

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/8/4

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 8 de abril de 2005

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

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

**Octava sesión
Ginebra, 6 a 10 de junio de 2005**

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

OBJETIVOS Y PRINCIPIOS REVISADOS

Documento preparado por la Secretaría

ÍNDICE

- I. RESUMEN
- II. ANTECEDENTES
- III. ETAPA DE FORMULACIÓN DE OBSERVACIONES Y REVISIÓN
- IV. INTRODUCCIÓN AL PROYECTO REVISADO DE DISPOSICIONES
- V. NUEVAS CONSULTAS

ANEXO:

PROYECTO REVISADO DE DISPOSICIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS
EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES/EXPRESIONES DEL
FOLCLORE: OBJETIVOS POLÍTICOS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

I. Objetivos políticos y observaciones

II. Principios rectores y observaciones

III. Disposiciones sustantivas y observaciones

I. RESUMEN

1. El Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (“el Comité”) está examinando actualmente el proyecto de disposiciones que abarca los objetivos políticos y principios fundamentales de la protección de las expresiones culturales tradicionales (ECT)/expresiones del folclore (EF). En el Anexo del presente documento figura una versión revisada del proyecto de disposiciones para que el Comité siga examinándolo. Se ha revisado el proyecto de conformidad con la etapa de formulación de observaciones y revisión establecida por el Comité en su séptima sesión.
2. En el proyecto de disposiciones se trata de reflejar la esencia de la labor del Comité en materia de protección de las ECT/EF desde 2001, las diversas consultas celebradas por la OMPI con las comunidades interesadas antes de la creación del Comité y las anteriores consultas sobre la protección del folclore y la elaboración de normas al respecto que se remontan a unos cuatro decenios. Las disposiciones se basan en las declaraciones, observaciones y propuestas formuladas por los participantes en el Comité, así como en las estrategias regionales y nacionales descritas y debatidas en las sesiones del Comité en lo que respecta a la protección de las ECT/EF. El proyecto más reciente se rige en particular por las observaciones y las propuestas específicas de redacción hechas en la séptima sesión del Comité y en la etapa posterior de formulación de comentarios y revisión.
3. En el proyecto de disposiciones se exponen normas sustantivas que pueden prever el contenido de unas normas internacionales de protección de las ECT/EF contra la apropiación y el uso indebidos, sin requerir el ejercicio de nuevos derechos de propiedad exclusivos sobre las ECT/EF y dejando esta opción a la elección de los titulares de ECT/EF. Las disposiciones se centran en la protección contra la apropiación y el uso indebidos de las ECT/EF como complemento de los instrumentos y procesos internacionales relativos a la preservación, la salvaguardia y la promoción de las ECT/EF.
4. Las normas sustantivas revisten una forma neutral a fin de no anticiparse a ninguna decisión adoptada por el Comité sobre la forma y la condición apropiadas de cualesquiera resultados, en particular el instrumento internacional, que pueda en el futuro hacer efectivo el proyecto de disposiciones. Con dichas disposiciones se trata de articular en el ámbito internacional principios comunes que puedan guiar o determinar la protección jurídica que surte efecto mediante las legislaciones regionales y/o nacionales. Las repercusiones directas de las disposiciones dependerán de la elección exacta de los mecanismos para incorporar estas disposiciones internacionales en los ordenamientos jurídicos nacionales. En el documento WIPO/GRTKF/IC/8/6 se suministra información técnica sobre las posibles alternativas de fusión de las dimensiones regionales, nacionales e internacionales, como contexto en el que el Comité examina esta cuestión fundamental. Estas disposiciones complementan el proyecto de disposiciones para la protección de los conocimientos tradicionales *propriamente dichos* (WIPO/GRTKF/IC/8/5) que se está elaborando en un proceso paralelo.
5. Se invita al Comité a que revise el proyecto de disposiciones y a que formule observaciones al respecto, en particular mediante propuestas específicas de redacción, para guiar la posterior elaboración de las disposiciones, fomentar las consultas con las partes interesadas, en especial con las comunidades indígenas y locales, y estudiar cómo se puede mejorar la función directa del Comité a la hora de redactar nuevas versiones de las disposiciones.

II. ANTECEDENTES

6. En su sexta sesión el Comité examinó distintas opciones jurídicas y políticas de protección de las ECT/EF¹ y decidió elaborar un “resumen del proyecto de objetivos políticos y principios fundamentales” de la protección de las ECT/EF. Se preparó un primer proyecto de objetivos y principios que posteriormente estudió el Comité en su séptima sesión (Anexo I del documento WIPO/GRTKF/IC/7/3). Asimismo, el Comité examinó un esquema de las opciones políticas y los mecanismos jurídicos de protección de las ECT/EF (WIPO/GRTKF/IC/7/4). En estos proyectos se mostraban los resultados de las consultas con las partes interesadas durante varios decenios de labor previa de la OMPI en materia de protección de las ECT/EF, siete años de debates en el Comité, en otros foros y en anteriores y actuales consultas, debates políticos e informes exhaustivos de experiencia práctica. En su séptima sesión, el Comité:

- tomó nota de las observaciones y propuestas de redacción detalladas que se habían formulado sobre el proyecto de objetivos y principios fundamentales;
- pidió nuevos comentarios sobre el proyecto de objetivos y principios fundamentales, con inclusión de propuestas específicas de redacción, antes del 25 de febrero de 2005 y
- solicitó a la Secretaría que elaborara, sobre la base del proyecto anterior y de todas las observaciones y comentarios de los participantes en el Comité, un nuevo proyecto para someterlo a la consideración del Comité en su octava sesión.

III. ETAPA DE FORMULACIÓN DE OBSERVACIONES Y REVISIÓN

7. De conformidad con esta decisión, se invitó a todos los participantes en el Comité a que formularan nuevas observaciones sobre el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 en el plazo convenido. Se creó una página Web² con todos los comentarios recibidos para ponerlos a disposición del público. En total, se recibieron 25 comentarios escritos³, algunos de los cuales representaban a varios Estados, comunidades u organizaciones, y se publicaron en el sitio Web. Figurará una recopilación de todas las observaciones recibidas en el documento WIPO/GRTKF/IC/8/INF/4.

8. Además de la etapa de formulación de observaciones, también se consultó y se distribuyó el proyecto de disposiciones para que se elaboraran comentarios al respecto en una amplia serie de reuniones, conferencias, seminarios y talleres en materia de protección de las ECT/EF. A continuación figuran varios ejemplos de estos procesos consultivos.

IV. INTRODUCCIÓN AL PROYECTO REVISADO DE DISPOSICIONES

9. En el Anexo del presente documento figura la revisión solicitada del proyecto de disposiciones. Se ha elaborado a la luz de las intervenciones realizadas en la séptima sesión del Comité y de las observaciones sobre el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 recibidas en la etapa convenida de formulación de comentarios y revisión. Estas observaciones eran exhaustivas y precisas, y representaban a toda una serie de participantes en el Comité. De hecho, se han incorporado en el texto revisado en la medida de lo posible. Asimismo, se han

¹ WIPO/GRTKF/IC/6/3.

² See <http://www.wipo.int/tk/en/comments/draft_provisions.html>

³ All comments received on documents WIPO/GRTKF/IC/7/3 and WIPO/GRTKF/IC/7/5.

tomado en consideración otras observaciones y propuestas⁴ formuladas en reuniones, conferencias y consultas en las que ha participado la Secretaría de la OMPI desde la elaboración de los primeros proyectos de los documentos WIPO/GRTKF/IC/7/3 y WIPO/GRTKF/IC/7/4. Los distintos comentarios, observaciones y propuestas han guiado las enmiendas estructurales, lingüísticas y sustantivas de los objetivos y principios.

10. Sin embargo, las disposiciones revisadas que figuran en el Anexo siguen constituyendo un proyecto de propuestas que se ha de debatir y comentar. Tales disposiciones se mejorarían y se enriquecerían mediante nuevos comentarios y observaciones, en particular mediante propuestas específicas de redacción. En el párrafo que aparece a continuación se formulan determinadas propuestas a este respecto.

11. Asimismo, se recuerda que los principios y objetivos que figuran en el presente documento son una síntesis de distintas experiencias regionales, nacionales e internacionales, investigaciones, consultas, debates del Comité, grupos especiales, talleres, análisis jurídicos y estudios de casos realizados y organizados desde los años sesenta. En los documentos anteriores del Comité se debaten y se describen detalladamente estas antiguas actividades⁵.

12. En el Anexo del presente documento figura el proyecto revisado de disposiciones, que se divide en tres secciones: a) Objetivos, b) Principios rectores generales y c) Disposiciones sustantivas. Las disposiciones vienen acompañadas de un comentario breve. Este comentario incluye notas explicativas que proporcionan informaciones generales sobre cada proyecto de disposición, así como referencias concisas por separado de intervenciones pertinentes realizadas en sesiones anteriores del Comité y observaciones formuladas sobre las disposiciones. Para más información, se puede hacer referencia a los informes de sesiones anteriores y a los comentarios íntegros al respecto. Del mismo modo, para obtener una información más detallada y explicativa, se debe seguir aludiendo a los documentos WIPO/GRTKF/IC/7/3 y WIPO/GRTKF/IC/7/4, así como a sus predecesores.

Estado del proyecto de disposiciones

13. El proyecto revisado de disposiciones que figura en el Anexo sigue siendo neutral y no menoscaba la naturaleza jurídica del instrumento en el que puede estar contenido y expresado. En este proyecto se abordan los posibles elementos sustantivos de la protección de las

⁴ Such as: WIPO Asia and the Pacific Regional Seminar on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Daejeon, Republic of Korea, October 11 to 13, 2004; National Consultation Forum on Intellectual Property and Traditional Knowledge and Cultural Expressions/Folklore, Indonesia, November 30 and December 1, 2004; Call of the Earth Roundtable on Indigenous Knowledge and the International Regime, Bangkok, February 2005; OAPI Expert Meeting, Dakar, Senegal, February 7 to 11, 2005; Second Meeting of UNESCO Intergovernmental Committee of Experts on a Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions, Paris, France, January 31 to February 12, 2005; WIPO Academy for Diplomats March 10, 2005; UNESCO Expert Meeting on 'Inventorying Cultural Heritage', Paris, March 17 and 18, 2005; and, "Enhancing the Creative Economy: Shaping an International Centre on Creative Industries", Salvador, Bahia, Brazil, 18 – 20 April 2005. The principles and objectives will also in the next weeks be made available and discussed at *inter alia*: V Congress of Indigenous Peoples of the North, Siberia and the Far East, organized by the Russian Association of Indigenous Peoples of the North (RAIPON), Moscow, April 11 to 13, 2005; ARIPO Expert Meeting, Harare, Zimbabwe, April 19 to 22, 2005.

⁵ See, for example, list of documents and publications at the end of document WIPO/GRTKF/IC/6/3.

ECT/EF (el “contenido jurídico” de la protección), de una manera que allana el camino a las decisiones futuras de los Estados miembros sobre la forma o condición jurídicas que pueden adquirir en el plano internacional. Estos posibles elementos sustantivos de la protección de las ECT/EF pueden prever el contenido jurídico de una serie de instrumentos internacionales, tales como el convenio o tratado internacionales, el protocolo o acuerdo especial de un convenio vigente (como el contemplado en el Artículo 20 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1971), la declaración, la recomendación, el conjunto de directrices o disposiciones tipo o la interpretación fidedigna de los convenios vigentes. Al Comité le corresponde examinar y adoptar la forma o las formas más apropiadas de instrumento. En el documento informativo WIPO/GRTKF/IC/8/6 se exponen estas opciones de forma más minuciosa.

14. Mientras tanto, se propone el Anexo como contenido posible de cualquier forma de instrumento que se adopte con el tiempo. Asimismo, se puede señalar que las distintas opciones relativas a la forma jurídica del instrumento no se excluyen mutuamente; la experiencia nos muestra que varios convenios internacionales adoptaron en un principio la forma de instrumentos no vinculantes de un tipo u otro. Así pues, también es posible adoptar un enfoque por etapas. Del mismo modo, en el Anexo se prevé el posible contenido jurídico de instrumentos en el ámbito regional y nacional, tales como las legislaciones, los reglamentos, los decretos o las políticas regionales o nacionales.

Naturaleza de la protección

15. El proyecto de disposiciones está directamente relacionado con la protección de las ECT/EF desde una perspectiva jurídica, a saber, la protección contra todo tipo de apropiación y uso ilícitos que suele abordar la protección por propiedad intelectual y que al mismo tiempo tiene en cuenta la naturaleza y las características particulares de la creatividad tradicional y la expresión cultural, incluido su rasgo comunitario, y la preferencia que muchos han manifestado por evitar la concesión de nuevos derechos de propiedad distintivos. Éste ha sido el enfoque del Comité, en concordancia con el mandato de la OMPI, desde el inicio de su labor⁶. Como se señaló anteriormente, la “protección” en este sentido se distingue de la “salvaguardia” o “preservación” del patrimonio y las expresiones culturales⁷, y la complementa en un marco político y jurídico más amplio. Este enfoque está en consonancia con la “protección... contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas”, que constituía el objetivo de las actividades normativas anteriores realizadas por la OMPI y la UNESCO⁸.

16. Sin embargo, varios participantes en el Comité han manifestado repetidas veces su preocupación por el uso del término “protección”, que, según un Estado miembro, “da la impresión de favorecer una tendencia política específica” y causó preocupación por “la exclusión de los importantes conceptos de *preservación y conservación* de la definición de

⁶ See for example, the Questionnaire on National Experiences with the Legal Protection of Expressions of Folklore of June 2001 which indicated that this work concerned “specific legal protection of an intellectual property nature ...”.

⁷ See previous documents, such as WIPO/GRTKF/IC/2/7, WIPO/GRTKF/IC/3/10, WIPO/GRTKF/IC/4/3, WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 and WIPO/GRTKF/IC/7/3.

⁸ WIPO-UNESCO Model Provisions for National Laws for the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions, 1982 (the Model Provisions, 1982).

protección” y por “la omisión del concepto de *promoción*”⁹. Además, algunos participantes en el Comité, en particular los pueblos indígenas, han señalado que el enfoque de la protección en la labor del Comité es demasiado limitado¹⁰.

17. Estos comentarios plantean cuestiones fundamentales sobre las tendencias de la labor del Comité y pueden requerir una reflexión y un debate exhaustivos por parte del Comité¹¹. A la luz de estos y otros comentarios, el Comité puede examinar minuciosamente el alcance de las formas de protección de las ECT/EF si los participantes así lo desean. Hasta ahora, gran parte de la labor y la documentación de base del Comité se ha centrado en la protección jurídica de la ECT/EF (protección en un sentido generalmente descrito como enfoque de propiedad intelectual, ya que prevé recursos contra el uso no autorizado y la apropiación indebida por parte de terceros de los resultados de una actividad intelectual). Esta forma de protección no es más que un *elemento* de la protección, la promoción y la preservación de las ECT/EF en un sentido más amplio, inclusivo y holístico¹². En palabras de un Estado miembro, el proyecto de disposiciones “está sólo relacionado con la protección de las ECT en interacción con la propiedad intelectual, y no con la protección de las ECT en general”¹³, y éste ha sido el objetivo y alcance principales de la labor del Comité. Por consiguiente, la labor del Comité es y debe ser complementaria de los instrumentos jurídicos de otras esferas políticas y en ella se tiene en cuenta la labor de otros procesos intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes.

18. Asimismo, el Comité ha señalado que en el desempeño de su trabajo no debe tratar de interferir en la labor de otros foros u organizaciones o en los mandatos que no están relacionados con la propiedad intelectual. De hecho, sólo mediante la complementariedad con instrumentos de otras esferas políticas puede lograrse una protección, preservación y promoción realmente exhaustivas de las ECT/EF. Por ejemplo, las disposiciones sustantivas que figuran en el Anexo están expresamente destinadas a complementar las legislaciones y medidas para la preservación y salvaguardia del patrimonio, y se formulan propuestas prácticas a este respecto mediante las disposiciones y las observaciones. Uno de los principios rectores generales que se proponen en el Anexo es el “Principio de respeto de los acuerdos e instrumentos internacionales y de concordancia con los mismos”.

19. Por último, el proyecto de disposiciones se basa ampliamente en los principios, doctrinas y mecanismos jurídicos vigentes relativos o no a la propiedad intelectual. En el proyecto se reconoce que algunas ECT/EF y sus derivados ya están protegidos por las legislaciones de propiedad intelectual vigentes, que abordan en particular la protección de materia que todavía no está protegida. Aunque en las disposiciones propuestas se extiende la protección a materia que no está protegida actualmente por derechos de propiedad intelectual, las disposiciones se basan en el Derecho, la política y la práctica de la propiedad intelectual, y tratan de lograr el equilibrio necesario de manera que sean equitativas y complementarias de las estrategias vigentes relativas o no a la propiedad intelectual.

⁹ Comments of the United States of America.

¹⁰ See for example interventions by Mr. Solomon (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Para. 70) and the Saami Council (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Para. 95).

¹¹ See also background information in WIPO/GRTKF/IC/8/6.

¹² See for example interventions by Mr. Solomon (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Para. 70) and the Saami Council (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Para. 95).

¹³ Intervention by New Zealand, WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Para. 70.

V. NUEVAS CONSULTAS

20. Varios países, comunidades y organizaciones han entablado consultas exhaustivas sobre el proyecto de disposiciones, en particular mediante talleres específicos y otras formas de consultas con las comunidades¹⁴. En la etapa de consultas, los titulares de conocimientos tradicionales y otras partes interesadas han “considerado que los plazos para formular observaciones sobre esta importante labor eran ajustados, pero, con todo, les interesaba redactar comentarios sobre nuevas versiones de los objetivos políticos y principios”¹⁵. Por consiguiente, puede que el Comité desee continuar el actual proceso de elaboración de estas disposiciones con una prolongación de la etapa de formulación de observaciones para todas las partes interesadas, en especial las comunidades indígenas y locales. Los miembros del Comité también han sugerido que la Secretaría debe respaldar y facilitar estas consultas exhaustivas mediante una mayor difusión del proyecto de disposiciones para hacer que las consultas sean tan inclusivas como sea posible y permitir la formulación de observaciones a todas las partes y expertos interesados, en particular las comunidades indígenas y locales. Tal como solicitó el Comité en su séptima sesión, la Secretaría ha procurado elaborar proyectos revisados sobre la base de todos los comentarios recibidos. Sin embargo, puede que los miembros del Comité deseen mejorar su función directa en la elaboración de futuros proyectos de disposiciones. Por consiguiente, es posible que el Comité desee considerar las distintas alternativas para incrementar la participación de representantes y expertos en la redacción de nuevos proyectos de disposiciones.

21. *Se invita al Comité a:*

i) *examinar el proyecto de disposiciones que figura en el Anexo y formular observaciones al respecto;*

ii) *solicitar una mayor difusión del proyecto de disposiciones que permita un examen especializado y consultas exhaustivas con las partes interesadas, en particular los pueblos indígenas y las comunidades locales;*

iii) *alentar a los participantes en el Comité a continuar y ampliar las consultas sobre el proyecto de disposiciones en los ámbitos comunitario, regional y nacional;*

iv) *solicitar nuevos comentarios sobre el proyecto de disposiciones, con inclusión de propuestas específicas de redacción, antes del 28 de octubre de 2005;*

v) *solicitar a la Secretaría que, sobre la base del Anexo y de todas las observaciones y comentarios al respecto, prepare un nuevo proyecto de disposiciones que sirva de fundamento para la labor sustantiva del Comité en materia de ECT/EF en su próxima sesión, y que elabore una*

¹⁴ For example, ARIPO, OAPI, Canada, Indonesia, New Zealand (see http://www.med.govt.nz/buslt/int_prop/traditional-knowledge/wipo-principles/have-your-say/have-your-say-04.html) and many others.

¹⁵ Comment by New Zealand.

recopilación de todas las observaciones recibidas de los participantes en el Comité; y

vi) considerar las distintas opciones para seguir mejorando la función del Comité (y de los posibles órganos subsidiarios) en la elaboración directa de futuros proyectos de disposiciones.

[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 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
- (ix) 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 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) Receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades
- b) Equilibrio
- c) Respeto de los acuerdos e instrumentos regionales e internacionales y 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 indígenas y otras comunidades tradicionales 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

III. PRINCIPIOS SUSTANTIVOS

- 1. Materia protegida
- 2. Beneficiarios
- 3. Actos de apropiación indebida (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

I. OBJETIVOS

La protección de las expresiones culturales tradicionales, o expresiones del folclore¹⁶, debe tender a:

Reconocer el valor

(i) *reconocer que los pueblos 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 indígenas y por las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, respetas 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 de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore

(iv) *proporcionar a los pueblos 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, controlar la forma en que se utilizan fuera del contexto consuetudinario y tradicional y promover la participación equitativa en los beneficios derivados de su utilización;*

Potenciar a las comunidades

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

¹⁶ In these provisions, the terms “traditional cultural expressions” and “expressions of folklore” are used as interchangeable synonyms, and may be referred to simply as “TCEs/EoF”. The use of these terms is not intended to suggest any consensus among Committee participants on the validity or appropriateness of these or other terms, and does not affect or limit the use of other terms in national or regional laws.

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 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 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 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 y las actividades comerciales legítimas

(xi) *cuando así lo deseen las comunidades y sus miembros, fomentar el uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore para el desarrollo de las comunidades, 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;*

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 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 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 las observaciones sobre los objetivos]

OBSERVACIONES

OBJETIVOS

Antecedentes

En esta sección figuran los objetivos políticos propuestos para la protección de las ECT/EF, que se basan en ponencias y declaraciones efectuadas 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.

Revisión del proyecto de objetivos original (documento WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Se han efectuado varias modificaciones en el proyecto de objetivos original, que figura en el Anexo I del documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, a la luz de las intervenciones realizadas en la séptima sesión del Comité y de los comentarios recibidos, entre otros, de Colombia, la República Islámica del Irán, Nueva Zelandia, los Estados Unidos de América, la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI), el Consejo Saami, la Conferencia Circumpolar Inuit (ICC), la *Assembly of First Nations* y la Asociación Internacional de Marcas (INTA).

Algunos de los objetivos del proyecto original son de naturaleza más típica de los principios rectores generales que de los objetivos como tales, por lo que se han cambiado a esa sección (véase a continuación)¹⁷. Entre esos objetivos están los relativos al respeto de los acuerdos internacionales pertinentes y la cooperación en este ámbito, y a la complementariedad con la protección brindada a los conocimientos tradicionales propiamente dichos. Asimismo, se han agregado unos pocos objetivos como, por ejemplo, el de la prevención de la apropiación indebida de las ECT/EF, tal como sugirió más de un participante en el Comité¹⁸. En particular, dos participantes en el Comité propusieron que se hiciera una distinción entre los objetivos que están más directamente relacionados con la protección de las ECT/EF en interacción con la propiedad intelectual y otros objetivos relativos a otras esferas políticas que las disposiciones deben tener en cuenta sin oponerse a ellas¹⁹. Si bien puede que no se hayan distinguido formalmente dichos objetivos en el proyecto, se han reformulado algunos para tomar en consideración esas observaciones.

¹⁷ As noted for example by the Islamic Republic of Iran at the seventh session of the Committee (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. par. 78).

¹⁸ For example, China at the seventh session of the Committee (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Par. 75), and comments by Colombia and the Saami Council.

¹⁹ See intervention by ARIPO at the seventh session (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Par. 89) and comments by New Zealand.

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 indígenas y otras comunidades tradicionales y de 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*

[Siguen las observaciones sobre los principios rectores generales]

OBSERVACIONES

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 ellas²⁰ 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

²⁰ See Mataatua Declaration on Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples, 1993, paragraph 2.5, for example.

vinculantes, en especial los relativos a los derechos humanos²¹. 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 titulares 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”²².

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 nacional²³.

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,

²¹ Comment of the Saami Council.

²² Four Directions Council, ‘Forests, Indigenous Peoples and Biodiversity,’ Submission to the Secretariat for the CBD, 1996.

²³ See interventions at seventh session of the Committee by, amongst others, Azerbaijan, Japan and the Syrian Arab Republic, and the comments by the Australia, Islamic Republic of Iran and New Zealand.

se trata de un enfoque que aparece plasmado en instrumentos relativos a los pueblos indígenas, tales como el Convenio 169 de la OIT²⁴.

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 propiamente dichos (CC.TT.) 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 de 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. Véase más abajo, en el apartado titulado “Observaciones recibidas sobre la versión anterior de los principios rectores generales (WIPO/GRTKF/IC/7/3)”.

²⁴

Article 34.

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.

Observaciones recibidas sobre la versión anterior de los principios rectores generales (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Estos principios rectores generales revisados fueron elaborados a la luz de los comentarios recibidos, entre otros, de Colombia, la República Islámica del Irán, Nueva Zelandia, los Estados Unidos de América, la *Assembly of First Nations*, la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI), el Consejo Saami, la Conferencia Circumpolar Inuit (ICC) y la Asociación Internacional de Marcas (INTA).

Como ya se señaló anteriormente, los comentaristas observaron que algunos objetivos son de naturaleza más típica de los principios rectores generales que de los objetivos como tales. Ésa es, precisamente, la razón por la que se han cambiado a esta sección. Entre esos objetivos están los relativos al respeto de los acuerdos internacionales pertinentes y la cooperación en este ámbito, y a la complementariedad con la protección brindada a los conocimientos tradicionales.

Por otra parte, en el nuevo principio (*g*) se retoma la propuesta presentada por las tribus Tulalip en la séptima sesión del Comité²⁵. En la Conferencia Circumpolar Inuit (ICC) y en el Consejo Saami se formularon observaciones parecidas, que también se han tenido en cuenta en la revisión de los objetivos. La redacción del principio propuesto se ha basado en la sugerida por las tribus Tulalip, si bien se han introducido algunos cambios para lograr coherencia en la redacción con los demás principios rectores generales. Con las observaciones se trata de explicar y ampliar el principio, basándose de nuevo en la redacción utilizada por las tribus Tulalip. Sin embargo, no se presupone que la redacción sugerida para el principio *g*) capte necesariamente por completo la esencia de la redacción propuesta por las tribus Tulalip, que decía así: “La aplicación de un principio no eximirá al Estado del respeto de los derechos y las obligaciones existentes para con los titulares de ECT/EF y de CC.TT., ni menoscabará el posterior desarrollo de dichos derechos y obligaciones”.

²⁵

WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Par. 97.

III. DISPOSICIONES SUSTANTIVAS

ARTÍCULO 1:

MATERIA PROTEGIDA

a) *Las “expresiones culturales tradicionales” o “expresiones del folclore” son todas las formas tangibles o intangibles en que se expresan, aparecen o se manifiestan los conocimientos y la cultura tradicionales, y comprenden las siguientes formas de expresión o combinaciones de las mismas:*

- i) las expresiones verbales, 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;*
- ii) las expresiones musicales, tales como las canciones y la música instrumental;*
- iii) las expresiones corporales, tales como las danzas, las representaciones escénicas, las ceremonias, los rituales y otras interpretaciones o ejecuciones,*

independientemente de que estén o no fijadas en un soporte; y

iv) las expresiones tangibles, tales como las obras de arte y, en particular, dibujos, pinturas (incluidas las pinturas corporales), tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, cristalería, tapices, indumentaria; artesanía; instrumentos musicales; y obras arquitectónicas;

que son:

- aa) producto de la actividad intelectual creativa, en particular la creatividad del individuo y la de la comunidad;*
- bb) características de la identidad cultural y social de una comunidad, así como de su patrimonio cultural; y*
- cc) mantenidas, utilizadas o desarrolladas por esa comunidad o por individuos que tienen el derecho o la responsabilidad de hacerlo de conformidad con las leyes y las prácticas consuetudinarias de dicha comunidad.*

b) La elección concreta de los términos que califiquen la materia protegida debe determinarse en el ámbito regional y nacional.

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 1]

OBSERVACIONES

ARTÍCULO 1: MATERIA PROTEGIDA

Antecedentes

En el artículo propuesto se describe la materia protegida por las disposiciones. En el párrafo *a*) 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 intelectual²⁶.

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 *a*) 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 sugerido²⁷. En el párrafo *a*) 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 protección²⁸. 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 los párrafos *aa*) a *cc*) (del párrafo *a*)), 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);

²⁶ Intervention by Nigeria (WIPO/GRTKF/IC/6/14, par. 43).

²⁷ Comments and previous statements by the Islamic Republic of Iran.

²⁸ See comments by Colombia.

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 interesada²⁹;

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”³⁰. En cambio, no están protegidas las expresiones que pueden caracterizar a comunidades o identidades más recientemente establecidas³¹.

Creatividad y creadores contemporáneos

Como ya se debatió en documentos anteriores³², 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 video o una interpretación contemporánea de danzas preexistentes y demás interpretaciones o ejecuciones³³) puede ser protegida como una ECT/EF, siempre que sea

²⁹ See Commentary to the Model Provisions, 1982. See also comments of Colombia.

³⁰ For example, discussions with Professor Edi Sedyawati and others at National Consultation Forum on Intellectual Property and Traditional Knowledge and Cultural Expressions/Folklore, Indonesia, November 30 and December 1, 2004 and UNESCO Expert Meeting on ‘Inventorying Cultural Heritage’, Paris, March 17 and 18, 2005.

³¹ See, for example, the concerns in this regard of the International Publishers Association (IPA) as reflected in their comments.

³² See in particular WIPO/GRTKF/IC/6/3.

³³ See comments by the Inuit Circumpolar Conference (ICC) which support this approach and provide these examples. See also paras. 2.2 and 2.5 of the Mataatua Declaration on Cultural and

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 *b)* propuesto se reconoce que las decisiones específicas sobre terminología deben corresponder al ámbito de aplicación regional y nacional.

Observaciones recibidas sobre la versión anterior de esta disposición (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

En la versión anterior, la descripción de la materia protegida y los criterios de la protección figuran en dos disposiciones distintas (la B.1 y la B.2). Ahora bien, la B.1 se basa casi directamente en las Disposiciones Tipo de 1982 y en ella se incluyen ciertos criterios que coinciden en parte con los de la B.2, como señalaron algunos comentaristas. Así pues, se han unido la B.1 y la B.2 para formar una sola disposición.

En debates anteriores también se sugirió que, si bien la definición que figuraba en las Disposiciones Tipo de 1982 era un punto de partida útil, ésta estaba anticuada y requería un estudio a fondo. El artículo revisado se basa en las Disposiciones Tipo de 1982, pero también se basa más directamente en otras leyes más recientes, como el Marco Regional para el Pacífico, de 2002. Se ha suprimido la palabra “popular” tal como se propuso, y se han introducido algunos cambios en el lenguaje y la estructura para satisfacer distintos comentarios y observaciones. Se ha agregado una referencia concreta a las pinturas corporales debido a la importancia de esta forma de expresión para las comunidades y a la posible duda de si estas pinturas son lo suficientemente “tangibles” como para calificarse de ECT/EF tangibles³⁴.

La disposición revisada tiene por objeto ser más precisa y clara para responder a los comentarios según los cuales la definición de materia protegida parecía ser demasiado amplia e imprecisa³⁵. Los criterios que determinan las ECT/EF susceptibles de protección delimitan aún más la materia protegida; además, gracias a la naturaleza de la protección contemplada en las disposiciones, en particular en el Artículo 3, titulado “Actos de apropiación indebida (alcance de la protección)”, queda claro el alcance de las disposiciones.

Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples, 1993. Discussions with members of the Scientific Committee of OAPI refer.

³⁴ See discussions in WIPO/GRTKF/IC/5/3.

³⁵ For example, comments of the European Community and its Member States and the International Publishers Association (IPA).

Un país propuso que se suprimiera el criterio recogido en el párrafo ii) de la disposición B.2 de la versión anterior (que decía así: “características de la identidad cultural distintiva de una comunidad y del patrimonio tradicional desarrollado y mantenido por ésta”) porque en este criterio se impone una carga de la prueba demasiado pesada a las comunidades³⁶. Sin duda alguna, esta propuesta merece un estudio a fondo.

En debates anteriores, así como en algunos comentarios y otras observaciones recibidas³⁷, también se han abordado el lugar que ocupan los individuos y la función que desempeñan en la creación y la “titularidad” de las ECT/EF. Se han ajustado las disposiciones y las observaciones en un esfuerzo por tratar de forma más adecuada estas cuestiones, pero puede que sea necesaria una mayor reflexión al respecto.

De modo más general, Colombia propuso que sería útil elaborar un glosario de términos para facilitar la comprensión de las disposiciones y lograr así el entendimiento uniforme de los artículos. La OAPI, por su parte, también sugirió que se preparara una sección de definiciones.

Por último, se efectuaron varios cambios en las disposiciones B.1 y B.2 de la versión anterior, habida cuenta de las observaciones formuladas por, entre otros, Australia, Colombia, la Unión Europea y sus Estados miembros, la República Islámica del Irán, los Estados Unidos de América, la *Assembly of First Nations*, la Unión Internacional de Editores (UIE), la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI), la Asociación Internacional de Marcas (INTA) y el Consejo Saami.

³⁶ See comments of Colombia.

³⁷ For example, see discussions at WIPO Asia and the Pacific Regional Seminar on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Daejeon, Republic of Korea, October 11 to 13, 2004 and at fifth and sixth sessions of the Committee; comments of the United States of America; and discussions with members of the Scientific Committee of OAPI, in particular, on this point, with Professor Kouliga Nikiema, Burkina Faso.

ARTÍCULO 2:

BENEFICIARIOS

Las medidas para la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore deben redundar en beneficio de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales³⁸:

- i) en las que se confía la custodia, el cuidado y la salvaguardia de las ECT/EF de conformidad con sus leyes y prácticas consuetudinarias; y*
- ii) que mantienen, utilizan o desarrollan las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore como elementos característicos de su identidad cultural y social y su patrimonio cultural.*

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 2]

³⁸ The broad and inclusive term “indigenous peoples and traditional and other cultural communities”, or simply “communities” in short, is used at this stage in these draft provisions. The use of these terms is not intended to suggest any consensus among Committee participants on the validity or appropriateness of these or other terms, and does not affect or limit the use of other terms in national or regional laws.

OBSERVACIONES

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”³⁹.

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”)⁴⁰, 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”)⁴¹. 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”)⁴². 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 concreto⁴³. Esto complementa la práctica y

³⁹ WIPO/GRTKF/IC/6/12. See also interventions at the seventh session of the Committee by, for example, Morocco (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Para. 85).

⁴⁰ Article 5, Decree.

⁴¹ Article 10.

⁴² See comments of the European Union and its Member States and the Russian Federation.

⁴³ See statement by Egypt and Morocco at the Committee’s seventh session (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.), paras. 69 and 85, and others.

concuera con ella en otras esferas políticas⁴⁴. Por consiguiente, en una legislación nacional se podría afirmar, por ejemplo, que todos los nacionales son beneficiarios de la protección.

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 consuetudinarios⁴⁵. 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 vigor⁴⁶.

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.

Observaciones recibidas sobre la versión anterior de esta disposición (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Comparada con la disposición B.3 del documento anterior (WIPO/GRTKF/IC/7/3), se han introducido algunos cambios en la nueva disposición para tomar en consideración las observaciones formuladas por, entre otros, Australia, la Unión Europea y sus Estados miembros, la Federación de Rusia, los Estados Unidos de América y la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI).

⁴⁴ See Glossary on Intangible Cultural Heritage, Netherlands National Commission for UNESCO, 2002 (“... a nation can be a cultural community”).

⁴⁵ See generally WIPO/GRTKF/IC/6/3, and in particular the intervention of the Tulalip Tribes of Washington, Committee Fifth Session (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 56).

⁴⁶ Interventions at Committee sessions by Nigeria and Japan, amongst others.

ARTÍCULO 3:

ACTOS DE APROPIACIÓN INDEBIDA (ALCANCE DE LA PROTECCIÓN)

Expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de valor o importancia singulares

- a) *En relación con las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de valor cultural o espiritual o importancia singulares para una comunidad, y que se han registrado o notificado, tal como se menciona en el Artículo 7, se adoptarán las medidas jurídicas y prácticas adecuadas y eficaces para garantizar que la comunidad pertinente pueda impedir que tengan lugar, sin su consentimiento previo, fundado y libre, los siguientes actos:*
- i) *en relación con las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore distintas de las palabras, los signos, los nombres y los símbolos:*
- *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 de las mismas;*
 - *todo uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o adaptación de las mismas que no reconozca debidamente a la comunidad como fuente de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore;*
 - *toda deformación, mutilación u otra modificación de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, o atentado a las mismas; y*
 - *la adquisición o ejercicio de derechos de propiedad intelectual sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o adaptaciones de las mismas;*
- ii) *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 de las mismas, o la adquisición o ejercicio de derechos de propiedad intelectual sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o las obras derivadas de las mismas, que desacredite u ofenda a la comunidad en cuestión o sugiera una falsa conexión con ésta, o desprestigie a la comunidad;*

Otras expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore

- b) *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 garantizar que:*

- i) *se reconozca a la comunidad pertinente como la fuente de toda obra u otra producción adaptada de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore;*
- ii) *pueda impedirse o sancionarse por lo civil o lo penal toda deformación, mutilación u otra modificación de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, u otro atentado a las mismas;*
- iii) *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, se valgan de ellas o las evoquen, sugiera la aprobación por esa comunidad o el vínculo con ella; y*
- iv) *haya una remuneración equitativa o una participación en los beneficios con arreglo a las condiciones definidas por el organismo mencionado en el Artículo 4 en consulta con la comunidad pertinente cuando el uso o la explotación se realice con ánimo de lucro; y*

Expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore secretas

- c) *Se adoptarán medidas jurídicas y prácticas adecuadas y eficaces para garantizar que las comunidades 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 las observaciones sobre el Artículo 3]

OBSERVACIONES

ARTÍCULO 3: ACTOS DE APROPIACIÓN INDEBIDA (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 Comité⁴⁷, 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 actual⁴⁸. Sigue vigente la protección por propiedad intelectual convencional. Véanse las observaciones 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 titulares 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:

- a) 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 gratuito” (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.
- i) 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

⁴⁷ Interventions at Committee sessions by Nigeria and Japan, amongst others.

⁴⁸ See comments by Colombia.

- 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.
- ii) 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).
- iii) 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 Zelanda y los Estados Unidos de América.
- iv) 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 WPPT⁴⁹. Si estas interpretaciones o ejecuciones no estuvieran registradas o notificadas, podrían obtener protección de conformidad con los párrafos b) o c) que aparecen a continuación, según las circunstancias y los deseos de la comunidad.
- b) 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 afirmado⁵⁰. 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 ECT/EF⁵¹, así como en la legislación convencional sobre derecho de autor relativo a las obras musicales que ya están fijadas en grabaciones sonoras⁵².

⁴⁹ See comments of Colombia.

⁵⁰ For examples, interventions by Azerbaijan and the European Community and its Member States, seventh session of the Committee (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.).

⁵¹ Such as the Bangui Accord, OAPI, as revised in 1999.

⁵² Article 13, Berne Convention, 1971.

- c) 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 efectos⁵³. 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] conocimientos⁵⁴.

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 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 respecto⁵⁵.

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/expresión⁵⁶. 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.

Observaciones recibidas sobre la versión anterior de esta disposición (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Se efectuaron varios cambios en cuanto a la estructura, la forma y el fondo en la versión anterior de este artículo, que era el B.5 del documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, a la luz de las intervenciones realizadas en la séptima sesión del Comité por, entre otros, Azerbaiyán,

⁵³ Foster v. Mountford (1976) 29 FLR 233.

⁵⁴ Article 2.1.

⁵⁵ See also comments of Australia, and WIPO/GRTKF/IC/5/3 and subsequent documents.

⁵⁶ Discussed in WIPO/GRTKF/IC/6/3.

Egipto y Japón, así como de las observaciones formuladas por Australia, Colombia, la Unión Europea y sus Estados miembros, los Estados Unidos de América, la *Assembly of First Nations*, el Consejo Saami, la Unión Internacional de Editores y la Asociación Internacional de Marcas (INTA), y durante otros debates, con el Comité Científico de la OAPI, por ejemplo.

Siguiendo las observaciones formuladas, en particular, por el Grupo Africano y Egipto en la séptima sesión del Comité, en este artículo se hace ahora una referencia más clara al término “apropiación indebida”. Los derechos expuestos en la disposición anterior, la B.5, correspondían cada uno a actos concretos de apropiación indebida sin utilizar el término como tal, y esto se ha rectificado ahora.

Por último, tras las intervenciones realizadas en la séptima sesión y otros comentarios, las interpretaciones o ejecuciones que son ECT/EF ya no se consideran en un “nivel” distinto en el proyecto de artículo. Éstas pueden estar protegidas de conformidad con uno de los “niveles” propuestos en a), b) o c) del artículo, de acuerdo con los deseos de la comunidad; además, se sigue brindado una protección más convencional a los artistas intérpretes o ejecutantes de “expresiones del folclore” en virtud del WPPT, de 1996, como señalaron Colombia y otros interlocutores⁵⁷.

⁵⁷

See comments of Colombia.

ARTÍCULO 4:

GESTIÓN DE LOS DERECHOS

- a) *Las autorizaciones previas para utilizar 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, o de un organismo que actúe a petición de la comunidad y en nombre de ella (denominado en adelante “el Organismo”). Cuando dicho Organismo conceda la autorización:*
- i) *lo hará únicamente en consulta apropiada con la comunidad pertinente, de conformidad con sus procesos tradicionales de toma de decisiones y de gobierno;*
 - ii) *todo beneficio monetario o de otro tipo que recaude el Organismo por el uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore debe ser directamente entregado por éste a la comunidad interesada.*
- b) *Por lo general, se debe encomendar al Organismo las tareas de concienciación, educación, asesoramiento y orientación. Asimismo, el Organismo debe:*
- i) *cuando así lo solicite una comunidad, controlar 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 b); y*
 - ii) *establecer la remuneración equitativa mencionada en el Artículo 3 b), en consulta con la comunidad pertinente.*

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 4]

OBSERVACIONES

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 casos⁵⁸.

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.⁵⁹. 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.

Observaciones recibidas sobre la versión anterior de esta disposición (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Si comparamos el nuevo proyecto de disposición con la correspondiente disposición B.4 del documento anterior (WIPO/GRTKF/IC/7/3), observamos que se han efectuado cambios para tomar en consideración las declaraciones de, entre otros, Japón en la séptima sesión del Comité, así como las observaciones formuladas por Colombia, la Unión Europea y sus Estados miembros, los Estados Unidos de América, la *Assembly of First Nations* y el Consejo Saami. En algunas de estas intervenciones y observaciones también se ha señalado

⁵⁸ African Group (WIPO/GRTKF/IC/6/12); interventions at the seventh session of the Committee by the European Union and its Member States, Japan and Morocco (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.); comments of the European Union and its Member States.

⁵⁹ For example, intervention by ARIPO at seventh session of the Committee (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Para. 89) and previously.

que la disposición B.4 es demasiado minuciosa y normativa. Colombia y el Consejo Saami en particular expresaron serias reservas ante todo organismo o autoridad que actúe en nombre de los pueblos indígenas. Esto pone de relieve la necesidad de todo organismo o autoridad de obtener su derecho a actuar de los deseos explícitos y la autoridad de la comunidad interesada.

ARTÍCULO 5:

EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

a) Las medidas de protección de las ECT/EF deben:

i) evitar que a los miembros de la comunidad 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;

ii) 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

iii) no aplicarse a la utilización de las ECT/EF en los siguientes casos:

- por medio de ilustración para enseñanza y aprendizaje;*
- investigación no comercial o estudio privado;*
- crítica o examen;*
- transmisión de noticias o acontecimientos de actualidad;*
- utilización en procedimientos judiciales;*
- registros y otras reproducciones de las ECT/EF para su inclusión en un archivo o inventario con fines no comerciales de salvaguardia del patrimonio cultural; y*
- utilización incidental,*

en cada caso, siempre que la utilización de las ECT/EF sea compatible con las prácticas leales, se reconoce a la comunidad pertinente como fuente de las ECT/EF cuando sea viable y posible, y tal utilización no es ofensiva para esa comunidad.

b) 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 las observaciones sobre el Artículo 5]

OBSERVACIONES

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 *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 *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 *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 distancia⁶⁰. 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 público⁶¹. 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

⁶⁰ See Proposal by Chile (SCCR/12/3) on the Subject “Exceptions and limitations to copyright and related rights”, discussed at the 12th session of the WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR), November 2004.

⁶¹ An example is the United Kingdom’s Copyright, Designs and Patents Act, 1988, Schedule 2, par. 14.1.

concretas para bibliotecas y archivos en la legislación sobre derecho de autor en general⁶².

- iii) Sin embargo, puede que no todas las excepciones típicas del derecho de autor 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.

Observaciones recibidas sobre la versión anterior de esta disposición (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Se formularon relativamente pocas observaciones sobre esta disposición. Presentaron comentarios al respecto Colombia, la Unión Europea y sus Estados miembros, la República Islámica del Irán, los Estados Unidos de América y el Consejo Saami. En los debates celebrados con miembros del Comité Científico de la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI) también se identificaron ciertos problemas con el párrafo c) de la anterior disposición B.6, ya que se tenía la impresión de que la aplicación general de excepciones y limitaciones típicas de propiedad intelectual a las ECT/EF era demasiado imprecisa⁶³. En la nueva formulación se trata de abordar esta preocupación por proporcionar mayor precisión, basándose en las Disposiciones Tipo, de 1982, y en el Marco Regional para el Pacífico, de 2002, así como en las legislaciones sobre derecho de autor en general. Por otra parte, Colombia propuso una exposición más amplia del principio (en el que se hiciera referencia, por ejemplo, al interés cultural y/o a la existencia o no de ánimo de lucro), dejando a los Estados miembros establecer las excepciones y limitaciones que deseen.

⁶² See Proposal by Chile, above.

⁶³ Discussions with the Scientific Committee of *l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle*; intervention by Morocco at the seventh session of the Committee (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Para. 85).

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

i) en lo que respecta a las ECT/EF citadas en el Artículo 3 a), su protección en virtud de ese sub-artículo durará mientras permanezcan registradas o notificadas, tal como se menciona en el Artículo 7; y

ii) en lo que respecta a las ECT/EF secretas, su protección como tal durará mientras permanezcan secretas.

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 6]

OBSERVACIONES

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 por una protección indefinida están estrechamente relacionadas con las peticiones por 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”⁶⁴.

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.

Observaciones recibidas sobre la versión anterior de esta disposición (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

En varias intervenciones realizadas en la séptima sesión del Comité y en algunas observaciones se sugirió que era inadecuado un único tipo de duración de la protección que abarcara todas las ECT/EF, y que pueden preverse distintas duraciones para distintas formas de ECT/EF⁶⁵. De hecho, las distintas formas de propiedad intelectual están protegidas durante períodos de tiempo distintos. Por otra parte, las obras literarias y artísticas y las interpretaciones o ejecuciones suelen estar protegidas durante el mismo período, mientras que las marcas son potencialmente susceptibles de protección durante un período de tiempo indefinido. En la disposición propuesta se fusionan estas ideas para proponer una duración de la protección potencialmente indefinida para las tres formas de ECT/EF, sujeta a nuevas disposiciones concretas para algunas ECT/EF, a saber, las ECT/EF registradas o notificadas y las ECT/EF secretas. Sin embargo, este aspecto y la materia de la disposición en su conjunto requieren mayor reflexión, tal como han señalado varios participantes en el Comité⁶⁶.

⁶⁴ See for example the comments of the European Union and its Member States.

⁶⁵ See for example statements by Japan and Morocco (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., Paras. 68 and 85).

⁶⁶ See, for example, intervention of the Islamic Republic of Iran at the Committee’s seventh session (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Para. 78) and comments of the European Union and its Member States, the United States of America and the International Trademark Association (INTA). Discussions at the WIPO Asia and the Pacific Regional Seminar on Intellectual

En varias observaciones se propuso la eliminación del párrafo b) de la anterior disposición B.7, por lo que se ha efectuado este cambio⁶⁷.

Otras observaciones relativas a esta disposición fueron las formuladas por Colombia, la Unión Europea y sus Estados miembros, la Federación de Rusia, los Estados Unidos de América, la *Assembly of First Nations*, el Consejo Saami y la Asociación Internacional de Marcas (INTA).

Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Daejeon, Republic of Korea, October 11 to 13, 2004 also identified a need for careful consideration of this provision.

⁶⁷

See comments of OAPI and the Assembly of First Nations.

ARTÍCULO 7:

FORMALIDADES

- a) *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.*
- b) *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 busque un nivel de protección, tal como se prevé en el Artículo 3 a), se debe exigir que dichas expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore sean notificadas o registradas en una oficina u organización competentes por la comunidad pertinente o por el Organismo mencionado en el Artículo 4 que actúa a petición de la comunidad y en nombre de ella.*
- i) *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.*
- ii) *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.*
- iii) *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.*
- iv) *La oficina u organización que reciba dichos registros o notificaciones debe resolver toda duda o conflicto que se plantee en relación con las comunidades, 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 y procesos consuetudinarios, mecanismos alternativos de solución de controversias y recursos culturales existentes, tales como los inventarios de patrimonio cultural.*

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 7]

OBSERVACIONES

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 administradores⁶⁸. 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 a) 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 a), 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 b) 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 c). 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

⁶⁸ See also comments of the Assembly of First Nations.

Unidos de América⁶⁹, 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 esfera⁷⁰. 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 6ter 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 4⁷¹;

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 intereses⁷²;

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.)⁷³. La OMPI está trabajando con partes interesadas pertinentes en el estudio minucioso de estas cuestiones;

⁶⁹ Described and discussed in previous documents, such as WIPO/GRTKF/IC/5/3.

⁷⁰ Intervention at seventh session of the Committee (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Para. 89) and previously.

⁷¹ See comments by the European Community and its Member States on previous provision B.9.

⁷² See comments by the Saami Council.

⁷³ See UNESCO Expert Meeting on Inventorying Intangible Cultural Heritage, March 17 and 18, 2005.

(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.

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 intelectual⁷⁴. 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)⁷⁵. 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”⁷⁶.

Observaciones recibidas sobre la versión anterior de esta disposición (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

En la disposición revisada se conserva el enfoque elemental de “ninguna formalidad”, ya que muchos han abogado por él⁷⁷. Sin embargo, algunos han aducido razones en contra de dicho enfoque porque consideran que éste requiere un estudio más minucioso⁷⁸.

⁷⁴ See WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 and WIPO/GRTKF/IC/7/3, for example.

⁷⁵ See, for example, Janke, ‘Unauthorized Reproduction of Rock Art’ in Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions, WIPO, 2003.

⁷⁶ Article 1.3.

⁷⁷ See also comments of Colombia.

En la disposición anterior B.8 del documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, también se propone como opción alguna forma de registro o notificación. En la disposición revisada, basada en intervenciones realizadas en la séptima sesión del Comité y en las observaciones recibidas, se propone el registro o notificación como requisito para la protección de las ECT/EF de importancia cultural o espiritual singular, a las que se aplicaría una protección sólida basada en el consentimiento fundamentado previo⁷⁹. Se han efectuado otros cambios, teniendo en cuenta las observaciones de, entre otros, Colombia, la Unión Europea y sus Estados miembros, la Asociación Internacional de Marcas (INTA), la *Assembly of First Nations* y el Consejo Saami.

Colombia, en particular, propuso un texto específico extraído de los Artículos 52 y 53 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina sobre el Derecho de Autor y los Derechos Conexos. El texto propuesto dice así: “La protección concedida a las ECT/EF y a las obras derivadas de las mismas no estará sujeta a ningún tipo de formalidad. Por consiguiente, la falta de registro no impide el disfrute o ejercicio de los derechos reconocidos. El registro es declaratorio y no crea derechos. Sin perjuicio de ello, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, a no ser que se demuestre lo contrario. Ninguna inscripción afecta a los derechos de terceros”⁸⁰.

⁷⁸ Comments of the United States of America.

⁷⁹ Comments by the European Union and its Member States and the International Trademark Association (INTA).

⁸⁰ See comments of Colombia.

ARTÍCULO 8:

SANCIONES, RECURSOS Y EJERCICIO DE DERECHOS

- a) *Para los casos de quebrantamiento de la protección concedida a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, se deberían establecer 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.*

- b) *El Organismo mencionado en el Artículo 4 estará encargado, entre otras cosas, de asesorar y asistir a las comunidades 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 las observaciones sobre el Artículo 8]

OBSERVACIONES

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 ámbito⁸¹.

Los Estados miembros han subrayado la necesidad de una orientación apropiada y de experiencias prácticas con sanciones, recursos y observancia⁸².

Observaciones recibidas sobre la versión anterior de esta disposición (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Se efectuaron algunos cambios en la disposición anterior B.9 del documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, a la luz de las observaciones recibidas de, entre otros, la República Islámica del Irán, la Unión Europea y sus Estados miembros y los Estados Unidos de América.

⁸¹ GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Annex I, p.9), Asian Group (WIPO/GRTKF/IC/2/10), African Group (WIPO/GRTKF/IC/3/15).

⁸² See interventions by Kenya and Morocco (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Paras. 80 and 85).

ARTÍCULO 9:

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

a) 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.

b) 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 las observaciones sobre el Artículo 9]

OBSERVACIONES

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”⁸³. 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 *stricto sensu* 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”⁸⁴.

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.

⁸³ See for example WIPO/GRTKF/IC/5/3 and subsequent documents.

⁸⁴ Statement at fifth session of the Committee, also available at <http://www.wipo.int/tk/en/igc/ngo/ngopapers.html>

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.

Observaciones recibidas sobre la versión anterior de esta disposición (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Esta disposición fue revisada a la luz de las declaraciones sobre el “dominio público” realizadas en sesiones anteriores del Comité, las declaraciones vertidas en la séptima sesión por, entre otros, Nueva Zelandia y el Sr. Maui Solomon⁸⁵, y las observaciones recibidas de, entre otros, la Unión Europea y sus Estados miembros, los Estados Unidos de América, la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI), la República Islámica del Irán, la Asociación Internacional de Marcas (INTA) y el Consejo Saami. En algunas observaciones se recalcó la complejidad de estas cuestiones y se instó al Comité a que siguiera reflexionando al respecto.

⁸⁵

WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Para. 70.

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 reemplaza, por el contrario complementa la protección aplicable a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore y a las obras derivadas 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 las observaciones sobre el Artículo 10]

OBSERVACIONES

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 cultural⁸⁶; 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 protección⁸⁷.

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.

Observaciones recibidas sobre la versión anterior de esta disposición (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Se ha modificado la disposición anterior B.11 para tomar también en consideración medidas no jurídicas y otras medidas no relacionadas con la propiedad intelectual, tal como propusieron varios participantes en el Comité. Ahora en la disposición revisada también se sigue más de cerca la correspondiente disposición en las Disposiciones Tipo, de 1982. De modo más general, cabe señalar que las observaciones sobre esta disposición fueron formuladas por, entre otros, la Unión Europea y sus Estados miembros, la ex República Yugoslava de Macedonia, la Federación de Rusia, los Estados Unidos de América, el Consejo Saami y la Asociación Internacional de Marcas (INTA).

⁸⁶ The comments of the former Yugoslav Republic of Macedonia provided information on, amongst other things, its cultural heritage laws and programs.

⁸⁷ See also comments of New Zealand on WIPO/GRTKF/IC/7/3.

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 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 las observaciones sobre el Artículo 11]

OBSERVACIONES

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 el marco 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”⁸⁸. 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”⁸⁹. 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.

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 las observaciones 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.

Observaciones recibidas sobre la versión anterior de esta disposición (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Como ya se ha señalado, en varias intervenciones de la séptima sesión y comentarios se observó que ésta es una cuestión compleja que requiere un estudio más detenido, tal como se ha subrayado anteriormente. En pocas intervenciones u observaciones, si las hubiere, se formularon propuestas concretas en relación con la cuestión técnica ya expuesta.

[Fin del Anexo y del documento]

⁸⁸ WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Par. 69.

⁸⁹ WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Par. 85.