán estas cuestiones maduras para un debate serio, que vaya más allá de la simple respuesta a una lista de cuestiones [...]”⁵²⁴

Brasil

“[...] no es demasiado pronto ni prematuro proteger los derechos de las comunidades indígenas y tradicionales. La apropiación indebida es un problema grave, que requiere una respuesta inmediata. De hecho, opinó la Delegación, si no se hace nada ni se acuerda nada rápidamente, pronto será demasiado tarde”⁵²⁵.

Estados Unidos de América

“[...] a los efectos de un debate a fondo de la promoción, preservación y protección de las ECT/EF, deben examinarse cuidadosamente los aspectos tanto nacionales como internacionales de las complejas cuestiones que tiene ante sí el Comité. Como los Estados Unidos señalaran anteriormente, son de la opinión de que las disposiciones propuestas son una base útil para iniciar un debate sostenido sobre las cuestiones planteadas, incluidos sus aspectos nacionales e internacionales. No obstante, la Delegación subrayó que, en su opinión y en la de muchas otras delegaciones, un debate a fondo de las disposiciones propuestas no haría avanzar las labores del Comité e incluso podría tener el efecto involuntario de trabar su trabajo. Para los Estados Unidos de América, además, la perspectiva de un posible producto final debe inspirar, no regir, el debate del Comité. Consideran los Estados Unidos que, en esta etapa, el Comité debería concentrar sus esfuerzos en un debate sostenido y sólido sobre las cuestiones fundamentales que lo ocupan”⁵²⁶.

⁵²³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵²⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵²⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵²⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Japón

“[...] no se han identificado con claridad ni explicado de manera suficiente los motivos que justifican una ampliación de la protección de la propiedad intelectual a las ECT/EF. Preocupa seriamente al Japón que se establezca un nuevo tipo de derechos de P.I. o un derecho *sui generis* para la protección de las ECT/EF, junto con la creación de un instrumento internacional jurídicamente vinculante que obligue a los Estados miembros a adoptar tal régimen [...].”⁵²⁷

Canadá

“[...] la manera cómo el Comité ha de abordar la lista de cuestiones depende en gran medida de los objetivos de política que se identifiquen. Una vez definidos estos objetivos, el Comité estará en condiciones de evaluar qué aspectos se han de tratar internacionalmente y qué otros incumben a normativas nacionales. Pero esto representa una tarea compleja [...].”⁵²⁸

Túnez

“Actualmente no existe un marco jurídico para la protección de los conocimientos tradicionales en el plano nacional. La protección de los conocimientos tradicionales a escala nacional es fundamental. El Código de Protección del Patrimonio Arqueológico, Histórico y de Artes Tradicionales, promulgado en virtud de la Ley N.º 94-35 de 24 de febrero de 1994, que contempla esencialmente emplazamientos culturales y monumentos, puede ampliarse a los conocimientos tradicionales. Pueden elaborarse acuerdos y cartas entre organizaciones internacionales y Estados para la protección de los conocimientos tradicionales, similares a los que se aplican en el ámbito del patrimonio edificatorio o del medio ambiente”⁵²⁹.

Indonesia

“[...] la cuestión en debate trae aparejado que el Comité deba justificar la necesidad de un instrumento internacional jurídicamente vinculante y explorar la relación que éste guardaría con la legislación nacional [...].”⁵³⁰

Experiencias y ejemplos nacionales

Guatemala

“Ley de Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, Decreto 26-97, enmendado por el Decreto 81-98, WIPO/GRTKF/IC/2.

Artículo 18: exposiciones temporales. Para celebrar exposiciones temporales de objetos arqueológicos, etnológicos y artísticos fuera del territorio nacional, el comisario de la

⁵²⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵²⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵²⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵³⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

exposición tendrá que presentar una solicitud en el Ministerio de Cultura y Deporte de Guatemala, que deberá contener los siguientes datos:

- a) nombre y descripción general de la actividad;
- b) duración de la actividad, fecha de inauguración y de clausura;
- c) país, departamento, estado o provincia en que se va a celebrar la exposición;
- d) institución, tipo de edificio, tipo de expositores en que tendrá lugar la exposición, así como medidas de seguridad previstas para tales elementos;
- e) supervisión: para garantizar la seguridad de los objetos que se van a exponer, dichos objetos se transportarán bajo la vigilancia de, al menos, un representante de cada una de las instituciones responsables de la actividad y, en los casos en que se trate de una sola institución responsable, serán al menos dos personas las que vigilarán la propiedad cultural, desde la ciudad o lugar de origen hasta la ciudad en que se vaya a celebrar la exposición, o hasta cualquier otro lugar al que se decida trasladarla. Asimismo, se supervisará el montaje y desmontaje de la exposición. El número de personas podrá variar, si así lo deciden las instituciones responsables, en función del valor y el tamaño de la exposición. Los costos de transporte, viaje, hotel y alimentación correspondientes a la organización de la exposición correrán a cargo del solicitante;
- f) el nombre de las personas o instituciones responsables de la exposición;
- g) la conformidad para suscribir, antes de empaquetar la propiedad cultural, un seguro de cualquier posible riesgo con arreglo a la valoración que haya hecho la institución encargada del transporte.

Artículo 19. Acuerdo de garantía. Una vez recibida la solicitud, se elaborará una lista con la descripción de los objetos, su valor y su estado. Una vez expedida por el Registro de Propiedad Cultural, se adjuntará un ejemplar de la ficha técnica, acompañada de una fotografía de cada uno de los objetos. Este documento servirá para poder expedir el correspondiente título de garantía del Estado o la póliza de seguro. La propiedad cultural que forme parte de una exposición no podrá ser confiscada, y el país receptor deberá garantizar su protección y devolución.

Artículo 20. Autorización. Una vez obtenidos, por la institución solicitante, la autorización y el título de garantía del Estado o la póliza de seguro sobre el valor asignado a la colección, deberá especificarse el estado general de las piezas de la exposición, informando detalladamente de cualquier deterioro. El Estado o persona jurídica interesada firmará un acuerdo con el Ministerio de Cultura y Deporte de Guatemala, que regulará los procedimientos y condiciones.

Dependiendo de cada caso, la póliza de seguro o el título de garantía del Estado se enviarán al Ministerio de Cultura y Deporte, que, en el momento de entrega y recepción de la colección, efectuará un registro oficial; se harán entonces también, si ello fuera necesario, las correspondientes reclamaciones. Una vez finalizada la exposición, antes del embalaje, se hará un registro detallado del estado de cada una de las piezas. Se procederá luego a empaquetarlas y precintarlas antes de ser devueltas al país de origen.

Artículo 21. Exposiciones. En los casos de traslado de exposiciones, se aplicarán los mismos principios de esta Ley; esto es, la responsabilidad de la exposición corresponderá al país en que se celebre temporalmente. La responsabilidad del país o de la institución en que se hayan efectuado los trámites de la exposición terminará cuando el país o institución en que vaya a celebrarse reciban oficialmente la colección.

Artículo 22. Selección final. Con independencia de la demanda que haya hecho el país o la institución que vaya a celebrar la exposición, el Ministerio de Cultura y Deporte podrá ejercer el derecho de selección final de las piezas que saldrán del país para formar parte de la exposición.

Ley de Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, Decreto 26-97, enmendado por el Decreto 81-98.

Artículo 11. Exportaciones. La exportación permanente de la propiedad cultural estará prohibida. No obstante, se permitirá la exportación temporal, hasta un periodo máximo de tres años, en los casos siguientes:

- a) cuando las exposiciones se celebren fuera del territorio nacional;
- b) cuando dichas exposiciones sean objeto de investigación científica o conservación o restauración, debidamente supervisada por la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural”⁵³¹.

Creators' Rights Alliance (CRA)

“[...] informó de que el Grupo de Pueblos Indígenas de la CRA cuenta con 14 organizaciones miembros de artistas indígenas, que representan unos 10.000 artistas y pueblos indígenas del Canadá. Señaló que, en el Canadá, la jurisprudencia, los conocimientos y el patrimonio indígenas están protegidos especialmente por la Constitución con carácter de derechos de los aborígenes y/o convencionales, según disponen el artículo 35 de la Ley Constitucional de 1982 y el artículo 25 de la Carta de Derechos. Ésta, dijo el orador, reconoce los derechos constitucionales y jurídicos relativos al patrimonio aborígen (art. 27), idiomas (art. 22) y educación (art. 29). Añadió el Representante que el Gobierno Federal y los gobiernos provinciales y territoriales del Canadá no han reclamado explícitamente ninguna jurisdicción o propiedad sobre los conocimientos indígenas, ya sea en declaraciones públicas, en las políticas adoptadas o en la legislación. Se deduce de esto un reconocimiento implícito del derecho de los pueblos indígenas a controlar y administrar sus propios sistemas de conocimientos. Sin embargo, todavía se requiere una afirmación concisa en las leyes acerca del reconocimiento de los conocimientos indígenas como un derecho de los aborígenes en virtud del artículo 35.1 de la Ley Constitucional de 1982. El Canadá enfoca además los conocimientos indígenas desde un punto de vista autogestionario, y ha querido tratar el conocimiento indígena como un asunto propio de la temática de las negociaciones sobre autogestión. En la situación canadiense, se requiere una interpretación jurídica de los derechos relativos a los CC.TT. y ECT por medio de la jurisprudencia. Este método puede dar resultados por sí solo o en combinación con las iniciativas legislativas que se adopten para proteger y/o reglamentar las ECT y los CC.TT. El Canadá ha tenido una actitud más bien pasiva en lo que se refiere a la adopción de iniciativas importantes para proteger los CC.TT. y ECT. Por consiguiente, afirmó el Representante, parece que se necesitan procesos legales para acelerar el progreso, como ocurrió en Australia y Nueva Zelanda. Dos aspectos son esenciales en el contexto jurídico canadiense. Primero, que los conocimientos indígenas forman un complemento de los derechos aborígenes en virtud de los tratados protegidos por la Constitución; segundo, que los derechos aborígenes y los derechos en materia de conocimientos tradicionales de los aborígenes que de ellos se desprenden, son de carácter

⁵³¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

colectivo y no individuales. Los grupos aborígenes canadienses utilizan su base constitucional y legal para desarrollar un enfoque basado en los derechos sobre su propiedad, gestión, control y continuación de sus sistemas de conocimientos. En la causa Cote vs. Su Majestad la Reina (1998), el Tribunal Supremo del Canadá afirmó que, con el fin de asegurar la continuidad de las prácticas, costumbres y tradiciones indígenas, todo derecho aborígen sustantivo ha de incluir el derecho complementario a enseñar tales prácticas, costumbres y tradiciones a la siguiente generación. El Tribunal Supremo confirmó, además, que las normas consuetudinarias forman parte de los derechos de los aborígenes, según se expone en Cote, declarando que los derechos de los aborígenes y en virtud de tratados no podrían definirse de manera conforme a los conceptos del derecho común... Por el contrario, los aborígenes tienen derecho a participar, junto con otros miembros de su comunidad, en determinadas prácticas tradicionales de los distintos pueblos aborígenes en los distintos territorios. Los derechos de los aborígenes son derechos colectivos cuyos depositarios son los miembros de una nación aborígen en particular. Por consiguiente, el Tribunal Supremo del Canadá ha reconocido que la afirmación de la soberanía de la Corona no contradice su coexistencia continuada con el derecho consuetudinario indígena. Asimismo, los tribunales han establecido que el derecho consuetudinario no se deroga ni sufre menoscabo alguno con la introducción de cualquier ley provincial, territorial o federal, salvo que esto fuese el propósito “claro e inequívoco” del poder soberano, expresado mediante una ley del Parlamento u otra legislación. Más recientemente, en la causa Haida, se confirmó la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas sobre asuntos que afecten a sus derechos. No obstante, en el Canadá no ha tenido lugar ninguna consulta efectiva con los pueblos indígenas sobre temas relacionados con los CC.TT./ECT. En la undécima sesión del Comité, el Canadá insistió en declaraciones que los pueblos indígenas del Canadá rechazan. Por ejemplo, que es prematuro abrir un debate sobre las condiciones de protección y la definición de las ECT. Por añadidura, tres semanas antes de reunirse el Comité, la Delegación del Canadá anunció a los representantes indígenas participantes que el Gobierno canadiense ya no financiaría la participación de los indígenas en las labores del Comité. El hecho que sigan cometándose apropiaciones indebidas de CC.TT./ECT en el Canadá indica que el *statu quo* está lejos de corresponder a la realidad jurídica. Un ejemplo de apropiación indebida es el uso del símbolo del INUKSHUK en el logo de los Juegos Olímpicos de Vancouver de 2010. El Canadá también va muy a la zaga de los numerosos países mencionados en la presente sesión que han adoptado medidas para reglamentar y proteger los CC.TT./ECT. El Canadá no ha formulado hasta ahora ninguna política en materia de CC.TT. y se ha limitado a las siguientes respuestas incoherentes al problema: a) que la marca Igloo, introducida en los años 60, está hoy fuera de uso; b) que ciertos organismos gubernamentales y ministerios han financiado algunos proyectos de investigación sobre los CC.TT.; c) que la Recopilación Nacional de Conocimientos Indígenas Tradicionales desarrolló actividades en 2004-2005 (pero su informe aún no se ha publicado y espera aprobación desde 2005 en la Oficina del Primer Ministro), y d) que se creó un Comité Interministerial. Semejantes medidas ineficaces o sin aplicación no bastan para abordar los problemas complejos y punzantes de los que se ocupa el Comité y están presentes también en otros foros y otros países. El Canadá también figura sistemáticamente entre los pocos países que se oponen a la promoción de la protección de los CC.TT., la participación indígena y los derechos de los indígenas en general, tanto en el marco del CDB como en el Comité de la OMPI y otros foros internacionales. Fue la Delegación del Canadá la primera en oponerse y la que manifestó tal oposición con la mayor fuerza cuando se trató la propuesta de acrecentar la participación indígena en la tercera sesión del Grupo de Trabajo del CDB sobre Acceso y Participación en los Beneficios, en 2005. El Canadá es también una de las delegaciones que buscan postergar el examen de los regímenes *sui generis* basados en el derecho consuetudinario, y sigue criticando los actuales documentos sobre CC.TT. y ECT y demás iniciativas en el seno del Comité de la OMPI. El Canadá, junto

con la Federación de Rusia, fueron los que más se opusieron a la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en junio de 2006. Ese mismo año, el actual Gobierno del Canadá anunció que no cumplirá las cláusulas del Acuerdo de Kelowna, histórico convenio concertado entre el Gobierno anterior y los pueblos indígenas (tras muchos años de elaboración) que aborda cuestiones tales como la pobreza de las poblaciones indígenas, las deficiencias en materia de salud y educación y el reconocimiento insuficiente de sus derechos. Por éstos y otros motivos, los pueblos indígenas del Canadá en su conjunto han organizado diversas acciones de protesta y, la semana anterior, procedieron a bloquear las principales autopistas del país”⁵³².

Nueva Zelanda

“[...] Obviamente, también se ha expresado preocupación por casos de apropiación indebida dentro del país y la Delegación señaló que en Nueva Zelanda tiene lugar un amplio proceso de intercambio destinado a abordar dichos problemas. La experiencia de Nueva Zelanda muestra también que las personas y organizaciones de la comunidad internacional que desean utilizar las ECT autóctonas de Nueva Zelanda muchas veces no están al corriente de las normas y los protocolos del derecho consuetudinario que deben aplicar en estos casos. Algunas normas son las mismas para muchas comunidades indígenas y locales del mundo. En su política interior, Nueva Zelanda ha ganado cierta experiencia en la elaboración de códigos de conducta, directrices y mecanismos de prácticas idóneas destinados a los usuarios de ECT y responsables de políticas, un medio para lograr algo de respeto y aprecio por tales normas y prácticas consuetudinarias relacionadas con la utilización de CC.TT. y ECT. La Delegación expresó su disposición a dar a conocer esta experiencia en el seno del Comité, si los miembros lo consideran útil [...]”⁵³³

Hokotehi Moriori Trust

“[...] se refirió al ejemplo de los cigarrillos del que ya había hablado. Una marca de cigarrillos presenta una etiqueta con la figura de un jefe de las Primeras Naciones con su tocado completo de plumas, fumando la pipa de la paz. Tanto el tocado de plumas como la pipa de la paz son clásicas ECT de los pueblos originarios de los Estados Unidos de América, lo cual explica la alusión al “espíritu americano natural” que figura en el paquete. Quizás el término “espíritu” tenga por objeto evocar la “espiritualidad” de las Primeras Naciones que practicaban sus ceremonias en torno a la pipa de la paz. La ceremonia de la pipa de la paz es otro ejemplo de apropiación indebida de una ECT de esos pueblos indígenas. El orador entregó los cigarrillos a la Delegación de los Estados Unidos de América como un caso de estudio contemporáneo que tal vez desee tratar con sus pueblos aborígenes. El Representante señaló que del grafismo del paquete no se puede extraer que las imágenes reproducidas estuvieran sujetas a una marca u otro derecho de P.I. [...]”⁵³⁴

⁵³² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵³³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵³⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

B. Comentarios sobre las diferencias entre la normativa internacional y la nacional: ¿Cómo se relacionan o deben relacionarse entre sí la normativa internacional y la nacional? ¿Precede la normativa internacional a la nacional o viceversa? ¿Qué cuestiones deben abordarse a escala internacional y nacional?

Comentarios generales

Qatar

- a) “Crear un acuerdo de las normas que determinen qué puede considerarse apropiación o mal uso, etcétera de conocimientos tradicionales.
- b) Las dificultades de definir el contenido, la fuerza y debilidad de las categorías de protección vigentes.
- c) La cuestión del cumplimiento de las normas sobre conocimientos tradicionales”⁵³⁵.

Sudáfrica

“[...] Propone que se examinen los mecanismos de habilitación o simplificación de los trámites de notificación o de registro, que son el punto de partida para el reconocimiento de un derecho de P.I. en el marco de la legislación nacional y la política regional. Así, defiende que la Ley Tipo de la Organización de la Unidad Africana (OUA) se presente como un posible mecanismo. Propone que dicha ley tipo se armonice con las disposiciones adoptadas por el CIG, aportando, así, un esquema más integrado para el reconocimiento y protección de la propiedad intelectual de las comunidades indígenas y locales. La creación de un sistema de adopción de decisiones en la comunidad y de obtención de beneficios financieros podría allanar el camino hacia una mejor situación económica de estas comunidades y favorecer la confianza en su propia cultura”⁵³⁶.

La normativa nacional precede a la internacional

Japón

“[...] Antes de debatir la manera de tratar esta cuestión internacionalmente, conviene entablar un debate sobre las soluciones que existen nacionalmente y dónde están sus límites, así como en qué medida no es posible resolver los problemas en el plano contractual y por otros medios. Es fundamental abrir un debate basado en una información fáctica sobre los daños causados por actos ilícitos y de qué actos se trata...”⁵³⁷.

Canadá

“[...] Opina el Canadá que el marco jurídico nacional y las preocupaciones de los Estados miembros han de orientar la forma y regir los debates del Comité sobre aquellas cuestiones, si las hubiera, que requieren un debate internacional. Además, los debates sobre

⁵³⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵³⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵³⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

toda forma posible de protección internacional deberían contemplar las particularidades de cada país y ajustarse a sus respectivas obligaciones internacionales”⁵³⁸.

Unión Internacional de Editores (UIE)

“[...] Según ese mismo principio, la armonización internacional debe constituir la conclusión, y no el principio [el principio de subsidiariedad], de la elaboración de la normativa nacional”⁵³⁹.

Véase asimismo *Nueva Zelanda*, más adelante.

Cuestiones que pueden ser abordadas a escala internacional y nacional

Ghana

“Todas las cuestiones relativas al folclore deben tratarse tanto a escala nacional como internacional, especialmente en aquellos casos en que dicha cuestión afecta a dos o más ciudadanos de distintos países o naciones diferentes”⁵⁴⁰.

Ogiek Peoples Development Program (OPDP)

“[...] Las cuestiones que hay que tratar, a escala nacional e internacional, deben considerarse basándose en la determinación y el fomento de las buenas prácticas tradicionales y la prohibición de conductas perjudiciales que puedan poner en peligro dichas prácticas”⁵⁴¹.

Interacción/relación entre la normativa internacional y la nacional/división de la labor entre la normativa internacional y la nacional

Unión Internacional de Editores (UIE)

“El principio de subsidiariedad exige que solo se asuman a escala internacional aquellos cometidos que no puedan asumirse eficazmente a una escala más cercana, o local [...]”⁵⁴²

Ogiek Peoples Development Program (OPDP)

“[...] La elaboración de políticas a escala internacional debe estar regulada desde una dimensión nacional, de modo que los titulares de derechos extranjeros deban atenerse a las diferentes jurisdicciones”⁵⁴³.

India

“[...] Sus disposiciones podrían estructurarse de manera flexible, a fin de que cada reglamentación nacional pueda tener en cuenta la diversidad de sus problemas al aplicar las

⁵³⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵³⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁴⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁴¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁴² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁴³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

obligaciones internacionales. Debería dejarse al criterio de la reglamentación nacional la manera de aplicar dichas obligaciones”⁵⁴⁴.

Argelia, en nombre del Grupo Africano

“[...] incumbe a la OMPI elaborar un marco internacional de prescripciones y normas con miras a un instrumento internacional jurídicamente vinculante. Respecto del carácter multicultural y transnacional de las ECT/EF, el Grupo consideró que los Estados miembros habrán de elaborar de manera convergente los marcos jurídicos nacionales apropiados para proteger y promover las ECT”⁵⁴⁵.

Indonesia

“[...] subrayó que el instrumento internacional jurídicamente vinculante debería establecer un nivel mínimo de protección, sin perjuicio de que las legislaciones nacionales pudieran establecer formas de protección más rigurosas”⁵⁴⁶.

China

“[...] existen muchos actos de infracción de las ECT, especialmente fuera del país de origen de las mismas. Esto había sido mencionado también por la Delegación de Sudáfrica. La Delegación opinó que, evidentemente, la legislación nacional no es suficiente. Si estas cuestiones pudieran resolverse mediante leyes nacionales, no sería necesario que el Comité se reuniese. La Delegación apoyó plenamente la intervención de la Delegación de Argelia en nombre del Grupo Africano. En cuanto a la protección de las ECT, sostuvo que hay dos enfoques, uno de ellos “desde abajo”. Este enfoque consiste en establecer primero legislaciones nacionales y luego, cuando éstas alcancen madurez, analizar la dimensión internacional. Sin embargo, tal enfoque no podría satisfacer las necesidades actuales, ya que la moderna tecnología trae aparejada una mayor prevalencia de las infracciones transfronterizas. El otro método sería “desde arriba”, que muchos ven con simpatía. Tiene que ver con el deseo de contar con un instrumento internacional vinculante que oriente a las legislaciones nacionales y, al mismo tiempo, resuelva los problemas surgidos a nivel internacional. En consecuencia, la Delegación dio su apoyo a las diferentes intervenciones pronunciadas, entre ellas la de la Delegación del Brasil. La Delegación de China señaló que espera de todas las partes una actitud positiva y constructiva en los debates. En tal sentido, vale una expresión china de que debe procurarse lo que es común y hacer a un lado las diferencias. Por ello la Delegación deseó que el Comité encuentre lo que es común a todos”⁵⁴⁷.

Australia

“[...] aun considerando que no se excluye ningún resultado posible de las labores del Comité, se pronuncia por dar solución a las cuestiones particulares que así lo requieran, bajo

⁵⁴⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁴⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁴⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁴⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

la forma de mecanismos no vinculantes, ya que este método permite una mayor flexibilidad y la elección de formas de aplicación a nivel nacional”⁵⁴⁸.

Nicaragua

“[...] Estuvo de acuerdo con la Delegación del Brasil respecto de la flexibilidad en materia de legislación nacional y la introducción de un elemento de consentimiento fundamentado previo de las comunidades interesadas [...].”⁵⁴⁹

Hokotehi Moriori Trust

“[...] de no existir actualmente un mecanismo en vigor que proteja las ECT en tales contextos, será necesario establecer un proceso y los mecanismos apropiados nacionales e internacionales para ocuparse de estas situaciones, cuya incidencia es cada año mayor. Evidentemente es un terreno propio a un sistema *sui generis*, con inclusión de protocolos legales y consuetudinarios aplicables en los países del caso para proteger dichos derechos contra semejantes apropiaciones indebidas, con el apoyo de mecanismos jurídicos transfronterizos y las sanciones del caso, así como un régimen internacional que abarque todos estos aspectos y prevea situaciones como el consentimiento fundamentado previo, el acceso y la distribución de beneficios, junto con las sanciones que proceda imponer [...].”⁵⁵⁰

Estados Unidos de América

“[...] Es importante tener en cuenta que las cuestiones planteadas en el CIG se están resolviendo a escala internacional, aun cuando el resultado de tales deliberaciones sirva para que las medidas acordadas se apliquen en el plano nacional”⁵⁵¹.

Brasil

“[...] Es necesario prever algunos aspectos centrales y establecer un nivel mínimo de protección. No obstante debe dejarse con flexibilidad cierto espacio para la intervención de las legislaciones nacionales [...].”⁵⁵²

Noruega

“[...] consideró que, sin perjuicio del contenido de cualquier instrumento, algunos elementos fundamentales deben contemplarse internacionalmente, a los efectos de proporcionar un nivel mínimo. Sin embargo, también debe reconocerse y contemplarse adecuadamente la necesidad de flexibilidad”⁵⁵³.

⁵⁴⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁴⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁵⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁵¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁵² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁵³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

“[...] Un mismo sistema de protección no tiene por qué encajar exactamente en todos los países. Hay que tener en cuenta, además, los diferentes problemas de cada región o su especificidad”⁵⁵⁴.

México

“[...] manifestó el deseo de que la protección internacional de las ECT/EF se ajuste o se oriente a la protección de tales expresiones a nivel nacional. Es no obstante importante, dijo, mantener cierto grado de flexibilidad, a fin de poder tener en cuenta la diversidad cultural de dichas expresiones”⁵⁵⁵.

“Consideramos que la protección que debe concederse a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore a escala internacional (dentro de la OMPI) debe coincidir con la protección por propiedad intelectual concedida a dichas expresiones a escala nacional, a fin de que esta protección complemente la protección que establecen otros convenios internacionales y leyes nacionales, evitando de esta forma la duplicación innecesaria de esfuerzos y recursos”⁵⁵⁶.

Nueva Zelanda

“[...] también es importante dejar cierto campo a los países para que elaboren sus propias soluciones y los mecanismos que mejor corresponden a sus características y circunstancias específicas. Si bien el desarrollo de sistemas *sui generis* a nivel internacional es un objetivo apoyado por algunos Estados, esto no debería excluir el desarrollo de enfoques sustitutivos de país o propios de una región para proteger el conocimiento y las prácticas de las comunidades indígenas. La importancia de esto resalta sobre todo por el carácter “culturalmente distintivo” de las ECT y la posible vigencia de otras fuentes jurídicas interiores en materia de derechos relacionados con las ECT que hay que tener cuenta, como los derechos humanos y de las poblaciones indígenas y el Tratado de Waitangi. No obstante, la Delegación aún estudia la eventual necesidad de adoptar medidas, legales o de otra índole, para lograr una protección extraterritorial de las ECT y sus titulares. Un examen fáctico y estudios de caso pertinentes serían importantes elementos de juicio. Entre otras cosas, la evaluación nacional que realiza Nueva Zelanda comprende: i) medidas para impedir la apropiación y utilización indebidas y la falsificación de ECT accesibles desde el dominio público, como son las fuentes internacionales e Internet; ii) medidas destinadas a hacer valer la necesidad de desplegar esfuerzos, en un grado razonable, para determinar el origen de las ECT e identificar a sus titulares, previo a toda utilización; y iii) medidas que aseguren una atribución adecuada de los derechos de propiedad intelectual relacionados con las ECT y el reconocimiento de su contribución a la innovación y los esfuerzos creativos; negociaciones equitativas sobre acceso a las ECT y propiedad de los derechos de P.I. que generaría su utilización, junto con la distribución equitativa de los beneficios provenientes de la utilización de ECT en el marco del sistema de P.I. [...]”⁵⁵⁷

“[...] Al mismo tiempo que facilita la protección de los CC.TT. y las ECT de Nueva Zelanda en otros países, un instrumento internacional también puede limitar la

⁵⁵⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁵⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁵⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁵⁵⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

capacidad de Nueva Zelanda de elaborar un sistema de protección adaptado a las circunstancias particulares del país, al tener que ser adecuado y aceptable para los grupos del resto del mundo. En la demanda WAI 262⁵⁵⁸ ante el Tribunal de Waitangi, las querellantes, los Ngāti Kuri, Ngāti Wai y Te Rarawa (tres tribus maoríes de la parte norte de Nueva Zelanda) señalaron que:

“Aunque se están realizando esfuerzos a escala internacional, tales como los que realiza la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), a fin de elaborar políticas y directrices para la protección de los conocimientos tradicionales, esto se está realizando dentro del sistema existente de derechos de P.I. y, por lo tanto, con sujeción a él. Nueva Zelanda tiene una oportunidad única de desarrollar un sistema nuevo e innovador derivado tanto del sistema *tikanga Māori* (protocolo y valores maoríes) como del *tikanga Pakeha* (protocolo y valores occidentales). ...Dicho marco estará compuesto por *tikanga Māori* (protocolo y valores maoríes) como punto de partida y proporcionará más protección a los maoríes mientras que al mismo tiempo proporciona más seguridad a los no maoríes que quieran acceder a los *mātauranga* (conocimientos maoríes) o colaborar con los maoríes en la investigación y el desarrollo de la flora y la fauna indígenas” [...]⁵⁵⁹

Razones por las que es necesario un instrumento internacional

Federación Ibero-Latinoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE)

“Considera que, para atender adecuadamente el tipo de protección que se está examinando, el mejor método es elaborar un tratado internacional que pueda firmar la mayoría de los Estados miembros. Una vez redactado, habrá que completarlo o establecer disposiciones nuevas para la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales. Como no existe prácticamente ninguna norma nacional sobre este tema, es difícil establecer normas a escala nacional”⁵⁶⁰.

Kirguistán

“Problemas: imperfección de la legislación nacional en este ámbito; ausencia de un sistema de protección de expresiones culturales tradicionales (folclore) como tal, etcétera. Se presupone que, a escala internacional, se dispondrá de un planteamiento unificado de cometidos determinados a la protección de expresiones culturales tradicionales (folclore)”⁵⁶¹.

Argelia

“[...] algunos países no ven con buenos ojos la adopción de un instrumento internacional para tan importante sector. Sin embargo, acotó, un instrumento internacional de

⁵⁵⁸ [Nota de la Secretaría: la nota a pie de página figuraba originalmente en el comentario] El Tribunal de Waitangi es una comisión de encuesta establecida por ley a fin de examinar los alegatos de incumplimiento del Tratado de Waitangi (el documento fundacional de Nueva Zelanda) e informar al respecto. Los querellantes en la demanda WAI 262, también conocida como la demanda sobre la fauna y la flora, han planteado preocupaciones en relación con los derechos de P.I. y la protección de los *mātauranga Māori*.

⁵⁵⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁵⁶⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁶¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

protección de las ECT ayudaría al Comité a elaborar normas legales nacionales y a determinar los procedimientos nacionales, la reciprocidad, las penas por actos ilegales y las medidas en frontera, como las que aboga la OMC en su Acuerdo sobre los ADPIC. Por otra parte, la Delegación se preguntó en qué se basarán los países para legislar, en caso de que sólo prevalezca la legislación nacional. También cabría preguntar cómo se tratarán los temas internacionalmente, de afectar cualquier problema a más de un país... También reconoció el valor de las experiencias nacionales. Sin embargo, tratándose de la undécima sesión del Comité, la Delegación entendió que el Comité debe intensificar su labor a fin de lograr un consenso con vistas a elaborar un instrumento internacional y disposiciones que permitan a los países establecer su propia legislación en la materia”⁵⁶².

Argelia, en nombre del Grupo Africano [esta cita también aparece en otro lugar]

“[...] la protección de las ECT/EF va más allá del contexto puramente nacional. En opinión del Grupo, incumbe a la OMPI elaborar un marco internacional de prescripciones y normas con miras a un instrumento internacional jurídicamente vinculante [...].”⁵⁶³

Nicaragua

“[...] la protección del conocimiento tradicional en su sentido más amplio es crucial para prevenir la apropiación indebida de esas porciones importantísimas del conocimiento. Tal protección no es prematura. La Delegación sostuvo que es decisivo el establecimiento de un instrumento vinculante a nivel internacional y que los actos ilegales deben reprimirse. Estuvo de acuerdo con la Delegación del Brasil respecto de la flexibilidad en materia de legislación nacional y la introducción de un elemento de consentimiento fundamentado previo de las comunidades interesadas. Por último, la Delegación opinó que el actual sistema de P.I. sólo recoge el elemento comercial y por ello es necesario crear un instrumento *sui generis* con vistas a una protección efectiva de las ECT y los CC.TT.”⁵⁶⁴.

Nigeria

“[...] Existen varias legislaciones nacionales de protección de las ECT, pero no cubren suficientemente las preocupaciones en materia de utilización y explotación transfronterizas. Considerando que la integración mundial ha creado una aldea mundial donde los asuntos relativos a los derechos son ahora un lugar común, la Delegación observó que se requieren medidas, como en muchos otros ámbitos, para proteger las ECT y crear una zona de protección del valor y la originalidad de los productos, ya sean éstos modernos o provenientes de comunidades tradicionales. Por lo tanto, deben tomarse medidas para proteger las ECT internacionalmente”⁵⁶⁵.

Marruecos

“[...] reiteró la importancia de la dimensión internacional de la protección de las ECT/EF y expresó preocupación por su utilización ilegal. Reiteró que es necesario contar con un instrumento internacional vinculante que establezca normas y regule la utilización de esta

⁵⁶² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁶³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁶⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁶⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

riqueza cultural. Las normas nacionales no bastan, ya que no se aplican fuera de las fronteras del país en cuestión. Es necesario proteger dichas expresiones a nivel nacional, algo que el Gobierno de Marruecos ha estado haciendo en los últimos tiempos. La legislación marroquí abarca la concesión de licencias para la utilización de las ECT/EF, establece un sistema de compensaciones en caso de infracciones y utilización ilegal y se imponen sanciones que van de las multas a penas de prisión. No obstante, la legislación nacional se limita a las regiones del país. La utilización de las ECT puede observarse en diversas producciones audiovisuales en todo el mundo. Por ejemplo, estas expresiones pueden captarse en las emisiones de radio y televisión por satélite y en las películas. La Delegación manifestó preocupación por tales usos y explotación de las ECT/EF y, por consiguiente, entendió que el Comité debería hallar medios internacionales convenientes de protección, con inclusión de normas aplicables internacionalmente. El Comité debería tener en cuenta las normas internacionales existentes en relación con el trato nacional y el régimen de nación más favorecida a nivel internacional. Según la Delegación, hay una fuerte necesidad de normas que protejan las ECT de manera equilibrada y adecuada”⁵⁶⁶.

Sudáfrica

“[...] se unió a lo manifestado por otras delegaciones que insistieron en solicitar que el Comité avance hacia la creación de un consenso sobre la necesidad de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante. Se declaró convencida de que los esfuerzos por proteger el conocimiento autóctono van más allá de la responsabilidad nacional y, por consiguiente, se requiere un instrumento internacional vinculante. La Delegación observó que es cada vez más amplio el consenso entre muchas delegaciones sobre la necesidad de medidas apropiadas, equilibradas y justas para proteger las ECT. Citó el conocido caso de la canción “The lion sleeps tonight” para ilustrar la necesidad de una protección de las ECT a nivel nacional, regional e internacional”⁵⁶⁷.

India

“[...] para que sea eficaz, la protección de las ECT/EF requiere un enfoque internacional. Por tal motivo, la Delegación señaló la necesidad de un instrumento internacional jurídicamente vinculante”⁵⁶⁸.

Libia

“[...] apoyó la declaración formulada por la Delegación de Argelia en nombre del Grupo Africano, convencida de que refleja fehacientemente las preocupaciones del Grupo. La Delegación comentó que: 1) el Comité se reunió ya más de diez veces; 2) la OMPI viene dedicando grandes esfuerzos desde la primera de estas reuniones, y 3) los Estados miembros han participado activamente. La Delegación reconoció que el Comité ha avanzado en su labor en lo que tiene que ver con la P.I. y la protección de los CC.TT. y las ECT. Los resultados logrados por el Comité, opinó la Delegación, replantean la necesidad de examinar estos temas más a fondo. Para Libia es de gran importancia el caso de las ECT, por ser éstas parte del patrimonio de la humanidad. Las ECT deberían entregarse inalteradas a la próxima generación. También es necesario difundirlas. Ya se ha creado un centro nacional a ellas

⁵⁶⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁶⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁶⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

consagrado, uno de los pocos en su género que existen en el mundo árabe para la protección y preservación de las expresiones no tangibles. La Delegación se pronunció por su salvaguardia, ya que son parte de lo más auténtico de los pueblos. Hay países que carecen de legislación al respecto y no han adoptado medidas para proteger las ECT y su comercialización. Por tal motivo, la Delegación declaró que es tarea vital contar con un instrumento internacional y que es necesario transmitir las ECT locales y darlas a conocer al resto del mundo, como parte del patrimonio mundial. Expresó la convicción de que el Comité debe tratar estos temas eficazmente. Finalmente, señaló que un instrumento internacional jurídicamente vinculante requiere que el Comité tenga conciencia de la necesidad de tal instrumento para proteger todos los derechos de P.I. En su opinión, si los países no saben de la necesidad de proteger la P.I., no será posible llegar a un instrumento internacional con el fin de que los Estados miembros alcancen sus objetivos y que permita a las comunidades lograr el necesario progreso en este terreno”⁵⁶⁹.

Arts Law Centre of Australia

“[...] objetivo fundamental en materia de protección de las ECT debería ser la adopción de un tratado internacional de carácter vinculante para los signatarios. Es importante, dijo, suministrar los medios para lograr su observancia por todos los Estados, puesto que en Australia, por ejemplo, se ha difundido la práctica de contravenir las ECT de la población indígena australiana a través de la importación masiva de artesanías de “estilo aborigen”, que se venden a los turistas sin que la población indígena participe ni obtenga beneficio alguno. A condición de que la obra no infrinja la legislación australiana de protección del consumidor o los derechos de autor, este comportamiento no está sujeto a ninguna prohibición. Un tratado internacional, por tanto, proporcionaría un marco apropiado para construir un sistema adecuado de leyes nacionales”⁵⁷⁰.

Acuerdos regionales y bilaterales

Hokotehi Moriori Trust

“[...] los Estados miembros, además de ajustarse a un sólido régimen vinculante internacional, incorporen cláusulas relativas a las ECT a sus acuerdos bilaterales y multilaterales de comercio internacional. Al suscribir acuerdos de libre comercio con algunos países insulares del Pacífico, Nueva Zelandia ha incluido disposiciones de protección de los derechos de los maoríes en virtud del Tratado de Waitangi”⁵⁷¹.

Indonesia

“[...] Como complemento, también el establecimiento de instrumentos regionales podría ser una manera eficaz de tratar estos problemas”⁵⁷².

⁵⁶⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁷⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2 y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁷¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁷² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Coordinación con otros instrumentos y foros internacionales

Sudáfrica

“[...] hay que coordinar y esclarecer las relaciones con otros elementos de diferentes protocolos y convenciones internacionales [...]”⁵⁷³

Australia

“[...] los trabajos del Comité deberían incluir la consulta y la cooperación con otros foros internacionales. Este método es importante a los efectos de lograr un enfoque compatible con las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales en vigor”⁵⁷⁴.

C. ¿Qué cuestiones se ha considerado adecuadas en concreto para la normativa nacional? ¿Cuál es la función de la normativa nacional?

Asociación Rusa de Pueblos Indígenas del Norte (RAIPON)

“[...] en el nacional, los mecanismos de protección”⁵⁷⁵.

Federación de Rusia

“Las cuestiones de la conservación y divulgación del folclore deben abordarse a escala nacional; las relativas al intercambio cultural se tratarán a escala internacional [...]”⁵⁷⁶

Etiopía

“[...] Los Estados, a través de sus legislaciones nacionales, deberían velar por que se preste más atención a la preservación, conservación, documentación, desarrollo y protección legal de los CC.TT. y EC/EF [...]”⁵⁷⁷

Araba Saudita

“[...] De ahí que la utilización de estas expresiones deba tratarse tanto nacional como regionalmente”⁵⁷⁸.

Indonesia

“[...] La legislación nacional puede ocuparse de los titulares de las ECT/EF y de la utilización de las mismas pero, de hecho, no puede abordar todos los aspectos de manera exhaustiva, como por ejemplo los asuntos vinculados a la territorialidad, la mundialización y

⁵⁷³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁷⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁷⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁷⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁷⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁷⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

la comercialización de las ECT/EF a escala internacional, así como el reconocimiento adecuado de los derechos de titulares extranjeros [...]”⁵⁷⁹

Brasil

“[...] Al mismo tiempo, las legislaciones nacionales deberían estar en condiciones de establecer, entre otras cosas: 1) normas de distribución de los beneficios; 2) gestión de los derechos relacionados con las ECT/EF, y 3) sanciones concretas en los casos de apropiación indebida [...]”⁵⁸⁰

D. ¿Qué cuestiones deben abordarse a nivel internacional? ¿Cuál es la función de la normativa internacional?

Asociación Rusa de Pueblos Indígenas del Norte (RAIPON)

“En el plano internacional, conviene examinar los principios generales (véase el párrafo 5) [...]”⁵⁸¹

Federación de Rusia

“[...] las [cuestiones] relativas al intercambio cultural se tratarán a escala internacional”⁵⁸².

Etiopía

“[...] En opinión de la Delegación, la protección y el tratamiento conferido a las personas de otras nacionalidades es precisamente uno de los elementos de la dimensión internacional del resultado que la Delegación desea como culminación del trabajo del Comité. La Delegación consideró que asuntos tales como trato nacional, asimilación y trato justo y equitativo deberían integrar un régimen internacional. Sin embargo, el mismo texto que debate el Comité podría incluirse en el régimen internacional deseado por la Delegación [...]”⁵⁸³

Arabia Saudita

“[...] estos problemas legales deberían tratarse internacionalmente pero en relación con la documentación de las ECT y su protección [...]”⁵⁸⁴

India

“[...] La reglamentación internacional debería abordar el alcance, objeto y carácter de la protección de las ECT/EF [...]”⁵⁸⁵

⁵⁷⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁸⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁸¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁸² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁸³ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁸⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Indonesia

“[...] este sistema internacional se ocuparía también de las diferencias y la observancia, así como, por otro lado, ofrecería una protección positiva, necesaria al tratar los aspectos transfronterizos [...]”⁵⁸⁶

China

“[...] en el plano internacional, la protección de las ECT/EF debe coordinarse en las fronteras”⁵⁸⁷.

Brasil

“[...] se requiere un instrumento internacional para abordar el problema de la apropiación indebida de ECT/EF. Este instrumento internacional debería garantizar un trato a los extranjeros igual o no menos favorable que el otorgado a los nacionales... En consecuencia, deberían acordarse internacionalmente algunas reglas mínimas, por ejemplo: i) la condición del consentimiento fundamentado previo para la utilización de las ECT/EF; ii) el reconocimiento de los derechos de las comunidades respectivas sobre las ECT/EF, y iii) las formas y los medios de protección de dichos derechos [...]”⁵⁸⁸

“[...] referencia de casos que puedan constituir actos de apropiación indebida; [...]”⁵⁸⁹

Nueva Zelandia

“[...] consideró importante hacer notar que toda protección otorgada en Nueva Zelandia a las ECT no se extiende automáticamente a otros Estados, a menos que así lo disponga un instrumento internacional bilateral o multilateral. La experiencia de Nueva Zelandia muestra que muchos incidentes de apropiaciones indebidas, usos abusivos y falsa representación de las ECT tienen lugar fuera de sus fronteras, de ahí su interés en explorar la dimensión internacional de la protección de las ECT... Al analizar las relaciones internacionales a que da lugar la utilización transfronteriza de ECT, han de tenerse en cuenta los conceptos internacionales de reciprocidad, trato nacional y régimen de nación más favorecida”⁵⁹⁰.

“[...] se necesita proteger los CC.TT. y las ECT a escala internacional a fin de proporcionar a los Estados miembros y a sus ciudadanos mecanismos para evitar la apropiación y utilización indebidas y la falsificación fuera del país de origen [...]”⁵⁹¹

[Continuación de la nota de la página anterior]

585 WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

586 WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

587 WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

588 WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

589 WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

590 WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add. y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

591 WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

E. ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

Colombia

“Respalda lo que se afirma sobre esta cuestión en el propuesto Artículo 11, sobre las disposiciones sustantivas que figuran en los documentos WIPO/GRTKF/IC/9/4 y WIPO/GRTKF/IC/10/4”⁵⁹².

Brasil

“[...] La disposición propuesta en el artículo 11 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4 constituye, según la Delegación una base reflexionada y suficiente para el debate [...]”⁵⁹³

Etiopía

“[...] apoyó la declaración formulada por la Delegación de Argelia en nombre del Grupo Africano. La inclusión de la protección internacional en los textos que tiene ante sí el Comité es un hecho notable, afirmó, pero las disposiciones deben tener en cuenta varios elementos. En primer lugar, el artículo 14 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/5(c), por ejemplo, no menciona la división del trabajo que debería existir entre un régimen internacional y los sistemas nacionales o locales. En segundo lugar, el artículo 14 se refiere a lo que llama “normas internacionales”, pero sin definir su carácter ni su contenido. El comentario relacionado con este artículo señala que “un elemento esencial a la hora de tratar esa dimensión es la creación de normas relativas al tratamiento de los ciudadanos extranjeros en lo tocante a la protección de los CC.TT.” [...]”⁵⁹⁴

Argelia

“[...] tomó nota de las disposiciones contenidas a este respecto en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) [...]”⁵⁹⁵

Arabia Saudita

“[...] en relación con la protección de las ECT, debería añadirse el artículo consagrado a este tema la dimensión regional, además de las de índole nacional e internacional, puesto que muchas de estas expresiones se comparten con los países vecinos, especialmente cuando juntos conforman una unidad geográfica [...]”⁵⁹⁶

⁵⁹² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁹³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁹⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁹⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁵⁹⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Nigeria

“[...] Se refirió seguidamente a los párrafos 22 y 23 del documento WIPO/GRTKF/IC/2/8, el cual, en su opinión, contiene un balance exacto de los esfuerzos realizados desde hace 20 años para extender la protección del folclore más allá de las fronteras de los países de origen. La Delegación citó el párrafo 23 de dicho documento, donde se afirma que “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 [...]”⁵⁹⁷

⁵⁹⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

CUESTIÓN N.º 10: ¿QUÉ TRATO DEBE DARSE A LOS TITULARES/BENEFICIARIOS DE DERECHOS QUE SEAN EXTRANJEROS?

Nota introductoria de la Secretaría

Los comentarios escritos e intervenciones verbales sobre esta cuestión se han agrupado de la manera siguiente:

A: Comentarios generales: ¿Qué significado tiene esta cuestión? ¿Qué consideraciones se aplican al examinarla? ¿Cómo debe resolverse?

B: Comentarios concretos: ¿Deben recibir el mismo trato los nacionales y los extranjeros? En caso afirmativo, ¿con arreglo a qué principio (por ejemplo, el trato nacional, la reciprocidad o el reconocimiento mutuo)?

C: ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

A. Comentarios generales: “¿Qué significado tiene esta cuestión? ¿Qué consideraciones se aplican al examinarla? ¿Cómo debe resolverse?”

Japón

“[...] El trato concedido a los titulares de derechos y beneficiarios extranjeros dependería por consiguiente del tipo de protección otorgado a las ECT y los reglamentos internacionales correspondientes”⁵⁹⁸.

Canadá

“De ocuparse el Comité en el futuro de la situación de los titulares de derechos o beneficiarios extranjeros, es necesario atenerse al principio general de cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados miembros”⁵⁹⁹.

Sudán

“[...] los pueblos indígenas tienen derecho a la protección mediante un instrumento internacional que les reconozca sus derechos, que son un legado histórico y un motivo de orgullo. Se trata objetivamente de un deber moral mínimo, para proteger dichos derechos de la mutilación y distorsión, y los ingresos obtenidos han de utilizarse para fines de vigilancia, apoyo y desarrollo. La Delegación propuso que la utilización de las expresiones del folclore esté sujeta a la indicación de su origen geográfico y étnico y al consentimiento previo del titular originario”⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁵⁹⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁶⁰⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Kirguistán

“Se presupone que los derechos de titulares extranjeros de expresiones culturales tradicionales (folclore) se otorgarán con arreglo a la legislación del país correspondiente”⁶⁰¹.

Sudáfrica

“En el plano internacional se cuenta con el suficiente apoyo como para oponerse a la concesión de patentes o de invenciones no originales. Por ejemplo, más de doce organizaciones de todo el mundo presentaron una oposición legal contra la patente EPO (Oficina Europea de Patentes) sobre el extracto de Neem, y el proceso completo duró cinco años. Con todo, Sudáfrica es consciente de que los procedimientos de oposición son extremadamente costosos y lentos. En una reciente propuesta de la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos (USPTO) se presenta un método para solucionar estos problemas. Los instrumentos internacionales deben tener en cuenta los abusos cometidos en el pasado así como la vulnerabilidad de las comunidades. Convendría, además, ampliar los derechos de las comunidades con respecto a los de los consorcios multinacionales”⁶⁰².

Guatemala

“Ley de Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, Decreto 26-97, enmendado por el Decreto 81-98.

Artículo 65. Firma de acuerdos. El Gobierno de Guatemala suscribirá con los gobiernos extranjeros los acuerdos bilaterales o regionales que considere convenientes, a fin de impedir el tráfico ilegal de la propiedad cultural de los países contratantes.

Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas (WIPO/GRTKF/IC/2).

Protección de expresiones de folclore extranjero. Se concederá protección a las expresiones del folclore desarrolladas y perpetuadas en un país extranjero:

- h) vinculada a la reserva de reciprocidad, o
- i) sobre la base de tratados u otros acuerdos”⁶⁰³.

Ghana

“En este convenio no debe interpretarse nada como alteración de la condición o disminución del grado de protección, concedida por algún convenio, y que pudiera afectar a los derechos y obligaciones de los Estados parte; derechos y obligaciones procedentes de instrumentos internacionales relativos a los derechos de propiedad intelectual o al uso de recursos biológicos o ecológicos de que asimismo son parte dichos Estados [...]”⁶⁰⁴

⁶⁰¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶⁰² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶⁰³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶⁰⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

Japón

“[...] no había motivos que se hubieran identificado o explicado suficientemente para justificar la ampliación de la protección de la P.I. a las manifestaciones del folclore. Para el Japón es motivo de seria preocupación la posibilidad de que se establezca un nuevo tipo de derecho de P.I. o derecho *sui generis* destinado a proteger las ECT y se adopte un instrumento internacional jurídicamente vinculante por el cual los Estados miembros estarían obligados a adoptar un tal régimen [...]”⁶⁰⁵

Canadá

“[...] debate sobre el trato a los titulares de derechos o beneficiarios extranjeros debería tener lugar una vez que el Comité haya identificado los objetivos y beneficiarios del caso [...]”⁶⁰⁶

Australia

“[...] es necesario seguir trabajando con vistas a determinar el trato que ha de reservarse a los ciudadanos de otros países. Principios tales como el grado o los criterios de protección deben definirse antes de abordar los temas particulares relacionados con los derechos de los titulares/beneficiarios extranjeros [...]”⁶⁰⁷

Estados Unidos de América

“[...] abrir un debate pormenorizado sobre el trato a los titulares de derechos y beneficiarios extranjeros no ayudaría a la labor del Comité en esta etapa. Hizo notar, no obstante, que uno de los principios rectores que fuera ampliamente debatido en el Comité es el cumplimiento de los acuerdos internacionales pertinentes. La Delegación entendió que esto comprende también el principio fundamental de trato nacional, o sea la no discriminación de los titulares extranjeros de derechos. En su opinión, este cimiento del derecho internacional en materia de P.I. debería seguir inspirando los debates del Comité”⁶⁰⁸.

Nueva Zelandia

“[...] recordó su respuesta a la novena cuestión, como parte de su respuesta a la Cuestión N° 10. Como señalara entonces, todavía sigue considerando si hay necesidad de medidas (jurídicas o de otra índole) a fin de dar protección extraterritorial a las ECT y sus titulares. No ha efectuado aún un análisis a fondo de las posibles implicaciones de la cuestión... Sin embargo, ciertas obligaciones relacionadas con las ECT pueden tener origen en fuentes jurídicas nacionales distintas de las que rigen la P.I., como cualquiera de los derechos indígenas reconocidos en virtud del Tratado de Waitangi. Estos derechos son únicos y exclusivos y no están sujetos a reciprocidad, salvo que así lo decidan los Estados miembros... En conclusión, la Delegación señaló que la práctica consistente en examinar más a fondo lo esencial de las cuestiones más importantes que tienen que ver con la

⁶⁰⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶⁰⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁶⁰⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁶⁰⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

protección de las CC.TT. y ECT ha sido un elemento constructivo que el Comité debería seguir desarrollando”⁶⁰⁹.

Argelia, en nombre del Grupo Africano

“[...] El Grupo también exhortó a la Secretaría a confeccionar una sinopsis de todos los aspectos en los que hubiera coincidencia o divergencias de puntos de vista, como base para un ulterior debate de los documentos WIPO/GRTKF/IC/11/4 y WIPO/GRTKF/IC/11/5”⁶¹⁰.

B. Comentarios concretos: ¿Deben recibir el mismo trato los nacionales y extranjeros? En caso afirmativo, ¿con arreglo a qué principio (por ejemplo, el trato nacional, la reciprocidad o el reconocimiento mutuo)?

Trato equitativo: comentarios generales

Unión Internacional de Editores (UIE)

“Todos los beneficiarios deben recibir el mismo trato”⁶¹¹.

Ghana

“[...] Los extranjeros titulares o beneficiarios de derechos deberán recibir el mismo trato que los titulares nacionales”⁶¹².

Qatar

“El mismo trato que a los beneficiarios nativos”⁶¹³.

Egipto

“[...] en relación con los beneficiarios, no debería establecerse ninguna diferencia entre nacionales y extranjeros, para que no se le acuse de chovinismo o de desear restringir los beneficios. En otros términos, la Delegación consideró que las ECT forman parte del patrimonio de la humanidad y toda la humanidad debería estar en condiciones de beneficiarse plenamente del legado de las comunidades indígenas y locales. Dichas comunidades son, dijo, los propietarios de los CC.TT., RR.GG. y ECT. Por consiguiente, las comunidades están habilitadas a beneficiarse del producto de su utilización. Sin embargo, como señaló antes, las ECT forman parte del patrimonio de la humanidad y toda la humanidad tendría que poder usufructuar de ellas. Por tal motivo, la Delegación reiteró que el Comité no debería hacer ninguna distinción entre nacionales y extranjeros en este terreno”⁶¹⁴.

⁶⁰⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁶¹⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁶¹¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶¹² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶¹³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶¹⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Nigeria

“[...] las disposiciones del instrumento internacional que se espera como resultado del trabajo del Comité deberían otorgar, en la medida de lo posible, el mismo trato a titulares y beneficiarios nacionales y extranjeros, sin apartarse de los instrumentos internacionales en vigor [...]”⁶¹⁵

Reciprocidad

Federación Ibero-Latinoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE)

“Exactamente igual que a los nacionales, estableciendo sistemas apropiados de reciprocidad [...]”⁶¹⁶

Trato nacional

Brasil

“[...] la necesidad de un instrumento internacional para abordar los problemas relacionados con la apropiación indebida de ECT. Dicho instrumento internacional debería entrañar un trato igual o no menos favorable a los extranjeros respecto de los nacionales [...]”⁶¹⁷

Nueva Zelanda

“[...] Los comentarios que ha recibido hasta la fecha de las partes interesadas indican que, de suministrar protección a las ECT originadas en Nueva Zelanda, debería extender la misma protección a las ECT de origen extranjero que lo deseen... La experiencia de Nueva Zelanda hasta la fecha indica que la protección es aplicable a todas las ECT de origen extranjero, no sólo a las originadas en países que protegen las ECT neozelandesas; asimismo, los titulares de derechos neozelandeses deberían beneficiarse de igual tratamiento en los demás países [...]”⁶¹⁸

México

“[...] puesto que tanto la Ley Federal de Derechos de Autor de México como el Convenio de Berna establecen el principio de trato nacional, se sobreentiende que a los titulares extranjeros de derechos se aplican las mismas condiciones que a los nacionales [...]”⁶¹⁹

⁶¹⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁶¹⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶¹⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶¹⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁶¹⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

Arts Law Centre

“Debería aplicarse el principio del trato nacional [...]”⁶²⁰

Nicaragua

“Trato nacional (sin discriminación)”⁶²¹.

Indonesia

“[...] la protección, los beneficios y las ventajas otorgados a los titulares de ECT en virtud de la legislación nacional de conformidad con las normas internacionales en debate deberían estar al alcance de todos los titulares de ECT habilitados, cuyo carácter de nacionales o residentes habituales en el país dado se define en las obligaciones o compromisos internacionales asumidos. Los titulares extranjeros de ECT habilitados deberían beneficiarse de la misma protección que los titulares nacionales del país de protección. Para terminar, la Delegación manifestó que el principio de trato nacional mutuamente reconocido constituye un principio aceptable y que se requiere un instrumento internacional jurídicamente vinculante a fin de garantizar su aplicación”⁶²².

Federación de Rusia

“[...] se considera el mismo trato a los titulares o beneficiarios extranjeros de derechos que a los nacionales, es decir trato nacional”⁶²³.

India

“[...] los derechos y beneficios provenientes de la protección de las ECT que determine toda medida o ley de alcance nacional en cumplimiento de acuerdos internacionales deberían beneficiar a todas las personas que cumplan las condiciones, ya sean nacionales o residentes habituales de un país determinado con arreglo a acuerdos internacionales. Los beneficiarios extranjeros habilitados deberían contar con los mismos derechos y beneficios que los nacionales del país de protección, además de los derechos y beneficios específicos otorgados en virtud de un instrumento internacional”⁶²⁴.

Australia

“[...] uno de los principios fundamentales de los actuales acuerdos internacionales en materia de P.I. es el de “trato nacional”. Entendió por ello que la consideración de este principio debería servir de base para un ulterior debate de la cuestión examinada”⁶²⁵.

⁶²⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2.

⁶²¹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁶²² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁶²³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶²⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁶²⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

Estados Unidos de América

“[...] Hizo notar, no obstante, que uno de los principios rectores que fuera ampliamente debatido en el Comité es el cumplimiento de los acuerdos internacionales pertinentes. La Delegación entendió que esto comprende también el principio fundamental de trato nacional, o sea la no discriminación de los titulares extranjeros de derechos. En su opinión, este cimiento del derecho internacional en materia de P.I. debería seguir inspirando los debates del Comité”⁶²⁶.

Trato nacional y reciprocidad

Argelia, en nombre del Grupo Africano

“[...] los titulares de derechos/beneficiarios extranjeros deberían tener el mismo trato que los locales, conforme a los principios de trato nacional o de reciprocidad. Dado el carácter específico de las ECT, el Grupo opinó que la aplicación del principio de trato nacional a las ECT debe estudiarse más en detalle [...]”⁶²⁷

China

“Sostiene que deben aplicarse los principios de trato nacional y de reciprocidad”⁶²⁸.

Noruega

“En lo que atañe a los derechos morales y patrimoniales de custodia -como queda establecido por la recomendación propuesta en el párrafo 38 del documento WIPO/GRTKF/IC/9/12-, se concederá trato nacional y de nación más favorecida, con la posibilidad de establecer disposiciones recíprocas”⁶²⁹.

Federación Ibero-Latinoamericana de Artistas Intérpretes y Ejecutantes (FILAIE)

“Exactamente igual que a los nacionales, estableciendo sistemas apropiados de reciprocidad. Es decir, deberá aplicarse el principio de trato nacional”⁶³⁰.

Yemen

“[...] los extranjeros deberían beneficiarse del trato nacional sobre la base de la reciprocidad”⁶³¹.

⁶²⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶²⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁶²⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶²⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶³⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶³¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

Trato nacional y reconocimiento mutuo

Indonesia

“[...] el principio de trato nacional mutuamente reconocido constituye un principio aceptable y que se requiere un instrumento internacional jurídicamente vinculante a fin de garantizar su aplicación”⁶³².

Los extranjeros no pueden ser titulares o beneficiarios de los derechos

Túnez

“El derecho de propiedad de los conocimientos tradicionales está vinculado a la comunidad y a la nación; por tanto, la territorialidad constituye un elemento importante. Los extranjeros no pueden ser titulares o beneficiarios de derechos”⁶³³.

C. ¿Qué comentarios se han formulado, si los hubiere, sobre el proyecto de disposición que se ocupa de esa cuestión en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) o en versiones anteriores de ese documento (como el WIPO/GRTKF/IC/10/4, el WIPO/GRTKF/IC/11/4(c))?

Noruega

“En lo que atañe a los derechos morales y patrimoniales de custodia -como queda establecido por la recomendación propuesta en el párrafo 38 del documento WIPO/GRTKF/IC/9/12-, se concederá trato nacional y de nación más favorecida, con la posibilidad de establecer disposiciones recíprocas”⁶³⁴.

Colombia

“Respalda cuanto se afirma sobre esta cuestión en el propuesto Artículo 11 sobre las disposiciones sustantivas que figuran en los documentos WIPO/GRTKF/IC/9/4 y WIPO/GRTKF/IC/10/4”⁶³⁵.

Arts Law Centre

“[...] El artículo 11 constituye una base adecuada para los debates”⁶³⁶.

Namibia

“[...] En relación con las diez cuestiones formuladas y los artículos que figuran en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4, la Delegación se declaró satisfecha con su contenido, que consideró una información básica suficiente para el futuro trabajo con vistas a una conclusión

⁶³² WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁶³³ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶³⁴ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶³⁵ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶³⁶ WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.2.

deseada, es decir el establecimiento de un instrumento internacional jurídicamente vinculante”⁶³⁷.

Etiopía

“[...] los comentarios del Grupo deberían incorporarse al documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c), a fin de enriquecer las disposiciones revisadas en materia de protección de las ECT. La Delegación señaló que no se limita a responder a las preguntas, sino que al mismo tiempo es su deseo enriquecer dichas disposiciones”⁶³⁸.

Nigeria

“[...] En su opinión, la actual formulación del artículo 11 en WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) es un punto de partida apropiado para definir el trato que corresponde a los titulares de derechos y beneficiarios extranjeros. Según la Delegación, las disposiciones del instrumento internacional que se espera como resultado del trabajo del Comité deberían otorgar, en la medida de lo posible, el mismo trato a titulares y beneficiarios nacionales y extranjeros, sin apartarse de los instrumentos internacionales en vigor. La Delegación expresó su disposición a participar en ulteriores deliberaciones con vistas a contemplar todas las preocupaciones que puedan plantear otras delegaciones, sin por ello afirmar que los debates sean en esta etapa prematuros”⁶³⁹.

Brasil

“[...] el proyecto de artículo 11 incluido en WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) es una base madura y suficiente para el debate. Al concluir la primera lista de cuestiones, la Delegación subrayó que, habiendo oído a muchos oradores expresar la opinión de que las disposiciones propuestas en WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) representan una excelente base para el debate, quedan demostrados la madurez alcanzada por los debates del Comité y los notables avances logrados. De ahí que, en su opinión, no es demasiado pronto ni prematuro abocarse a la protección de los derechos de las comunidades indígenas y tradicionales y el Comité debería abrir dicho debate sin demora”⁶⁴⁰.

México

“[...] Por consiguiente, la Delegación consideró que el artículo 11 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) es una buena base para el debate”⁶⁴¹.

Asociación Rusa de Pueblos Indígenas del Norte (RAIPON)

“No hay respuesta”⁶⁴².

[Fin del Anexo y del documento]

⁶³⁷ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁶³⁸ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁶³⁹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov.

⁶⁴⁰ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).

⁶⁴¹ WIPO/GRTKF/IC/11/15 Prov. y WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) Add.

⁶⁴² WIPO/GRTKF/IC/11/4(a).