

Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore

Decimoséptima sesión
Ginebra, 6 a 10 de diciembre de 2010

LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES/EXPRESIONES DEL FOLCLORE: OBJETIVOS Y PRINCIPIOS REVISADOS

Documento preparado por la Secretaría

INTRODUCCIÓN

1. El presente documento de trabajo constituye la versión revisada del documento de trabajo WIPO/GRTKF/IC/16/4 y refleja las modificaciones y los comentarios realizados en la decimosexta sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG), celebrada del 3 al 7 de mayo de 2010, así como durante el proceso de formulación de comentarios en el período entre sesiones, que finalizó el 14 de mayo de 2010. Durante ese proceso, se recibieron comentarios de los siguientes Estados miembros: Japón, Noruega y Zambia, y del siguiente observador acreditado: Consejo Internacional de Museos (ICOM). Los comentarios formulados, tal y como se recibieron, están disponibles en Internet, en la dirección http://www.wipo.int/tk/es/consultations/draft_provisions/comments-3.html.
2. Como decidiera el CIG en su decimosexta sesión, se publicó un proyecto provisional del presente documento antes del 19 de junio de 2010 y se puso a disposición del primer Grupo de Trabajo entre Sesiones (IWG 1), que se reunió del 19 al 23 de julio de 2010 (véase más adelante).

Preparación y estructura del presente documento

3. Teniendo en cuenta el interés por que el presente documento sea lo más conciso y actualizado posible:
 - a) En el Anexo se han mantenido los comentarios sobre cada uno de los objetivos y principios que se escribieron en el momento en que se preparó el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 y figuran en la sección "Antecedentes". Se han añadido los comentarios y las cuestiones formulados en la decimoquinta y decimosexta sesiones del Comité y durante sus respectivos procesos de presentación de comentarios por escrito. Se han suprimido los comentarios formulados previamente en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 pero pueden seguir consultándose en línea.ⁱ
 - b) En concordancia con las decisiones adoptadas por el Comité en su decimoquinta y decimosexta sesiones, las enmiendas propuestas por los Estados miembros en dichas sesiones y durante el proceso de presentación de comentarios entre sesiones quedan reflejadas en los objetivos y principios. Se subrayan las inserciones y adiciones propuestas, mientras que se han puesto entre corchetes las palabras o frases que los Estados miembros han propuesto suprimir o han objetado. Las barras oblicuas separan las opciones de redacción. Cada propuesta de redacción va acompañada de una nota a pie de página en la que se indica la delegación que ha realizado la propuesta, y, cuando proceda las delegaciones que apoyan la propuesta o que se oponen a ella. Además, cuando la delegación proporciona una explicación sobre la propuesta, esta se registra en una nota a pie de página. A menos que se indique lo contrario, ninguno de los textos que figuran en las notas a pie de página proviene de la Secretaría. La numeración de las notas a pie de página puede ser diferente en las versiones en los distintos idiomas. En aras de la claridad, se ha homogeneizado la configuración y la numeración de los párrafos de los artículos. El Anexo también registra y atribuye otros comentarios y preguntas formulados en las decimoquinta y decimosexta sesiones y durante los procesos de presentación de comentarios por escrito así como las propuestas de redacción, comentarios y preguntas de los observadores, a fin de que las examinen los Estados miembros. En la medida de lo posible, se han agrupado por temas los comentarios y preguntas. Los comentarios que de modo general se refieren a la totalidad del documento se reflejan al final del documento.

Resultados de la reunión del primer Grupo de Trabajo entre Sesiones

4. La reunión del primer Grupo de Trabajo entre Sesiones (IWG 1) tuvo lugar del 19 al 23 de julio de 2010, y en él se examinaron las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore. Los resultados de la reunión del primer Grupo de Trabajo entre Sesiones se exponen en la presente sesión del CIG por medio de los siguientes documentos:
 - a) WIPO/GRTKF/IC/17/8, que comprende el informe resumido de la reunión del IWG 1;
 - b) WIPO/GRTKF/IC/17/9, que comprende el proyecto de artículos sobre la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore preparado en el IWG 1;

ⁱ http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/comments-1.html.

- c) WIPO/GRTKF/IC/17/INF/7, que comprende un acta de las deliberaciones del IWG 1.

5. Teniendo en cuenta los resultados de la reunión del IWG 1, se invita al Comité a considerar el proyecto de disposiciones que figura en el Anexo, así como su posible revisión y mejora.

[Sigue el Anexo]

ANEXO

DISPOSICIONES REVISADAS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES/EXPRESIONES DEL FOLCLORE

OBJETIVOS POLÍTICOS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

ÍNDICE

I. OBJETIVOS

- i) Reconocer el valor
- ii) Promover el respeto
- iii) Responder a las verdaderas necesidades de las comunidades
- iv) Impedir la apropiación [indebida] y el uso indebidos¹ de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore
- v) Potenciar a las comunidades
- vi) Apoyar las prácticas consuetudinarias y la cooperación en las comunidades
- vii) Contribuir a la salvaguardia de las culturas tradicionales
- viii) Promover la innovación y la creatividad en las comunidades
- xix) Promover la libertad intelectual y artística, la investigación y el intercambio cultural en condiciones equitativas
- x) Contribuir a la diversidad cultural
- xi) Promover el desarrollo de [las comunidades] los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales², y las actividades comerciales legítimas
- xii) Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual no autorizados
- xiii) Aumentar la seguridad, la transparencia y la confianza mutua

II. PRINCIPIOS RECTORES GENERALES

- a) Principio de receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades
- b) Principio de equilibrio
- c) Principio de respeto de los acuerdos e instrumentos regionales e internacionales y de concordancia con los mismos
- d) Principio de flexibilidad y exhaustividad
- e) Principio de reconocimiento de la naturaleza específica y las características de las expresiones culturales
- f) Principio de complementariedad con la protección de los conocimientos tradicionales
- g) Principio de respeto de los derechos de los pueblos y [otras comunidades tradicionales] las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales³ y obligaciones para con los mismos
- h) Principio de respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de las ECT/EF
- i) Principio de efectividad y accesibilidad de las medidas de protección

¹ Delegación de México.

² Delegación de México.

³ Delegación de México.

III. DISPOSICIONES SUSTANTIVAS

1. Materia protegida
2. Beneficiarios
3. Actos de apropiación [indebida] y uso indebidos⁴ (Alcance de la protección)
4. Gestión de los derechos
5. Excepciones y limitaciones
6. Duración de la protección
7. Formalidades
8. Sanciones, recursos y ejercicio de derechos
9. Disposiciones transitorias
10. Relación con la protección por propiedad intelectual y otras formas de protección, preservación y promoción
11. Protección regional e internacional

⁴ Delegación de México.

I. OBJETIVOS

La protección de las expresiones culturales tradicionales, o expresiones del folclore⁵, debe tender a:

Reconocer el valor

- i) *reconocer que los pueblos y las comunidades⁶ indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales consideran que su patrimonio cultural tiene un valor intrínseco y, en particular, un valor social, cultural, espiritual, económico, científico, intelectual, comercial y educativo, y admitir que las culturas tradicionales y el folclore constituyen marcos de innovación y creatividad que benefician a los pueblos indígenas y a las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, así como a toda la humanidad;*

Promover el respeto

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

Responder a las verdaderas necesidades de las comunidades

- iii) *adecuarse a las aspiraciones y expectativas expresadas directamente por los pueblos y las comunidades⁷ indígenas y por las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, respetar sus derechos en virtud de las legislaciones nacionales e internacional y contribuir al bienestar y al desarrollo económico, cultural, medioambiental y social duraderos de dichos pueblos y comunidades;*

Impedir la apropiación [indebida] y el uso indebidos⁸ de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore

- iv) *proporcionar a los pueblos y las comunidades⁹ indígenas y a las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales los medios jurídicos y prácticos, incluidas las medidas eficaces de observancia, para impedir la apropiación indebida de sus expresiones culturales y [sus derivados] [adaptaciones¹⁰], y [controlar]¹¹ las formas en la que se utilizan fuera del contexto consuetudinario y tradicional y promover la participación equitativa en los beneficios derivados de su utilización;*

⁵ Nota de la Secretaría: En estas disposiciones, los términos “expresiones culturales tradicionales” y “expresiones del folclore” se emplean como sinónimos intercambiables y se puede hacer referencia a ellos simplemente como “ECT/EF”. El uso de estos términos no tiene por objeto sugerir un consenso entre los participantes en el Comité en cuanto a la validez de estos u otros términos, y no afecta o limita el uso de otros términos en legislaciones regionales o nacionales.

⁶ Delegación de México.

⁷ Delegación de México.

⁸ Delegación de México.

⁹ Delegación de México.

¹⁰ Delegación de los Estados Unidos de América. La Delegación propuso que siempre que aparezca la palabra “derivados” se ponga entre corchetes. Como alternativa a la supresión del concepto, la Delegación propuso sustituirlo por “adaptaciones”. El concepto de derivados no existe en los textos internacionales existentes en materia de P.I. mientras que “adaptaciones” sí existe. El derecho de adaptación es un derecho bien conocido que figura en el artículo 14 y el artículo 14bis del Convenio de Berna. El derecho a la obra derivada se contempla en algunas legislaciones nacionales. En aras de la coherencia, si hay que mantener el concepto en el texto se prefiere utilizar “adaptaciones”. La Delegación de Sudáfrica se opuso a la propuesta.

¹¹ Delegación de México.

Potenciar a las comunidades

- v) *lograr este objetivo de una manera equilibrada y equitativa, pero de modo que los pueblos y las comunidades¹² indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales puedan realmente ejercer con eficacia los¹³ derechos y la autoridad sobre sus propias expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore;*

Apoyar las prácticas consuetudinarias y la cooperación en las comunidades

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

Contribuir a la salvaguardia de las culturas tradicionales

- vii) *contribuir a la preservación y la salvaguardia del entorno en el que se generan y se mantienen las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, lo que redunde directamente en beneficio de los pueblos y las comunidades¹⁴ indígenas y de las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, así como de la humanidad en general;*

Promover la innovación y la creatividad en las comunidades

- viii) *recompensar y proteger la creatividad y la innovación basadas en las tradiciones, en especial por parte de los pueblos y las comunidades¹⁵ indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales;*

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

- ix) *promover la libertad intelectual y artística, las prácticas investigativas y el intercambio cultural en condiciones que sean equitativas para los pueblos y las comunidades¹⁶ indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales;*

Contribuir a la diversidad cultural

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

Promover el desarrollo de [las comunidades] los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales¹⁷, y las actividades comerciales legítimas

- xi) *cuando así lo deseen [las comunidades] los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales¹⁸ y sus miembros, fomentar el uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore para [las comunidades] el desarrollo de los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales¹⁹ reconociéndolas como un activo de las comunidades que se identifican con ellas, por ejemplo mediante la creación y la ampliación de oportunidades comerciales para las creaciones y las innovaciones basadas en las tradiciones;*

¹² Delegación de México.
¹³ Delegación de México.
¹⁴ Delegación de México.
¹⁵ Delegación de México.
¹⁶ Delegación de México.
¹⁷ Delegación de México.
¹⁸ Delegación de México.
¹⁹ Delegación de México.

Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual no autorizados

- xii) *impedir la concesión, el ejercicio y la observancia de derechos de propiedad intelectual adquiridos sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore y las [obras derivadas] [adaptaciones²⁰] de las mismas por partes no autorizadas;*

Aumentar la seguridad, la transparencia y la confianza mutua

- xiii) *aumentar la seguridad, la transparencia, la comprensión y el respeto en las relaciones entre los pueblos y las comunidades²¹ indígenas y las comunidades tradicionales y culturales, por un lado, y los miembros de los círculos académicos, comerciales, gubernamentales, educativos y demás usuarios de las ECT/EF, por otro.*

[Siguen los comentarios sobre los objetivos]

²⁰ Delegación de los Estados Unidos de América.
²¹ Delegación de México.

COMENTARIOS

OBJETIVOS

Antecedentes

En esta sección figuran los objetivos políticos propuestos para la protección de las ECT/EF, que se basan en ponencias y declaraciones realizadas en el Comité y en textos jurídicos pertinentes. Estos objetivos pueden formar parte del típico preámbulo de una ley o de otro instrumento.

Como ya ha señalado el Comité en varias ocasiones, la protección de las ECT/EF no debe llevarse a cabo como un fin en sí mismo, sino que debe servir de instrumento que permita alcanzar los objetivos y las aspiraciones de los pueblos y de las comunidades pertinentes, y fomentar los objetivos políticos a escala regional, nacional e internacional. Un sistema de protección se conformará y se definirá en gran medida en función de los objetivos que persiga. Por lo tanto, una etapa inicial fundamental en el establecimiento de un enfoque o régimen jurídico para la protección de las ECT/EF será determinar los objetivos políticos pertinentes.

Comentarios y preguntas

La Delegación de España, en nombre de la Unión Europea y sus Estados miembros, dijo que algunos de los objetivos y principios no se centran en el mandato de la OMPI, sino más bien en el de otras instancias internacionales. Por ejemplo, la salvaguardia de las culturas o comunidades tradicionales y el respeto entre las comunidades se abordan en diferentes instancias.

La Delegación de Zambia dijo que los objetivos reflejan fielmente la esencia de la protección. Las ECT también tienen valor en relación con los asuntos de la moralidad o los principios "morales" así como con el "orden público" o el mantenimiento de la armonía comunitaria. Además, los "derechos positivos", es decir, los derechos establecidos no solamente para impedir la apropiación indebida, sino también para utilizar esos recursos, podrían ser más pronunciados.

II. PRINCIPIOS RECTORES GENERALES

- a) *Receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades*
- b) *Equilibrio*
- c) *Respeto de los acuerdos e instrumentos regionales e internacionales y de concordancia con los mismos*
- d) *Flexibilidad y exhaustividad*
- e) *Reconocimiento de la naturaleza específica y las características de las expresiones culturales*
- f) *Complementariedad con la protección de los conocimientos tradicionales*
- g) *Respeto de los derechos de los pueblos y [otras comunidades tradicionales] las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales²² y obligaciones para con los mismos*
- h) *Respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de las ECT/EF*
- i) *Efectividad y accesibilidad de las medidas de protección*

[Siguen los comentarios sobre los principios rectores generales]

COMENTARIOS

PRINCIPIOS RECTORES GENERALES

Antecedentes

Las disposiciones sustantivas que figuran en la sección siguiente se rigen por ciertos principios rectores generales. Además, en esas disposiciones se trata de dar expresión jurídica a algunos de estos principios que han respaldado gran parte de la discusión del Comité desde sus comienzos y de las consultas y los debates internacionales celebrados antes de la creación del Comité.

a) *Principio de receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades*

En este principio se reconoce que en la protección de las ECT/EF deben reflejarse las aspiraciones y expectativas de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales. Esto significa, en particular, que en la protección de las ECT/EF deben reconocerse y respetarse en lo posible las leyes y protocolos indígenas y consuetudinarios, promoverse el uso complementario de medidas de protección positiva y preventiva, abordarse los aspectos tanto culturales como económicos del desarrollo, prevenirse los actos insultantes, injuriosos y ofensivos en particular, promoverse la cooperación entre las comunidades para evitar la competencia o los conflictos entre ellas y permitirse la participación plena y efectiva de estas comunidades en la elaboración y la aplicación de sistemas de protección. Debe considerarse que las medidas de protección jurídica de las ECT/EF son facultativas para los pueblos indígenas y demás comunidades, que siempre tendrán derecho a basarse de manera parcial o exclusiva en sus propias formas consuetudinarias y tradicionales de protección contra el acceso no autorizado a sus ECT/EF o su uso indebido. Esto significa que en la protección jurídica externa contra los actos ilícitos de terceros no deben cercenarse o restringirse las leyes, prácticas y protocolos tradicionales o consuetudinarios.

b) *Principio de equilibrio*

Con frecuencia, las distintas partes interesadas que participan en los debates sobre el fomento de la protección de las ECT/EF han hecho hincapié en la necesidad de lograr un equilibrio. En este principio se propone que en la protección debe reflejarse la necesidad de lograr un justo equilibrio entre los derechos y los intereses de quienes desarrollan, preservan y perpetúan las ECT/EF, por un lado, y de quienes las utilizan y disfrutan, por otro; la necesidad de reconciliar preocupaciones políticas diversas; y la necesidad de que las medidas concretas de protección sean proporcionales a los objetivos de la protección, las experiencias y necesidades reales.

c) *Principio de respeto de los acuerdos e instrumentos regionales e internacionales y de concordancia con los mismos*

Las ECT/EF deben ser protegidas de una forma tal que se respeten los instrumentos regionales e internacionales pertinentes y que se guarde coherencia con los mismos, y sin menoscabar los derechos y obligaciones específicos ya establecidos en instrumentos jurídicos vinculantes, en especial los relativos a los derechos humanos. No debe invocarse la protección de las ECT/EF para violar los derechos humanos garantizados por el Derecho internacional o limitar su alcance.

d) *Principio de flexibilidad y exhaustividad*

Este principio guarda relación con la necesidad de reconocer que se puede lograr una protección eficaz y adecuada valiéndose de una amplia gama de mecanismos jurídicos, y de que un enfoque de criterios demasiado limitados o rígidos podría cercenar la eficacia de la protección, entrar en conflicto con la legislación que pueda estar en vigor para proteger las ECT/EF y dificultar las consultas necesarias con las partes interesadas y los poseedores de ECT en particular. Asimismo, el principio guarda relación con la necesidad de basarse en un amplio espectro de mecanismos jurídicos para lograr el objetivo deseado, que es la protección. En concreto, la experiencia real en cuanto a la protección de las ECT/EF ha demostrado que es poco probable que pueda encontrarse un único modelo internacional “talle único” o “universal” para proteger adecuadamente las ECT y que se acomode a las prioridades nacionales, al entorno jurídico y cultural, y a las necesidades de las comunidades tradicionales de todos los países. Una organización indígena lo ha expuesto de manera muy clara: “Cualquier intento por elaborar directrices uniformes para el reconocimiento y la protección de los conocimientos de los pueblos indígenas corre el riesgo de reducir esta rica diversidad de la jurisprudencia a un “modelo único” que no se adecue a los valores, concepciones o leyes de las sociedades indígenas”.

El proyecto de disposiciones es, por lo tanto, amplio e inclusivo y, al mismo tiempo que en él se establece que la apropiación y el uso indebidos de las ECT/EF constituyen actos ilícitos, tiene por fin otorgar la flexibilidad necesaria a las autoridades regionales y nacionales y a las comunidades para que elijan unos mecanismos jurídicos concretos para lograr o aplicar las disposiciones a escala regional o nacional.

Por consiguiente, a los fines de la protección podrán contemplarse derechos de propiedad y medidas de otro tipo o medidas no relacionadas con la propiedad intelectual, y podrá recurrirse a los derechos de propiedad intelectual vigentes, las ampliaciones o adaptaciones sui generis de derechos de propiedad intelectual, y las medidas y sistemas sui generis creados con fines específicos, incluidas las medidas preventivas y positivas. Los derechos de propiedad privada deben ser complementarios a las medidas que no guardan relación con los derechos exclusivos, y deben estar cuidadosamente equilibrados con ellas.

Se trata de un enfoque relativamente común en el ámbito de la propiedad intelectual y en documentos anteriores se dieron ejemplos de convenios sobre propiedad intelectual que establecen principios generales y dan cabida a variaciones amplias en cuanto a la aplicación en la legislación de los signatarios. Aun en los casos en que en los instrumentos internacionales se crean principios sustantivos mínimos para las legislaciones nacionales, se acepta que la elección de los mecanismos jurídicos quede a discreción de los países. Además, se trata de un enfoque que aparece plasmado en instrumentos relativos a los pueblos indígenas, tales como el Convenio 169 de la OIT.

e) *Principio de reconocimiento de la naturaleza específica y las características de las expresiones culturales*

La protección debe responder al carácter tradicional de las ECT/EF, a saber, a su carácter colectivo, comunal e intergeneracional; a su relación con la identidad e integridad cultural y social, las creencias, la espiritualidad y los valores de la comunidad; a su calidad de vehículos de expresión religiosa y cultural; y a su carácter en constante evolución dentro de las comunidades. En las medidas especiales de protección jurídica también se debe reconocer que, en la práctica, las ECT/EF no siempre se han creado dentro de “comunidades” identificables con un hábitat definido.

Las ECT/EF no siempre son la expresión de identidades locales singulares; tampoco suelen ser enteramente originales, sino más bien producto de un intercambio e influencia entre distintas culturas o de un intercambio intracultural, es decir, dentro de un mismo y único pueblo cuyo nombre o denominación puede variar de un lado a otro de una frontera. La cultura es transportada y expresada por individuos que, aunque abandonan sus lugares de origen, siguen practicando y recreando las tradiciones y expresiones culturales de sus respectivas comunidades.

f) *Principio de complementariedad con la protección de los conocimientos tradicionales*

En este principio se reconoce la cualidad con frecuencia inseparable del contenido o la sustancia de los conocimientos tradicionales (CC.TT.) propiamente dichos y de las ECT/EF para muchas comunidades. Este proyecto de disposiciones guarda relación con los medios específicos de protección jurídica contra la utilización ilícita de este material por terceros que están al margen del contexto tradicional, sin imponer definiciones ni categorías a las normas, protocolos y prácticas consuetudinarios de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales u otras comunidades. El enfoque adoptado por el Comité de examinar en paralelo la protección jurídica de las ECT/EF y de los CC.TT. propiamente dichos, pero en forma independiente, es, como se señaló anteriormente, compatible con el contexto tradicional, al que respeta, en el que las ECT/EF y los CC.TT. suelen percibirse como parte integrante de una identidad cultural total.

g) *Principio de respeto de los derechos de los pueblos [indígenas y otras comunidades tradicionales] y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales²³ y obligaciones para con los mismos*

En este principio se sugiere que en toda protección de las ECT/EF deben respetarse y tenerse en cuenta algunos derechos y obligaciones primordiales, en particular los derechos humanos internacionales y los sistemas de derechos indígenas, sin menoscabar la posterior elaboración de dichos derechos y obligaciones.

h) *Principio de respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de las ECT/EF*

En la protección no deben obstaculizarse el uso, el desarrollo, el intercambio, la transmisión y la difusión de las ECT/EF por las comunidades interesadas de conformidad con sus leyes y prácticas consuetudinarias. No se considerará que el uso contemporáneo de una ECT/EF en la comunidad que la haya desarrollado y mantenido desnaturaliza la expresión, si la comunidad se identifica con ese uso y con cualquier modificación resultante del mismo. El uso, las prácticas y las normas de índole consuetudinaria deberán orientar la protección jurídica de las ECT/EF en la medida de lo posible.

i) *Principio de efectividad y accesibilidad de las medidas de protección*

Las medidas destinadas a la adquisición, la gestión y el ejercicio de los derechos así como a la aplicación de otras formas de protección deben ser efectivas, apropiadas y accesibles, habida cuenta del contexto cultural, social, político y económico de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales.

²³ Delegación de México.

Comentarios y preguntas

La Delegación de Zambia opinó que la protección de las ECT tiene que ser respetuosa y estar en armonía con los instrumentos internacionales y regionales, sin perjuicio de los derechos y obligaciones específicos ya establecidos en los instrumentos jurídicos vinculantes. No obstante, es necesario aclarar el caso en que determinado instrumento internacional condicione la protección en la práctica. Respecto del principio de “flexibilidad y exhaustividad”, en tanto en cuanto hace posible establecer numerosos mecanismos jurídicos, la pluralidad de instrumentos plantea cuestiones por su propia naturaleza en cuanto a qué instrumentos tendrían prioridad. La Delegación se preguntó cómo se podría resolver esa posible rivalidad.

III. DISPOSICIONES SUSTANTIVAS

ARTÍCULO 1:

MATERIA PROTEGIDA

- 1 *Las “expresiones culturales tradicionales” y²⁴ o “expresiones del folclore” [son] y²⁵ todas las formas²⁶ tangibles [e] [e/o²⁷] o²⁸ intangibles o una combinación de ambas²⁹, en que se expresan, aparecen o se manifiestan [y comprenden]³⁰ los conocimientos y la cultura tradicionales, y se transmiten de generación en generación, entre otras:³¹, tales como, por ejemplo³², las siguientes formas de expresión o combinaciones de las mismas:*
- a) *las expresiones verbales o³³ fonéticas, tales como los relatos, las gestas épicas, las leyendas, la poesía, los enigmas y otras narraciones; las palabras, los signos, los nombres y los símbolos, etcétera.³⁴*
- b) *las expresiones musicales o sonoras³⁵, tales como las canciones, los ritmos, [y]³⁶ la música instrumental y los cuentos populares³⁷;*
- c) *las expresiones corporales, tales como las danzas, las representaciones escénicas, las ceremonias, los rituales, los deportes y los juegos tradicionales³⁸ y otras interpretaciones o ejecuciones, el teatro, incluidas, entre otras, las funciones de marionetas y los dramas basados en tradiciones populares,³⁹*
independientemente de que estén o no fijadas en un soporte; y
- d) *las expresiones tangibles, tales como las obras de arte y, en particular, dibujos, pinturas (incluidas las pinturas corporales), tallas en madera⁴⁰, esculturas, modelados⁴¹, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, alimentos y bebidas⁴², labores de punto, textiles, cristalería, tapices, indumentaria, disfraces⁴³, juguetes, ofrendas y,⁴⁴ artesanía; instrumentos musicales; trabajos en*

²⁴ Delegaciones de México y Venezuela (República Bolivariana de).

²⁵ Delegación de Nigeria.

²⁶ Delegaciones de Australia, India, Nepal y Nigeria. Esta propuesta en relación con el inglés no se aplica al español.

²⁷ Delegación de Nigeria. La Delegación propuso cambiar “e” por “e/o”.

²⁸ Delegaciones de Australia y la India. Las Delegaciones propusieron cambiar “e” por “o”.

²⁹ Delegaciones del Irán (República Islámica del) y México.

³⁰ Delegaciones de Colombia, Egipto, Filipinas, Irán (República Islámica del) y Venezuela (República Bolivariana de).

³¹ Delegación de México.

³² Delegaciones de Colombia, Egipto, Filipinas, Irán (República Islámica del Irán) y Venezuela (República Bolivariana de). Las Delegaciones de Egipto y Filipinas dijeron que la definición debería dejarse abierta para que se puedan introducir nuevos elementos. La Delegación de Egipto propuso añadir al final del párrafo del preámbulo “etc.”, a fin de sugerir que también hay otras formas de ECT. La Delegación del Irán (República Islámica del) opinó que la definición resultaba generalmente aceptable, sin embargo, dada la diversidad cultural, los ejemplos que figuraban en la definición no debían considerarse exclusivos.

³³ Delegación de México.

³⁴ Delegación de Egipto.

³⁵ Delegación de México.

³⁶ Delegación de México.

³⁷ Delegación de México.

³⁸ Delegación de Bolivia (Estado Plurinacional de), México y Trinidad y Tabago.

³⁹ Delegación de Indonesia.

⁴⁰ Delegación de México.

⁴¹ Delegaciones de la India y de México.

⁴² Delegación de México.

⁴³ Delegaciones de México y Trinidad y Tabago.

⁴⁴ Delegación de México.

pedra, metalistería, hilado⁴⁵ y obras arquitectónicas y/o funerarias⁴⁶.

2. La protección debe extenderse a las “expresiones culturales tradicionales” o “expresiones del folclore” que son:
 - a) producto de la actividad intelectual creativa, en particular la creatividad del individuo y la de la comunidad;
 - b) [características] indicativas de la autenticidad/elementos genuinos⁴⁷ de la identidad cultural y social, así como del [patrimonio]⁴⁸ cultural de los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales⁴⁹, y
 - c) mantenidas, utilizadas o desarrolladas por [esa comunidad] los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales⁵⁰ o por individuos que tienen el derecho o la responsabilidad de hacerlo de conformidad con el régimen [derecho]⁵¹ consuetudinario que rige la tenencia de tierra⁵², los sistemas normativos⁵³ consuetudinarios [y] o⁵⁴ las prácticas tradicionales/ancestrales⁵⁵ de [dicha comunidad] esos pueblos y comunidades indígenas, comunidades tradicionales y demás comunidades culturales⁵⁶, o posean un vínculo con la comunidad indígena/tradicional⁵⁷.
3. La elección concreta de los términos que califiquen la materia protegida debe determinarse en el ámbito nacional, subregional⁵⁸ y regional.

[Siguen los comentarios sobre el artículo 1]

⁴⁵ Delegación de México.

⁴⁶ Delegación de México.

⁴⁷ Delegaciones del Brasil y México. La Delegación de México propuso que en lugar de utilizar la palabra “características” que es demasiado general, se utilizase otra formulación para dejar claro que las ECT deben ser “auténticas y genuinas”.

⁴⁸ Delegación del Brasil. La Delegación propuso que la palabra “heritage” del texto inglés se sustituya por una palabra cuyo significado esté más cerca de la palabra española “patrimonio”. La versión en inglés no refleja la idea, que sí refleja la versión en español, de que las ECT tienen una naturaleza dinámica e interactiva.

⁴⁹ Delegación de México.

⁵⁰ Delegación de México.

⁵¹ Delegaciones de El Salvador, México y Nepal.

⁵² Delegación de Nepal.

⁵³ Delegaciones de El Salvador y México.

⁵⁴ Delegaciones de Australia y México.

⁵⁵ Delegaciones de Angola y México.

⁵⁶ Delegación de México

⁵⁷ Delegación de Nigeria.

⁵⁸ Delegación de México.

COMENTARIOS

ARTÍCULO 1: MATERIA PROTEGIDA

Antecedentes

En el artículo propuesto se describe la materia protegida por las disposiciones. En el párrafo 1 figuran tanto la descripción de la materia en sí misma (las “expresiones culturales tradicionales” o “expresiones del folclore”) como los criterios sustantivos en que se especifican con más precisión las expresiones susceptibles de protección. En los debates del Comité se ha aclarado la distinción entre la descripción de la materia en general y la delimitación más concreta de las ECT/EF que reúnen los requisitos necesarios para ser objeto de protección conforme a una medida jurídica específica. Como se ha señalado, no todas las expresiones del folclore o de las culturas y los conocimientos tradicionales podrían ser perfectamente objeto de protección en el marco de la propiedad intelectual.

El artículo propuesto se basa en las Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y Otras Acciones Lesivas, de 1982 (“las Disposiciones Tipo”) y en el Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura, de 2002 (“el Marco Regional para el Pacífico”), así como en las legislaciones nacionales de derecho de autor vigentes que brindan una protección *sui generis* a las ECT/EF.

Descripción de la materia

Las palabras “o combinaciones de las mismas” del párrafo 1 tienen por objeto demostrar que las ECT/EF pueden ser tangibles e intangibles y pueden tener elementos tangibles e intangibles (“expresiones mixtas”), tal como se ha sugerido. En el párrafo 1 también queda claro que las expresiones orales (no fijadas) también son susceptibles de protección, respondiendo a la naturaleza con frecuencia oral de las expresiones culturales tradicionales. La fijación no es, por lo tanto, un requisito para la protección. La protección de las “obras arquitectónicas” puede contribuir a la protección de lugares sagrados (tales como santuarios, tumbas y monumentos) hasta el punto de que son objeto de apropiación y uso indebidos tal como contemplan estas disposiciones.

Criterios de la protección

Según los criterios expuestos en el párrafo 2) a) a c), la disposición propuesta recoge que las ECT/EF susceptibles de protección deben:

- i) ser creaciones del intelecto y, por consiguiente, “propiedad intelectual”, en particular la creatividad del individuo y de la comunidad. Las diversas versiones, variaciones o adaptaciones de la misma expresión pueden calificarse de ECT/EF distintas si son lo suficientemente creativas (como en el caso de las diferentes versiones de una obra, que pueden calificarse de obras protegidas por derecho de autor si cada una de ellas es lo suficientemente original);
- ii) tener alguna relación con la identidad cultural y social de una comunidad, así como con su patrimonio cultural. Esta relación viene representada por el término “características”, que se utiliza para indicar que las expresiones deben ser generalmente reconocidas como representativas de la identidad y el patrimonio de una comunidad. El término “características” tiene por objeto expresar las nociones de “autenticidad” o que las expresiones protegidas son “genuinas”, “pertenecientes a” o un “atributo de” un pueblo o una comunidad particular. El “consenso de la comunidad” y la “autenticidad” están implícitos en el requisito de que las expresiones, o los elementos que las integran, deben ser “característicos”: las expresiones que pasan a reconocerse como características son, por lo general, expresiones auténticas, reconocidas como tales por consenso tácito de la comunidad interesada;

- iii) siguen siendo mantenidas, desarrolladas o utilizadas por la comunidad o sus miembros.

La noción “patrimonio” se utiliza para indicar materiales tangibles o intangibles que se han transmitido de generación en generación, captando la cualidad intergeneracional de las ECT/EF; una expresión debe ser “característica” de este patrimonio para ser protegida. Los expertos suelen considerar que los materiales que se han mantenido y transmitido entre tres o dos generaciones forman parte del “patrimonio”. En cambio, no están protegidas las expresiones que pueden caracterizar a comunidades o identidades más recientemente establecidas.

Creatividad y creadores contemporáneos

Como ya se debatió en documentos anteriores, muchas expresiones del folclore se transmiten de generación en generación, oralmente o por imitación. Con el tiempo, los compositores, cantantes y demás creadores y artistas intérpretes o ejecutantes recurren a estas expresiones para utilizarlas, modificarlas y contextualizarlas. Existe, pues, una interacción dinámica entre la creatividad individual y colectiva, en la que puede producirse un sinnúmero de variaciones de las ECT/EF, ya sea individual o colectivamente.

Por consiguiente, el individuo desempeña una función primordial en el desarrollo y la recreación de las expresiones culturales tradicionales. A fin de reconocer este hecho, en la descripción de la materia protegida, que figura en el artículo 1, se incluyen las expresiones creadas por individuos. En consecuencia, para determinar lo que es o lo que no es una ECT o una EF, no es realmente relevante si la expresión fue creada individual o colectivamente. Incluso una expresión creativa contemporánea realizada por un individuo (como, por ejemplo, una película, un vídeo o una interpretación contemporánea de danzas preexistentes y demás interpretaciones o ejecuciones) puede ser protegida como una ECT/EF, siempre que sea característica de la identidad cultural y social de una comunidad, así como de su patrimonio, y que fuera creada por el individuo que tiene el derecho o la responsabilidad de hacerlo de conformidad con las leyes y las prácticas consuetudinarias de esa comunidad. No obstante, por lo que se refiere a los beneficiarios de la protección, este proyecto de disposiciones se centra más en los beneficiarios colectivos que en los individuos. Las comunidades están compuestas por individuos, de modo que la reglamentación y el control colectivos de las ECT/EF benefician en última instancia a los individuos que integran las comunidades pertinentes (véase más abajo el artículo 2, titulado “Beneficiarios”).

Elección de los términos

Los Estados miembros y otras partes interesadas han pedido, entre otras cosas, flexibilidad en cuanto a la terminología. Muchas normas internacionales de propiedad intelectual se remiten al ámbito nacional al determinar estas cuestiones. Por consiguiente, para tener en cuenta el debido proceso de consulta y desarrollo político y legislativo a escala nacional, en el párrafo 3 propuesto se reconoce que las decisiones específicas sobre terminología deben corresponder al ámbito de aplicación regional y nacional.

Comentarios y preguntas

Estructura del artículo 1

La Delegación de Suiza pidió aclaraciones a la Secretaría acerca de la estructura del artículo 1. Preguntó si era correcto su entendimiento de que todas las condiciones enumeradas en el párrafo 2 a) a c) se aplican a todas las formas de ECT descritas en el párrafo 1) a) a d). La Delegación sugirió que si ese entendimiento es correcto el texto se estructure en consecuencia, para evitar ambigüedades. [Nota de la Secretaría: se ha cambiado la numeración a fin de responder a esta preocupación].

Terminología

La Delegación de la República de Corea sugirió que en el párrafo 1 se defina claramente el término “tradicional”. Opinó que el objetivo principal de la protección de las ECT es proteger las ECT que tengan suficiente valor como para gozar de protección, pero no estén amparadas por el régimen convencional de protección por derecho de autor. Habida cuenta de que, por lo general, las “expresiones culturales” pueden ser objeto de protección en virtud del régimen vigente de derecho de autor, el criterio fundamental que orienta la decisión acerca de la materia de protección de las ECT debería ser el término “tradicional”. Si bien el apartado 2 b) puede servir para definir este término, pues utiliza las palabras “identidad social y cultural” y “patrimonio cultural”, también esas palabras designan conceptos amplios. Por lo tanto, “tradicional” no está claramente definido.

La Delegación del Japón se preguntó qué es lo que entra dentro del ámbito de “tradicional”. Por ejemplo, cuántas generaciones serán suficientes para que la transmisión de información a las generaciones futuras se considere “tradicional”. Además, ¿existen requisitos para que una comunidad cuyas expresiones se comparten y se transmiten se considere “tradicional”? Por ejemplo, ¿pueden considerarse “tradicional” las expresiones que se comparten y transmiten en todo un país?

Las Delegaciones de Camerún, China, Colombia, España, Federación de Rusia, Sudán y Suiza propusieron añadir un artículo o glosario en el que se expongan las definiciones de los términos fundamentales. Señalaron que creen necesario utilizar una terminología unificada para los conceptos, ya que el establecimiento de una definición válida de las ECT es uno de los requisitos previos para un debate a fondo. La Delegación de Suiza señaló que el Comité también debería tener en cuenta la terminología internacional pertinente, por ejemplo, la definición de “patrimonio cultural intangible” de la Convención Internacional de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, de 2003.

La Delegación de los Estados Unidos de América señaló que el Comité no ha determinado si las ECT o las expresiones del folclore son lo mismo, y que las definiciones siguen siendo objeto de examen.

La Delegación de España, haciendo uso de la palabra en nombre de la Unión Europea y sus Estados miembros, expresó preocupación en relación con la definición, ya que algunas formas de ECT que se incluyen en la formulación actual puede que ya sean objeto de protección en virtud de los derechos de P.I. Una definición abierta tendría por efecto dificultar la armonización y la transparencia cuando se elijan los términos a escala nacional, regional o subregional. Además, habida cuenta de que algunas formas de expresiones previstas en el artículo 1 no pueden considerarse ECT, la definición tiene que incluir algunas excepciones. Por último, en aras de la coherencia, algunos términos tienen que interpretarse utilizando un glosario.

La Delegación de Zambia declaró que el artículo 1 está en concordancia generalmente con su propio proyecto de ley; la única discrepancia se produce en la terminología. En su proyecto de ley se utilizan los “movimientos, tales como las danzas” mientras que en el proyecto de disposiciones se emplean las “expresiones corporales, tales como las danzas”. Igualmente, en relación con el artículo 1.2)a), en el proyecto de ley de Zambia se añade el “producto de la actividad intelectual creativa y acumulativa”. En cuanto al párrafo 3), son necesarias las salvaguardias para garantizar que la terminología empleada no debilite la materia protegida. Por lo tanto, es necesario establecer algunas normas mínimas. Además, es necesario articular ulteriormente la función del país del que proceden los recursos, al determinar la terminología.

Significado de “comunidad”

Las Delegaciones de Australia y de los Estados Unidos de América plantearon cuestiones acerca del concepto de miembros de una “comunidad” a fin de saber cuál es la definición de “comunidad tradicional”.

La Delegación de Suiza sugirió que el término “comunidad” debería entenderse según el mismo sentido amplio e inclusivo que se asigna al término “comunidades” que figura en la nota de pie

de página N° 23 del documento de trabajo WIPO/GRTKF/IC/9/4. [Nota de la Secretaría: el texto de dicha nota es el siguiente: El término amplio e inclusivo de “los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales”, o simplemente “las comunidades”, se emplea en esta etapa en este proyecto de disposiciones. El uso de estos términos no tiene por objeto sugerir un consenso entre los participantes en el Comité en cuanto a la validez de estos u otros términos, y no afecta o limita el uso de otros términos en legislaciones regionales o nacionales”].

También se planteó la cuestión de la comunidad en la diáspora. La Delegación de los Estados Unidos de América declaró que las ECT únicamente estaban vivas cuando se manifestaban en las personas, se expresaban por medio de las personas dentro de determinada región política o geográfica que las reivindicaba o cuando las hacían suyas las personas diseminadas por el mundo pertenecientes a la diáspora. La Delegación ofreció el ejemplo de un bailarín camboyano ubicado en Seattle que podía ser acusado de piratear las ECT de Camboya o, de manera parecida, el de un grupo de músicos etíopes en Washington D.C. La Delegación consideró [en los comentarios sobre este artículo] que la expresión “en cambio, no están protegidas las expresiones que pueden caracterizar a comunidades o identidades establecidas más recientemente” resultaba confusa.

El Representante de las Tribus Tulalip estuvo de acuerdo con la cuestión de las comunidades en la diáspora.

Significado de “características”

La Delegación de Francia, en relación con el párrafo 2) b), planteó la cuestión de quién determinaría lo que resulta “característico” y en qué etapa se llevaría a cabo la determinación.

En relación con el párrafo 2 b) y en respuesta a la pregunta planteada por la Delegación de Francia, el Representante de Consejo Saami dijo que debían ser las comunidades indígenas quienes decidiesen lo que es característico. Por ejemplo, el observador declaró que el tradicional traje Saami constituiría una ECT en virtud del artículo 1 en calidad de vestido tradicional del pueblo Saami; únicamente podía ser este último quien determinara realmente si se trataba de un vestido que caracterizaba la identidad cultural. A excepción de los Saami, nadie podía determinarlo. En la mayoría de los casos y por regla general, correspondería a la comunidad o al pueblo del que procedía la ECT determinar si poseía importancia cultural; en cuanto al párrafo 2 c), propuso sustituirlo por: “vinculado a determinada comunidad o pueblo indígena debido a su importancia cultural para ese pueblo o comunidad.”

Definición de ECT (alcance de la materia): Naturaleza abierta/exhaustiva

La Delegación de Alemania solicitó aclaraciones adicionales acerca de cuáles deberían ser el objetivo y la materia de la protección de las ECT.

La Delegación de China sugirió que debería definirse claramente el alcance de la materia de las ECT a los fines de la protección, considerando que la clasificación de las ECT es demasiado vaga en el presente documento. Sería necesario seguir estudiando la cuestión en mayor detalle.

La Delegación de Suiza consideró que el establecimiento de una definición de trabajo de “ECT” era uno de los requisitos previos de los debates de fondo. La definición de “ECT” que figura en el artículo 1 constituye una buena definición de trabajo. El Comité podría y debería revisarla durante sus negociaciones para enmendarla o modificarla, de ser necesario. La Delegación destacó que la definición de “ECT” debería englobar todas las ECT, es decir, las ECT de los países en desarrollo y de los países desarrollados.

La Delegación del Yemen observó que el Comité está intentando definir conceptos y encontrar maneras de agrupar las ECT/EF en varias categorías. Dijo que esto puede hacerse sin utilizar conceptos predefinidos. El folclore, en general, puede dividirse en cuatro categorías: 1) literatura popular, con inclusión de historias, leyendas, mitos poesía popular, poesía, gestas épicas, proverbios, dichos y enigmas; 2) arquitectura, modelos, uniformes, trajes, etc.; 3) tradiciones, costumbres, expresiones rituales tales como la circuncisión o las ceremonias del

nacimiento o ceremonias y espectáculos religiosos y otras expresiones, y 4) representaciones artísticas como el teatro, el canto y las canciones, las expresiones corporales, y las representaciones religiosas, como, por ejemplo, las del sufismo.

La Delegación del Japón preguntó cómo se puede definir el ámbito de las ECT/EF específicas a fin de garantizar la previsibilidad a los usuarios de dichas expresiones y a las terceras partes.

Relación con la legislación convencional en materia de derecho de autor

La Delegación de la República de Corea señaló que era posible que se superpusieran determinados elementos con la protección del derecho de autor para las adaptaciones y variaciones de las ECT y preguntó cómo se resolvería ese conflicto. La Delegación señaló el apartado del texto que rezaba: “las diversas versiones, variaciones o adaptaciones de la misma expresión pueden calificarse de ECT/EF distintas”. La Delegación dijo que no sólo se protegerían como ECT las ECT originales, sino también sus variaciones y adaptaciones. La Delegación dijo que entendía que esas adaptaciones basadas en ECT originales podrían protegerse asimismo por medio del régimen convencional de derecho de autor. Por lo tanto, existirían dos tipos de derechos sobre la misma materia, lo que daría lugar a un conflicto de derechos.

La Delegación de Italia señaló el conflicto existente con el Convenio de Berna (artículo 2) en lo concerniente a las definiciones y la relación entre el Convenio de Berna y la protección que se pretendía ofrecer en el documento. La Delegación propuso que un grupo de expertos examinara esta cuestión.

La Delegación de Noruega se unió a las delegaciones que habían formulado comentarios sobre la relación entre los derechos establecidos en las disposiciones y la legislación convencional de derecho de autor. El artículo 1 y las disposiciones en su conjunto tenían que abordar esos límites más claramente a fin de evitar confusiones y la superposición accidental con el derecho de autor y los derechos conexos tal y como se contemplaban en los instrumentos jurídicos vigentes.

El Representante de la Federación Iberoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE) propuso revisar la referencia a las “obras arquitectónicas”. El problema que parecía existir era que ni en el Convenio de Berna ni en la moderna legislación de P.I. se protegían las obras arquitectónicas. Sin embargo, era posible proteger los proyectos, dibujos, modelos y diseños arquitectónicos o de ingeniería. El Representante declaró que las obras arquitectónicas estaban ubicadas permanentemente en parques, calles, plazas u otros lugares públicos y podían reproducirse, distribuirse y comunicarse libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y medios audiovisuales. Esto podría estar en conflicto con las disposiciones del Convenio de Berna.

Relación con el dominio público

Las Delegaciones de Australia y el Japón propusieron que se examinara la repercusión de las disposiciones en el dominio público. La Delegación del Japón preguntó qué criterios se utilizaban para distinguir las ECT que estaban protegidas de las que no lo estaban. Existían ECT que se transmitían sólo a determinadas personas en una pequeña comunidad, mientras que otras se transmitían a escala nacional en un contexto cultural más amplio, las mantenía y utilizaba un público más amplio y a veces se usaban incluso con fines comerciales. Se trataba de una cuestión importante ya que repercutiría directamente en los límites del dominio público. En función del nivel de protección que había de aplicarse a la materia objeto de protección, una definición más amplia de ECT podría tener como consecuencia limitar el alcance del material perteneciente al dominio público que estaba disponible actualmente. Asimismo, la Delegación se preguntó cómo se tratarían las expresiones que pertenecen al dominio público y cómo se definiría el dominio público en este contexto.

La Delegación de Noruega planteó la necesidad de un concepto más claro de los actos que constituirán apropiación y uso indebidos. La Delegación apoyó a las delegaciones que habían formulado comentarios sobre el artículo 1 y el dominio público. El instrumento tiene que ser eficaz y para alcanzar ese objetivo, es necesario diferenciar claramente el objeto de una

protección sui generis del dominio público. Un dominio público amplio y rico es garantía de la aparición de nuevas voces, y de la innovación y la diversidad cultural. Ese aspecto tiene que garantizarse en el nuevo instrumento, independientemente de su condición jurídica.

Propuestas de redacción de los observadores

El Representante de la Federación Ibero-latinoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIÉ) en relación con el párrafo 1, propuso añadir después de “o se manifiestan” la frase “en forma original” a fin de tener un criterio para identificar y hacer referencia a una comunidad en particular. El Representante propuso asimismo suprimir los términos “los conocimientos” a fin de evitar confusiones con los CC.TT., que se trataban por separado. En cuanto al párrafo 2) a), el Representante propuso añadir, tras el punto y coma, la frase “que haya sido creada por anteriores generaciones” para centrarse en la verdadera esencia del tema objeto de examen: el patrimonio y el legado cultural.

El Representante del Consejo Saami, al formular un comentario sobre la frase “mantenidas, utilizadas o desarrolladas por esa comunidad o por individuos que tienen el derecho...” declaró que con ese lenguaje se daba a entender que el instrumento se aplicaría únicamente a las ECT que seguían estando custodiadas por los pueblos indígenas. Los términos “mantenidas, utilizadas o desarrolladas” daban a entender que las ECT seguían siendo administradas por la comunidad o los pueblos indígenas y opinó que la disposición también debía aplicarse a los objetos que hubieran podido extraerse de la comunidad de manera no consensual. El Representante propuso como alternativa los términos “posea un vínculo con la comunidad o el pueblo indígena debido a su importancia cultural para esa comunidad”.

El Representante de Tupaj Amaru propuso el siguiente texto para el artículo 1:

“Artículo 1 Material protegido

- 1) Las expresiones verbales, tales como los cuentos y leyendas populares, la poesía popular, los relatos, los poemas épicos, las adivinanzas y otras narraciones; las palabras, los signos, los nombres y los símbolos sagrados;
- 2) Las expresiones musicales, tales como las canciones y la música instrumental indígena, la música producida por instrumentos de percusión y de viento;
- 3) Las expresiones corporales, tales como las danzas, las representaciones escénicas, las ceremonias, las expresiones rituales y otras interpretaciones o ejecuciones folclóricas;
- 4) Las expresiones tangibles, tales como las obras de arte, dibujos, pinturas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, y joyería; cestería, labores de punto, textiles, cristalería, lápices, indumentaria, artesanía; y
- 5) Instrumentos musicales y obras arquitectónicas.

Los CC.TT. mencionados poseen un valor universal debido a su perspectiva histórica, estética y antropológica que se transmite de generación en generación”.

ARTÍCULO 2:

BENEFICIARIOS

La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore nacionales⁵⁹ debe redundar en beneficio de los pueblos y comunidades⁶⁰ indígenas y cada uno de los grupos, familias, tribus, naciones⁶¹, comunidades tradicionales y demás comunidades culturales o de la nación⁶² / o de los países de los que una expresión cultural tradicional/expresión del folclore es propia^{63,64}.

- a) *en las que [se confía] tienen lugar⁶⁵ la custodia, el cuidado y la salvaguardia de las ECT/EF de conformidad con sus leyes [y] o⁶⁶ prácticas consuetudinarias; y*
- b) *que mantienen, controlan⁶⁷, utilizan o desarrollan las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore como elementos [característicos] auténticos y genuinos⁶⁸ de su identidad cultural y social y su patrimonio cultural.*

[Siguen los comentarios sobre el artículo 2]

⁵⁹ Delegación de Marruecos. La Delegación dijo que una nación tiene su propio “folclore nacional”; sin embargo, no mencionó las ECT “nacionales”.

⁶⁰ Delegación de México.

⁶¹ Delegación del Irán (República Islámica del). La Delegación dijo que los titulares de derechos se consideran en el marco de los derechos de la sociedad. A ese respecto, la legislación nacional es importante y no puede dejarse de lado. Deberían observarse en especial los derechos de las comunidades locales que son los verdaderos propietarios, por lo que debería obtenerse su consentimiento.

⁶² Delegación de Marruecos. La Delegación dijo que el término “comunidades tradicionales” es demasiado amplio y debería definirse de manera más clara y precisa. Véase la nota a pie de página 59.

⁶³ Delegación de México.

⁶⁴ Nota de la Secretaría: El término amplio e inclusivo “los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales”, o simplemente “las comunidades”, se emplea en esta etapa de este proyecto de disposiciones. El uso de estos términos no tiene por objeto sugerir un consenso entre los participantes en el Comité en cuanto a la validez de estos u otros términos, y no afecta o limita el uso de otros términos en legislaciones regionales o nacionales.

⁶⁵ Delegación de la India. La Delegación declaró que el término “se confía” podía tener determinadas ramificaciones jurídicas en cuanto a la exigencia de pruebas de que la custodia, el cuidado y la salvaguardia se confiaba a determinada comunidad.

⁶⁶ Delegación de Australia. La Delegación dijo que sería difícil probar el derecho consuetudinario pertinente aplicable a las comunidades indígenas.

⁶⁷ Delegación de Trinidad y Tabago.

⁶⁸ Delegación del Brasil. La Delegación reiteró los comentarios que había realizado en virtud del artículo 1 y respecto al equivalente en inglés de la palabra española “patrimonio”. Véase nota a pie de página 48.

COMENTARIOS

ARTÍCULO 2: BENEFICIARIOS

Antecedentes

Muchas partes interesadas han destacado que por lo general se considera que las ECT/EF se originan en la colectividad y ésta es su titular, por lo que los derechos e intereses sobre las ECT/EF deben corresponder a las comunidades y no a los individuos. Algunas leyes de protección de las ECT/EF otorgan derechos directamente a los pueblos y comunidades interesados. Por otra parte, muchos confieren derechos a una autoridad gubernamental, a menudo a condición de que los ingresos procedentes de la concesión de derechos para utilizar las ECT/EF se dediquen al patrimonio nacional, al bienestar social y a programas relacionados con la cultura. El Grupo Africano ha afirmado que en los principios de la protección de las ECT/EF debe “reconocerse la función que desempeña el Estado en la preservación y la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones del folclore”⁶⁹.

La disposición propuesta es lo suficientemente flexible como para dar cabida a ambos enfoques en el ámbito nacional. Es decir, si bien los beneficiarios directos de la protección deben ser los pueblos y comunidades interesados, los derechos mismos pueden ser conferidos tanto a los pueblos o comunidades como a un organismo u oficina (véase también el artículo 4, titulado “Gestión de los derechos”).

En el artículo 2, así como en las disposiciones en su conjunto, se prevé que más de una comunidad puede tener derecho a la protección de sus ECT/EF de conformidad con los criterios previstos en el artículo 1. Se contempla esta posibilidad en legislaciones *sui generis* vigentes, tales como el Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas para la Protección y Defensa de su Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales de 2000, de Panamá, y su correspondiente Decreto Ejecutivo de 2001 (“la Ley de Panamá”)⁷⁰, y la Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos (“la Ley del Perú de 2002”)⁷¹. Esta ley también tiene que ver con la titularidad de los derechos o la distribución de los beneficios entre comunidades que comparten ECT/EF similares o iguales en países diferentes (el denominado “folclore original”). Se aborda esta cuestión en detalle en los artículos 4 (“Gestión de los derechos”) y 7 (“Formalidades”).

El término “comunidades culturales” tiene por objeto ser lo suficientemente amplio como para incluir también a los nacionales de un país entero, o de una “nación”, en los casos en los que las ECT/EF se consideran como parte del “folclore nacional” y como pertenecientes a todas las personas de un país concreto. Esto complementa la práctica y concuerda con ella en otras esferas políticas⁷². Por consiguiente, en una legislación nacional se podría afirmar, por ejemplo, que todos los nacionales son beneficiarios de la protección.

⁶⁹ Documento WIPO/GRTKF/IC/6/12.

⁷⁰ Artículo 5, Decreto.

⁷¹ Artículo 10.

⁷² Véase el *Glossary on Intangible Cultural Heritage* (“Glosario sobre patrimonio cultural inmaterial”), Comisión de los Países Bajos para la UNESCO, 2002 (“... una nación puede ser una comunidad cultural”).

Comunidades e individuos

Como se debatió en relación con el artículo 1, estas disposiciones están fundamentalmente destinadas a beneficiar a las comunidades, incluidos los casos en los que una ECT/EF es creada o desarrollada por uno de los miembros o individuos de una comunidad. Las creaciones “tradicionales” se caracterizan esencialmente por los motivos, el estilo u otros detalles característicos e identificativos de una tradición y una comunidad que los sigue manteniendo vivos. Así pues, aun cuando un individuo ha desarrollado una creación basada en las tradiciones dentro su contexto consuetudinario, ésta es considerada desde la perspectiva de la comunidad como producto de procesos creativos sociales y colectivos. Por consiguiente, el individuo no “posee” la creación, sino que es la comunidad la que la “controla” de conformidad con las prácticas y los ordenamientos jurídicos indígenas y consuetudinarios⁷³. Esto es lo que caracteriza a una creación de “tradicional”.

Por estas razones, los beneficios de la protección previstos en estas disposiciones se otorgan a las comunidades y no a los individuos. Esto es lo que distingue este sistema *sui generis* del derecho de propiedad intelectual convencional, que sigue a disposición del individuo que desee beneficiarse de él (véase el artículo 10). Este enfoque concuerda con la opinión expresada por algunos participantes en el Comité de que estas disposiciones deberían estar destinadas a proporcionar a las expresiones culturales y a los conocimientos formas de protección que no figuran actualmente en el marco del derecho de propiedad intelectual convencional en vigor.

Sin embargo, las comunidades están compuestas por individuos, de modo que la reglamentación y el control colectivos de las ECT/EF benefician en última instancia a los individuos que integran la comunidad pertinente. Así pues, en la práctica son los individuos los que se benefician de conformidad con las leyes y las prácticas consuetudinarias.

Comentarios y preguntas

Espectro de beneficiarios

La Delegación de El Salvador propuso que se mencionaran asimismo otros grupos además de “los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales”.

La Delegación de Indonesia propuso que en la definición de beneficiarios se incluyeran los elementos siguientes: i) además de contar con las comunidades tradicionales/indígenas en calidad de partes que mantenían y desarrollaban las ECT/EF, los gobiernos también tenían que desempeñar una función a la hora de facilitar la protección de las ECT/EF en caso de que existieran otras comunidades que pudieran beneficiarse de su utilización; ii) en los casos en que no se pudiera identificar al titular de las ECT/EF, el beneficiario de la protección debería ser el gobierno, por ejemplo, el gobierno local, y las ECT/EF se utilizarían para fomentar los intereses de la comunidad; iii) el titular de las ECT/EF que reuniera los requisitos necesarios para beneficiarse de la protección debería ser el titular de las ECT/EF señalado por el gobierno local; iv) en cuanto a la contribución de los particulares al desarrollo de las ECT/EF, podría recompensarse por medio del sistema vigente de P.I., y v) el Estado podría desempeñar determinada función a la hora de facilitar la protección de la comunidad, función que podría ampliarse aún más en tanto que titular de los derechos únicamente si con ello se beneficiaran las comunidades.

La Delegación de la República de Corea declaró que la disposición no aborda totalmente la cuestión de los beneficiarios legítimos de la protección de las ECT. Es posible que distintas comunidades compartan formas similares o idénticas de ECT o que sus ECT tengan características similares, lo cual dificultaría a los eventuales usuarios la tarea de determinar quiénes son los beneficiarios legítimos o los titulares de los derechos sobre las ECT que desean utilizar. Además, si no se define claramente el alcance de los beneficiarios, la solución de las controversias sería extremadamente compleja para las oficinas de registro de las ECT, mencionadas en el artículo 7.2)d).

⁷³ Para información general, véase el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3.

La Delegación del Japón preguntó cómo podían determinarse los beneficiarios de las ECT/EF específicas. Asimismo, se preguntó cuáles eran los requisitos objetivos para definir quiénes son los beneficiarios de las ECT/EF específicas, y cómo se podría garantizar a los usuarios la previsibilidad a este respecto.

La Delegación de Zambia declaró que los particulares podrían ser asimismo beneficiarios por derecho propio.

Derecho consuetudinario

La Representante del *Arts Law Center* de Australia propuso que, en relación con el párrafo a), se suprimiera el requisito de que las comunidades probaran que se les había confiado la custodia, el cuidado y la salvaguardia de las ECT/EF de conformidad con sus leyes y prácticas consuetudinarias y que se aplicara la presunción de veracidad en favor de las comunidades indígenas que efectuaran tales afirmaciones en relación con las ECT/EF. Propuso volver a redactar el párrafo de manera que rezara como sigue: “en las que se confía la custodia, el cuidado y la salvaguardia de las ECT/EF”. Asimismo, dijo que debería suprimirse el final de la frase y que debería añadirse una nueva frase al final de la disposición, que rezara como sigue: “se da por sentado que se ha confiado la custodia, el cuidado y la salvaguardia de las ECT/EF a los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales que reivindicuen la protección de esas ECT/EF”. Por otra parte, como mínimo, propuso que se efectúe el cambio siguiente: “en las que se confía la custodia, el cuidado y la salvaguardia de las ECT/EF de conformidad con sus leyes y prácticas consuetudinarias”. Asimismo, dijo que en Australia, los pueblos indígenas consideraban una falta de respeto el uso del término indígena a no ser que se utilizara con “I” mayúscula y que, por lo tanto, la palabra “indígena” debía figurar con “I” mayúscula en todo el texto. La Representante dijo que esta grafía se hallaba en concordancia con la utilizada en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El Representante de Tupaj Amaru sugirió que el artículo finalice con la frase siguiente: “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar el consentimiento fundamentado previo de los pueblos interesados a fin de garantizar el respeto y la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales”.

ARTÍCULO 3:

ACTOS DE APROPIACIÓN [INDEBIDA] Y USO INDEBIDOS⁷⁴
(ALCANCE DE LA PROTECCIÓN)

Contribuir a la promoción y la protección de la diversidad de expresiones culturales⁷⁵

Promover la libertad intelectual y artística, la investigación y el intercambio cultural en condiciones equitativas los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales⁷⁶ así como para los usuarios de expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore y reflejando los amplios intereses de la sociedad.⁷⁷

Promover el respeto de las culturas tradicionales y el folclore, así como de la dignidad, la integridad cultural y los valores filosóficos, intelectuales y espirituales de los pueblos y comunidades que preservan y mantienen las expresiones de esas culturas y del folclore.⁷⁸

Lograr este objetivo de una manera equilibrada y equitativa, pero de modo que los pueblos y las comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales puedan realmente ejercer con eficacia los derechos y la autoridad sobre sus propias expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore.⁷⁹

Respetar la transmisión, el intercambio, el desarrollo y el uso ininterrumpido y consuetudinario de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore por las comunidades, tanto en su interior como entre ellas.⁸⁰

Expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore registradas o notificadas⁸¹
[de valor o importancia singulares]

1. En relación con las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore [de valor cultural o espiritual o importancia singulares para una comunidad, y]⁸² [que se han registrado o notificado, tal como se menciona en el artículo 7]⁸³, se adoptarán las medidas jurídicas y prácticas adecuadas y eficaces para garantizar que [la comunidad pertinente]⁸⁴ los beneficiarios, que pueden ser una nación, un pueblo o una comunidad

⁷⁴ Delegación de México.

⁷⁵ Delegación del Canadá. La Delegación propuso que se añadiese un “encabezado” al artículo. Dijo que es importante que los objetivos se reflejen en los artículos, ya que las tres partes del documento están interrelacionadas y no pueden tratarse de manera separada. Las disposiciones provisionales sustantivas serían más exhaustivas y permitirían al Comité tomar decisiones mejores y más informadas sobre el contenido de los artículos. El encabezado no puede utilizarse como preámbulo para un instrumento internacional sobre ECT. Se trata del objetivo ix. Cuando se aborde la cuestión de la apropiación indebida es importante tener presente que las culturas se enriquecen, por ejemplo, aprendiendo de otras culturas.

⁷⁶ Delegación del Canadá. Véase nota a pie de página 75. Se trata de objetivo x.

⁷⁷ Delegación del Canadá. Véase nota a pie de página 75. Se propone que este texto se añada al objetivo x.

⁷⁸ Delegación de Australia. Es importante remitirse a los objetivos iii, v y vii.

⁷⁹ Delegación de Australia. Véase nota pie página 78.

⁸⁰ Delegación de Australia. Véase nota pie página 78.

⁸¹ Delegación de México.

⁸² Delegación de México.

⁸³ Delegación de Australia. La Delegación se preguntó si los derechos económicos y morales quedarán determinados por la disposición o dependerán de que el gobierno los registre. Dijo que se debe tener en cuenta la posibilidad de dejar la opción al arbitrio de las comunidades, como si pudiesen ejercer sus derechos a través de su autoridad nacional, a través de otro tipo de organización que actúe en su nombre, o ejercer ellos mismos sus derechos dentro de sus comunidades.

⁸⁴ Delegaciones de México y de Marruecos. Ambas delegaciones propusieron textos alternativos. Además, la Delegación de los Estados Unidos de América sugirió utilizar la expresión “comunidad pertinente” en todo el documento. Lo mejor sería definir la expresión en el artículo 2. Frases largas como “los pueblos o las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales” no ayudan a que el texto sea más claro. La Delegación de Sudáfrica se opuso a este cambio y sugirió

indígena u otras comunidades⁸⁵ / pueblo indígena o comunidad tradicional u otra comunidad cultural⁸⁶ puedan impedir que tengan lugar [sin su consentimiento fundamentado previo y libre], o detener⁸⁷ los siguientes actos⁸⁸:

- a) *en relación con las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore [que no son palabras, signos, nombres y símbolos]⁸⁹:*
- i) *la reproducción, publicación, adaptación, radiodifusión, interpretación o ejecución pública, comunicación al público, distribución, alquiler, puesta a disposición del público y fijación (incluida la fotografía estática) de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o las [obras derivadas] adaptaciones⁹⁰ de las mismas;*
 - ii) *todo uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o adaptación de las mismas que no reconozca debidamente a [la comunidad] los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales⁹¹ o la nación⁹² como fuente o propietario⁹³ de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar⁹⁴;*
 - iii) *toda deformación, mutilación u otra modificación de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, o atentado a las mismas, realizados para dañarlas o cualquier acción que sea perjudicial para las expresiones, que sea ofensiva o perjudicial para la reputación de la comunidad, sus valores tradicionales o su identidad o integridad cultural⁹⁵ o la nación⁹⁶ o dañar la reputación o la imagen de la comunidad, los pueblos y comunidades indígenas o la región o las de la nación⁹⁷ / a la cual*

[Continuación de la nota de la página anterior]

conservar “los pueblos o las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales”.

⁸⁵ Delegación de Marruecos. Se propuso esta redacción a fin de garantizar que la beneficiaria pueda ser una nación.

⁸⁶ Delegación de México.

⁸⁷ Delegación de Argelia. Quiso añadir esto para reflejar las situaciones en las que el acto está teniendo lugar.

⁸⁸ Delegación de la India. La Delegación de Sudáfrica se opuso a este cambio y propuso mantener la frase en el texto.

⁸⁹ Delegación de Sudáfrica.

⁹⁰ Delegación de los Estados Unidos. Véase nota a pie de página 10.

⁹¹ Delegación de México.

⁹² Delegación de Egipto. La Delegación señaló que hay países en los que sólo existe una comunidad, debido a que reina la armonía cultural. Egipto tiene una larga historia. Su cultura es antigua, rica y diversa, lo cual ha propiciado un tejido cultural armónico y homogéneo. Por este motivo, la Delegación dijo que en el documento, cuando se habla de pueblos y comunidades indígenas, habría que añadir el “término” naciones. La Delegación de Marruecos apoyó esta idea.

⁹³ Delegación de Zambia. Sugirió que también se reconociese a las comunidades como propietarios de las obras, debido al significado especial que tiene “propiedad” en la legislación, que comprende un derecho positivo. Esto refleja los derechos de propiedad.

⁹⁴ Delegación de los Estados Unidos de América. La Delegación recomendó que la disposición incluya una frase tomada del artículo 5 del WPPT: “excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar”. La Delegación explicó que en la práctica no siempre resulta posible o apropiado atribuir las ECT/TC a alguna persona o grupo.

⁹⁵ Delegación de Zambia. Propuso esta adición.

⁹⁶ Delegación de Egipto. Véase nota a pie de página 92. La Delegación de Marruecos apoyó esta propuesta.

⁹⁷ Delegación de Egipto. Véase nota a pie de página 92. La Delegación de Marruecos apoyó esta propuesta.

pertenecen⁹⁸ o cualquier acción que sea perjudicial para las expresiones, que sea ofensiva o perjudicial para la reputación de la comunidad, sus valores tradicionales o su identidad o integridad cultural⁹⁹; y

- iv) [la adquisición o ejercicio a través de acciones injustas o inmorales¹⁰⁰ de derechos de propiedad intelectual sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones o las adaptaciones de las mismas]¹⁰¹;
- b) En relación con las palabras, los signos, los nombres y los símbolos que son expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, [todo uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o las [obras derivadas] adaptaciones¹⁰² de las mismas con fines comerciales u otros fines distintos a su uso tradicional¹⁰³, o la adquisición o ejercicio de derechos de propiedad intelectual sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o [derivados] [adaptaciones]¹⁰⁴ de las mismas,] ¹⁰⁵ la oferta para la venta, o la venta, de artículos que son falsificaciones de expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de los pueblos indígenas¹⁰⁶ [que desacredite u ofenda a [la comunidad] los beneficiarios en cuestión o sugiera una falsa conexión con [ésta] éstos, que pueden ser una nación, un pueblo, una comunidad indígena u otra comunidad¹⁰⁷/ y los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales¹⁰⁸ interesadas, o las ¹⁰⁹desprestigie¹¹⁰].
- c) toda fijación, representación, publicación, comunicación o cualquier otra forma de uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore en las que no se mencione la comunidad, el pueblo o la comunidad indígena o la región o la nación¹¹¹ a la que pertenecen¹¹²//que no sea legítima y que no refleje de manera fidedigna la región a la que pertenecen esas comunidades¹¹³, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar.¹¹⁴

⁹⁸ Delegación de México.

⁹⁹ Delegación de Zambia.

¹⁰⁰ Delegación de Australia. La disposición impide que un creador indígena obtenga derechos de autor o derechos conexos y que ejerza estos derechos mediante, por ejemplo, la concesión de licencias. Esto tiene que seguir siendo una opción para un artista o autor indígena. Tienen que tenerse en cuenta los objetivos políticos básicos en lo que respecta a la relación entre los derechos individuales de un creador indígena sobre una obra y los derechos de una comunidad relacionada sobre los mismos.

¹⁰¹ Delegación de Australia. Véase nota a pie de página 99.

¹⁰² Delegación de los Estados Unidos de América. Véase nota a pie de página 10.

¹⁰³ Delegación de Marruecos.

¹⁰⁴ Delegación de los Estados Unidos de América. Véase nota pie de página 10.

¹⁰⁵ Delegación de Australia. La Delegación sugirió sustituir la frase “todo uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o las [obras derivadas] adaptaciones de las mismas” por “la oferta para la venta, o la venta, de artículos que son falsificaciones de expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de los pueblos indígenas”. La Delegación sugirió que esta redacción alternativa cubra de manera específica la apropiación indebida. Dijo que sería útil mantener un debate más en profundidad sobre si dichos actos deben ser considerados como actos de apropiación indebida.

¹⁰⁶ Delegación de Australia. Véase nota a pie de página 104.

¹⁰⁷ Delegación de Marruecos. Véase nota a pie de página 85.

¹⁰⁸ Delegación de México.

¹⁰⁹ Delegación de México.

¹¹⁰ Delegación de Venezuela (República Bolivariana de). La Delegación dijo que los derechos debían ser plenos y no estar supeditados a condición alguna.

¹¹¹ Delegación de Egipto. Véase nota a pie de página 92. La Delegación de Marruecos apoyó esta sugerencia.

¹¹² Delegación de México.

¹¹³ Delegación de Marruecos.

¹¹⁴ Delegación de los Estados Unidos de América. Véase nota a pie de página 94.

Otras expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore

2. *En relación con el uso y la explotación de otras expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore no registradas o notificadas, tal como se menciona en el artículo 7, se adoptarán medidas jurídicas y prácticas adecuadas y eficaces para garantizar¹¹⁵ que:*
- a) *se¹¹⁶ reconozca a [la comunidad pertinente] los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales o naciones¹¹⁷ pertinentes como la fuente o propietario¹¹⁸ de toda obra u otra producción adaptada de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar¹¹⁹;*
 - b) *pueda impedirse, detenerse¹²⁰ o sancionarse por [lo civil o lo penal] lo penal o lo civil¹²¹ toda deformación, mutilación u otra modificación de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, u otro atentado a las mismas;*
 - c) *pueda impedirse o sancionarse por lo civil o lo penal toda indicación o aseveración falsa, engañosa o confusa que, en relación con los bienes o servicios que hagan referencia a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de [una comunidad] pueblos y comunidades indígenas, comunidades tradicionales y demás comunidades culturales¹²², o naciones¹²³, se valgan de ellas o las evoquen, sugiera la aprobación por [esa comunidad] [esos pueblos y comunidades indígenas, comunidades tradicionales y demás comunidades culturales^{124,125}] ellos, pueda impedirse, detenerse¹²⁶ o sancionarse por [lo civil o lo penal] lo penal o lo civil¹²⁷; y*

¹¹⁵ Delegación de Argelia. Esta modificación no es aplicable a la versión en español.

¹¹⁶ Delegación de México.

¹¹⁷ Delegación de Egipto. Véase nota a pie de página 92. La Delegación de Marruecos apoyó esta sugerencia.

¹¹⁸ Delegación de Zambia. Véase nota a pie de página 93.

¹¹⁹ Delegación de los Estados Unidos de América. Véase nota a pie de página 94.

¹²⁰ Delegación de Argelia. Véase nota a pie de página 87.

¹²¹ Delegación de Venezuela (República Bolivariana de)

¹²² Delegación de México.

¹²³ Delegación de Egipto. Véase nota a pie de página 92. La Delegación de Marruecos apoyó la propuesta.

¹²⁴ Delegación de México. La Delegación sugirió cambiar “esa comunidad” por “esos pueblos y comunidades indígenas, comunidades tradicionales y demás comunidades culturales”.

¹²⁵ Una delegación sugirió sustituir la frase por el pronombre “ellos”.

¹²⁶ Delegación de Argelia. Véase nota a pie de página 87.

¹²⁷ Delegación de Venezuela (República Bolivariana de). La Delegación mencionó el sistema venezolano, en el que los tribunales civiles y penales están separados, y cuando se inicia una acción civil o penal sobre un asunto, el procedimiento civil tiene que esperar a que se dicte una resolución en el procedimiento penal, antes de que se adopte una decisión por lo civil, ya que el procedimiento penal prevalece sobre el civil. Con arreglo al sistema jurídico venezolano, solamente pueden entablarse acciones puramente civiles o puramente penales. Por lo tanto, la Delegación alegó que la redacción del apartado 3.b)ii) es confusa, y propuso que se modifique el párrafo de manera que rece “por lo penal o lo civil”.

d) *DOS OPCIONES*

OPCIÓN A: [haya] habrá¹²⁸ una [remuneración equitativa o]¹²⁹ una participación en los beneficios con arreglo a las condiciones definidas por [el Organismo mencionado] la autoridad¹³⁰ [nacional]¹³¹ designada mencionada en el Artículo 4 en consulta con [la comunidad pertinente] los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales¹³² o naciones¹³³ pertinentes [cuando el uso o la explotación se realice con ánimo de lucro]¹³⁴; y

OPCIÓN B¹³⁵: [haya] habrá¹³⁶ una [remuneración equitativa o]¹³⁷ una participación en los beneficios con arreglo a las condiciones definidas por [la comunidad pertinente] los pueblos y las comunidades indígenas¹³⁸ o naciones¹³⁹, en consulta con [el Organismo] la autoridad¹⁴⁰ [nacional]¹⁴¹ designada que se menciona en el Artículo 4 [cuando el uso o la explotación se realice con ánimo de lucro]¹⁴²; y

¹²⁸ Delegación de la India. Dijo que la modificación resulta absolutamente necesaria por los motivos siguientes: 1) es necesario reconocer la propiedad colectiva otorgando a las comunidades derechos positivos exclusivos y no sólo el derecho a prohibir; 2) tiene que reconocerse el derecho a ceder esos derechos mediante acuerdos, y no sólo en base al principio de consentimiento fundamentado previo y libre; 3) no resulta aceptable utilizar sistemas de remuneración equitativa para cualquier tipo de ECT/EF, ya que se trata de un derecho exclusivo de la comunidad, y 4) si la utilización de ECT/EF se ha extendido a toda la nación o todo el país, y no se identifica con ninguna comunidad en concreto, la participación en los beneficios tiene que basarse en una decisión de la autoridad nacional.

¹²⁹ Delegación de la India. Véase nota a pie de página 128. Las Delegaciones de Sudáfrica y de los Estados Unidos de América apoyaron esta sugerencia.

¹³⁰ Delegación de México.

¹³¹ Delegación de los Estados Unidos de América. La Delegación dijo que es posible que en algunas circunstancias un organismo regional o internacional, como por ejemplo la OAPI o la ARIPO, sea elegido por una comunidad indígena o tradicional para actuar como autoridad designada.

¹³² Delegación de México.

¹³³ Delegación de Egipto. Véase nota a pie de página 92. La Delegación de Marruecos apoyó la sugerencia.

¹³⁴ Delegación de Venezuela (República Bolivariana de). El uso o la explotación no pueden condicionarse. Resulta obvio que el uso o la explotación es para obtener beneficios, porque, debido a la fuerza que tiene, la palabra "explotación" implica que hay ánimo de lucro. La Delegación de Sudáfrica apoyó esta sugerencia.

¹³⁵ Delegación de los Estados Unidos de América. Tiene que hacerse hincapié en los pueblos y las comunidades indígenas y sus deseos, y no en los deseos de una autoridad nacional competente.

¹³⁶ Delegación de la India. Dijo que la modificación resulta absolutamente necesaria por los motivos siguientes: 1) es necesario reconocer la propiedad colectiva otorgando a las comunidades derechos positivos exclusivos y no sólo el derecho a prohibir; 2) tiene que reconocerse el derecho a ceder esos derechos mediante acuerdos, y no sólo en base al principio de consentimiento fundamentado previo y libre; 3) no resulta aceptable utilizar sistemas de remuneración equitativa para cualquier tipo de ECT/EF, ya que se trata de un derecho exclusivo de la comunidad, y 4) si la utilización de ECT/EF se ha extendido a toda la nación o todo el país, y no se identifica con ninguna comunidad en concreto, la participación en los beneficios tiene que basarse en una decisión de la autoridad nacional.

¹³⁷ Delegación de la India. Véase nota a pie de página 128. Las Delegaciones de Sudáfrica y de los Estados Unidos de América apoyaron esta sugerencia.

¹³⁸ Delegación de México.

¹³⁹ Delegación de Egipto. Véase nota a pie de página 92. La Delegación de Marruecos apoyó la sugerencia.

¹⁴⁰ Delegación de México.

¹⁴¹ Delegación de los Estados Unidos. Véase nota a pie de página 130.

¹⁴² Delegación de Venezuela (República Bolivariana de). El uso o la explotación no pueden condicionarse. Resulta obvio que el uso o la explotación es para obtener beneficios, porque, debido a su fuerza, la palabra "explotación" implica que hay ánimo de lucro. La Delegación de Sudáfrica apoyó esta sugerencia.

Expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore secretas

3. Se adoptarán medidas jurídicas y prácticas adecuadas y eficaces para garantizar que [las comunidades] los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales¹⁴³ o las naciones¹⁴⁴ dispongan de los medios necesarios para impedir la divulgación no autorizada de expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore secretas, su consiguiente utilización y la adquisición y ejercicio de derechos de propiedad intelectual sobre las mismas.

[Siguen los comentarios sobre el artículo 3]

¹⁴³ Delegación de México.

¹⁴⁴ Delegación de Egipto. Véase nota a pie de página 92. La Delegación de Marruecos apoyó la sugerencia.

COMENTARIOS

ARTÍCULO 3: ACTOS DE APROPIACIÓN [INDEBIDA] Y USO INDEBIDOS¹⁴⁵ (ALCANCE DE LA PROTECCIÓN)

Antecedentes

En este proyecto de artículo se aborda un elemento central de la protección, a saber, la apropiación indebida de las ECT/EF, contemplada en las disposiciones, y los derechos y otras medidas aplicables en cada caso.

Tal como han subrayado algunos participantes en el Comité, el artículo tiene por objeto proporcionar a las expresiones culturales y a los conocimientos formas de protección que no figuran actualmente en el marco del derecho de propiedad intelectual convencional en vigor. Estas disposiciones no menoscaban la protección ya concedida a las ECT/EF en virtud del derecho de propiedad intelectual actual. Sigue vigente la protección por propiedad intelectual convencional. Véanse los comentarios sobre el artículo 2 (“Beneficiarios”) y sobre el artículo 10 (“Relación con la propiedad intelectual y otras formas de protección y preservación”).

En la disposición propuesta se trata de abordar los tipos de usos y apropiaciones de las ECT/EF relacionados con la propiedad intelectual que con más frecuencia causan preocupación a las comunidades indígenas y locales y demás custodios y poseedores de las ECT/EF, y que fueron identificados por éstos en consultas y misiones exploratorias anteriores (véase el párrafo 53 del documento WIPO/GRTKF/IC/7/3). Dicha disposición se basa en una toda una serie de enfoques y mecanismos jurídicos incluidos en distintas legislaciones regionales y nacionales (véanse los párrafos 54 a 56 del documento WIPO/GRTKF/IC/7/3).

Resumen del proyecto de disposición

En suma, en el proyecto de disposición se proponen tres “niveles” de protección, destinados a proporcionar una protección flexible que se adapta a las distintas formas de expresión cultural y a los diversos objetivos relacionados con su protección, reflejando así una combinación de derechos de remuneración exclusivos y equitativos y una mezcla de medidas jurídicas y prácticas:

En lo que respecta a las ECT/EF de valor cultural o espiritual singular para una comunidad, se propone el derecho al “consentimiento fundamentado previo y libre” (CFP), similar a un derecho exclusivo de propiedad intelectual, de modo que los tipos de actos normalmente contemplados por las legislaciones de propiedad intelectual, en particular el derecho de autor, los derechos conexos, las marcas, los dibujos y modelos, están sujetos al CFP de la comunidad pertinente.

Este nivel de protección está sujeto a la notificación o registro previo en un registro público, tal como se prevé en el artículo 7 (véase más abajo). El registro o notificación es optativo únicamente y por decisión de las comunidades pertinentes. No es necesario registrar o notificar las ECT/EF secretas, ya que éstas están protegidas por separado de conformidad con el artículo 3)c). La opción de registro se aplica únicamente a los casos en los que las comunidades deseen obtener protección, con consentimiento fundamentado previo y estricto, para las ECT/EF que ya son conocidas y están a disposición del público.

El derecho al CFP otorga a una comunidad el derecho a impedir o autorizar, según las condiciones acordadas, en particular respecto de la participación en los beneficios, el uso de las ECT/EF. Como tal, el CFP es similar a un derecho exclusivo de propiedad intelectual que puede concederse bajo licencia aunque no resulte necesario. Estos derechos pueden utilizarse de manera positiva o, lo que es quizás más probable, de forma preventiva (para impedir todo uso y explotación de estas ECT/EF y adquisición de derechos de propiedad intelectual sobre las mismas).

¹⁴⁵ Delegación de México.

Se proponen formas de protección específicamente adaptadas a las palabras, los nombres, los símbolos y otras denominaciones. Estas formas de protección se basan en el Derecho de marcas y en medidas especiales ya establecidas a este respecto en la Comunidad Andina, Nueva Zelandia y los Estados Unidos de América.

En relación con las interpretaciones o ejecuciones que se consideran ECT/EF (ECT/EF que son “expresiones corporales”: véase el artículo 1), éstas también pueden registrarse o notificarse y, por consiguiente, obtener una protección firme, tal como se sugiere. Entre los derechos morales y patrimoniales propuestos figuran derechos inspirados en los tipos de derechos que ya se otorgan a otros artistas intérpretes o ejecutantes, en particular mediante el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT, 1996). Esta forma de protección no menoscaba la protección concedida en virtud del WPPT. Si estas interpretaciones o ejecuciones no estuvieran registradas o notificadas, podrían obtener protección de conformidad con los párrafos 2) o 3) que aparecen a continuación, según las circunstancias y los deseos de la comunidad.

Por lo que se refiere a las ECT/EF que no están registradas o notificadas, su utilización no está sujeta a la autorización previa, sino que la protección depende de *cómo* se utilizaban las ECT/EF. Estas ECT/EF pueden utilizarse, por ejemplo, como fuente de inspiración creativa sin necesidad de consentimiento previo o autorización, en apoyo a la creatividad y a la libertad artística, objetivo fundamental que muchos han afirmado. Sin embargo, se reglamenta la forma en que se utilizan las ECT/EF, basándose principalmente en derechos morales y en principios de competencia desleal, junto con la proposición de recursos del ámbito civil y penal, así como el pago de una remuneración equitativa o una participación equitativa en los beneficios, que han de ser definidos por la autoridad competente. Esta autoridad puede ser el mismo organismo mencionado en el artículo 4, titulado “Gestión de los derechos”. Este enfoque es, quizás, similar al enfoque de la licencia obligatoria o la remuneración equitativa, plasmado en las legislaciones *sui generis* nacionales relativas a las ECT/EF¹⁴⁶, así como en la legislación convencional sobre derecho de autor relativo a las obras musicales que ya están fijadas en grabaciones sonoras¹⁴⁷.

Por último, en lo que respecta a las ECT/EF secretas, confidenciales o no divulgadas, en la disposición propuesta se trata de aclarar que la protección existente de la información confidencial o no divulgada abarca la materia relativa a las ECT, basándose también en la jurisprudencia a tales efectos¹⁴⁸. En la Declaración de Mataatua, de 1993, se reconoce, entre otras cosas, que los “pueblos indígenas tienen derecho a proteger y controlar la difusión” de [sus] conocimientos¹⁴⁹.

Flexibilidad en cuanto a los mecanismos jurídicos de aplicación

Las disposiciones son amplias e inclusivas, y tienen por objeto otorgar la flexibilidad necesaria a las autoridades regionales y nacionales y a las comunidades para que elijan unos mecanismos jurídicos concretos en el ámbito de aplicación regional o nacional.

Este punto puede ilustrarse con un ejemplo práctico. El principio propuesto en el que se establece que debe existir protección contra toda indicación falsa o engañosa que, en relación con el comercio de creaciones basadas en las tradiciones, sugiera la aprobación por una comunidad o el vínculo con ella (un ejemplo típico de ello es una artesanía vendida como “auténtica” o “indígena” sin serlo) puede aplicarse en la práctica en el ámbito nacional mediante *una o más* de las siguientes formas: i) el registro y la utilización de marcas de certificación por las comunidades de que se trate; ii) los recursos del ámbito civil o penal disponibles en el marco general de las prácticas comerciales y la legislación sobre etiquetado; iii) la sanción de legislación destinada específicamente a conferir esta forma de protección a las ECT/EF; iv) el

¹⁴⁶ Como el Acuerdo de Bangui, OAPI, tal como se revisó en 1999.

¹⁴⁷ Artículo 13, Convenio de Berna (1971).

¹⁴⁸ Foster contra Mountford (1976) 29 FLR 233.

¹⁴⁹ Artículo 2.1.

registro y utilización de indicaciones geográficas; y/o v) las medidas de reparación previstas en el derecho común anglosajón para la “atribución engañosa” y las leyes para la eliminación de la competencia desleal.

Obras derivadas

Algunas cuestiones políticas y jurídicas fundamentales giran en torno al derecho de adaptación, el derecho a realizar obras derivadas y el establecimiento de excepciones y limitaciones apropiadas a este respecto.

En la disposición propuesta se sugiere el derecho de adaptación sobre las ECT/EF de valor cultural o espiritual singular, sujetas al registro o notificación previos. En relación con otras ECT/EF, no hay derecho de adaptación como tal ni prevención de la obtención de derechos de propiedad intelectual sobre la obra derivada de una ECT/EF por su creador. En ningún caso se impide la mera “inspiración”, como ocurre también en la legislación sobre el derecho de autor, en línea con la dicotomía idea/expresión¹⁵⁰. Sin embargo, se propone la reglamentación de la explotación de las obras derivadas de las ECT/EF, según el enfoque general previsto en la Ley Tipo del Pacífico, de 2002.

Comentarios y preguntas

Observancia de los derechos

La Delegación de China sugirió que se indique un criterio mínimo para la observancia de los derechos. Por ejemplo, para utilizar ECT, deberían cumplirse las dos condiciones siguientes, con carácter de principio y con independencia de la naturaleza de los derechos: i) con respecto a los derechos morales, deberían protegerse las ECT de la deformación y la mutilación y deberá indicarse su fuente, y ii) con respecto a los derechos de propiedad, debería garantizarse una compensación patrimonial adecuada.

Registro

La Delegación de Nueva Zelandia se refirió al objetivo político xiii), con el que se pretende “aumentar la seguridad, la transparencia y la confianza mutua”. El artículo 3 aborda la cuestión de la transparencia introduciendo el concepto de registro, pero no queda claro que el registro sea una opción apropiada, especialmente debido a las preocupaciones de los pueblos indígenas en lo que respecta a los sistemas de registro, con inclusión de los riesgos que entraña la catalogación. Sugirió que el Grupo de trabajo entre sesiones, cuando examine el alcance de la protección en virtud del artículo 3, considere dos cuestiones: 1) investigue o recomiende todas las otras formas en que el proyecto de disposiciones puede tratar el objetivo d transparencia, y 2) examine las variantes de registro que minimice los riesgos, por ejemplo, los sistemas de registro en los que no hay examen y en los que los mismos pueblos indígenas acuerdan el contenido del registro.

Derivados

La Delegación de los Estados Unidos de América como alternativa a las propuestas de redacción que se habían realizado sugirió regresar a la redacción de las Disposiciones Tipo de 1982, que en lugar de prever el control de las adaptaciones o los derivados, garantiza que los derechos sobre las ECT no se extienden al “préstamo de las expresiones del folclore para crear una obra original de un autor o autores”.

La Delegación de Sudáfrica sugirió que se mantenga “derivados” en el texto.

¹⁵⁰

Debatida en el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3.

Categorías de ECT

La Delegación de la India sugirió sustituir las tres categorías de 1) las ECT/EF de valor cultural o espiritual singular, 2) otras ECT/EF y 3) ECT/EF secretas por dos categorías: las ECT/EF conocidas y las que se mantienen secretas.

Apropiación indebida

La Delegación del Canadá señaló que uno de los desafíos es encontrar el equilibrio necesario entre la protección de las ECT y los actos de apropiación indebida que contribuyen a la diversidad cultural. Planteó las preguntas siguientes para que se remitan al Grupo de trabajo entre sesiones: ¿quién será el responsable de facilitar el acceso a las ECT y quién podrá autorizar dicho acceso? ¿qué ocurre cuando más de una comunidad es titular de una ECT, quién decide, quién arbitra? ¿estarán cubiertas las obras inspiradas en una ECT o adaptadas a partir de ella? y ¿cómo afectaría, interactuaría o se solaparía esta protección con la protección que ya se otorga en virtud de la legislación de P.I. vigente? Por último, ¿cómo se combina este nivel de protección con las propuestas en relación con la protección perpetua de las ECT, en concordancia con las solicitudes de que se cree un sólido dominio público?

La Delegación de Zambia sugirió que se elaboren documentos sobre los tipos de mutilaciones o deformaciones que existen.

Función de los Estados y dominio público

La Delegación de Australia hizo hincapié en la necesidad de que el Grupo de trabajo entre sesiones examine el efecto tanto sobre las comunidades indígenas como sobre el dominio público del examen de las circunstancias en las que los Estados pueden ejercer sus derechos de propiedad sobre ECT que no se han atribuido a ninguna persona o grupo.

Terminología

La Delegación de la Federación de Rusia dijo que no queda claro qué significado tiene “toda indicación” en el artículo 3.2)c).

La Delegación de Sudáfrica sugirió que el Grupo de trabajo entre sesiones debata las definiciones, sobre todo del término “comunidades”. Su término preferido es “pueblos indígenas y comunidades locales”. La Delegación de los Estados Unidos de América estuvo de acuerdo, y añadió que la definición debería explicarse en virtud del artículo 2. Dijo que prefería los términos “comunidad pertinente” o “titular de derechos”. La Delegación de Australia también estuvo de acuerdo con ello.

El Representante de las Tribus Tulalip no estuvo de acuerdo en lo que respecta al término “comunidad pertinente”, que en su opinión es demasiado general.

Alcance de la protección

La Delegación de España, haciendo uso de la palabra en nombre de la Unión Europea y sus Estados miembros, dijo que las características y demandas de protección de las ECT podrán requerir una perspectiva distinta a la del derecho de autor cuando se trata del ámbito de la protección.

Artículo separado

La Delegación de Zambia propuso que se incluya un artículo que aborde únicamente los derechos que se tendrán. Como después del artículo 3 viene un artículo sobre la “Gestión de los derechos”, la Delegación esperaba que en el primero de ellos se describan claramente los derechos cuya gestión se prescriba. En cambio, en el artículo no se prescriben los derechos; se estipulan los actos que podrían impedir los titulares. La Delegación sugirió ampliar el alcance de los derechos para incluir los derechos positivos. Aunque ese tipo de derechos están reconocidos de manera implícita, entre los derechos se podría incluir el derecho de los poseedores a ser reconocidos como la fuente de las expresiones utilizadas en la creación de

cualquier obra o inspiradas por ellos. Un derecho negativo que no obstante parece que se ha omitido es el derecho a impedir la divulgación no autorizada y el posterior uso de expresiones del folclore secretas.

Representante de la comunidad

La Delegación del Japón preguntó si resulta factible determinar quién puede otorgar el consentimiento fundamentado previo cuando no está claro cuál es el mecanismo de toma de decisiones o de representación de una comunidad.

Propuestas de redacción de los observadores

El Representante del Consejo Saami sugirió que se suprima el artículo 3.1)b), debido a que los signos y símbolos de los pueblos indígenas son demasiado diferentes a las marcas para que puedan recibir una protección similar a la que reciben las marcas. También sugirió que en el artículo 3.1)a) se suprima la frase “distintas de las palabras, los signos, los nombres y los símbolos”. Por consiguiente, el apartado a) podría ampliarse a todas la ECT, y no sólo aplicarse a las que tienen un valor cultural o espiritual o importancia singulares. Debe ofrecerse protección por derecho de autor independientemente del valor cultural o espiritual que tenga una ECT. El registro no debería ser obligatorio. Asimismo, señaló a la atención el artículo 6 del proyecto de disposiciones en materia de CC.TT., que se ocupa de la participación en los beneficios. Sugirió que se adopte en mismo enfoque y que éste sirva como inspiración. Repitió que el artículo es demasiado limitado; por ejemplo, sólo aborda la participación en los beneficios en el contexto de “otras expresiones culturales tradicionales”, a saber, las que no tienen valor cultural o espiritual o importancia singulares; dijo que esa no es realmente la idea. Asimismo, señaló que la participación en los beneficios debería reconocerse como un principio general, que podría abordarse mejor en un solo artículo a fin de que se aplique a todas las formas de ECT. Sugirió que el artículo 6 del proyecto de disposiciones en materia de CC.TT., con las modificaciones pertinentes, se introduzca en el proyecto de disposiciones en materia de ECT, adoptando así un enfoque general en lo que respecta al concepto de participación en los beneficios. El Representante de Ethio-Africa Diaspora Union Millennium Council estuvo de acuerdo con ambos puntos.

El Representante de la Federación Iberoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE) realizó tres comentarios en relación con el artículo 3. Dijo que el término “pertinente” no es nada preciso. Asimismo, la autoridad que se otorga a las comunidades en lo que respecta a “impedir” constituye una afirmación negativa de un derecho que se les ha concedido, ya que poder “impedir” implica que existe un acto anterior de apropiación o uso indebidos. El uso del derecho otorgado a las comunidades tiene que reflejarse en el texto de manera positiva y no sólo como derecho a oponerse a un acto. Sugirió que se suprimiera la frase “que desacredite u ofenda a la comunidad en cuestión o sugiera una falsa conexión con ésta, o desprestigie a la comunidad”. Asimismo, sugirió que en el artículo 3.2)d) se suprimiera la frase “cuando el uso o la explotación se realice con ánimo de lucro” y se sustituyera por las palabras “cuando se han explotado”. Aunque se trata de un derecho otorgado a los pueblos indígenas que adopta la forma de remuneración equitativa, el uso por una tercera parte debería dar lugar a una compensación. No resulta necesario especificar que el uso es con ánimo de lucro. Lamentablemente la experiencia pone de manifiesto que algunos actos aparentemente caritativos procuran beneficios a organizadores poco escrupulosos, que teóricamente sólo querían honrar a ciertos pueblos, comunidades, etc., e infringieron los derechos de P.I. Por consiguiente todo uso debe ser remunerado. En relación el artículo 3.1)a)iii) sugirió que rece de la siguiente forma “toda deformación, mutilación u otra modificación de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, o atentado a las mismas”. Dijo que no resultaba necesario añadir lo que venía a continuación. El Representante de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO) apoyó esta idea. En relación con el párrafo 1)b), el Representante de la FILAE sugirió que terminase en “las obras derivadas de las mismas”, y que después se añadiera “por parte de terceros” y que lo siguiente se suprimiera. Esta propuesta se ha realizado para afirmar de manera positiva los derechos de las comunidades que se derivan de la P.I., sin que estén sujetos a interpretaciones difíciles o imperativos morales, habida cuenta de que se tiene que tener en cuenta la noción de derecho exclusivo, que debería poder ejercerse plenamente. Dijo que en su opinión una vez determinados los beneficiarios no hace falta interpretar más la cuestión de los daños morales.

Cuando se adapta el folclore, la forma en que se ha redactado el párrafo podría plantear obstáculos al ejercicio de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes o de los autores. En lo que respecta al párrafo 3), en la tercera línea tiene que cambiarse “dispongan de los medios”. En la versión en español tiene que suprimirse la palabra “necesarios” de la frase “dispongan de los medios necesarios” y sustituirla por el texto del párrafo 2) c), y el resto del artículo tiene que permanecer tal como está.

El Representante de Tupaj Amaru señaló que el texto podría tomarse de muchos instrumentos de las Naciones Unidas, en particular de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Dijo que en muchos aspectos el texto no es lo suficientemente firme y que debería ser judicialmente vinculante. El artículo 3, además de determinar los pueblos y las comunidades indígenas y otras comunidades culturales, tiene que determinar los derechos y obligaciones de las partes. Preguntó por qué la función del Estado, que es defender y proteger los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, no figura en el artículo. En relación con el artículo 3.2)b), indicó que en él tendría que usarse “prohibirse” en lugar de “impedirse”, y que las sanciones deberían imponerse tanto en los tribunales penales como en los civiles. Asimismo, sugirió que en el párrafo 2)d), después de “la autoridad nacional designada” se añada “mencionada en el artículo 4 en consulta con los pueblos y comunidades indígenas pertinentes”. Además, la expresión “comunidades indígenas o ancestrales” debería sustituir al término impreciso “comunidades culturales”. Asimismo, habría que suprimir la frase “cuando el uso o la explotación se realice con ánimo de lucro”.

El Representante del Indigenous Peoples (Bethchilokono) of Saint Lucia Governing Council (BCG) se preguntó cómo pueden abordarse las ECT que en los países pequeños atraviesan las fronteras. Señaló que debe ser la legislación nacional la que se ocupe de esta cuestión. Asimismo, añadió que el hecho de que deban ser las autoridades nacionales las que determinen la participación en los beneficios no refleja la experiencia del Caribe o de Santa Lucía.

El Representante del Consejo Indio de Sudamérica (CISA), en relación con el artículo 3.2)a) señaló que el término “pertinente” no era definitivo y no indicaba cuáles eran los pueblos o las comunidades indígenas. Indicó que el artículo 3 tiene que rezar “los ‘pueblos y comunidades indígenas pertinentes’”. También dijo que tiene que llevarse a cabo un proceso en el que se defina cuáles son los pueblos a fin de poder tratar con la autoridad o el agente apropiado de los pueblos interesados. El Representante propuso que se ponga entre paréntesis la frase “tal como se menciona en el artículo 7”.

ARTÍCULO 4:

GESTIÓN DE LOS DERECHOS

1. Las autorizaciones previas para [utilizar] actuar en el marco de los derechos de los pueblos indígenas en relación con las¹⁵¹ expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, cuando se soliciten con arreglo a estas disposiciones, deben obtenerse directamente de [la comunidad interesada cuando la comunidad así lo desee], los pueblos y las comunidades indígenas y cada uno de los grupos, familias, tribus, naciones, comunidades tradicionales y demás comunidades culturales o países¹⁵² o de una autoridad¹⁵³ [nacional]¹⁵⁴ designada [un organismo designado] que actúe a petición y en nombre [de la comunidad (denominado en adelante “el Organismo”)] de los pueblos y las comunidades indígenas o las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales o las naciones¹⁵⁵. Cuando [dicho Organismo] dicha autoridad¹⁵⁶ conceda la autorización:
 - a) lo hará únicamente en consulta apropiada con los pueblos y¹⁵⁷ comunidades indígenas y comunidades tradicionales y demás comunidades culturales¹⁵⁸, de conformidad con sus procesos tradicionales de toma de decisiones y de gobierno;
 - b) todo beneficio monetario o de otro tipo que recaude [el Organismo] la autoridad¹⁵⁹ nacional¹⁶⁰ designada por el uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore debe ser directamente entregado por éste a los pueblos y las comunidades indígenas y¹⁶¹ las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales interesadas.¹⁶²

¹⁵¹ Delegación de Australia. Se necesitan definiciones claras y precisas de titulares de derechos. La primera línea del artículo 4)a), se ocupa del uso de las ECT que parece que combina tanto los derechos de propiedad intelectual como los posibles nuevos derechos colectivos. Esto plantea importantes cuestiones que requieren más debate y aclaraciones. En particular, sin que se realice un examen cuidadoso no pueden extinguirse los derechos individuales de los autores indígenas a controlar el ejercicio de los derechos de propiedad sobre sus propias creaciones. Asimismo, en algunos países, comprendida Australia, ya existen sociedades de gestión colectiva que permiten la utilización de determinadas cláusulas del derecho de autor con ciertos fines públicos tales como la educación o la enseñanza. La injerencia en las actividades de esos organismos no puede llevarse a cabo a la ligera. Sugirió que se realice un cambio de orden a fin de que quede claro que se trata de la gestión de los derechos colectivos, pero no de la gestión de los derechos de los creadores individuales.

¹⁵² Delegación de México.

¹⁵³ Delegación de México.

¹⁵⁴ Delegación de los Estados Unidos de América. Véase nota a pie de página 130.

¹⁵⁵ Delegación de México.

¹⁵⁶ Delegación de México.

¹⁵⁷ Delegación de México.

¹⁵⁸ Delegación de México.

¹⁵⁹ Delegación de México.

¹⁶⁰ Delegación de los Estados Unidos de América. Véase nota a pie de página 130.

¹⁶¹ Delegación de México.

¹⁶² Delegación de México.

2. Cuando así lo soliciten los pueblos y las comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales¹⁶³, [el Organismo], se debe encomendar a la autoridad¹⁶⁴ [nacional]¹⁶⁵ designada las tareas de concienciación, educación, asesoramiento y orientación. Asimismo, [el Organismo] la autoridad¹⁶⁶ [nacional]¹⁶⁷ designada debería:
- a) [cuando así lo soliciten los pueblos y¹⁶⁸ las comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales¹⁶⁹] control¹⁷⁰ el uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore con el fin de garantizar un uso leal y apropiado, tal como se prevé en el artículo 3.2), y
 - b) establecer la remuneración equitativa mencionada en el artículo 3 2), en consulta con la [comunidad pertinente] los pueblos y las comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales pertinentes.¹⁷¹

[Siguen los comentarios sobre el artículo 4]

¹⁶³ Delegación de los Estados Unidos de América. La Delegación sugirió iniciar el artículo con la frase “cuando así lo solicite un pueblo o comunidad indígena u otra comunidad cultural” e indicó que no existe motivo alguno por el que todo el párrafo no deba condicionarse a la solicitud de un pueblo o comunidad indígena. De hecho, en el caso de la ECT secretas, el pueblo o comunidad indígena podría preferir que la autoridad designada no lleve a cabo actividades de concienciación.

¹⁶⁴ Delegación de México.

¹⁶⁵ Delegación de los Estados Unidos de América. Véase nota a pie de página 130.

¹⁶⁶ Delegación de México.

¹⁶⁷ Delegación de los Estados Unidos de América. Véase nota a pie de página 130.

¹⁶⁸ Delegación de México.

¹⁶⁹ Delegación de México.

¹⁷⁰ Delegación de los Estados Unidos de América. Véase nota a pie de página 162.

¹⁷¹ Delegación de México.

COMENTARIOS

ARTÍCULO 4: GESTIÓN DE LOS DERECHOS

Antecedentes

En esta disposición se aborda cómo y a quién se solicitan las autorizaciones para utilizar ECT/EF y otras cuestiones conexas. Lo dispuesto en este proyecto de artículo debe ser aplicable sin tener en cuenta si las comunidades o los organismos nombrados por el Estado son los titulares de derechos (véase el artículo 2, titulado “Beneficiarios”, más arriba).

En las disposiciones en su conjunto se prevé el ejercicio de derechos por las comunidades pertinentes. Sin embargo, en los casos en los que las comunidades pertinentes no puedan o no deseen ejercer los derechos directamente, en este proyecto de artículo se propone la función que ha desempeñar el “Organismo”, que debe actuar siempre a petición de las comunidades pertinentes y en nombre de las mismas. La función de dicho “Organismo” es completamente optativa, y sólo es necesaria y apropiada si así lo desean las comunidades pertinentes.

Se prevé un organismo que desempeña estos tipos de funciones en las Disposiciones Tipo, de 1982, la Ley sobre los derechos de los pueblos indígenas de 1997, de Filipinas (“Ley de Filipinas”), el Marco Regional para el Pacífico, de 2002, así como en muchas legislaciones nacionales en las que se brinda una protección *sui generis* a las ECT/EF. Varios Estados miembros han expresado su apoyo a una “autoridad” en tales casos.

El organismo que se propone puede ser una oficina, autoridad o sociedad existentes, o también una organización u oficina regionales. Por ejemplo, la Organización Regional Africana de la Propiedad Industrial (ARIPO) y la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI) han señalado la función que podrían desempeñar las organizaciones regionales en relación con la protección de las ECT/EF y de los CC.TT. También pueden desempeñar una función las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor.

En esta disposición se trata de definir sólo algunos principios fundamentales que pueden ser aplicables. Es evidente que la elaboración de tales medidas dependerá en gran medida de factores nacionales y comunitarios: podrían perfeccionarse las opciones disponibles estableciendo disposiciones más detalladas a nivel nacional y comunitario.

En legislaciones y modelos vigentes existen disposiciones detalladas que pueden servir de referencia.

Comentarios y preguntas

La Delegación del Japón dijo que aunque el objetivo de la protección de las ECT/EF es corregir las desigualdades en el desarrollo económico o garantizar el desarrollo sostenible de determinadas comunidades, proporcionando nuevos recursos económicos, aún no se ha demostrado que otorgar un derecho sobre las ECT/EF sea un método apropiado para alcanzar dicho objetivo. Asimismo, se preguntó cómo pueden distribuirse los beneficios, que comparten los usuarios de las ECT/EF, de manera adecuada entre todos los beneficiarios.

La Delegación de Zambia declaró que el artículo 4 tiene que ir precedido de un artículo en el que se estipulen los derechos. En el artículo 4 es necesario hacer hincapié en el hecho de que la protección no estará sujeta a formalidades, es decir, que no estará condicionada al registro. Esta cuestión, sin embargo, está tratada en gran medida en el artículo 7.

Sugerencias de redacción formuladas por los observadores

El Representante de la Federación Ibero-latinoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE) sugirió que, en relación con el artículo 4.2), las comunidades que viven en regiones fronterizas deberían seleccionar al “Organismo” mencionado en el artículo en el país en el que pasan más días al año.

ARTÍCULO 5:

EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

1. *Las medidas de protección de las ECT/EF deben:*
 - a) *evitar que a los miembros de [la comunidad] los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales*¹⁷² *de que se trate se les impongan restricciones o impedimentos para usar, transmitir, intercambiar y desarrollar las ECT/EF dentro del contexto tradicional y consuetudinario, y con arreglo a las leyes y prácticas consuetudinarias;*
 - b) *abarcar únicamente la utilización de las ECT/EF que tengan lugar fuera del contexto tradicional o consuetudinario, ya sea con o sin ánimo de lucro; y*
 - c) *no aplicarse a la utilización de las ECT/EF en los siguientes casos:*
 - i) *por medio de ilustración para enseñanza y aprendizaje;*
 - ii) *investigación no comercial o estudio privado;*
 - iii) *crítica o examen;*
 - iv) *transmisión de noticias o acontecimientos de actualidad;*
 - v) *utilización en procedimientos judiciales;*
 - vi) *registros y otras reproducciones de las ECT/EF para su inclusión en un archivo o inventario no público*¹⁷³ *con fines no comerciales de salvaguardia del patrimonio cultural; y*
 - vii) *utilización incidental.*

*en cada caso, siempre que la utilización de las ECT/EF sea compatible con las prácticas leales, reconozca a [la comunidad pertinente] los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales pertinentes*¹⁷⁴ *como fuente de las ECT/EF cuando sea viable y posible, y tal utilización no sea ofensiva para [esa comunidad] esos pueblos y comunidades indígenas, comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, en la medida en que las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore no se deformen, mutilen ni modifiquen de una manera que las perjudique o perjudique la reputación de la comunidad, los pueblos y las comunidades indígenas o la región a la que pertenecen*¹⁷⁵.

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

[Siguen los comentarios sobre el artículo 5]

¹⁷² Delegación de México.

¹⁷³ Delegación de Zambia.

¹⁷⁴ Delegación de México.

¹⁷⁵ Delegación de México.

COMENTARIOS

ARTÍCULO 5: EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

Antecedentes

Muchas partes interesadas han puesto de relieve que toda protección de propiedad intelectual de las ECT debe estar sujeta a determinadas limitaciones para no protegerlas de forma demasiado rígida. Se ha sugerido que una protección demasiado estricta puede frenar la creatividad, la libertad artística y los intercambios culturales, al igual que puede ser inviable en su aplicación, control y observancia.

Además, en la protección de las ECT/EF no debe impedirse que las comunidades utilicen, intercambien y transmitan entre ellas expresiones de su patrimonio cultural de forma tradicional y consuetudinaria, desarrollándolas mediante recreación e imitación continuas, tal como se ha subrayado.

En la disposición propuesta se presentan algunas excepciones y limitaciones que han de ser estudiadas:

- a) en el párrafo 1.a) se aplican objetivos y principios rectores generales relativos a la no interferencia con el uso y desarrollo constantes de las ECT/EF por las comunidades y al apoyo de su uso y desarrollo, mientras que en el párrafo 1.b) se afirma que estas disposiciones se aplican únicamente a usos *ex situ* de las ECT/EF, a saber, usos fuera del contexto consuetudinario o tradicional, ya sea con fines comerciales o no;
- b) en el párrafo 1.c) figuran excepciones basadas en las Disposiciones Tipo, de 1982, el Marco Regional para el Pacífico, de 2002, y las legislaciones sobre derecho de autor en general. Entre los comentarios más concretos, figuran los siguientes:
 - i) Las limitaciones y excepciones por fines educativos son comunes en las legislaciones sobre derecho de autor. Si bien éstas se limitan a veces a la enseñanza directa (como ocurre en el Marco Regional para el Pacífico, de 2002), también se han planteado para debatir limitaciones y excepciones especiales al derecho de autor y los derechos conexos para la enseñanza a distancia¹⁷⁶. Se utiliza el término “enseñanza y aprendizaje” para los presentes fines.
 - ii) En algunas legislaciones nacionales sobre derecho de autor se permiten y se prevén, sólo con fines no comerciales de salvaguardia, archivos públicos y bibliotecas para hacer reproducciones de obras y expresiones del folclore y mantenerlas a disposición del público¹⁷⁷. A este respecto, la OMPI está elaborando contratos apropiados, listas recapitulativas de propiedad intelectual y otras directrices y códigos de conducta para museos, archivos e inventarios de patrimonio cultural. Asimismo, se han planteado para debatir limitaciones concretas para bibliotecas y archivos en la legislación sobre derecho de autor en general¹⁷⁸.
 - iii) Sin embargo, puede que no todas las excepciones típicas del derecho de autor

¹⁷⁶ Véase la Propuesta de Chile (SCCR/12/3) sobre el tema *Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos*, debatida en la duodécima sesión del Comité Permanente de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR), noviembre de 2004.

¹⁷⁷ Un ejemplo es la Ley del Reino Unido de Derecho de Autor, Diseños Industriales y Patentes, de 1988, Anexo 2, párr. 14.1.

¹⁷⁸ Véase la Propuesta de Chile, más arriba.

sean apropiadas, ya que podrían menoscabar los intereses de la comunidad y los derechos consuetudinarios; por ejemplo, las excepciones a la utilización incidental, en las que se permite que una escultura u obra de artesanía artística expuesta con carácter permanente en un lugar público pueda ser reproducida en fotografías, dibujos y por otros medios sin autorización previa. Así pues, quedan excluidas las excepciones que resulten ofensivas.

Comentarios y preguntas

La Delegación de Zambia sugirió incluir los elementos de la prueba del criterio triple. El principio dominante es que ninguna de las excepciones sea perjudicial para la comunidad en cuestión o influya negativamente en sus intereses.

Sugerencias de redacción formuladas por los observadores

El Representante de la Federación Iberoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE) sugirió que, en el párrafo 1)c)vii), se elimine la palabra "incidental" o que, de mantenerse la palabra, se aplique a esos usos la prueba del criterio triple.

El Representante del Consejo Internacional de Museos (ICOM) sugirió que en el artículo 5.1)c) del segundo al último punto se añada lo siguiente: la preservación de los elementos culturales que resultan, directa o indirectamente, de los ECT/EF de los museos u otras instituciones culturales conexas sin ánimo de lucro. Dicha preservación debería tener como objetivo la conservación, el mantenimiento y la transmisión a la sociedad y la exhibición pública con fines educativos, de investigación y de deleite del patrimonio natural y cultural mundial, tangible e intangible, presente y futuro. La preservación antes mencionada y los objetivos deberían estar siempre sujetos a las normas que rigen el uso leal.

ARTÍCULO 6:

DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN

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

- a) *en lo que respecta a las ECT/EF citadas en el artículo 3.1), su protección en virtud de ese subartículo durará mientras permanezcan registradas o notificadas, tal como se menciona en el artículo 7; [y]¹⁷⁹*
- b) *en lo que respecta a las ECT/EF secretas, su protección como tal durará mientras permanezcan secretas; y¹⁸⁰*
- c) *la protección concedida a las ECT/EF contra toda deformación, mutilación u otra modificación o infracción realizadas con el propósito de perjudicarlas o perjudicar la reputación o la imagen de la comunidad, los pueblos y las comunidades indígenas o la región a la que pertenecen, durará indefinidamente.¹⁸¹*

[Siguen los comentarios sobre el artículo 6]

179 Delegación de México.

180 Delegación de México.

181 Delegación de México.

COMENTARIOS

ARTÍCULO 6: DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN

Antecedentes

Muchos pueblos indígenas y comunidades tradicionales desean una protección indefinida para al menos algunos aspectos de las expresiones de sus culturas tradicionales. Las peticiones de una protección indefinida están estrechamente relacionadas con las peticiones de una protección retroactiva (véase más abajo el artículo 9, titulado “Disposiciones transitorias”). Por otra parte, se suele considerar como esencial para el equilibrio en el sistema de propiedad intelectual que la duración de la protección no sea indefinida, de modo que las obras pasen a pertenecer en última instancia al “dominio público”.

En la disposición propuesta se pone un énfasis similar al de las marcas registradas en la utilización actual de las ECT, por lo que cuando la comunidad con una ECT característica deja de utilizar dicha ECT o deja de ser una entidad distinta (similar al abandono de una marca o a una marca que pasa a ser genérica), se acaba la protección de las ECT. Este enfoque se basa en la esencia misma de la materia protegida; cabe recordar que la esencia de las ECT/EF es que son características e identificativas de una comunidad (véase más arriba). Cuando la ECT deja de ser estas dos cosas, deja de ser por definición una ECT y, por consiguiente, se acaba la protección.

Además de este principio general, se elabora una disposición concreta para la duración de la protección en dos categorías, a saber, las ECT/EF que están registradas o notificadas y las ECT/EF que son secretas, no divulgadas o confidenciales.

Comentarios y preguntas

La Delegación del Japón señaló que, si con la protección de las ECT/EF se pretende ofrecer un incentivo para la creación de nuevas expresiones, lo cual podría conducir a un desarrollo cultural o industrial de terceras partes a través de la utilización de la materia protegida en cuestión, la protección indefinida de las ECT/EF resulta inapropiada si se quiere tener en cuenta el equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los del público.

Sugerencias de redacción formuladas por los observadores

El Representante de la Federación Ibero-latinoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE) dijo que el apartado b) podría plantear ambigüedades y por ello convendría añadir que las normas jurídicas aplicables a todas las otras formas de ECT/EF también deben aplicarse a las ECT/EF secretas, cuando dejen de serlo.

ARTÍCULO 7:

FORMALIDADES

1. *Como principio general, la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore no estará sujeta a ninguna formalidad. Las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore mencionadas en el artículo 1 están protegidas desde el momento de su creación.*
2. *En las medidas de protección de determinadas expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore [de valor cultural o espiritual o importancia singulares y para las que se solicita un nivel de protección, tal como se prevé]¹⁸² previstas en el artículo 3.1), se debe exigir que dichas expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore sean notificadas o registradas ante una [oficina u organización nacional competente] autoridad¹⁸³ [nacional]¹⁸⁴ designada por [la comunidad pertinente] los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales pertinentes¹⁸⁵, por [el Organismo mencionado en el artículo 4] la autoridad [nacional]¹⁸⁶ designada o por un tercero¹⁸⁷ que actúa a petición de la comunidad y en nombre de ella.*
 - a) *En la medida en que dicho registro o notificación implique el registro u otra fijación de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de que se trate, todo derecho de propiedad intelectual sobre dicho registro o fijación debe conferirse o concederse a [la comunidad pertinente] los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales pertinentes¹⁸⁸.*
 - b) *La información sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore y las representaciones de las mismas que se hayan registrado o notificado deben hacerse accesibles al público al menos en la medida necesaria para brindar transparencia y seguridad a terceros en cuanto a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore que están protegidas y en beneficio de quién.*
 - c) *Dicho registro o notificación es declaratorio y no crea derechos. Sin perjuicio de ello, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos que en ella consten, a no ser que se demuestre lo contrario. Ninguna inscripción como tal afecta a los derechos de terceros.*

182

Delegación de México.

183

Delegación de México.

184

Delegación de los Estados Unidos. Véase nota a pie de página 130.

185

Delegación de México.

186

Delegación de los Estados Unidos. Véase nota a pie de página 130.

187

Delegación de México.

188

Delegación de México.

- d) *La [oficina u organización] autoridad¹⁸⁹ [nacional]¹⁹⁰ designada que reciba dichos registros o notificaciones [debe]deberá¹⁹¹ resolver toda duda [o conflicto] que se plantee y colaborar en la solución de conflictos¹⁹² en relación con [las comunidades] los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales¹⁹³, incluidas aquellas en más de un país, que deben tener derecho al registro o notificación o deben ser las beneficiarias de la protección, tal como se menciona en el artículo 2, valiéndose para ello, en la medida de lo posible, de leyes, sistemas normativos¹⁹⁴ y procesos consuetudinarios, mecanismos alternativos de solución de controversias y recursos culturales existentes, tales como los inventarios de patrimonio cultural.*

[Siguen los comentarios sobre el artículo 7]

¹⁸⁹ Delegación de México.

¹⁹⁰ Delegación de los Estados Unidos. Véase nota a pie de página 130.

¹⁹¹ Delegación de México.

¹⁹² Delegación de México.

¹⁹³ Delegación de México.

¹⁹⁴ Delegación de México. La Delegación explicó que los “sistemas normativos” abarcan los conocimientos desarrollados y preservados en el seno de grupos específicos de pueblos y comunidades indígenas, y transmitidos oralmente de generación y generación. Por lo tanto, los sistemas normativos indígenas forman parte del mismo origen cultural que corresponde a la medicina tradicional, las artes y la artesanía, los mitos sobre la creación y la relación de intercambio, entre las comunidades y con la naturaleza. En ese contexto, los sistemas normativos internos constituyen CC.TT. de los pueblos indígenas, que deberían gozar del derecho de utilizarlos para resolver cualquier controversia que se plantee en la esfera interna.

COMENTARIOS

ARTÍCULO 7: FORMALIDADES

Antecedentes

Se ha sugerido que la adquisición y el mantenimiento de la protección deberían ser viables en la práctica, especialmente desde el punto de vista de las comunidades tradicionales, y no generar cargas administrativas excesivas ni para los titulares de derechos ni para los administradores. Igualmente importante es la necesidad expresada por varias partes interesadas, tales como investigadores externos y otros usuarios de ECT/EF, de seguridad y transparencia en sus relaciones con las comunidades.

Una posibilidad clave es si se debe prever o no protección automática o algún tipo de registro específico:

- a) una primera posibilidad consistiría en exigir alguna forma de registro, posiblemente sujeto a un examen formal o sustantivo. Un sistema de registro podría tener una función meramente declaratoria, en cuyo caso se utilizaría la prueba de registro para confirmar una reivindicación de titularidad, o generaría derechos. Alguna forma de registro ofrecería precisión, transparencia y seguridad respecto de las ECT que están protegidas y en beneficio de quién;
- b) una segunda posibilidad sería exigir la protección automática sin necesidad de cumplir formalidades, para que la protección esté disponible a partir del momento en que se cree la ECT, de forma parecida al derecho de autor.

En la disposición propuesta se combinan ambos enfoques.

En primer lugar, en el párrafo 1) se propone como principio general que deben protegerse las ECT/EF sin necesidad de cumplir formalidades, siguiendo los principios del derecho de autor y en un intento por facilitar todo lo posible el acceso a la protección.

En segundo lugar, se propone, en cambio, alguna forma de registro o notificación para las ECT/EF que, en virtud del artículo 3.1), reciben la protección más sólida:

- i) el registro o notificación es únicamente optativo, además de una cuestión que han de resolver las comunidades pertinentes. El registro o notificación no es, pues, obligatorio; la protección permanece disponible en virtud del artículo 3.2) para las ECT/EF no registradas. No hay necesidad de registrar o notificar las ECT/EF secretas, ya que las ECT/EF secretas están protegidas por separado en virtud del artículo 3.3). Esta opción de registro se aplica únicamente a los casos en los que las comunidades deseen obtener, con consentimiento fundamentado previo y estricto, protección para las ECT/EF que ya se conocen y que están a disposición del público;
- ii) la disposición se basa en gran medida en los sistemas de registro del derecho de autor existentes, la Base de datos de emblemas de tribus nativas americanas de los Estados Unidos de América, la Ley de Panamá, de 2000, la Decisión 351 de la Comunidad Andina y la Ley del Perú, de 2002 (véase en general el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 y documentos anteriores para más información sobre estas leyes);
- iii) una organización regional podría perfectamente administrar dicho sistema de registro o notificación. La ARIPO y la OAPI han puesto de relieve, por ejemplo, la función que desempeñan las organizaciones regionales en esta esfera. Si bien estas disposiciones podrían tener una aplicación inicial en el ámbito nacional, implicando así el uso de registros u otros sistemas de notificación nacionales, finalmente alguna forma de registro regional e internacional podría

formar parte de posibles sistemas de protección regionales e internacionales. Dicho sistema internacional de notificación/registro podría basarse quizás en sistemas existentes, tales como el artículo 6^{ter} del Convenio de París o el sistema de registro previsto en el artículo 5 del Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional, de 1958;

- iv) se sugiere que la oficina u organización en la que se realicen dichos registros o notificaciones, y en la que se trate de resolver conflictos, no sea la misma que el Organismo mencionado en el artículo 4;
- v) queda claro que sólo es la comunidad que reivindica la protección de una ECT/EF particular la que puede registrar o notificar la ECT/EF, o en los casos en los que la comunidad no pueda hacerlo, lo hará el Organismo mencionado en el artículo 4 que actúa a petición de la comunidad y por sus intereses;
- vi) en lo que respecta a la solución de controversias entre comunidades, incluidas las comunidades de más de un país, en el proyecto de artículo se sugiere que la oficina u organización de registro se valga, en la medida de lo posible, de leyes y procesos consuetudinarios y mecanismos alternativos de solución de controversias. Todo esto se propone para lograr, en la medida de lo posible, los objetivos y principios relativos al derecho consuetudinario y a la prevención de conflictos entre comunidades. En cuanto al hecho de tener en cuenta los recursos culturales existentes, la oficina u organización también podría remitirse a inventarios, listas y recopilaciones de patrimonio cultural, como los creados en el marco de la Convención Internacional de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, de 2003. En líneas más generales, podría haber algunas posibilidades de desarrollar sinergias entre inventarios ya creados o que se están creando con el fin de preservar el patrimonio cultural (como están obligados a hacer los Estados contratantes de la citada Convención de la UNESCO) y el tipo de registros o sistemas de notificación que se proponen aquí. Es más, podrían elaborarse medidas para garantizar que los inventarios, listas y recopilaciones de patrimonio cultural consoliden, respalden y faciliten la aplicación de disposiciones *sui generis* para la protección de las ECT/EF (y de los CC.TT.)¹⁹⁵. La OMPI está trabajando con partes interesadas pertinentes en el estudio minucioso de estas cuestiones;
- vii) sin embargo, para que la disposición no sea demasiado normativa, otras cuestiones relativas a la aplicación podrían delegarse a las legislaciones regionales y nacionales. Las disposiciones habilitantes de leyes, reglamentos o medidas administrativas pueden brindar orientación en cuestiones tales como:
 - a) la forma en que deben realizarse las solicitudes de notificación o registro;
 - b) la medida en la que la oficina de registro examina las solicitudes y los fines con los que las examina;
 - c) las medidas para garantizar que el registro o notificación de las ECT/EF sea accesible y asequible;
 - d) el acceso público a la información relativa a las ECT/EF que se han registrado o notificado;
 - e) los recursos contra el registro o notificación de las ECT/EF;
 - f) la solución por la oficina de registro de controversias relativas a la comunidad o comunidades que deben tener derecho a beneficiarse de la protección concedida a una ECT/EF, incluidas las reivindicaciones de comunidades de más de un país, y g) el efecto jurídico de la notificación o registro.

¹⁹⁵

Véase la Reunión de Expertos de la UNESCO sobre cómo hacer inventario del patrimonio cultural inmaterial, 17 y 18 de marzo de 2005.

Registro, fijación y catalogación de las ECT/EF

En documentos y publicaciones anteriores, se ha hablado largo y tendido de la función de la catalogación, registro y fijación de las ECT/EF y su relación con la protección por propiedad intelectual.¹⁹⁶ En resumen, en debates anteriores se han identificado algunas preocupaciones de propiedad intelectual en relación con las iniciativas de catalogación. Por ejemplo, el derecho de autor y los derechos conexos sobre la catalogación, registros y fijaciones casi nunca se otorgarían a las comunidades mismas, sino a aquellos que realicen la catalogación, registro o fijación. En segundo lugar, la catalogación y registro de las ECT/EF, particularmente si se ponen a disposición en formato digital, facilita su acceso y su disponibilidad, lo cual podría menoscabar los esfuerzos de las comunidades por protegerlas. Por estas razones, en el artículo propuesto se estipula que todo derecho de propiedad intelectual sobre los registros realizados específicamente con fines de registro debe otorgarse a las comunidades pertinentes. De hecho, la fijación en soporte material de ECT/EF que de otro modo no serían susceptibles de protección genera nuevos derechos de propiedad intelectual sobre la fijación y estos derechos de propiedad intelectual pueden utilizarse indirectamente para proteger las ECT/EF en sí mismas (se ha aplicado esta estrategia para proteger, por ejemplo, el arte rupestre antiguo).¹⁹⁷ Además, está claro que el registro y catalogación de las ECT/EF constituye un elemento valioso, si no fundamental, de los programas relativos a la salvaguardia del patrimonio cultural. La OMPI sigue desarrollando la labor relacionada con los aspectos e implicaciones de propiedad intelectual del registro y catalogación de las ECT/EF en colaboración con otras partes interesadas. En la Declaración de Mataatua sobre derechos culturales y de propiedad intelectual de los pueblos indígenas, de 1993, se insta a los pueblos indígenas, entre otras cosas, a “elaborar un código ético que habrán de cumplir los usuarios externos cuando registren (en soporte visual, sonoro o escrito) sus conocimientos tradicionales y consuetudinarios”.¹⁹⁸

Comentarios y preguntas

Relación con las “características” de las ECT

La Delegación de la República de Corea opinó que deberían preverse formalidades, en particular, al examinar las características de las ECT. Por ejemplo, podrían plantearse dificultades para determinar en qué momento se produjo la creación original de una ECT y en qué momento se reconoció o autorizó como tal. Puede existir una brecha entre esos dos momentos, abriendo la puerta a la cuestión de la protección retroactiva de las ECT. Por ello, la protección de las ECT desde el momento de su creación original, sin imponer formalidad alguna, podría causar confusión tanto a los titulares de los derechos como a los usuarios de ECT.

La Delegación del Japón dijo que, desde la perspectiva de previsibilidad para los usuarios, habría que definir de manera más clara las ECT/EF y quiénes son los beneficiarios, especialmente si, independientemente de las formalidades, se quieren proteger las ECT/EF.

Relación con los “beneficiarios”

La Delegación de Zambia dijo que el artículo 7 refleja adecuadamente su propio proyecto de ley, salvo por la circunstancia de que se da por supuesto que las ECT estarán siempre en manos de una comunidad. En el artículo 7.2)a), por ejemplo, no se prevé la atribución a una entidad distinta de una comunidad.

¹⁹⁶ Véanse, por ejemplo, los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 y WIPO/GRTKF/IC/7/3.

¹⁹⁷ Véase, por ejemplo, Janke, ‘Unauthorized Reproduction of Rock Art’ en Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions, OMPI, 2003.

¹⁹⁸ Artículo 1.3.

ARTÍCULO 8:

SANCIONES, RECURSOS Y EJERCICIO DE DERECHOS

1. *Para los casos de quebrantamiento de la protección concedida a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, [se deberían establecer] deberán establecerse¹⁹⁹ mecanismos de observancia y solución de controversias, así como medidas en frontera, sanciones y recursos, incluidos los recursos del ámbito penal y civil, accesibles, apropiados y adecuados.*
2. *[El Organismo mencionado] La autoridad²⁰⁰ [nacional]²⁰¹ designada mencionada en el artículo 4 estará [encargado] encargada, entre otras cosas, de asesorar y asistir a [las comunidades] los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales²⁰² en cuestiones relacionadas con la observancia de los derechos, y de iniciar procedimientos civiles, penales y administrativos en su nombre cuando resulte apropiado y cuando éstas lo soliciten.*

[Siguen los comentarios sobre el artículo 8]

199 Delegación de México.

200 Delegación de México.

201 Delegación de los Estados Unidos de América. Véase nota a pie de página 130.

202 Delegación de México.

COMENTARIOS

ARTÍCULO 8: SANCIONES, RECURSOS Y EJERCICIO DE DERECHOS

Antecedentes

Esta disposición guarda relación con las sanciones y recursos civiles y penales que se pondrían a disposición en caso de vulneración de los derechos.

En las comunidades y en otras instancias se ha señalado que los recursos previstos en la legislación vigente no siempre son apropiados para disuadir el uso ilegal de las obras protegidas por derecho de autor de los artistas indígenas, y no siempre prevén una compensación por daños y perjuicios equivalente al daño cultural y no económico ocasionado por la infracción. También se ha hecho referencia a la conveniencia de establecer mecanismos alternativos de solución de controversias en este ámbito.

Los Estados miembros han subrayado la necesidad de una orientación apropiada y de experiencias prácticas con sanciones, recursos y observancia.

Comentarios y preguntas

La Delegación de Zambia dijo que considera adecuadas las sanciones. Sin embargo, existe la necesidad de formular el artículo de manera que se demuestre que se trata de normas mínimas y obligatorias. El Organismo también podría tener el mandato de resolver controversias entre las comunidades, aplicar normas consuetudinarias, fuentes de información locales y medios extrajudiciales en la solución de controversias.

ARTÍCULO 9:

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

1. *Estas disposiciones se aplican a todas las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore que, en el momento de la entrada en vigor de las disposiciones, satisfagan los criterios previstos en el artículo 1.*
2. *Todo acto que aún perdure de una expresión cultural tradicional/expresión del folclore, que haya comenzado antes de la entrada en vigor de estas disposiciones y que no estaría permitido o, si no, estaría reglamentado por las disposiciones, deberá ser puesto en conformidad con las disposiciones en un plazo razonable tras su entrada en vigor, y con sujeción a que se respeten los derechos adquiridos anteriormente por terceros.*

[Siguen los comentarios sobre el artículo 9]

COMENTARIOS

ARTÍCULO 9: DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Antecedentes

Esta disposición guarda relación con el hecho de si la protección debe funcionar de forma retroactiva o prospectiva, y en particular con la manera en la que deben abordarse los usos de las ECT/EF que aún perduren en el momento de la entrada en vigor de las disposiciones y que hayan comenzado legalmente antes de esa ocasión.

Como han subrayado muchos participantes en el Comité, esta cuestión tiene que ver directamente con la noción del “dominio público”. En documentos anteriores se ha señalado que “a fin de crear un marco de políticas apropiado para la protección de las ECT por P.I., es fundamental que exista un conocimiento más claro del papel, el perfil y las limitaciones del dominio público”²⁰³. Los participantes en el Comité han declarado que el dominio público no era un concepto reconocido por los pueblos indígenas y/o que, como nunca se habían protegido las expresiones del folclore propiamente dichas en el marco de la propiedad intelectual, no se podía decir que éstas hubieran pasado a pertenecer al “dominio público”. En palabras de las Tribus Tulalip: “Esto explica que, por lo general, los pueblos indígenas hayan solicitado que se protejan los conocimientos que el sistema occidental considera que se hallan en el *dominio público*, ya que los pueblos indígenas consideran que estos conocimientos han sido, son y continuarán siendo reglamentados por el derecho consuetudinario. Las ECT no se encuentran en el *dominio público* debido a que los pueblos indígenas hayan omitido tomar las medidas necesarias para proteger los conocimientos en el sistema de propiedad intelectual occidental, sino a causa del fracaso de los gobiernos y los ciudadanos en reconocer y respetar el derecho consuetudinario que reglamenta su utilización”.²⁰⁴

Varias opciones son evidentes en las legislaciones vigentes:

- i) la retroactividad de la ley, que significa que todas las utilizaciones anteriores, actuales y nuevas de las ECT estarán sujetas a la autorización prevista en la nueva norma o reglamento;
- ii) la no retroactividad, que significa que únicamente se aplicará la norma o el reglamento a las nuevas utilizaciones que no hayan comenzado antes de su entrada en vigor; y
- iii) una solución intermedia, en virtud de la cual las utilizaciones que estén sujetas a autorización conforme a la nueva norma o reglamento, pero hayan comenzado sin autorización antes de su entrada en vigor, deberán finalizar dentro de cierto plazo (si mientras tanto el interesado no obtiene la autorización correspondiente, tal como se exige).

En los sistemas y modelos *sui generis* vigentes ni se aborda la cuestión ni se prevé únicamente la función prospectiva. Sin embargo, en el Marco Regional para el Pacífico, de 2002, se opta en general por la solución intermedia descrita anteriormente.

Esta solución intermedia es el enfoque del proyecto de disposición. Se basa, en particular, en el Marco Regional para el Pacífico, de 2002, así como en el texto extraído del artículo 18 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1971.

²⁰³ Véanse, por ejemplo, el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3 y los documentos posteriores.

²⁰⁴ Declaración en la quinta sesión del Comité, también disponible en <http://www.wipo.int/tk/en/igc/ngopapers.html>

ARTÍCULO 10:

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

La protección concedida a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de conformidad con estas disposiciones no sustituirá (más bien complementará) a la protección aplicable a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore y a las [obras derivadas] [adaptaciones]²⁰⁵ de las mismas en virtud de otras disposiciones de propiedad intelectual, leyes y programas sobre salvaguardia, preservación y promoción del patrimonio cultural, y otras medidas jurídicas y no jurídicas disponibles para la protección y preservación de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore.

[Siguen los comentarios sobre el artículo 10]

²⁰⁵

Delegación de los Estados Unidos de America. Véase la nota a pie de página 10.

COMENTARIOS

ARTÍCULO 10: RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN POR PROPIEDAD INTELECTUAL Y OTRAS FORMAS DE PROTECCIÓN, PRESERVACIÓN Y PROMOCIÓN

Antecedentes

Relación con la legislación en materia de propiedad intelectual

Estas disposiciones tienen por objeto brindar a las ECT/EF formas de protección que no existen actualmente en el marco de la legislación vigente y convencional en materia de propiedad intelectual.

Se ha debatido anteriormente que toda protección especial concedida a las ECT/EF debería coincidir con la adquisición de protección por propiedad intelectual que también podría estar disponible en el marco de la legislación en materia de propiedad intelectual. En debates anteriores se había recordado que algunas de las necesidades y preocupaciones de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y otras comunidades culturales y sus miembros, si no todas, pueden ser atendidas mediante soluciones que ya existen en los sistemas vigentes de propiedad intelectual, en algunos casos, mediante la extensión o adaptación de esos sistemas. Por ejemplo:

- a) mediante la legislación sobre derecho de autor y diseños industriales pueden protegerse las adaptaciones y las interpretaciones o ejecuciones contemporáneas de material preexistente, aunque estén realizadas en un contexto tradicional;
- b) mediante el derecho de autor pueden protegerse las obras no publicadas de autor desconocido;
- c) el *droit de suite* (derecho de reventa) del derecho de autor permite a los autores de las obras de arte beneficiarse económicamente de las ventas sucesivas de sus obras;
- d) las interpretaciones o ejecuciones de “expresiones del folclore” pueden protegerse en virtud del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), de 1996;
- e) los signos, símbolos y otras marcas tradicionales pueden registrarse como marcas;
- f) los nombres geográficos y las denominaciones de origen tradicionales pueden ser registrados como indicaciones geográficas; y
- g) el carácter distintivo y la buena reputación asociada a algunos productos o servicios tradicionales pueden protegerse de la atribución engañosa mediante la legislación sobre competencia desleal y/o la utilización de marcas de certificación y marcas colectivas.

Relación con las medidas no relacionadas con la propiedad intelectual

También se ha debatido ampliamente que para lograr una protección amplia podrá ser necesario aplicar una serie de elementos del ámbito de la propiedad privada y ajenos a ella; ello incluye algunos que no guarden relación con la propiedad intelectual. Entre los enfoques ajenos a la propiedad intelectual que pueden resultar pertinentes y útiles, figuran las prácticas comerciales y las normas sobre comercialización; las leyes sobre el derecho a la intimidad y el derecho a la imagen; las disposiciones sobre difamación; los contratos y licencias; los registros, inventarios y bases de datos del patrimonio cultural; las normas y protocolos consuetudinarios e indígenas; las leyes y programas sobre preservación y promoción del patrimonio cultural; y los programas de promoción y desarrollo de la artesanía. En particular, tal como han sugerido algunos participantes en el Comité, se podrían seguir estudiando las posibilidades de establecer sinergias entre la Convención Internacional de la UNESCO para la

Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, de 2003, y estas disposiciones.

Las disposiciones propuestas no están destinadas a sustituir la necesidad de tales medidas y programas no relacionados con la propiedad intelectual. Las medidas y enfoques relacionados con la propiedad intelectual y los ajenos a ésta no se excluyen mutuamente, sino que cada medida o enfoque, junto con los demás, desempeña una función en un enfoque amplio de la protección.

Las disposiciones tienen por objeto ser complementarias de las leyes y medidas para la preservación y salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial. En algunos casos, podrían emplearse las medidas, instituciones y programas de patrimonio cultural existentes en apoyo de estos principios, evitando así redoblar esfuerzos y recursos de forma innecesaria. Las modalidades y enfoques que se adopten dependerán también de la naturaleza de las ECT que se quieran proteger, y de los objetivos políticos que se procuren fomentar con la protección.

ARTÍCULO 11:

PROTECCIÓN REGIONAL E INTERNACIONAL

Los derechos y beneficios derivados de la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore en virtud de las medidas o legislaciones nacionales que hagan efectivas estas disposiciones internacionales estarán al alcance de todos los beneficiarios que cumplan las condiciones pertinentes y sean nacionales o residentes [habituales]²⁰⁶ de un país prescrito, tal como definen las obligaciones o compromisos internacionales. Los beneficiarios extranjeros facultados para ello gozarán de los mismos derechos y beneficios que los beneficiarios que sean nacionales del país de la protección, así como de los derechos y beneficios específicamente concedidos por estas disposiciones internacionales.

[Siguen los comentarios sobre el artículo 11]

COMENTARIOS

ARTÍCULO 11: PROTECCIÓN REGIONAL E INTERNACIONAL

Antecedentes

Esta disposición guarda relación con la cuestión técnica de cómo los derechos e intereses de los titulares extranjeros de derechos sobre ECT/EF estarían reconocidos en las legislaciones nacionales. En otras palabras, la cuestión sería en qué condiciones y circunstancias los titulares extranjeros de derechos tendrían acceso a los sistemas nacionales de protección, y qué nivel de protección estaría disponible en beneficio de los titulares extranjeros de derechos. Esta cuestión se debate más ampliamente en el documento correlativo WIPO/GRTKF/IC/8/6. A los efectos del análisis actual, y *simplemente como punto de partida para el debate*, se incluye como base para el estudio y análisis una disposición basada, por lo general, en el trato nacional, tal como se contempla en el artículo 5 del Convenio de Berna.

En líneas generales, pero en ningún caso de forma exclusiva, la cuestión de cómo los derechos e intereses de los titulares extranjeros de derechos sobre ECT/EF estarían reconocidos en las legislaciones nacionales ha sido resuelta en propiedad intelectual mediante la referencia al principio de “trato nacional”, si bien este principio puede estar sujeto a algunas excepciones y limitaciones importantes. El trato nacional puede definirse como la concesión de la misma protección a los titulares extranjeros de derechos que a los titulares autóctonos, o *al menos* la misma forma de protección. Por ejemplo:

- a) En el Convenio de Berna (artículo 5) se dispone que “1) los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio”, y que “la protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional. Sin embargo, aun cuando el autor no sea nacional del país de origen de la obra protegida por el presente Convenio, tendrá en ese país los mismos derechos que los autores nacionales”;
- b) En la Convención de Roma, de 1961, por lo que se refiere a los artistas intérpretes o ejecutantes, se dispone lo siguiente: “A los efectos de la presente Convención se entenderá por « mismo trato que a los nacionales » el que conceda el Estado Contratante en que se pida la protección, en virtud de su derecho interno: a) a los artistas intérpretes o ejecutantes que sean nacionales de dicho Estado, con respecto a las interpretaciones o ejecuciones realizadas, fijadas por primera vez o radiodifundidas en su territorio;... El « mismo trato que a los nacionales » estará sujeto a la protección expresamente concedida y a las limitaciones concretamente previstas en la presente Convención” (artículo 2), y
- c) En el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), de 1996, se estipula lo siguiente: “Cada Parte Contratante concederá a los nacionales de otras Partes Contratantes, tal como se definió en el artículo 3.2), el trato que concede a sus propios nacionales respecto de los derechos exclusivos concedidos específicamente en el presente Tratado, y del derecho a una remuneración equitativa previsto en el artículo 15 del presente Tratado”.

En lugar del trato nacional o en lugar de complementarlo, se han utilizado otros mecanismos jurídicos internacionales para reconocer los derechos de propiedad intelectual de los nacionales de cualquier país. En virtud del principio de “reciprocidad” (o reconocimiento recíproco), un país concederá protección a los nacionales de otro país si este segundo país concede a su vez protección a los nacionales del primero; tanto la duración como las características de la protección quedan también determinadas por el mismo principio. De acuerdo con un enfoque de “reconocimiento mutuo”, un derecho reconocido en un país será reconocido en otro país en virtud de un acuerdo alcanzado entre ambos países. Otro mecanismo conexo para facilitar el acceso a un sistema nacional es la “asimilación” a una nacionalidad que cumpla las condiciones

pertinentes en virtud de la residencia. Por ejemplo, en el Convenio de Berna (artículo 3.2)) se dispone que los autores no nacionales de alguno de los países de la Unión [de Berna], pero que tengan su residencia habitual en alguno de ellos están asimilados a los nacionales de dicho país en lo que se refiere a la aplicación del Convenio.

Asimismo, puede aplicarse al reconocimiento de los derechos de titulares extranjeros el principio de la “nación más favorecida”. En el Acuerdo sobre los ADPIC se dispone (salvo excepciones) que: “Con respecto a la protección de la propiedad intelectual, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un Miembro [de la OMC] a los nacionales de cualquier otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás Miembros”.

Si bien el enfoque de trato nacional, a la luz de la experiencia precedente y anterior en el ámbito de la propiedad intelectual, parecería ser un punto de partida apropiado, de la naturaleza misma de las ECT/EF, y de las formas de protección *sui generis* que exigen muchos participantes en el Comité, se deduce que el trato nacional debe ser complementado por determinadas excepciones y limitaciones u otros principios, tales como el reconocimiento mutuo, la reciprocidad y la asimilación, especialmente cuando esto guarda relación con la condición jurídica y las leyes consuetudinarias de los beneficiarios de la protección. Por ejemplo, en el artículo 2 de las disposiciones propuestas más arriba se estipula que los beneficiarios de la protección son las comunidades en las que “se confía la custodia, el cuidado y la salvaguardia de las ECT/EF de conformidad con las leyes y prácticas consuetudinarias de esas comunidades”. Desde el concepto de trato nacional en sentido estricto, un tribunal extranjero en el país de la protección recurriría a las propias leyes del país en cuestión, incluidas sus propias leyes consuetudinarias, para determinar si una comunidad extranjera se considera como beneficiaria. Puede que esto no aborde satisfactoriamente la situación desde el punto de vista de la comunidad que, con toda razón, pediría que se aplicaran sus propias leyes consuetudinarias. En virtud de los principios de reconocimiento mutuo y asimilación, un tribunal extranjero en el país de la protección podría aceptar que una comunidad del país de origen de las ECT/EF tiene capacidad jurídica para emprender acciones en el país A como beneficiaria de la protección porque tiene dicha capacidad jurídica en el país de origen. Así pues, si bien el trato nacional puede resultar apropiado como regla general, es posible que el reconocimiento mutuo, por ejemplo, sea el principio adecuado para abordar cuestiones como la capacidad jurídica.

Sin embargo, la protección de los titulares extranjeros de derechos sobre las ECT/EF es una cuestión compleja, tal como han señalado los participantes en el Comité. La Delegación de Egipto, por ejemplo, declaró en la séptima sesión lo siguiente: “... las ECT/EF solían formar parte del patrimonio cultural compartido de los países. Su protección regional e internacional era, pues, una cuestión compleja y, por ello, era necesario ser muy prudentes. Los países tendrán que celebrar consultas entre sí antes de adoptar cualquier medida jurídica a este respecto.”²⁰⁷ Marruecos, por su parte, subrayó la necesidad de “celebrar consultas más amplias que impliquen a todas las partes interesadas antes de crear mecanismos jurídicos de protección”.²⁰⁸ Dada esta complejidad, en los debates del Comité se ha facilitado, pues, algo de orientación concreta sobre esta cuestión técnica, ya que en las legislaciones nacionales *sui generis* vigentes en materia de ECT o bien no se protege en absoluto a los titulares extranjeros de derechos, o bien figura una combinación de enfoques.

Por consiguiente, a los efectos del análisis actual, se propone como base para el estudio y análisis una disposición basada, por lo general, en el trato nacional, tal como se contempla en el artículo 5 del Convenio de Berna.

²⁰⁷

Documento WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., párr. 69.

²⁰⁸

Documento WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., párr. 85.

En nuevos proyectos de estas disposiciones se podría, según los deseos del Comité, estudiar más a fondo los tipos de disposiciones técnicas contemplados en instrumentos internacionales, tales como las disposiciones relativas a los criterios de vinculación, la asimilación, la protección en el país de origen y la protección independiente. En esos nuevos proyectos también se podría seguir abordando la cuestión del "folclore regional" y la relación práctica entre la dimensión internacional y el registro/notificación propuesto de las ECT/EF (véanse los artículos 3)a) y 7 más arriba). Como se ha declarado en los comentarios sobre esos artículos, éstos hacen referencia a los registros nacionales, pero con el tiempo podría preverse alguna forma de registros regionales y/o internacionales, basándose, por ejemplo, en el artículo 6^{ter} del Convenio de París o en el sistema de registro previsto en el artículo 5 del Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional, de 1958.

COMENTARIOS GENERALES

La Delegación de Alemania opinó que la labor futura del Comité no debería basarse únicamente en el documento de trabajo WIPO/GRTKF/IC/9/4 (cuya versión revisada es el documento WIPO/GRTKF/IC/16/4). Antes bien, los debates deberían basarse en la totalidad de la labor realizada por el Comité, sin excluir ningún documento en particular. Asimismo, debería hacerse referencia, por ejemplo, al proyecto de análisis de las carencias, documento WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev., pues contiene información valiosa sobre las características generales de la ECT. Cualquier debate sobre cuestiones de prioridad secundaria debería basarse en el entendimiento común original existente en el Comité acerca del objetivo de la protección de las ECT. Por lo tanto, la Delegación solicitó aclaraciones acerca del objetivo y la materia de protección expuestos en el artículo 1 y se reservó el derecho de formular observaciones adicionales sobre otras disposiciones de fondo una vez que se haya aclarado suficientemente esa cuestión. Sin embargo, ello no supone que la delegación acepte las disposiciones de fondo contenidas en el Anexo del presente documento como única base para futuros debates.

La Delegación de Suiza opinó que las tres cuestiones de fondo deberían tratarse en pie de igualdad; en consecuencia, las tres cuestiones deberían tratarse en cada una de las sesiones del Comité, dedicándoles un nivel equivalente de atención y de tiempo. El mandato renovado hace referencia al documento de trabajo WIPO/GRTKF/IC/9/4 en su totalidad; por lo tanto, durante las negociaciones futuras, el Comité debería examinar no sólo la parte 3, sino también las partes 1 y 2 del Anexo de ese documento. La Delegación dijo que desea aclarar que la ausencia de corchetes en el documento revisado WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov. no indica que exista consenso en el Comité acerca de ninguna de las partes del texto que figura en él.

La Delegación del Japón sugirió que, al debatir las disposiciones substantivas, se respeten y se reflejen debidamente en la redacción de cada artículo los principios rectores generales de flexibilidad y exhaustividad.

[Fin del Anexo y del documento]