

# OMPI



WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 19 de abril de 2007

S

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**  
GINEBRA

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

**Undécima sesión**  
**Ginebra, 3 a 12 de julio de 2007**

**LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES  
TRADICIONALES/EXPRESIONES DEL FOLCLORE:  
CUADRO DE COMENTARIOS POR ESCRITO SOBRE LOS OBJETIVOS Y  
PRINCIPIOS REVISADOS**

*Documento preparado por la Secretaría*

### **I. RESUMEN**

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

- i) examen de una lista de cuestiones acordada sobre la protección de las ECT/EF; y
- ii) examen de un proyecto de “objetivos y principios revisados para la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore” (“objetivos y principios”).

2. Los documentos de trabajo sobre la protección de las ECT/EF preparados para la undécima sesión del Comité, de conformidad con las decisiones adoptadas en la décima sesión, comprenden:

- i) WIPO/GRTKF/IC/11/4(a): una compilación de los comentarios por escrito sobre la lista de cuestiones que se han presentado entre la décima y la undécimas sesiones, de conformidad con un proceso acordado por el Comité en su décima sesión;

ii) WIPO/GRTKF/IC/11/4(b): el presente documento, que es una compilación de los comentarios sobre el proyecto de objetivos y principios presentados entre la novena y la décima sesiones, de conformidad con el proceso de presentación de comentarios acordado por el Comité en su novena sesión y el formato acordado en su décima sesión;

iii) WIPO/GRTKF/IC/11/4(c): el texto del proyecto de objetivos y principios, que es idéntico al texto que se distribuyó en las octava, novena y décima sesiones, y se proporciona a modo de referencia para facilitar la lectura de los comentarios que contienen los documentos WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y WIPO/GRTKF/IC/11/4(b).

3. Por consiguiente, estos documentos forman parte de la amplia documentación del Comité sobre la protección de las ECT/EF. En el cuadro que viene a continuación se presentan brevemente algunos documentos fundamentales a fin de establecer los antecedentes de los actuales documentos de trabajo:

|   |   |
|---|---|
| Estudios, informes, cuestionarios y análisis comparativos sobre la protección de las ECT/EF a escala nacional, regional e internacional | WIPO/GRTKF/IC/2/7, WIPO/GRTKF/IC/3/10, WIPO/GRTKF/IC/4/3, WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/5/INF 3, WIPO/GRTKF/IC/6/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 Add., WIPO/GRTKF/IC/7/INF/4.             |
| Primer proyecto de objetivos y principios   | WIPO/GRTKF/IC/7/3   |
| Segundo proyecto de objetivos y principios( <i>contiene comentarios sometidos entre la séptima y octava sesiones</i> )                  | WIPO/GRTKF/IC/8/4, WIPO/GRTKF/IC/9/4, WIPO/GRTKF/IC/10/4, WIPO/GRTKF/IC/11/4(c)   |
| Comentarios sometidos sobre el segundo proyecto de objetivos y principios   | WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2, WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add., WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add.2, WIPO/GRTKF/IC/INF/2 Add.3, WIPO/GRTKF/IC/10/INF/3, <i>compilado como</i> WIPO/GRTKF/IC/11/4(b) |
| Opciones políticas y mecanismos jurídicos<br><i>aplicación de objetivos y principios</i>  | WIPO/GRTKF/IC/7/4 (primer proyecto)<br>WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4 (segundo proyecto)   |
| Comentarios sobre la lista de cuestiones en relación con la protección de las ECT/EF  | WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)   |
| Documentos de antecedentes sobre la dimensión internacional   | WIPO/GRTKF/IC/6/6, WIPO/GRTKF/IC/8/6, WIPO/GRTKF/IC/9/6, WIPO/GRTKF/IC/10/6, WIPO/GRTKF/IC/11/6   |

## II. ANTECEDENTES

4. El Comité ha examinado exhaustivamente las opciones jurídicas y normativas para la protección de las ECT/EF. Esta labor se ha basado en la amplia experiencia nacional, regional e internacional en relación con la protección de las ECT/EF, que se remonta a varios decenios. Este examen ha abarcado el análisis exhaustivo de los mecanismos jurídicos nacionales y regionales vigentes, las ponencias de grupos sobre diversas experiencias nacionales, los

elementos comunes de la protección de las ECT/EF, los estudios de casos, los estudios que se están realizando sobre el entorno jurídico y normativo internacional, y los principios y objetivos esenciales para la protección de las ECT/EF que recibieron apoyo en las sesiones previas del Comité. Los documentos anteriores, que aparecen en el cuadro que figura más arriba, proporcionan información completa sobre el trabajo de base que se ha realizado.

5. Esta extensa labor y los amplios antecedentes de la legislación vigente se han traducido en el proyecto de objetivos y principios para la protección de las ECT/EF, encargado por el Comité en su sexta sesión, y revisado y examinado durante sus cuatro sesiones siguientes. El proyecto de objetivos y principios ha sido objeto de amplias consultas fuera del Comité y se ha utilizado, incluso en forma de borrador, como punto de referencia en varios procesos de elaboración de políticas y procesos legislativos regionales e internacionales. Varios de esos procesos se basaron directamente en el proyecto.

6. El proyecto de objetivos y principios actualmente se distribuye como anexo al documento WIPO/GRTKF/IC/11/4 (c), para facilitar la consulta y en especial para facilitar la comprensión de los comentarios que contiene el presente documento. Éste contiene un texto idéntico al texto del segundo proyecto de objetivos y principios que se adjuntó a los documentos WIPO/GRTKF/IC/10/4, WIPO/GRTKF/IC/9/4, y WIPO/GRTKF/IC/8/4. Esta versión revisada, que no ha cambiado desde la octava sesión hasta la sesión actual, fue el resultado de la primera ronda del examen entre periodos de sesiones por las partes interesadas establecida por el Comité después de estudiar el primer proyecto, documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, en su séptima sesión. Por lo tanto, el proyecto sigue teniendo la forma sobre la que se realizaron amplias consultas y exámenes en el Comité, y en muchos Estados miembros y otros procesos políticos.

7. En su novena sesión, el Comité revisó de nuevo el proyecto de objetivos y principios, e inició una segunda ronda de comentarios y exámenes entre sesiones. Los comentarios por escrito que se recibieron entre la novena y la décima sesiones de conformidad con ese proceso se pusieron en Internet y se distribuyeron como los documentos informativos WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2, WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add., WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add.2 y WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add.3 (inglés) y WIPO/GRTKF/IC/10/INF/3 (español). El proyecto de objetivos y principios se complementa con otro documento, un panorama general de las opciones políticas y los mecanismos jurídicos utilizados en las legislaciones nacionales para aplicar los objetivos y principios (WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4 y un proyecto anterior WIPO/GRTKF/IC/7/4).

8. Más ampliamente, en lo que respecta a los resultados de la labor del Comité sobre la protección de las ECT/EF, y tomando nota de que el mandato renovado del Comité se refiere a la dimensión internacional de su labor y no excluye ningún resultado, se recuerda que en los debates anteriores del Comité se identificaron tres aspectos de los resultados posibles, a saber: i) el contenido o la sustancia; ii) la forma o condición jurídica; y iii) los procedimientos consultivos y otros procedimientos de trabajo necesarios para alcanzar el resultado convenido.

### III. LA DÉCIMA SESIÓN DEL COMITÉ

9. En su décima sesión (30 de noviembre a 8 de diciembre de 2006), el Comité decidió lo siguiente en lo que respecta a las ECT/EF y los conocimientos tradicionales (CC.TT):

i) Los debates comenzarán siguiendo el orden numérico de cada cuestión (anexo [al documento WIPO/GRTKF/IC/10/7 Prov. como Anexo I]), de ser posible, en la presente sesión, y continuarán sobre esta misma base en la siguiente sesión.

ii) Los documentos existentes (WIPO/GRTKF/IC/10/4, WIPO/GRTKF/IC/10/5 y WIPO/GRTKF/IC/10/6) seguirán siendo objeto de debate en su forma actual y se tomará nota de las posiciones ya expresadas en relación con estos documentos.

iii) Los debates en torno a las cuestiones sobre el tapete complementan, sin afectar, las posiciones ya expresadas en relación con documentos existentes.

iv) Se invita a las Delegaciones y a los observadores a presentar los comentarios que tengan sobre las diferentes cuestiones antes de fines de marzo de 2007. La Secretaría compilará los comentarios recibidos, según la cuestión de que se traten, y los distribuirá a fines de abril. Todos los comentarios serán publicados en Internet inmediatamente después de que sean recibidos.

v) En relación con los comentarios ya presentados sobre los documentos WIPO/GRTKF/IC/9/4 y WIPO/GRTKF/IC/9/5, la Secretaría preparará dos cuadros (uno sobre los conocimientos tradicionales y otro sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore), cada uno con dos columnas. En la primera columna aparecerán los títulos de las disposiciones de los documentos WIPO/GRTKF/IC/9/4 ó WIPO/GRTKF/IC/9/5, según sea el caso, junto con los títulos “generales” bajo la rúbrica “Cuestiones”. En la segunda columna, y debajo del nombre de cada delegación u observador, aparecerán los comentarios hechos por las delegaciones y los observadores en relación con los títulos en cuestión.

#### IV. DOCUMENTOS PARA LA UNDÉCIMA SESIÓN

10. Siguiendo la decisión del Comité, se han preparado los siguientes documentos complementarios para la undécima sesión del Comité:

i) WIPO/GRTKF/IC/11/4(a): una compilación de los comentarios por escrito sometidos entre la décima y la undécima sesiones sobre “Expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: lista de cuestiones”, tal como se establece en el párrafo iv) de la decisión antes mencionada;

ii) WIPO/GRTKF/IC/11/4(b): el presente documento, que es una compilación de los comentarios por escrito sobre el proyecto de objetivos y principios, presentados entre la novena y la décima sesiones, de conformidad con el proceso de presentación de comentarios acordado por el Comité en su novena sesión y el formato acordado en su décima sesión en el párrafo v) de la decisión antes mencionada;

iii) WIPO/GRTKF/IC/11/4(c): que adjunta, a modo de referencia, el texto del proyecto de objetivos y principios que figura en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4, y que es idéntico al texto de objetivos y principios que se distribuyó en las octava, novena y décima sesiones. Se incluye especialmente para ayudar a seguir el cuadro de comentarios que se proporciona en el presente documento. Se recuerda que en la decisión que se tomó en la décima sesión, y que se ha citado antes, se señaló que “Los documentos existentes

(WIPO/GRTKF/IC/10/4, WIPO/GRTKF/IC/10/5 y WIPO/GRTKF/IC/10/6) seguirán siendo objeto de debate en su forma actual y se tomará nota de las posiciones ya expresadas en relación con estos documentos” y que “Los debates en torno a las cuestiones sobre el tapete complementan, sin afectar, las posiciones ya expresadas en relación con documentos existentes.”

#### La preparación del cuadro

11. El cuadro adjunto a este documento ha sido preparado, de conformidad con la decisión adoptada en la décima sesión del Comité, con dos columnas, una en la que los títulos de las disposiciones del documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 aparecen como “Cuestiones”, y la otra en la que los comentarios sobre estos títulos aparecen como “Comentarios”. La primera columna (“Cuestiones”) cubre los comentarios generales y los comentarios sobre los objetivos y principios concretos .

12. Los comentarios se reproducen directamente tal como se han recibido, aunque, si ha resultado necesario, se han corregido algunos errores tipográficos para facilitar su comprensión. Los comentarios que no se refieren a ninguna disposición concreta aparecen como “comentarios generales” y cuando un sólo comentario aborda más de una disposición, generalmente se repetirá cuando sea pertinente. Un comentario muy largo, sometido a través del Gobierno de Nueva Zelanda, se incluye en el apéndice al cuadro, y cuando en este comentario se hace referencia a una disposición concreta, en la disposición pertinente se hace una referencia cruzada al apéndice.

13. *Se invita al Comité a:*

*i) examinar los comentarios reproducidos en el cuadro adjunto en relación con el proyecto de disposiciones anexo al documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) y los comentarios sobre la lista de cuestiones adjunta al documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(a),*

*ii) analizar las posibilidades de hacer avanzar su labor sobre la protección de las ECT/EF, incluido el contenido o la sustancia de los posibles resultados de su labor; la forma o la condición jurídica de dichos resultados, y los mejores procedimientos necesarios para alcanzar esos resultados; y*

*iii) que continúe examinando y comentando el proyecto de disposiciones que contiene el Anexo al documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(c).*

[Sigue el Anexo]

ANEXO

ÍNDICE

|   |           |
|---|-----------|
| <b>I. COMENTARIOS GENERALES .....</b>                                 | <b>2</b>  |
| <b>II. COMENTARIOS SOBRE LOS OBJETIVOS .....</b>                      | <b>18</b> |
| COMENTARIOS GENERALES SOBRE LOS OBJETIVOS .....                       | 18        |
| COMENTARIOS SOBRE LOS OBJETIVOS CONCRETOS.....                        | 20        |
| <b>III. COMENTARIOS SOBRE LOS PRINCIPIOS RECTORES GENERALES .....</b> | <b>28</b> |
| COMENTARIOS GENERALES SOBRE LOS PRINCIPIOS RECTORES GENERALES.....    | 27        |
| COMENTARIOS SOBRE LOS PRINCIPIOS RECTORES GENERALES CONCRETOS.....    | 29        |
| <b>IV. COMENTARIOS SOBRE LOS PRINCIPIOS SUBSTANTIVOS .....</b>        | <b>34</b> |
| COMENTARIOS GENERALES SOBRE LOS PRINCIPIOS SUBSTANTIVOS .....         | 33        |
| COMENTARIOS SOBRE LOS PRINCIPIOS SUBSTANTIVOS CONCRETOS .....         | 34        |

| <b>I. COMENTARIOS GENERALES</b> |   |
|---------------------------------|---|
| <i>CUESTIONES</i>               | <i>COMENTARIOS</i>  |
| AUSTRALIA                       | <p>Australia acoge con satisfacción la oportunidad de formular sus observaciones sobre el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4, "La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: Objetivos y principios revisados". Australia toma nota de que la Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ha tenido en cuenta los comentarios de Australia sobre el documento WIPO/GRTKF/7/3 a la hora de redactar los objetivos y principios revisados para la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore.</p> <p>Australia recomienda encarecidamente desarrollar los objetivos políticos y principios rectores generales, de manera que pueda alcanzarse un consenso sobre estos elementos y orientar la labor futura del Comité</p> <p>Australia ha manifestado anteriormente que debe llegarse a un acuerdo sobre los objetivos políticos y principios rectores generales antes de seguir debatiendo las disposiciones sustantivas. Australia teme que la determinación y elaboración de las disposiciones sustantivas sin que los miembros del Comité hayan llegado antes a un acuerdo sobre los objetivos y principios puede dar lugar a incoherencias.</p> <p>No se ha llegado a un acuerdo sobre el contexto y condición jurídica de la labor del Comité. A Australia le preocupa que la formulación de observaciones sobre las exposiciones sustantivas pueda adelantarse a la decisión del Comité sobre este tema fundamental. Australia acogerá con satisfacción el debate de un procedimiento para hacer progresar la labor del Comité.</p>   |
| BRASIL                          | <p>La protección de las expresiones culturales tradicionales (ECT) y de las expresiones del folclore (EF) no ha de limitarse únicamente a la esfera de la propiedad intelectual. No obstante, cualquier instrumento internacional resultante de las actividades del Comité Intergubernamental debe ceñirse a las competencias de la Organización, sin perjuicio de la utilización de las normas sobre propiedad intelectual para conferir algún tipo de protección a estas expresiones.</p> <p>El instrumento o instrumentos a que den lugar los debates del Comité Intergubernamental debe ocuparse de la cuestión de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore producidas por inmigrantes, teniendo en cuenta, por consiguiente, la movilidad de las poblaciones. La obligación de exigir el cumplimiento del consentimiento fundamentado previo de las comunidades locales o indígenas no debe estar condicionada al registro. El consentimiento fundamentado previo ha de mantenerse como principio general, con independencia de la condición jurídica que se otorgue a las expresiones culturales o a los conocimientos tradicionales.</p> <p>El registro no se debe ser una condición para velar por la observancia de los derechos (tal como parece que proponen los proyectos de artículo 3.a) y 7), ni tampoco una condición para contabilizar el plazo de la protección (tal como se propone en el proyecto de artículo 6.i)). A este respecto, el proyecto de instrumento sobre expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore debe adoptar una disposición similar a la que contiene el artículo 11.1 del proyecto sobre conocimientos tradicionales ("Los criterios en los que se basa la protección de los conocimientos tradicionales contra actos de apropiación indebida no estarán sujetos a formalidad alguna").</p> <p>Las referencias a la expresión "de valor o importancia singulares" deben suprimirse del proyecto de instrumento (por ejemplo, en los artículos 3 y 7). Las expresiones tradicionales han de ser susceptibles de protección por el mero hecho de formar parte del patrimonio cultural de las comunidades indígenas y locales.</p>                             |
| CANADÁ                          | <p>En primer lugar, el Canadá reitera su opinión de que los posibles enfoques políticos que pudieran plantearse en el Comité respecto a la protección de los derechos de propiedad intelectual (P.I.) de los titulares de expresiones culturales tradicionales (ECT) deberán ser compatibles con el mandato del Comité y con las obligaciones contraídas por los Estados miembros en el marco de tratados internacionales en materia de propiedad intelectual.</p> <p>En segundo lugar, en lo que atañe a la estructura del documento en sí, el Canadá observa que hay una serie de objetivos que tienen un significado y sentido muy parecidos, por lo que recomienda que, en tales casos, se sinteticen en una sola formulación. En los presentes comentarios, señala qué elementos del proyecto de objetivos políticos pueden sintetizarse. En tercer lugar, el Canadá hace hincapié en que los objetivos políticos deben orientarse a la consecución del equilibrio adecuado entre los intereses de los creadores de ECT y de sus respectivas comunidades y usuarios, por un lado, y los intereses de la sociedad en general, por otro (Existen infinidad de usuarios comerciales y no comerciales de ECT, ya sean particulares, gobiernos, instituciones educativas, bibliotecas, museos y archivos. No debe olvidarse que pueden ser usuarios de ECT tanto individuos procedentes de comunidades indígenas y locales como comunidades en sí.).</p> <p>Por último, el Canadá recomienda que, en aras de la claridad y la coherencia, se examine más a fondo el significado de algunos términos que aparecen en el documento 9/4 y el modo en que su uso afecta a las ECT (véase nota a pie de página: WIPO/GRTKF/IC/9/4, pág. 15). Observa, por ejemplo, que algunos Estados miembros han manifestado preocupación por la utilización del término "consentimiento fundamentado previo" en los debates sobre ECT (nota a pie de página: véase, por ejemplo, el documento WIPO/GRTKF/IC/8/15, pág. 43). Señala también que, en el citado documento, aparecen nuevos términos para describir a las comunidades sin que quede claro si la utilización de términos diferentes implica también diferencias de carácter jurídico o político (nota</p> |

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 3

|           |  |
|-----------|--|
|           | <p>a pie de página: Por ejemplo, además de la expresión “comunidades indígenas y locales” utilizada en anteriores documentos del Comité Intergubernamental de la OMPI, en el documento 9/4 se habla de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– “comunidades” (objetivo 11);</li> <li>– “<i>relevant communities</i>” (principio rector a) en la versión inglesa; en la versión española corresponde a “comunidades”);</li> <li>– “pueblos y comunidades” (objetivo 2);</li> <li>– “pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales” (objetivo 3);</li> <li>– “pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales” (objetivo 5); y</li> <li>– “pueblos indígenas y otras comunidades tradicionales” (principio rector g).</li> </ul> <p><i>Complementar la protección de los conocimientos tradicionales</i> (documento WIPO/GRTKF/IC7/3)</p> <p><i>xiv) Aplicarse en consonancia con la protección de los conocimientos tradicionales, respetando el hecho de que para muchas comunidades, los conocimientos y las expresiones culturales son una parte indisoluble de su identidad cultural global.</i></p> <p>El Canadá observa que en la lista del proyecto de objetivos del documento 9/4 ya no aparece este objetivo. Entiende, sobre la base de las discusiones mantenidas con algunos de sus pueblos aborígenes, que ciertos titulares de conocimientos tradicionales consideran que los conocimientos tradicionales, las ECT y el folclore proceden de la misma fuente y, tomados en conjunto, forman parte de un enfoque global más amplio. En consecuencia, propone respetuosamente que este objetivo figure de nuevo en el citado documento. Considera importante, además, que el proyecto de objetivos políticos relativos a las ECT complemente el proyecto de objetivos políticos sobre conocimientos tradicionales mencionados en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/5 (véase el proyecto de objetivo político xvi) (nota a pie de página: WIPO/GRTKF/IC/9/5, Anexo, pág. 1).</p>  |
| GUATEMALA | <p>En relación con el comentario de la página 23, en Guatemala, la Ley de Derecho de Autor de 1998 y sus reformas del año 2000, estipula que las expresiones del folclore pertenecen al patrimonio cultural del país y serán objeto de una legislación específica.</p> <p>El reglamento a dicha ley establece que de conformidad con la definición contenida en la ley, el término artista intérprete o ejecutante designa también al narrador, declamador y cualquier otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística o bien una expresión de folclore, aun cuando no hubiere un texto previo que norme su desarrollo.</p> <p>Respecto a la página 42 en Guatemala el acuerdo gubernativo 778 2003 y acuerdo 379 2005 del Ministerio de Cultura y Deportes, establece que a través del Departamento Financiero de dicha institución es el que tendrá a su cargo el manejo, control y administración de los fondos que se recauden por concepto de pagos por derecho de imagen y la comercialización de esta, así como la reproducción de bienes culturales y de los otros cobros establecidos, dichos fondos serán destinados para proyectos específicos de conservación, restauración, protección, rescate y divulgación de los bienes culturales de la nación, constituyendo fondos privativos para la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural.</p> <p>En lo que respecta a la página 50, en Guatemala la ley para la protección del patrimonio cultural de la nación. Establece que la violación a las medidas de protección de bienes culturales hará incurrir al infractor en una multa correspondiente a veinte veces el salario mínimo mensual de la actividad comercial, sin perjuicio de la acción penal correspondiente. Al que destruyere, alterare, deteriorare o inutilizare parcial o totalmente, los bienes integrantes del patrimonio cultural de la Nación, será sancionado con pena privativa de libertad de seis a nueve años, más una multa equivalente al doble del precio del bien cultural afectado. Al que ilícitamente exporte un bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, será sancionado con una pena privativa de libertad de seis a quince años, más una multa equivalente al doble del valor del bien cultural, el cual será decomisado. El valor monetario del bien cultural será determinado por la Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural.</p> <p>En el ámbito penal se establecen los delitos y faltas que se cometen en contra del patrimonio cultural, Artículo 255 bis De los hechos sacrílegos.</p> <p>Artículo 332 "A" Hurto y Robo de Tesoros Nacionales, Artículo 332 "B" Hurto y robo de bienes arqueológicos, Artículo 332 "C" Tráfico de Tesoros Nacionales. Artículo 332 "D" Extinción de la acción o de la pena.</p> <p><b>OTRAS EXPERIENCIAS SOBRE LA LEGISLACIÓN, RELACIONADA CON LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES DEL FOLCLORE, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y COMUNIDADES INDÍGENAS</b></p> <p>En Guatemala existen otras leyes que protegen de alguna manera los bienes culturales nacionales, siendo las principales las siguientes:</p> <p>Acuerdo Gubernativo 778 2003 y Acuerdo 379 2005 del Ministerio de Cultura y Deportes. ( regula aspectos relacionados con el control , destino y aprobación de las tarifas establecidas por reproducciones de textiles, derecho de imagen, réplicas y copias de un bien cultural El artículo 5 establece una tarifa específica de 5.000 quetzales por reproducciones de textiles mayas, en tela o parcial, o de sus diseños o motivos, dicho artículo se</p> |

|                                       |  |
|---------------------------------------|--|
|                                       | <p>refiere en especial al respeto del derecho moral de autoría o de propiedad intelectual de las comunidades respectivas dentro el crédito de origen de los textiles y otros datos del lugar donde son usados por sus habitantes</p> <p>El Decreto 426 Ley de Protección de la Producción Textil Indígena. Establece en el artículo 7 sobre los tejidos autóctonos o auténticos, y que cada comité registrará en la oficina de marcas y patentes los diseños, dibujos o bordados de los tejidos de un municipio o comunidad, adquiriendo así la propiedad exclusiva para usarlos. Tanto el Instituto Indigenista Nacional como la oficina de marcas y patentes llevarán un registro especial para hacer esta clase de inscripciones. Todas las gestiones en el trámite para obtener el registro serán realizadas sin costo alguno.</p> <p>Ley de protección de la Antigua Guatemala, Decreto 6069 del Congreso de la República. Ley de Creación de la Academia de Lenguas Mayas, Decreto 65 90 del Congreso de la República y sus reformas Decreto 24 2003.</p> <p>Ley Marco de los Acuerdos de Paz, contiene la normativa del Acuerdo sobre Identidad y Derecho de los Pueblos Indígenas, que regula aspectos sobre la cultura común basada en los principios y estructuras</p> <p>Del pensamiento maya, el legado de los conocimientos científicos y tecnológicos, así como la concepción artística y estética propia, así como la pluralidad de las expresiones del pueblo maya.</p> <p>La ley de los consejos de desarrollo urbano y rural. Decreto número 11 2002, regula aspectos sobre la participación de la población maya, xinca y garífuna y lo no indígena en la gestión pública, para el proceso democrática del desarrollo, tomando en cuenta principios de unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe de la nación guatemalteca.</p> <p>Decreto del Congreso de la República que ratifica el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos indígenas y tribales.</p> <p>Ley de Idiomas Nacionales Decreto 19 2003 del Congreso de la República.</p>   |
| UNIÓN INTERNACIONAL DE EDITORES (UIE) | <p>La UIE es consciente de la importancia de reconocer las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore.</p> <p>Como ya se ha señalado en ocasiones anteriores, los editores desempeñan una función fundamental en la promoción y conservación de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore dentro de una cultura y entre las diferentes culturas. Este cometido lo cumplen de muchas formas, como por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Los editores locales de libros infantiles y libros de texto pueden hacer referencia en sus obras al contexto cultural y al entorno de sus lectores.</li> <li>– Los editores universitarios publican obras de científicos que describen observaciones etnológicas.</li> <li>– De modo similar, para muchos escritores de obras de ficción, las costumbres y tradiciones locales y el entorno social en el que se criaron representan una fuente de inspiración.</li> </ul> <p>Estos ejemplos no sólo representan áreas donde la edición satisface necesidades públicas concretas, sino que también ilustran ámbitos donde la decisión de proteger determinados bienes públicos de otra índole (por ejemplo, la libertad de expresión o la libertad científica y de investigación) debe reconciliarse con la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore. A fin de garantizar un enfoque equilibrado a este respecto, la UIE viene participando activamente en los debates del Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos de la OMPI desde su primera reunión.</p> <p>La UIE sigue manteniendo su posición tal como la ha planteado en documentos previos (relativos a los documentos WIPO/GRTKF/IC/7/3 y 5). En ellos, se considera en particular la necesidad de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– incluir definiciones más claras y concisas (por ejemplo, con respecto a la existencia y alcance de posibles derechos, la noción de “comunidad” y los beneficiarios previstos) con el fin de aumentar la certidumbre;</li> <li>– respetar el derecho fundamental a la libertad de expresión, que puede verse restringido excesivamente a través de iniciativas dirigidas a proteger ideas o conceptos, en lugar de formas concretas de expresar ideas, y apelando al establecimiento de mecanismos de autorización (posiblemente controlados por el estado);</li> <li>– no socavar el concepto de “dominio público”, en virtud del cual pueden utilizarse los contenidos libremente para posteriores actos creativos una vez que haya expirado el plazo de protección (en el ámbito del derecho de propiedad intelectual);</li> <li>– examinar detenidamente cualquier concepto de “participación en los beneficios” obligatoria que reduzca la flexibilidad que se concede a los titulares de derechos en otros marcos jurídicos (por ejemplo, en la legislación sobre propiedad intelectual) de poder negociar libremente las condiciones del uso, y que pueda pasar por alto la variedad de formas en que puede manifestarse un “beneficio” o el riesgo que asume el usuario al invertir en el desarrollo de contenidos tradicionales.</li> </ul> <p>Estas inquietudes siguen siendo válidas en particular con relación al nuevo objetivo añadido Liv) (“Impedir la apropiación indebida de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore”) que incorpora muchos de nuestros puntos de crítica:</p> |

|   |   |
|---|---|
|   | <p>– las tradiciones presentes en el dominio público no pueden apropiarse indebidamente,</p> <p>– la protección de derivados de expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore impedirá actos creativos que se basen en temas existentes (ya estén protegidos o no), impidiendo, por tanto, la libertad de expresión. Las observaciones científicas, los libros educativos y las antologías pueden considerarse todos ellos “derivados”;</p> <p>– La “participación equitativa en los beneficios” obligatoria puede que no tenga en cuenta los riesgos que asumen quienes invierten en el uso de contenidos tradicionales, así como el hecho de que los beneficios pueden adoptar formas múltiples.</p> <p>Las deficiencias de este documento de consulta, tal como se acaban de resumir, pueden plantear obstáculos a los editores (desde un punto de vista administrativo y posiblemente también financiero) y hacer inviables algunas iniciativas editoriales. Estamos profundamente preocupados por que pueda utilizarse la “protección de los conocimientos tradicionales” como pretexto para sofocar el debate científico y académico y reducirlo, por ejemplo, a historia o sociología tribal, en particular en el caso de autores críticos, es decir, cuando una comunidad puede controlar si se pueden hacerse comentarios o qué comentarios pueden hacerse, por ejemplo, sobre su historia (conflictos con otra comunidad). Las excepciones contenidas en el documento de consulta a este respecto son insuficientes e imprecisas.</p> <p>Habida cuenta de la complejidad de las cuestiones y de la falta de consenso internacional sobre la finalidad de la labor del Comité Intergubernamental, la UIE no cree que sea el momento para tratar de establecer un lenguaje de tratado, y por tanto instamos a la OMPI a que se abstenga de hacer esto en los próximos documentos de consulta. No existe consenso suficiente que permita quedar reflejado en una redacción de carácter jurídico. La UIE propone que el Comité Intergubernamental continúe sus debates con el propósito de establecer objetivos de más fácil alcance, en lugar de basarse en un documento redactado en un lenguaje de tratado, como es el caso del documento de consulta. Es más probable que se llegue al consenso si se perfilan pequeños elementos delimitados de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore para su protección inmediata (contenido sagrado), o en los casos en que se apele al reconocimiento del valor de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore en forma de directrices para la industria o de prácticas óptimas.</p> <p>Los comentarios expuestos son preliminares y forman parte del proceso permanente de consulta que la UIE mantiene con sus asociados. Confiamos en seguir participando en el debate de estas cuestiones y esperamos alcanzar una solución constructiva para las cuestiones esbozadas en nuestros comentarios.</p> |
| ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MARCAS (INTA) | <p>La Asociación Internacional de Marcas (INTA) agradece el que se hayan considerado sus comentarios previos presentados a la Secretaría de la OMPI sobre el proyecto de objetivos políticos y principios fundamentales de la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore (documento WIPO/GRTKF/IC/7/3) al elaborar el proyecto de disposiciones revisado para la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore (documento WIPO/GRTKF/IC/9/4) (“proyecto revisado”). Como bien sabe la Secretaría de la OMPI, la INTA representa los intereses de los titulares de marcas, y hemos examinado el documento del proyecto revisado en este contexto y con referencia a nuestras inquietudes ya articuladas anteriormente. A este respecto, nuestros comentarios son limitados y exponemos a continuación nuestras observaciones concretas. No obstante, como cuestión preliminar quisiéramos hacer la observación de que las disposiciones adoptan y fusionan el lenguaje de diversos regímenes de propiedad intelectual, pero encuentran fundamentalmente a sus precursores en el derecho de autor. Esta enorme dependencia del lenguaje del derecho de autor suscita inquietudes entre los titulares de marcas. La definición de expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore incluye dentro de su ámbito “las palabras, los signos, los nombres y los símbolos”, que constituyen el material más habitual de las marcas. La mayoría de los sistemas de marcas de los países contemplan un mecanismo que permite gestionar los conflictos entre marcas con un grado de uniformidad internacional. Además, se ha acumulado un cuerpo de jurisprudencia conexas para abordar muchas de las cuestiones que se consideran motivo de inquietud. Gran parte del lenguaje y de los principios que tratan de adoptarse en este documento son ajenos a los titulares de marcas y en general no resultan adecuados para el régimen de propiedad intelectual, cuya finalidad es promover la competencia libre y justa en el marco de un sistema que funcione de forma transparente.</p>  |
| JAPÓN                                     | <p><i>Opinión general</i></p> <p>Las expresiones culturales tradicionales (ECT)/expresiones del folclore (EF) revisten suma importancia para un gran número de miembros y apreciamos la labor realizada por la Secretaría de la OMPI para elaborar el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4. Ahora bien, en la medida en que en dicho documento no se refleja plenamente el punto de vista del Gobierno japonés, deseamos formular los siguientes comentarios a los fines de introducir cambios en el mismo.</p> <p><i>Condición jurídica del documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 y principio de flexibilidad y exhaustividad</i></p> <p>En lo que respecta a la condición jurídica del documento WIPO/GRTKF/IC/9/4, a estas alturas, el Gobierno japonés no está de acuerdo en que dicho documento sea jurídicamente obligatorio a nivel internacional. Por el momento, la armonización internacional debería promoverse principalmente partiendo de que el documento constituye una serie de directrices o de disposiciones tipo. Eso significa, en relación con los PRINCIPIOS RECTORES GENERALES del documento, que es menester poner plenamente en práctica el principio de flexibilidad y exhaustividad. En aras de una verdadera protección de las ECT/EF es menester instaurar un marco para la preservación de la propiedad cultural, leyes en materia de competencia desleal, y otros medios, y que cada país opte por unos u otros mecanismos en función de su propia cultura y características. A lo que habría que</p>   |

|   |  |
|---|--|
|   | <p>aspirar es a que cada país cree su propio sistema “exhaustivo” de protección con la “flexibilidad” necesaria. La protección de las ECT/EF no se presta a un marco “único” o “universal” sino a toda una variedad de enfoques adaptados a la cultura y costumbres de cada caso.</p> <p>En lo que respecta a la versión actual del documento WIPO/GRTKF/IC/9/4, habida cuenta de que se ha iniciado la redacción de DISPOSICIONES SUSTANTIVAS sin previo consenso y sin una comprensión suficiente de los OBJETIVOS POLÍTICOS y PRINCIPIOS RECTORES GENERALES, existe cierta incoherencia entre los PRINCIPIOS RECTORES GENERALES y las DISPOSICIONES SUSTANTIVAS. Concretamente, por un lado está el principio de flexibilidad y exhaustividad, que significa que un país tiene la facultad de optar por sus propios medios para proteger las ECT/EF en función de sus propias características nacionales/regionales, principio aprobado como parte de los PRINCIPIOS RECTORES GENERALES (párrafo d)), y por otro, las DISPOSICIONES SUSTANTIVAS propuestas, que están redactadas de modo que se contempla de hecho el derecho de autorización. Las disposiciones que contemplan el derecho sustantivo de autorización no están en armonía con el principio de flexibilidad y exhaustividad. A los fines de evitar dicha incoherencia, el Gobierno japonés considera que lo principal es llegar a un consenso en torno a cuestiones relacionadas con los OBJETIVOS POLÍTICOS y los PRINCIPIOS RECTORES GENERALES antes de adentrarse en DISPOSICIONES SUSTANTIVAS en las que se establezca un mecanismo más detallado a los fines de la aplicación de dichos principios.</p> <p><i>Postura fundamental del Gobierno japonés sobre los medios de protección de las ECT/EF</i></p> <p>En cuanto a la protección de las ECT/EF, el Gobierno japonés parte de que, aunque es evidente la importancia del respeto, la preservación y el mantenimiento de dichas expresiones, es menester obrar con prudencia en los debates en torno a la creación de un nuevo tipo de derecho de propiedad intelectual o de derecho exclusivo a ese respecto. A lo largo de los tiempos, la cultura ha evolucionado mediante el intercambio de expresiones culturales entre unas y otras zonas culturales, y a menudo sin el consentimiento del creador original de dichas expresiones culturales. A la hora de crear un nuevo tipo de derecho de propiedad intelectual que proteja las ECT/EF debe obrarse con suma precaución, en la medida en que la creación de dicho derecho podría obstaculizar la riqueza cultural que se crea mediante la información y el intercambio recíprocos. En gran parte, lo que actualmente se propone en tanto que OBJETIVOS POLÍTICOS puede lograrse mediante marcos existentes de propiedad intelectual y marcos al margen de la propiedad intelectual, como aquellos creados a los fines de preservar la propiedad cultural. Por otro lado, la inquietud que suscita la cuestión anteriormente mencionada nos induce a considerar que los OBJETIVOS POLÍTICOS que sólo pueden lograrse mediante la creación de un nuevo tipo de derecho deben ser objeto de deliberación detenida para determinar, en primer lugar, si cabe incluirlos entre los OBJETIVOS POLÍTICOS.</p> <p>A continuación exponemos nuestra postura en relación con las razones que se aducen en favor de la protección de las ECT/EF. En primer lugar, el objetivo de proteger las ECT/EF obedece, esencialmente, a las tres razones siguientes: i) necesidad de velar por una participación equitativa en los beneficios para los titulares de ECT/EF en los casos de explotación comercial; ii) necesidad de garantizar y preservar la dignidad de las ECT/EF y del titular de que se trate; y iii) necesidad de velar por que las ECT/EF a las que se atribuye importancia espiritual no desaparezcan y sigan transmitiéndose de una generación a otra. En lo que respecta al punto i), otorgar protección a algo que ya está en el dominio público creando con ese fin un cuasisistema de propiedad intelectual u otorgar derechos permanentes de monopolio al respecto no está en sintonía con la finalidad del sistema de propiedad intelectual, que es ofrecer incentivos para la creación. En cuanto al punto ii), el respeto recíproco en el plano cultural debería considerarse una cuestión ética que concierne a toda la sociedad. Otorgar derechos de tipo moral para proteger las ECT/EF aun cuando sea difícil determinar el creador de las mismas no está en armonía, en líneas generales, con el concepto de sistema de propiedad intelectual. En cuanto al punto iii), debería considerarse como parte de los objetivos políticos de cada país de preservar la propiedad intelectual y por lo tanto, no guarda relación con la propiedad intelectual.</p> <p><i>Cuestiones de procedimiento que se plantean en relación con el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4</i></p> <p>En lo que respecta al debate en torno a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, ha de admitirse que ni siquiera ha podido llegarse a una definición clara en el plano internacional de lo que se entiende por “expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore” y, aunque los debates iniciales en torno a esas expresiones deberían haberse centrado en el respeto, la preservación y el mantenimiento de esas expresiones y en la determinación de los problemas que se plantean en esa esfera, no ha sido ese el caso. Por consiguiente, y teniendo en cuenta la fase en la que se encuentran los debates a ese respecto, es prematuro debatir DISPOSICIONES SUSTANTIVAS en relación con las ECT/EF. A los fines de organizar debates a ese respecto de forma más estructurada han de sentarse en primer lugar cimientos comunes, examinando en primer lugar para ello los OBJETIVOS POLÍTICOS y los PRINCIPIOS RECTORES GENERALES, y, una vez logrado el consenso en torno a estos últimos, centrarse en las DISPOSICIONES SUSTANTIVAS, teniendo en cuenta la actual situación en lo que respecta a la forma de respetar, preservar y mantener esas expresiones y los sistemas internacionales y nacionales que existen a ese respecto, en lugar de actuar prematuramente e iniciar debates en torno a DISPOSICIONES SUSTANTIVAS.</p> <p>Por lo tanto, los comentarios del Gobierno japonés se centran en los OBJETIVOS POLÍTICOS y los PRINCIPIOS RECTORES GENERALES y, a ese respecto, se tiene previsto formular comentarios adicionales y aportar aclaraciones de ser necesario en las futuras deliberaciones que se organicen sobre ese tema, y reservar toda postura en relación con las DISPOSICIONES SUSTANTIVAS.</p> |
| Comentario del NGA RINGA WHAKAHAERE O TE IWI MAORI (NRW), sometido por el Gobierno de Nueva Zelandia, | El enfoque adoptado por el organismo nacional de curanderos maoríes (NRW) en lo que respecta a la evaluación de los objetivos políticos y los principios revisados de la OMPI sobre la protección de las expresiones culturales tradicionales y los conocimientos tradicionales, se basa en nuestra Declaración <i>Te Iringa Wananga</i> [véase en la página siguiente]. Se trata de una declaración de posición resultante de la reunión ( <i>hui</i> ) de medicina tradicional   |

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 7

acompañado de las siguientes palabras: “Este comentario no refleja la postura del Gobierno de Nueva Zelandia. Sin embargo, consideramos que sería conveniente que el Comité Intergubernamental lo examinara teniendo en cuenta que refleja lo puntos de vista de los pueblos indígenas sobre el proyecto de objetivos y principios”.

que tuvo el año pasado en Te Iringa Marae, Tai Tokerau. Los artículos 3 y 4 de la Declaración *Te Iringa Wananga* disponen que:

“Los derechos del pueblo de la tierra (*Tangata Whenua*) en virtud del Tratado Waitangi de controlar los recursos forestales (*Ngahere*) han sido sistemáticamente, y en algunos casos deliberadamente, socavados como resultado de las acciones y omisiones de la Corona y sus diversas entidades [artículo 3]”; y

“Apoyamos a los maoríes como *Tangata Whenua* y *Tangata Kaitiaki* (custodios de una determinada área) para que mantengan sus relaciones tradicionales con el medio ambiente afirmando plenos derechos de propiedad intelectual sobre la fauna, la flora y otros recursos *Ngahere* de este país [artículo 4]”.

*Puntos fundamentales sometidos*

Las consultas del Ministerio de Desarrollo Económico con la OMPI no han sido lo suficientemente satisfactorias o amplias para que el NRW ofrezca un análisis detallado del proyecto de principios y objetivos políticos. Dicho esto, respecto a los principios guía (*kaupapa*) del NRW y en nombre de nuestros miembros, sometemos los siguientes puntos para que sean examinados al más alto nivel de la política de desarrollo de la Corona:

1. Aunque acepta que “la interacción entre cualquier nuevo mecanismo de protección y los derechos y prácticas existentes será un desafío fundamental”, el NRW considera que en el actual proceso político también debe abordarse la situación de las patentes existentes en lo que respecta a productos derivados de la flora, fauna y conocimientos tradicionales indígenas. Por ejemplo:

Principio – “Esos principios y objetivos políticos serán aplicables retrospectivamente a las patentes y procesos relacionados existentes”.

Resulta absolutamente necesario incluir principios y objetivos políticos que permitan evaluar el estatus de las patentes que ya se han concedido, en especial, estableciendo un proceso de compensación para las partes interesadas en caso de que se considere apropiado revocar las patentes. También resulta prioritario promover la idea de un fondo especial a este fin al que contribuyan todos los países de la OMPI participantes.

2. El apoyo del NRW al “principio rector de la flexibilidad aplicado a la política nacional y la formulación legislativa” dependerá de cómo se determinen los principios y objetivos políticos más importantes. Por ejemplo, si el conjunto final de objetivos y principios se orientase claramente hacia la protección de los *mātauranga* (conocimientos tradicionales) indígenas, desde nuestro punto de vista, se haría menos hincapié en proporcionar flexibilidad en lo que respecta a la aplicación a escala nacional.

3. Reiteramos la importancia de que ninguna política de la Corona sobre conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales vaya en detrimento de su capacidad de cumplir el Tratado de Waitangi, incluido el hecho de responder a demandas fundamentales tales como la WAI 262.

4. Para los fines administrativos de la OMPI deberían presentarse como referencias fundamentales, además del Tratado de Waitangi, declaraciones de la posición maorí tales como las declaraciones Mataatua y Te Iringa; y

5. Las organizaciones maoríes/*Tangata Whenua* quieren participar directamente en los procesos de la OMPI en lugar de que sean los organismos gubernamentales los que presenten sus opiniones.

A modo de conclusión, quisiera dejar constancia formal del interés del NRW en convertirse en observador acreditado ante el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (Comité Intergubernamental).

DECLARACIÓN TE IRINGA WANANGA

*Ratificada por el Comité Ejecutivo en su reunión de 29 de octubre de 2005*

1 Debido al estado actual de acceso cada vez más limitado a la flora, la fauna y otros recursos *Ngahere* debido a:

- i) La extendida destrucción del entorno natural;
- ii) Las actividades de desarrollo y contaminantes;
- iii) Las restricciones a la entrada a las tierras y áreas costeras;
- iv) Las limitaciones legislativas y de la propiedad intelectual;

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 8

|  |   |
|--|---|
|  | <p>v) Las especies nuevas o modificadas introducidas; y</p> <p>vi) El aumento de la utilización de herbicidas y pesticidas,</p> <p>Los curanderos maoríes sufren mucha presión en lo que respecta a su capacidad de mantener las prácticas tradicionales y los conocimientos tradicionales relacionados con ellas.</p> <p>2 Para lograr importantes beneficios tangibles para la salud de las personas de este país hay que proteger, respetar y cuidar los recursos <i>Ngahere</i>.</p> <p>3 Los derechos del <i>Tangata Whenua</i> en virtud del Tratado Waitangi para controlar los recursos <i>Ngahere</i> han sido sistemáticamente, y en algunos casos deliberadamente, socavados como resultado de las acciones y omisiones de la Corona y sus diversas entidades; y</p> <p>4 Apoyamos a los maoríes como <i>Tangata Whenua</i> y <i>Tangata Kaitiaki</i> para que mantengan sus relaciones tradicionales con el medio ambiente afirmando plenos derechos de propiedad intelectual sobre la fauna, la flora y otros recursos <i>Ngahere</i> de este país.</p> <p>[Una declaración de posición resultante del apoyo proporcionado por Ngati Tautahi al Nga Ringa Whakahaere o te Iwi Maori en la <i>hui</i> de medicina tradicional que tuvo lugar en Te Iringa Marae del 30 de septiembre al 2 de octubre de 2005, y que todos los presentes hicieron suya]</p>  |
| <p>Comentario de la FEDERACIÓN DE AUTORIDADES MAORÍES, sometido por el Gobierno de Nueva Zelanda, acompañado de las siguientes palabras: "Este comentario no refleja la postura del Gobierno de Nueva Zelanda. Sin embargo, consideramos que sería conveniente que el Comité Intergubernamental lo examinara teniendo en cuenta que refleja los puntos de vista de los pueblos indígenas sobre el proyecto de objetivos y principios".</p> | <p>La Federación de Autoridades Maoríes (la Federación) acoge con beneplácito la oportunidad de comentar los objetivos y principios políticos revisados (directrices).</p> <p>La Federación no se opone totalmente a las directrices y este texto refleja áreas de preocupación y áreas de desarrollo.</p> <p>La relación entre los maoríes y la Corona es de partenariado en virtud del Tratado de Waitangi y debería reconocerse a través del desarrollo de las directrices del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore y el apoyo a éstas.</p> <p>Se ha señalado que una serie de directrices están sometidas a las leyes y reglamentos nacionales o regionales. Por consiguiente, la Federación señala que estas disposiciones requieren que la legislación de Nueva Zelanda sea justa y equitativa con los maoríes.</p> <p>La Federación hace hincapié en que al estar el Gobierno y el pueblo maorí asociados en el Tratado de Waitangi, el Gobierno tiene una mayor responsabilidad en lo que respecta a proteger y respetar los derechos de los maoríes siguiendo las directrices del Comité Intergubernamental que los maoríes han hecho suyas.</p> <p>La Federación quiere señalar que en lo que respecta a cualquiera de las directrices que están "sujetas a la legislación y reglamentos nacionales" existe el riesgo de que no se proteja, o se proteja de forma limitada, al pueblo maorí y otros pueblos indígenas si el Gobierno decide no aplicar, no conservar o limitar el número de directrices en sus leyes o reglamentos.</p> <p><b>RECOMENDACIONES</b></p> <p>Reconocer del Tratado de Waitangi y la relación de partenariado entre los maoríes y la Corona en el desarrollo de marcos nacionales y la aplicación de las directrices del Comité Intergubernamental.</p> <p>Garantizar que los maoríes son informados y se les pone al día de todo el proceso y que tienen la oportunidad de participar y estar representados en el desarrollo de las leyes y reglamentos de Nueva Zelanda.</p> <p>Establecer un grupo de trabajo, en el que haya un representante maorí, a fin de crear un marco nacional para aplicar los principios del Comité Intergubernamental sobre los CC.TT. y las ECT.</p> <p>Continuar el desarrollo de la protección internacional y regional de los derechos indígenas sobre los CC.TT. y las ECT.</p> |
| <p>Comentario de MARC-RENÉ RUAKERE, sometido por el Gobierno de Nueva Zelanda, acompañado de las siguientes palabras: "Este comentario no refleja la postura del Gobierno de Nueva Zelanda. Sin embargo, consideramos que sería conveniente que el Comité Intergubernamental lo</p>  | <p>En principio, considero que los proyectos de disposiciones de los documentos antes mencionados son dignos de mérito, y aunque otros han señalado sus deficiencias (pues existen algunas) prefiero que se construya sobre lo que ya se tiene y se busquen formas pragmáticas de proteger los CC.TT. y las ECT.</p> <p>Luego de haber estudiado la teoría y la práctica sobre la observancia de los convenios, pactos y otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, la mayor parte de este comentario se centrará en la observancia de los derechos que contienen.</p> <p>Las reflexiones que aquí se realicen no serán un tratado detallado sobre reclamaciones concretas en relación a</p>  |

examinara teniendo en cuenta que refleja los puntos de vista de los pueblos indígenas sobre el proyecto de objetivos y principios”.

derechos específicos, sino que simplemente se comentarán algunas medidas prácticas a fin de reforzar lo existente.

Por consiguiente, en este comentario se hará hincapié en la prevención de la apropiación indebida de los CC.TT y las ECT.

Aplicación por parte de las Naciones Unidas de los instrumentos sobre derechos humanos y soberanía nacional de los Estados miembros

La aplicación de todo instrumento internacional será difícil en cualquier contexto. El principal obstáculo es que el órgano global que se ocupa de la aplicación tiene que enfrentarse a la soberanía del Estado miembro de que se trate.

Un ejemplo reciente de ello es que un Relator Especial de las Naciones Unidas ha sido duramente criticado por el Gobierno de Nueva Zelanda y se están tomando medidas a fin de refutar su informe, publicado recientemente. El siguiente artículo de prensa señala:

*Un funcionario de las Naciones Unidas recomienda que se derogue la Foreshore and Seabed Act (ley de fondo marino y áreas de playa entre pleamar y bajamar) 12:18 horas, 4 de abril de 2006*

Un investigador sobre derechos humanos de las Naciones Unidas recomienda cambios en la ley de fondo marino y áreas de playa entre pleamar y bajamar.

El Relator Especial de las Naciones Unidas, Rodolfo Stavenhagen, visitó Nueva Zelanda en noviembre del año pasado y se entrevistó con representantes maoríes y del Gobierno.

En su informe, recomienda que se derogue o enmiende la ley de fondo marino y áreas de playa entre pleamar y bajamar, y dice que la Corona debería entablar negociaciones sobre un tratado en el que se reconozcan los derechos inherentes a los maoríes en este ámbito.

Asimismo, señala que en Nueva Zelanda debería realizarse una reforma constitucional a fin de consolidar el Tratado de Waitangi y regular las relaciones entre el Gobierno y los maoríes.

La Primera Ministra, Sra. Helen Clark, descalificó el informe describiéndolo como poco equilibrado y una pérdida de oportunidades.

En este caso, aunque el informe del Relator ha sido fuertemente criticado por el Gobierno de Nueva Zelanda, ha puesto de relieve la importancia que tiene la existencia de un punto de vista internacional objetivo que plantee los problemas y las posibles soluciones.

*Modalidades de observancia existentes*

En cualquier instrumento internacional siempre habrá disposiciones en materia de observancia. En relación con la observancia de los derechos humanos ya existen una serie de modalidades:

La incorporación del instrumento internacional a la legislación municipal del Estado que lo ratifique (sin embargo, esto está sujeto a que el Estado miembro ratifique todo el instrumento y no introduzca reservas en relación con algunas cláusulas);

Las sanciones civiles y penales que contempla la ley – a saber, mandamientos judiciales y otras soluciones equitativas;

El derecho de P.I. actualmente en vigor (que puede cubrir la observancia de los puros intereses económicos en relación con algunos tipos de CC.TT. y ECT);

El arbitraje y la mediación internacionales;

Los programas educativos en los que se hace hincapié en la importancia de la protección de los CC.TT. y las ECT, y el hecho de que los pueblos indígenas pueden denunciar la apropiación indebida de su propiedad intelectual y cultural;

La investigación e informes del Relator Especial presentados a las Naciones Unidas (y en última instancia al Estado miembro que está siendo investigado) – sin embargo, esto sólo será aplicable si el Estado miembro ha cometido un delito de apropiación indebida;

Queja presentada por la parte demandante ante la Corte Internacional de Justicia por incumplimiento de un instrumento internacional;

La participación de las organizaciones no gubernamentales (ONG);

Órganos específicos creados para tratar las cuestiones relativas a los derechos indígenas, a saber en

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 10

Aotearoa/Nueva Zelandia tenemos el Tribunal Waitangi y el grupo asesor maorí de la Oficina de la Propiedad Intelectual de Nueva Zelandia.

En el *Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales* (1998-1999) se identifican y reconocen las modalidades de observancia de los derechos de P.I.

PROPUESTA

Ahora el comentario se centrará en el fortalecimiento de cada una de estas modalidades de observancia:

*Incorporación del instrumento internacional a la legislación municipal del Estado*

En ordenamientos jurídicos como el de los Estados Unidos de América, la simple ratificación por parte del Congreso conduce a la aplicación de un instrumento internacional. Se trata de jurisdicciones “de aplicación inmediata, y en ellas los instrumentos internacionales ratificados se convierten en legislación nacional. Sin embargo, en la mayor parte de los sistemas jurídicos de tipo anglosajón, para poder ser “aplicado”, el instrumento internacional tiene que ser introducido en la legislación nacional a través de una ley parlamentaria y, por consiguiente, se trata de jurisdicciones “ejecutorias”.

*Considero* que el instrumento definitivo de la OMPI debería tener *disposiciones obligatorias* a fin de que los Estados miembros que lo ratifiquen tengan que firmar el documento *sin poder formular reservas* respecto a alguna de las cláusulas que comprende. Esto significará que para las jurisdicciones “ejecutorias”, el poder del instrumento no se diluirá y es más probable que sea seguido por los tribunales de la jurisdicción competente. En otras palabras, el instrumento tendrá una condición de “autoridad “en lugar de una condición “interpretativa”.

*Sanciones civiles y penales que contiene la legislación*

El sistema jurídico de Aotearoa/Nueva Zelandia, como muchos sistemas jurídicos angloamericanos, tiene en su legislación penal y civil disposiciones que pueden reforzarse.

En la legislación penal, se protege a los que sufren el robo de propiedades (que en este país incluyen, cualquier *crédito* – incluido todo derecho de propiedad intelectual). Además, en los sistemas de justicia penal angloamericanos existe el principio de que el desconocimiento de la ley no exime de responsabilidad cuando se comete un delito (en este caso el robo u apropiación indebida de propiedades). Esto significa que incluso los que se apropian indebidamente de CC.TT. y ECT sin obtener un permiso comercial de sus propietarios indígenas pueden tener una responsabilidad penal.

Las legislaciones civiles, de nuevo en el contexto angloamericano, pueden proteger de muchos de sus problemas a los pueblos indígenas utilizando, por ejemplo, los mandamientos judiciales y otras soluciones equitativas como el recuento de ganancias (si existe un acuerdo previo entre el grupo indígena y el supuesto autor de apropiación indebida). El derecho de daños puede incluir acciones contra la imitación fraudulenta, además de otras formas de protección que disponga la legislación, como leyes sobre comercio justo, la mayoría de las cuales abordan la impostura.

Tampoco deben olvidarse las soluciones contractuales de las que disponen las partes que han llegado a un acuerdo previo.

En algunas jurisdicciones también pueden existir elementos de responsabilidad objetiva ya sea en un contexto penal o en un contexto civil. *Considero* que la apropiación indebida de CC.TT. y ECT debería establecerse en el instrumento de la OMPI instando a los Estados miembros a convertir la apropiación indebida de CC.TT. y ECT en un delito de responsabilidad objetiva tanto en la jurisdicción civil como en la penal. Por consiguiente, esto dejaría totalmente claro que los que cometen un delito pueden ser procesados incluso aunque no sepan que han incurrido en un delito de apropiación indebida de CC.TT. y ECT.

*El derecho de P.I. actualmente en vigor (para la observancia de los puros intereses económicos en relación con algunos tipos de CC.TT. y ECT)*

Además de las soluciones de derecho civil antes mencionadas, las disposiciones en relación con la protección de la P.I. también pueden cubrir los intereses económicos de los pueblos indígenas que quieren proteger sus CC.TT. y ECT. Aunque los CC.TT. y las ECT no siempre son complementarios, sigue siendo conveniente para las poblaciones indígenas utilizar la legislación sobre P.I. como forma de proteger sus intereses económicos, y otras leyes (como las relacionadas con los daños), y los mandamientos judiciales sirven para proteger otros intereses (por ejemplo, los derechos morales en virtud de la legislación en materia de derecho de autor).

*Considero* que el ejemplo de un grupo asesor maorí en la Oficina de la Propiedad Intelectual de Nueva Zelandia es bueno y que el resto del mundo debería seguirlo, si no lo está haciendo ya. Esto remite directamente a las preocupaciones tanto en lo que respecta a la P.I. como en lo que respecta a los CC.TT. y las ECT, aunque incluso el ejemplo de Nueva Zelandia puede mejorarse. Un buen comienzo sería la creación de una oficina de propiedad intelectual indígena en cada Estado que ratifique el instrumento de la OMPI.

Registrar los CC.TT. y las ECT en un órgano central sería una buena forma de dar a conocer al público en general que existe un derecho preexistente en relación con los CC.TT. y/o las ECT. Quizá el único método para informar

al público en general de que dicho derecho existe sea a través de una declaración legal o una ley del Parlamento. *Considero* que el derecho debe registrarse como perteneciente a un determinado grupo indígena a perpetuidad (siempre que este derecho haya sido justamente otorgado), lo que lo distinguirá de los auténticos derechos de P.I. que en los sistemas jurídicos angloamericanos sólo tienen una duración determinada.

*El arbitraje y la mediación internacionales*

Esto probablemente no interese cuando se trate de una persona indígena frente a una empresa u otro individuo (aunque puede resultar de ayuda en alguno de esos conflictos). Sin embargo, este método de observancia será fundamental en los conflictos entre pueblos indígenas y sus gobiernos (porque algunas veces éstos se apropian indebidamente de CC.TT. y ECT de sus pueblos indígenas), o incluso cuando el conflicto sea transnacional (por ejemplo, en Alemania se ha producido una supuesta apropiación indebida, y el querellante es de Samoa).

*Considero* que el arbitraje y la mediación internacionales deben incluirse como *obligatorios* en el instrumento de la OMPI, especialmente para casos de conflicto entre pueblos indígenas y sus gobiernos, y para los conflictos transnacionales.

*Programas educativos*

Aunque no son exactamente un método de observancia, los programas educativos son fundamentales para las personas que necesitan conocer sus derechos, así como para los que pueden cometer actos de apropiación indebida y que pueden ver como estos derechos se aplican en su contra. La OMPI ha realizado grandes progresos en educar a la población mundial respecto a su deseo de crear un instrumento internacional para proteger los CC.TT. y las ECT. Lo mismo será válido, sin duda alguna, en lo que respecta a los programas educativos necesarios para aumentar la concienciación sobre la cuestión entre la población mundial.

*Considero* que ciertos programas educativos que aborden específicamente las cuestiones relacionadas con los CC.TT. y las ECT tienen que contemplarse en las disposiciones del instrumento definitivo de la OMPI.

*La investigación y los informes del Relator Especial presentados a las Naciones Unidas*

Al igual que los programas educativos, los informes del Relator Especial sobre los derechos humanos tienen por efecto hacer hincapié en las deficiencias y las posibles resoluciones en relación con áreas concretas, y cabe señalar que existen relatores especiales sobre las discapacidades, la tortura, los derechos a la salud y el racismo. El procedimiento 1503 del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas tiene que invocarse antes de que pueda activarse esta observancia, y también existen criterios especiales que tienen que reunirse antes de que el Relator pueda ayudar informando a las Naciones Unidas y buscando de esta forma una serie de respuestas de parte de esta Organización (en casos extremos sanciones económicas o una resolución del Consejo de Seguridad de enviar fuerzas de mantenimiento de la paz).

*Considero* que la OMPI debería iniciar un procedimiento similar con miras a investigar las reclamaciones de apropiación indebida de CC.TT. y ECT y después informar a las Naciones Unidas, incluyendo recomendaciones sobre cómo pueden resolverse los incumplimientos que se detecten.

Se señala que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (UNCHR, en sus siglas en inglés) tiene una Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. *Considero* que la OMPI debería trabajar con esta organización a fin de que la protección de los CC.TT. y las ECT no se vea simplemente como un derecho de P.I. aplicable sino como un derecho humano fundamental.

*Demanda presentada ante la Corte Internacional de Justicia por incumplimiento de un instrumento internacional*

Cuando un Estado quiere demandar a otro tiene que acudir a la Corte Internacional de Justicia de La Haya en los Países Bajos. Es concebible que un Estado demande a otro por apropiación indebida de CC.TT. y ECT; sin embargo, no preveo que esto vaya a ocurrir. *Este método de observancia no es recomendable en lo que respecta a los CC.TT. y las ECT.*

*Organizaciones no gubernamentales (ONG)*

Creo que en el ámbito de los derechos humanos, la participación de ONG es la forma más eficaz de aplicar instrumentos al respecto. En general, grupos como Amnistía Internacional y *Save the Children* tendrán un mayor impacto en lo que respecta a la aplicación de cualquier instrumento sobre derechos humanos debido especialmente a que pueden lograr objetivos que los organismos gubernamentales no pueden alcanzar, y a menudo pueden actuar o reaccionar frente a varias crisis de forma más rápida.

En lo que respecta a la observancia de los derechos en relación con los CC.TT. y las ECT indígenas, las ONG pueden desempeñar una función primordial en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

Una ONG internacional que trabaja con los pueblos indígenas es *Minority Rights Group International*. *Considero* que la OMPI tendría que trabajar con esta organización y proporcionarle el estatus consultivo especial que otras ONG tienen ante el ECOSOC.

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 12

|   |   |
|---|---|
|   | <p><i>Organizaciones específicas creadas para ocuparse de cuestiones relacionadas con los derechos indígenas</i></p> <p><i>Considero que:</i></p> <p>Los Estados miembros deben ratificar el instrumento de la OMPI y en él debe señalarse que sus artículos/cláusulas no son negociables y que no se pueden introducir reservas; que el Estado miembro deberá crear una comisión u órgano que tenga los recursos adecuados y la jurisdicción y las competencias necesarias para establecer e iniciar procedimientos por reclamaciones indígenas de apropiación indebida de CC.TT. y ECT,</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>i. Si existe un órgano de este tipo (a saber, el Tribunal Waitangi) debe dársele jurisdicción para determinar dichas reclamaciones y coordinar sus acciones con otros organismos interesados en la protección de los CC.TT. y las ECT (a saber, IPONZ, los archivos nacionales, los archivos cinematográficos nacionales, etc.).</li> <li>ii. En los países que tienen departamentos sobre pueblos indígenas (tales como el Departamento canadiense de Asuntos Indios y Desarrollo del Norte, el Departamento de Familias, Servicios Comunitarios y Asuntos Indígenas de Australia, etc.), deben dárseles las competencias necesarias para iniciar procedimientos por apropiación indebida de CC.TT. y ECT indígenas tanto a escala nacional como internacional.</li> </ol> <p><i>Otros comentarios generales y conclusiones</i></p> <p><i>Asimismo, considero que:</i></p> <p>En la OMPI debería crearse un comité indígena formado por representantes de las primeras naciones y los pueblos indígenas, cuyas funciones deberían consistir en:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <del>Estar</del> al tanto de todas las reclamaciones de apropiación indebida de CC.TT. y ECT;</li> <li>2. Así como realizar actividades de coordinación con otras organizaciones (a saber, la UNESCO, la OIT y otras organizaciones interesadas en la protección de los CC.TT. y las ECT).</li> </ol> <p>En el análisis final cabe señalar que existe una línea divisoria en una de cuyas partes se encuentran los intereses comerciales privados que cualquier asociación indígena querría proteger, especialmente frente a otra empresa y/o individuo. En la otra parte de la línea se encuentran los casos en los que el Estado en el que supuestamente se ha apropiado indebidamente de CC.TT. y ECT. Esos casos requerirán medidas de observancia muy creativas y es de esperar que esto sea abordado por la investigación de un Relator Especial y sería apropiado utilizar posteriormente el arbitraje o la mediación entre las partes.</p> <p>Asimismo, se espera que las medidas perfiladas en este comentario no representen un desafío para la soberanía de ningún Estado miembro en concreto, sino que sirvan para poner de relieve la soberanía de los Estados y dejar claro que si se quiere que las disposiciones del instrumento definitivo de la OMPI sean eficaces, todas las medidas de observancia tienen que respetar la soberanía del Estado miembro y la soberanía de los pueblos indígenas.</p> <p>Además, con estas medidas de observancia se pretende proteger tanto los intereses económicos como los intereses sociales, políticos y culturales en relación con los CC.TT. y las ECT.</p> |
| <p>Comentario del Sr. MAUI SOLOMON, sometido por el Gobierno de Nueva Zelandia, acompañado de las siguientes palabras: "Este comentario no refleja la postura del Gobierno de Nueva Zelandia. Sin embargo, consideramos que sería conveniente que el Comité Intergubernamental lo examinara teniendo en cuenta que refleja los puntos de vista de los pueblos indígenas sobre el proyecto de objetivos y principios".</p> | <p>Nota de la Secretaría de la OMPI: Teniendo en cuenta su extensión, el comentario del Sr. Solomon se reproduce en su totalidad como un apéndice a este documento. Las referencias concretas a objetivos, principios rectores generales y principios sustantivos del comentario del Sr. Solomon aparecen en todo este cuadro. El Sr. Solomon preparó su comentario en relación con el anexo al documento WIPO/GRTKF/IC8/4, que es idéntico al anexo al documento WIPO/GRTKF/IC/9/4.</p>  |
| <p>NORUEGA</p>  | <p>En la novena sesión, Noruega presentó el documento WIPO/GRTKF/IC/9/12 con relación los documentos 9/4 y 9/5. El objetivo del documento 9/12 es contribuir al debate de los objetivos políticos y principios relativos a la protección de los conocimientos tradicionales (CC.TT.) y las expresiones culturales tradicionales (ECT) que tiene lugar en el seno del Comité Intergubernamental, con vistas a seguir avanzando durante el período de renovación del mandato. La finalidad de la primera parte del documento es tratar de encontrar áreas donde parece existir consenso o un inicio de consenso, en lugar de centrarse en cuestiones donde hasta el momento el debate ha estado polarizado. En este sentido, en el presente documento se ofrecen propuestas sobre cómo dividir los objetivos y</p>  |

|                     |   |
|---------------------|---|
|                     | <p>principios rectores de los anexos de los documentos 9/4 y 9/5 en dos categorías; 1) objetivos con un carácter preambular y contextual y 2) objetivos o principios que son más susceptibles de tratarse a través de disposiciones sustantivas internacionales. Por último, se presenta una propuesta sobre la posibilidad de utilizar el artículo 10<i>bis</i> del Convenio de París como modelo para un futuro instrumento de protección de los conocimientos tradicionales.</p> <p>El documento 9/12 refleja el punto de vista de Noruega sobre cómo debería el Comité abordar los documentos 9/4 y 9/5. Queremos hacer hincapié en que en el documento 9/12 simplemente se presenta una idea sobre cómo el Comité podría avanzar para alcanzar un resultado concreto durante el presente período del mandato, y que Noruega no excluye en este momento ningún tipo de resultado final de las deliberaciones del Comité Intergubernamental.</p> <p>(Nota de la Secretaría de la OMPI: los comentarios de Noruega continúan con información relativa a la divulgación del origen de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales; esta información se encuentra en la compilación de comentarios del documento WIPO/GRTKF/IC/9/5)</p>  |
| FEDERACIÓN DE RUSIA | <p>La Federación de Rusia expresa su apoyo a la labor realizada por la Secretaría en la elaboración del proyecto de disposiciones sobre la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore, objetivos políticos y principios rectores de la protección.</p> <p>La Federación de Rusia piensa que la elaboración del proyecto de objetivos políticos y principios rectores generales constituye una base firme para un debate constructivo subsiguiente en el seno del Comité sobre importantes cuestiones relativas a la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore.</p> <p>En general, el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4, que contiene el texto principal y el Anexo, se ha creado a partir del modelo del documento WIPO/GRTKF/IC/8/4. El cuerpo principal del documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 contiene una breve exposición de las actividades del Comité sobre la cuestión de la protección de las expresiones culturales tradicionales o del folclore. Consideramos importante la disposición mencionada en la Sección III del texto principal (párrafo 13) del documento WIPO/GRTKF/IC/9/4, en la que se declara que los resultados de la labor del Comité no están predeterminados por el mandato del Comité en cuanto a su forma o su naturaleza. El párrafo 13 contiene también algunos enfoques posibles, muchos de los cuales pueden ser aceptables para la preparación de los resultados de la labor del Comité. Por consiguiente, las posibilidades del Comité en lo tocante a las cuestiones relacionadas con la protección de las expresiones culturales tradicionales o del folclore son amplias.</p> <p>El Anexo al texto principal del documento WIPO/GRTKF/IC/9/4, "Disposiciones revisadas para la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: Objetivos políticos y principios fundamentales", se divide en tres secciones: objetivos de la protección, principios sobre las disposiciones relativas a la protección concedida y disposiciones sustantivas.</p> <p>De acuerdo con el Artículo 3 de los fundamentos de la legislación de la Federación de Rusia sobre cultura, el folclore se considera un valor cultural, uno de los elementos de la propiedad cultural común de los pueblos de la Federación de Rusia.</p> <p>Pensamos que la protección de las expresiones culturales tradicionales o del folclore debe, entre otras cosas, dirigirse a lo siguiente: Reconocer el valor, promover el respeto de la cultura tradicional; en particular, la Federación de Rusia reconoce la igualdad del valor de las culturas (es decir, reconoce su valor y expresa su respeto) y la igualdad de derechos y libertades en el campo de la cultura para todos los pueblos de la Federación de Rusia, y promueve la creación de condiciones de igualdad para la preservación y desarrollo de estas culturas. Apoyar las prácticas tradicionales y la cooperación en las comunidades, impedir la apropiación ilegítima de expresiones culturales tradicionales y expresiones del folclore, promover la preservación de las culturas tradicionales, fomentar la innovación y la creatividad en las comunidades, promover la libertad de creación y artística, la investigación y el intercambio cultural, promover el desarrollo y la protección de la diversidad de expresiones culturales y aumentar la confianza, la transparencia y la confianza mutua. Por consiguiente, en la Federación de Rusia todos tienen derecho a que el estado proteja su identidad cultural. A todas las personas se les otorga el derecho a participar en la vida cultural, en la atribución y el acceso a los valores culturales.</p> <p>Los pueblos de la Federación de Rusia tienen el derecho a conservar y desarrollar su identidad cultural, a proteger, restaurar y preservar el hábitat cultural e histórico original. Al mismo tiempo, la política en materia de conservación, creación y distribución de valores culturales de los pueblos indígenas no debe ir en detrimento de las culturas de otros pueblos del país.</p> <p>La legislación de la Federación de Rusia presta especial atención a los pueblos minoritarios. La Federación de Rusia garantiza su patrocinio respecto de la conservación y restauración de la identidad cultural y nacional de las comunidades étnicas minoritarias de la Federación de Rusia por medio de la protección y la estimulación previstas en los programas públicos federales.</p> <p>Asimismo, cabe mencionar la ley Federal de 4 de abril de 1999 núm. 82-FL "Sobre las garantías de los derechos de los pueblos indígenas minoritarios de la Federación de Rusia". De acuerdo con su legislación, la Federación de Rusia es responsable ante sus ciudadanos de asegurar las condiciones para acceder a las actividades culturales, los valores culturales y los bienes culturales. Con el fin de asegurar la accesibilidad de las actividades culturales para todos los ciudadanos, los órganos ejecutivos y administrativos y los órganos de gobierno local, de acuerdo con sus competencias, deben:</p> <p>- fomentar las actividades de los ciudadanos para atraer a los niños hacia la creatividad y el desarrollo cultural, el</p> |

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 14

|               |  |
|---------------|--|
|               | <p>autoaprendizaje, el arte aficionado y la artesanía;</p> <p>- crear las condiciones para una mayor educación estética y una educación primaria artística masiva, principalmente a través de la humanización del sistema educativo en su conjunto, apoyar y crear una red de instituciones y organizaciones especiales: escuelas, estudios y cursos de arte, arte no profesional (creatividad artística independiente);</p> <p>- ofrecer patrocinio en el campo de la cultura a los grupos menos protegidos económica y socialmente.</p> <p>Además, cabe mencionar que la Federación de Rusia promueve el aumento en el número de participantes en relaciones culturales internacionales, fomenta la participación independiente directa en intercambios culturales de personas y organizaciones culturales y promueve también el desarrollo de la cultura en el extranjero a través de relaciones con compatriotas y sus descendientes en el extranjero, mediante la organización de centros culturales y la celebración de actividades culturales conjuntas.</p> <p>En la Federación de Rusia todos son responsables de la preservación del patrimonio histórico y cultural.</p> <p>Al mismo tiempo, parece que debe establecerse una distinción entre las comunidades tradicionales y otros tipos de comunidades culturales.</p> <p>Asimismo, consideramos importantes los principios rectores generales expuestos en la Sección 2 del Anexo al documento WIPO/GRTKF/IC/9/4, como el principio de receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades (de los pueblos), el principio de equilibrio, el principio de respeto de los acuerdos e instrumentos regionales e internacionales y concordancia con los mismos, el principio de flexibilidad y exhaustividad, el principio de reconocimiento de la naturaleza específica y las características de las expresiones culturales, el principio de la complementariedad con la protección de los conocimientos tradicionales, el principio de respeto de los derechos de los pueblos indígenas y otras comunidades tradicionales y obligaciones para con los mismos, el principio de respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de las expresiones culturales tradicionales o del folclore y el principio de la efectividad y accesibilidad de las medidas de protección.</p> <p>Habida cuenta de lo anteriormente señalado, consideramos que las disposiciones relativas a los objetivos y a los principios rectores generales son, en general, aceptables.</p> <p>Es importante determinar claramente quiénes son los beneficiarios de la protección, el alcance de los derechos otorgados y la duración de la protección a la hora de proteger los objetos de propiedad intelectual. A este respecto, las disposiciones expuestas en la Sección 3 del Anexo al documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 requieren un estudio más atento y algunas aclaraciones.</p> <p>Así, por ejemplo, podemos fijarnos en la disposición del Artículo 2 de la Sección 3 (disposiciones sustantivas) del Anexo del documento WIPO/GRTKF/IC/9/4, en la que se declara que se considera que los beneficiarios de la protección son los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales. Los criterios mediante los que se atribuyen los derechos son la confianza en la custodia, el cuidado y la salvaguardia de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore de conformidad con sus leyes y prácticas consuetudinarias, y que mantienen, utilizan o desarrollan las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore como elementos característicos de su identidad cultural. Estas disposiciones no permiten determinar suficientemente quiénes son los beneficiarios de la protección jurídica.</p> <p>Además, tradicionalmente la protección concedida a los objetos de propiedad intelectual siempre se ha limitado en el tiempo; sin embargo, las disposiciones de la Sección 3 del Anexo al documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 establecen que la protección, que en esencia se acerca a la protección de los objetos de propiedad intelectual, puede ser indefinida, lo que hace razonable estudiar con mayor detenimiento las posibles consecuencias de dicha protección.</p> |
| CONSEJO SAAMI | <p>El Consejo Saami ha formulado en ocasiones anteriores muchas observaciones con relación a los objetivos políticos y principios fundamentales contenidos en el Anexo del documento 9/4, tanto durante las sesiones del Comité Intergubernamental como por escrito en documento enviado a la Secretaría de la OMPI, tal como se había solicitado. Fundamentalmente, nos referiremos a estas manifestaciones anteriores, y en este momento expondremos nuestros comentarios sobre las cuestiones más decisivas contenidas en el documento 9/4.</p> <p>En términos generales, pensamos que los objetivos políticos y los principios fundamentales relativos a las expresiones culturales tradicionales han mejorado considerablemente durante el transcurso de la labor del Comité Intergubernamental. En particular, apreciamos el hecho de que muchas de las observaciones formuladas por los representantes de los pueblos indígenas hayan encontrado su lugar en los objetivos políticos y principios fundamentales. En consecuencia, la posición del Consejo es que en este momento los objetivos políticos y los principios fundamentales contienen varios elementos que, en caso de adoptarse y aplicarse, pueden resultar de gran utilidad para proteger las expresiones culturales tradicionales de los pueblos indígenas. Con todo, son necesarias determinadas mejoras para que las directrices puedan aceptarse.</p> <p>Principalmente, nuestra preocupación es que las directrices no son lo suficientemente claras con respecto a quiénes son los propietarios, los titulares y los custodios de las expresiones culturales tradicionales. Además, debe seguirse trabajando para abordar el tema de las expresiones culturales tradicionales que los regímenes convencionales de derechos de propiedad intelectual consideran que se encuentran en el denominado dominio público.</p>   |

|   |  |
|---|--|
|   | <p>...</p> <p><i>Conclusión</i></p> <p>Si se satisfacen las inquietudes señaladas anteriormente, el Consejo Saami puede apoyar la adopción de los objetivos políticos y principios fundamentales, así como el inicio de un proceso dirigido a trasladar las directrices a un documento vinculante desde el punto de vista jurídico.</p>  |
| <p>SECRETARÍA DEL FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS</p> | <p>Los comentarios de la Secretaría se basan en un análisis de los documentos y no pretenden, de ninguna manera, representar las opiniones de los miembros del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas.</p> <p>La Secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas fue establecida por la Asamblea General en 2002. Tiene su sede en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, en la División de Política Social y Desarrollo del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (DPSD/DAES).</p> <p>La función principal de la Secretaría del Foro Permanente es la de preparar las reuniones anuales del Foro Permanente que se celebran en mayo. La Secretaría también</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- proporciona apoyo a los miembros del Foro Permanente a lo largo del año;</li><li>- defiende, facilita y promueve la coordinación y la aplicación en el sistema de las Naciones Unidas de las recomendaciones resultantes de cada sesión anual;</li><li>- promueve la sensibilización acerca de las cuestiones indígenas dentro del sistema de las Naciones Unidas, los gobiernos y público en general; y</li><li>- sirve como fuente de información y centro de coordinación para las actividades de promoción que atañen al mandato del Foro Permanente y para las cuestiones en curso que surgen con relación a los pueblos indígenas.</li></ul> <p>La Secretaría del Foro Permanente desea expresar su reconocimiento a la labor que ha realizado el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore durante las últimas nueve sesiones. La Secretaría del Foro Permanente reconoce también la labor previa realizada durante varias décadas por la Secretaría de la OMPI en la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore, sus misiones exploratorias, sus dilatadas consultas con las comunidades, sus encuestas y sus análisis de los mecanismos jurídicos nacionales y regionales vigentes sobre propiedad intelectual y de otras normativas.</p> <p>Las revisiones de los objetivos políticos y principios de ambos documentos son muy exhaustivas, ya que incluyen cuestiones políticas, declaraciones y debates de los Estados miembros, organizaciones de los pueblos indígenas y otras organizaciones y partes interesadas de la sociedad civil. Si bien es algo que han puesto de manifiesto las organizaciones de los pueblos indígenas en numerosas ocasiones en el pasado, debe decirse de nuevo que el hecho de disponer de dos conjuntos diferentes de proyectos de objetivos (expresiones culturales o expresiones del folclore y conocimientos tradicionales), puede considerarse que pasa por alto el hecho de que los sistemas de conocimientos indígenas son globales y están interrelacionados. Al mismo tiempo, hay que reconocer que se ha tratado de que ambas áreas se complementen entre sí.</p> <p>...</p> <p><i>Conclusión</i></p> <p>La Secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas reconoce que las políticas y los debates relativos a la protección de los sistemas de conocimientos tradicionales conforman un área que evoluciona con rapidez y, por este motivo, no existe una solución que se adapte a la enorme cantidad y diversidad de comunidades indígenas, no sólo a nivel internacional sino también a nivel nacional y local. También reconoce que se trata de un área compleja y que el reto consiste en encontrar soluciones que no supongan cargas administrativas para las comunidades indígenas que ya tienen que tratar con una miríada de organismos a muchos niveles con relación a la multiplicidad de cuestiones que les afectan.</p> <p>Existe la opinión entre las comunidades indígenas de que el régimen vigente de derechos de propiedad intelectual es un concepto extraño y problemático y que, por tanto, no debe ser la única solución para proteger las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore y los conocimientos tradicionales. Además, la carga de la prueba sobre cómo mantienen, practican y transmiten los pueblos indígenas los conocimientos tradicionales no debe recaer en éstos. Por consiguiente, la idea de establecer registros tiene que estudiarse con detenimiento con el fin de evitar que esto imponga cargas innecesarias sobre los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas necesitan mantener sus responsabilidades en la regulación de la protección de los conocimientos tradicionales y en sus prácticas, especialmente en lo tocante a la definición de conocimientos tradicionales en el seno de sus comunidades. Por tanto, la elaboración de cualquier medida de protección debe tener en cuenta estas cuestiones más amplias.</p> |

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 16

|                  |   |
|------------------|---|
| <p>SUDÁFRICA</p> | <p>1. Las prácticas culturales tradicionales constituyen un fundamento importante de la identidad comunitaria y de la cohesión social.</p> <p>2. Esto tiene repercusiones para nuestra constitución, especialmente en lo que atañe al derecho consuetudinario, donde los matrimonios consuetudinarios están reconocidos por la constitución, aunque parecen prevalecer los conceptos occidentales.</p> <p>3. Se trata de un asunto complejo y, de un modo u otro, nuestros presupuestos deben tener en cuenta la posición adoptada por los dirigentes tradicionales al respecto de algunas de estas cuestiones. Debemos ser prudentes sobre las repercusiones de la ratificación de un convenio de este tipo, ya que pone sobre el tapete una cuestión seriamente reprimida que tiene relación con la posición de los dirigentes tradicionales en la política de este país.</p> <p>4. La perspectiva de los derechos humanos es fundamental y solamente habrán de protegerse las prácticas culturales tradicionales que sintonicen con los derechos humanos.</p> <p>5. Las personas constituyen un elemento importante en la protección y promoción de las expresiones culturales tradicionales, y deben establecerse incentivos institucionales que alienten a las personas a transmitir estos conocimientos a otros miembros de la comunidad.</p> <p>6. La mayoría de las expresiones culturales tradicionales trascienden las fronteras nacionales, por lo que su protección debe establecerse tanto a nivel comunitario como nacional y regional. Esto significa que las políticas y legislaciones nacionales deben ponerse en sintonía.</p> <p>7. Las expresiones culturales tradicionales son la base de formas culturales o artísticas contemporáneas, y esto debe destacarse cuando sea posible. Debemos protegernos frente a la marginalización de las expresiones culturales tradicionales.</p> <p>Las cuestiones que siguen a continuación se plantean en el contexto de la política sobre sistemas de conocimientos indígenas, que recae entre nuestras competencias. Se ha hecho todo lo posible para razonar los comentarios y los cambios propuestos.</p>  |
| <p>SUIZA</p>     | <p>Desde el punto de vista de Suiza,</p> <p>1. llegar a un acuerdo sobre los objetivos políticos y principios rectores generales para la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales y</p> <p>2. establecer una definición de trabajo de las expresiones “conocimientos tradicionales” y “expresiones culturales tradicionales”,</p> <p>son dos tareas fundamentales que deben acometerse desde el principio en cualquier debate que tenga lugar en el seno del Comité sobre los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales.</p> <p>El Comité ha estado debatiendo los objetivos políticos y los principios rectores generales en varias de sus sesiones anteriores. Además, la Secretaría presentó definiciones exhaustivas de las expresiones “conocimientos tradicionales” y expresiones culturales tradicionales” (véanse, por ejemplo, los documentos WIPO/GRTKF/IC/3/9, párrafo. 25, y WIPO/GRTKF/IC/8/4, Anexo, página 10), que ofrecen un excelente punto de partida para el debate de las cuestiones terminológicas en el seno del Comité. Sin embargo, hasta el momento, la labor del Comité con relación a estas tareas no ha finalizado. Por consiguiente, es necesario que el Comité siga debatiendo con mayor detenimiento estos objetivos políticos y principios rectores generales y que llegue en última instancia a un acuerdo sobre ellos, y establezca definiciones de trabajo de ambas expresiones.</p> <p>Sólo cuando se hayan llevado a cabo estas tareas fundamentales, podrá el Comité tomar otras medidas con relación a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales. De lo contrario, el Comité dejará fuera estos asuntos fundamentales y necesarios. Por consiguiente, Suiza coincide con las delegaciones que consideran que el debate de las posibles disposiciones sustantivas sobre la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, tal como están propuestas, es prematuro en este momento. Por tanto, formularemos nuestras observaciones sobre las disposiciones sustantivas propuestas en los documentos WIPO/GRTKF/IC/9/4 y WIPO/GRTKF/IC/9/5 en una fase posterior de los debates del Comité sobre la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales.</p> <p>En contra de lo que han declarado algunas delegaciones en la novena sesión del Comité, continuar con el debate de los objetivos políticos y principios rectores generales y establecer definiciones de trabajo de las expresiones “conocimientos tradicionales” y “expresiones culturales tradicionales” no es un ejercicio vano. Por el contrario, Suiza considera que el debate de estas cuestiones es un requisito previo necesario para cualquier trabajo posterior que tenga sentido y se dirija a la obtención de resultados en la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales por parte del Comité.</p> <p>Habida cuenta de estas consideraciones, Suiza piensa que es fundamental que el Comité continúe e intensifique su labor con relación a los objetivos políticos y los principios rectores generales de la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, así como sobre la terminología pertinente. Un paso importante en este proceso es la recopilación por escrito de las opiniones sobre estos objetivos y principios rectores generales.</p> |

|                           |   |
|---------------------------|---|
| ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA | <p>Los Estados Unidos América desean expresar su agradecimiento a la Oficina Internacional por la labor que ha realizado en “La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: Objetivos y principios revisados” en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4. Nos hemos beneficiado considerablemente del debate de estos objetivos y principios durante la novena sesión del Comité Intergubernamental, y confiamos en seguir debatiendo y profundizando en esta cuestión en la décima sesión del Comité Intergubernamental, con vistas a enriquecer nuestro entendimiento respecto de estas complejas cuestiones. En adelante de la décima sesión del Comité Intergubernamental, los Estados Unidos de América exponen por escrito los comentarios que siguen a continuación.</p> <p>Los Estados Unidos América están extremadamente interesados en aprender de la experiencia de otros miembros del Comité Intergubernamental, en escuchar atentamente los problemas y preocupaciones concretas relacionadas con las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore y en intercambiar puntos de vista, información y prácticas óptimas en la preservación, promoción y fomento de un entorno de respeto por las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore. Los Estados Unidos América piensan que mantener y centrar este debate llevará al entendimiento mutuo y en profundidad que aportará información y aclarará la futura labor del Comité Intergubernamental.</p> <p>A partir de una trayectoria de logros del Comité Intergubernamental a lo largo de los últimos años, los Estados Unidos de América piensan que está empezando a surgir un entendimiento común sobre muchos de los objetivos y principios. Desde el punto de vista de los Estados Unidos de América, reconocer el valor intrínseco y promover el respeto de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore tienen una importancia fundamental. Hay otros valores muy importantes que están reflejados en varios objetivos y principios relacionados con el papel de las comunidades en la creación, mantenimiento, promoción, protección y preservación de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore, especialmente las prácticas consuetudinarias, la cooperación de las comunidades, la innovación, la creatividad y el desarrollo.</p> <p>En un mundo donde la propia supervivencia de algunas expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore está amenazada, los Estados Unidos América piensan que su salvaguardia tiene una importancia decisiva. Los Estados Unidos América piensan que los importantes valores de la libertad intelectual y artística, la investigación y el intercambio cultural, que contribuyen a poner de relieve y a celebrar nuestra diversidad cultural, deben coexistir con los valores de la protección y el mantenimiento de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore en un entorno que reconoce su valor intrínseco.</p> <p>Una vez que se haya alcanzado el consenso en torno a los objetivos políticos y principios fundamentales, los Estados Unidos América confían en mantener un debate robusto, centrado y mantenido en el seno del Comité Intergubernamental sobre la aplicación de estos conceptos a problemas y preocupaciones concretas relacionadas con las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore. Entre ellos, las medidas dirigidas a impedir la apropiación indebida de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore y a evitar la concesión de derechos de propiedad intelectual sin validez legal demandarán toda nuestra atención. Los Estados Unidos de América confían en examinar estas y otras cuestiones con mayor profundidad en la décima sesión del Comité Intergubernamental, que se celebrará entre el 30 de noviembre y el 8 de diciembre de 2006.</p> |
|---------------------------|---|

| <b>II. COMENTARIOS SOBRE LOS OBJETIVOS</b> |                    |
|--|--------------------|
| <i>CUESTIONES</i>                          | <i>COMENTARIOS</i> |
| COMENTARIOS GENERALES SOBRE LOS OBJETIVOS  |                    |

## ANEXO

|                       |  |
|-----------------------|--|
| Comentarios generales | <p>Australia está completamente de acuerdo con la afirmación de la página 6 del Anexo de que una etapa inicial fundamental en el establecimiento de un enfoque o régimen jurídico para la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore será determinar los objetivos políticos pertinentes. Solamente cuando se elaboren objetivos en los que se exponga claramente la finalidad de la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore podrá el Comité centrarse en un posible resultado.</p> <p>También es importante que los objetivos y principios mantengan una relación clara con el mandato del Comité Intergubernamental de la OMPI. La Secretaría ha señalado que los objetivos revisados se han redactado de nuevo con el fin de distinguir entre los objetivos relativos a la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore que tocan la esfera de la propiedad intelectual y otros objetivos relacionados con otras áreas de políticas. Es importante que los objetivos no pierdan el contacto con la finalidad de proteger las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore y que no se extiendan a cuestiones de las que sería más adecuado tratar en otros foros internacionales.</p> <p>Australia apoya en principio los objetivos i) a iii), relacionados con el reconocimiento, el respeto y la sensibilidad hacia las comunidades indígenas con relación al tratamiento de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore. Estos tres objetivos engloban elementos generales que son fundamentales para crear mecanismos deseables y eficaces destinados a proteger las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore. Sin embargo, la amplitud de estos objetivos significa que incorpora elementos que se plantean en otros objetivos y principios. Así, por ejemplo el objetivo i) requiere que las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore se reconozcan como marcos de innovación y creatividad, en tanto que esto es algo a lo que específicamente se hace referencia en los objetivos viii) a x), que requieren la promoción de la innovación y la diversidad cultural. Puesto que se confía en que los objetivos y principios aporten claridad y alcance es preciso asegurarse de que no se solapan en este sentido.</p> <p>(AUSTRALIA)</p> |
|                       | <p>Como los tratadistas lo manifiestan, los objetivos deben ser claros, medibles, realizables, permanentes, y deben por sí solos ser sustentables.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <p>En primer lugar, llamamos la atención sobre el hecho de que todavía no hay claridad en cuanto a los términos “expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore”, términos que se prestan a diversas interpretaciones. En el párrafo 11 del documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 (pág. 4) se hace referencia a esa cuestión como parte de “las mismas cuestiones [...] planteadas”. La definición que se da sobre las “expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore” no sólo tiene que ver con el punto i) (pág. 3 del Anexo) sino con cualquier otro punto en el que se haga referencia a los términos “expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore”.</p> <p>La palabra “derecho(s)” figura varias veces en la sección dedicada a los OBJETIVOS POLÍTICOS. Aunque, en la forma en que se emplea en esa sección, ese término implica probablemente que se contempla la creación de un nuevo tipo de derecho, no se ha logrado consenso alguno en cuanto a la creación del mismo. A los fines de aclarar ese punto, proponemos que se introduzca la siguiente NOTA (o nota a pie de página) en la sección dedicada a los OBJETIVOS POLÍTICOS.</p> <p><i>Nota: El término “derecho(s)”, que se emplea en la sección dedicada a los OBJETIVOS POLÍTICOS no implica de por sí la creación de un nuevo tipo de derecho todavía no existente en las normativas nacionales e internacionales.</i></p> <p>(JAPÓN)</p> <p>El Consejo Saami puede aceptar los “Objetivos” de los objetivos políticos y principios fundamentales, tal como están redactados en el documento 9/4. Particularmente, queremos subrayar la importancia de los principios iii), respeto por los derechos humanos y otros tipos de derechos de los pueblos indígenas, y vi), respeto por las prácticas consuetudinarias de los pueblos indígenas. Estos objetivos son absolutamente imperativos en cualquier régimen de protección de las expresiones culturales tradicionales.</p>   |
|                       | <p>(CONSEJO SAAMI)</p> <p>Los objetivos políticos de la protección de las expresiones culturales tradicionales y de las expresiones del folclore son declaraciones generales que abarcan un conjunto de cuestiones que van desde el reconocimiento del valor del patrimonio cultural indígena, pasando por la potenciación de las comunidades, hasta la promoción de la libertad intelectual y artística, la investigación y el intercambio cultural en condiciones de equidad. Como declaraciones generales, normalmente deberán formar parte del preámbulo de una ley o de cualquier otro instrumento.</p>   |

|   |  |
|---|--|
|   | (SECRETARÍA DEL FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS)   |
| <p><b>Comentarios generales sobre la línea inicial: la protección de las expresiones culturales tradicionales, o expresiones del folclore, debe tender a:</b></p> | <p>El Canadá ha manifestado que el término “protección” de las ECT puede tener varios significados (nota a pie de página: OMPI, <i>Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales: Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998 1999)</i>, Ginebra, abril de 2001, pág. 21. Aun cuando reconoce que algunos instrumentos distintos de la propiedad intelectual pueden desempeñar una función importante para preservar, proteger y promocionar las ECT, y aun cuando tales instrumentos puedan tenerse en cuenta como posibles contextos útiles para las deliberaciones del Comité, la atención del mismo se centra, y debe centrarse, en la propiedad intelectual. Consecuentemente, en su anterior respuesta al documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, el Canadá señaló que la OMPI es el foro más apropiado para debatir sobre las cuestiones de propiedad intelectual relacionadas con las ECT, e indicó que dicho documento podría mejorarse si se ciñera más a los aspectos específicos de la protección de las ECT por propiedad intelectual. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Canadá reitera su anterior recomendación, a saber, que la Secretaría de la OMPI modifique el texto del siguiente modo:</p> <p>“La protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore, en relación con la propiedad intelectual, debe tender a:”</p> <p>(CANADÁ)</p>   |
| <p><b>COMENTARIOS SOBRE LOS OBJETIVOS CONCRETOS</b></p>   |  |
| <p><b>i. Reconocer el valor</b></p>   | <p>Aunque algunas comunidades estiman que sus ECT tienen un valor “científico”, el Canadá considera que, en muchos casos, las ECT no están directamente relacionadas con la ciencia. El texto del proyecto de objetivo se podría mejorar sustituyendo la expresión “y, en particular,” por “que puede comprender”.</p> <p>CANADÁ</p> <p>Reconocer el aporte de las comunidades en beneficio de la humanidad.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <p>Todavía no existe claridad en cuanto a las comunidades titulares de ECT/EF a las que se destina dicho documento y en cuanto a lo que se entiende por beneficiario de la protección de dichas expresiones. Por consiguiente, proponemos que se introduzca la siguiente NOTA junto con las palabras “los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales” que figura en el artículo 2 de las DISPOSICIONES SUSTANTIVAS (página 17 del Anexo) y en este punto también:</p> <p><i>Nota: en el presente proyecto de disposiciones se emplea la amplia e inclusiva expresión “los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales” o sencillamente “comunidades”. La utilización de dicha expresión no debe inducir a pensar que existe consenso alguno entre los participantes en las sesiones del Comité en cuanto a la validez o idoneidad de esa u otras expresiones y no repercutirá ni será óbice para la utilización de otras expresiones en las respectivas normativas nacionales y regionales.</i></p> <p>JAPÓN</p> <p>Recomendamos incluir la palabra “afirmación” en el punto i), lo cual es coherente con el documento de trabajo 9/5. La redacción quedaría del modo siguiente: “Reconocer y afirmar el valor”.</p> <p>SUDÁFRICA</p> <p>El respeto de las ECT es una cuestión que los Estados miembros y los representantes de muchas comunidades que participan en éste y en otros foros han planteado en numerosas ocasiones. También la OMPI ya ha señalado que la legislación sobre propiedad intelectual puede cumplir una función importante en la promoción del respeto de las ECT (nota a pie de página: OMPI, <i>Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales: Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998 1999)</i>, Ginebra, abril de 2001, pág. 7). El texto del objetivo podría ser más claro. Convendría que, en su formulación, se precisara que la promoción del respeto de los sistemas de conocimientos tradicionales, sin olvidar las ECT naturalmente, sólo resultará eficaz si se tienen en cuenta las opiniones de todos los creadores y usuarios de ECT, así como los intereses más generales de la sociedad.</p> <p>(CANADÁ)</p> |

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 21

|  |   |
|--|---|
| <p><b>ii. Promover el respeto</b></p>  | <p>Ratificar el respeto de la humanidad a las comunidades.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <hr/> <p>Debería incluirse la frase “pueblos indígenas y comunidades tradicionales y demás comunidades culturales”.</p> <p>(GUATEMALA)</p>   |
| <p><b>iii. Adecuarse a las verdaderas necesidades de las comunidades</b></p> | <p>El Canadá observa que lo expresado en este objetivo está sobredimensionado; la propiedad intelectual sólo es uno de los medios en que se satisfacen las necesidades “reales” de las comunidades. Por tanto, recomienda reformular el objetivo del siguiente modo: “Contribuir a satisfacer las necesidades de las comunidades en materia de propiedad intelectual”.</p> <p>Asimismo, propone que, en aras de una mayor coherencia, claridad y precisión en todo el texto, este objetivo se combine con el objetivo xi), relativo a la promoción del desarrollo de las comunidades y de las actividades comerciales legítimas. Ambos guardan relación en sus contenidos ideológicos, por lo que deberían considerarse conjuntamente.</p> <p>(CANADÁ)</p> <hr/> <p>Adecuarse y contribuir a las verdaderas necesidades de las comunidades</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <hr/> <p>Cambio de la palabra «respetar» por «respetando» y cambiar después «internacional y contribuir» por «internacionales que contribuyan».</p> <p>GUATEMALA</p> <hr/> <p>En ese punto figura, entre otras, la expresión “respetar sus derechos”. Eso podría inducir a pensar que se otorga un nuevo tipo de derecho, pero no existe consenso alguno en cuanto a la creación de ese tipo de derecho y todavía queda por debatir esa cuestión. Somos conscientes de que es menester respetar derechos ya existentes en normativas consuetudinarias y otras prácticas jurídicas. Ahora bien, incluso en ese caso, deseamos dejar constancia de que existen derechos reconocidos en normativas consuetudinarias y prácticas jurídicas que no necesariamente constituyen derechos legales reconocidos en las leyes de otros países.</p> <p>(JAPÓN)</p> <hr/> <p>Proponemos que en el punto iii) se definan las comunidades. Por tanto, recomendamos la inclusión de “indígena y local”. La redacción de este punto sería “Responder a las verdaderas necesidades de las comunidades indígenas y locales”.</p> <p>(SUDÁFRICA)</p>   |
| <p><b>iv. Impedir la apropiación indebida de las ECT/EF</b></p>              | <p>Australia coincide en la necesidad de velar por que las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore no sean objeto de apropiación indebida bajo el objetivo iv), aunque esto no debe entrar en conflicto con los derechos exclusivos existentes.</p> <p>Australia quiere señalar que la expresión “apropiación indebida” puede abarcar un amplio espectro de cuestiones y, por tanto, anima a debatir con mayor profundidad el significado de “apropiación indebida” con el fin de que los Estados miembros examinen esta expresión en toda su extensión.</p> <p>Australia dispone de medidas para abordar los casos de distorsión o apropiación indebida de expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore. Australia está preparando legislación en materia de derechos morales comunales indígenas. Esta legislación facilitará la atribución de obras sujetas al derecho de autor a la comunidad indígena correspondiente basándose en las creencias indígenas y prevé que una comunidad podrá obtener el derecho a la integridad con relación a la obra.</p> <p>Australia también está adoptando medidas prácticas para promover el reparto equitativo de los beneficios obtenidos a partir del uso de las expresiones culturales tradicionales relacionadas con los recursos genéticos y desalentar la apropiación indebida a través de las disposiciones sobre reparto justo y transparencia contenidas en las normas 8A.08 y 8A.10 de la División 8A.2 del Reglamento sobre Protección Medioambiental y Conservación de la Biodiversidad de 2000. Asimismo, Australia cuenta con otros elementos normativos que ayudan a proteger material de importancia para las comunidades indígenas, como la Ley de Protección del Patrimonio de los Aborígenes y los Isleños del Estrecho de Torres de 1984, que permite a un ministro federal declarar la protección de zonas o de objetos que se encuentran bajo amenaza de daños o profanación y que son importantes de acuerdo con la tradición aborígen, y la Ley de Protección del Patrimonio Cultural Intangible de 1986, que restringe la transferencia de artículos culturales significativos fuera del país, así como la importación de patrimonio cultural intangible exportado ilegalmente de su país de origen.</p> <p>Australia está estudiando también medidas prácticas para abordar las conductas no éticas en el sector del arte indígena. Por ejemplo, una investigación parlamentaria sobre el sector indígena de las artes y oficios</p> |

visuales estudiará estrategias y mecanismos destinados a robustecer y proteger el sector y formulará recomendaciones. Entre las recomendaciones se abordarán las conductas poco honestas que se producen con relación a las obras de arte indígenas.

Estos proyectos y elementos normativos tratan de evitar la apropiación indebida en el contexto de la obtención del uso de las expresiones culturales tradicionales sin el reconocimiento o la autorización de una comunidad indígena o de la explotación inadecuada de material obtenido con consentimiento.

Es deseable debatir con mayor profundidad la expresión “apropiación indebida”, de manera que los Estados miembros dispongan de un mejor conocimiento de lo que engloba (es decir, englobaría los ejemplos expuestos anteriormente). Esto contribuirá a determinar si el objetivo se solapa con otros objetivos o principios rectores.

Con relación al objetivo iv), Australia considera que la frase “incluidas las medidas eficaces de observancia” resulta demasiado restrictiva para un objetivo político y que debe eliminarse. Sin esta frase, los Estados miembros dispondrán de una mayor flexibilidad para determinar qué medios pueden preverse para asegurar que las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore no son objeto de apropiación indebida. Los objetivos políticos y los principios rectores requieren flexibilidad, de manera que los Estados miembros puedan adoptar soluciones locales adecuadas en beneficio de sus comunidades indígenas.

(AUSTRALIA)

El Brasil agradecería que se aclare el significado de la expresión “derivados de las expresiones culturales”, que también aparece en otras partes del documento (por ejemplo en los artículos 3 y 10).

(BRASIL)

El Canadá considera que, para sostener este objetivo, hay que elaborar y debatir más el sentido del término “apropiación indebida”. Observa además que, en la novena sesión del Comité, algunos Estados miembros señalaron que la utilización del término “derivados” en el texto del objetivo iv) plantea complejas cuestiones jurídicas y políticas. Algunas ONG han expuesto también los problemas que suscita la relación entre las obras derivadas y las ECT originales (nota a pie de página: Véanse, por ejemplo, los comentarios formulados por el representante de la Federación Ibero-Latinoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (FILAIE), WIPO/GRTKF/IC/7/15, pág. 47.). Por otra parte, en el documento 9/4 se señala que “algunas cuestiones políticas y jurídicas fundamentales giran en torno al derecho de adaptación, el derecho a realizar obras derivadas” (nota a pie de página: WIPO/GRTKF/IC/9/4, Anexo, pág. 23.). Todo ello indica que conviene examinar más a fondo las implicaciones que puede tener la mención de “obras derivadas” en este objetivo.

(CANADÁ)

Garantizar la existencia de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore.

INTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)

Adicionar después de comunidades culturales la frase "la capacidad de autogestión proporcionándoles"

(GUATEMALA)

Objetivo iv): Impedir la apropiación indebida de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore. Tomamos nota de la inclusión de este nuevo objetivo. Si bien la INTA empatiza con los problemas a que se enfrentan las diversas comunidades y pueblos indígenas para que se reconozcan y protejan sus expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore, la INTA cree firmemente que a la hora de tratar de dotar a los pueblos indígenas y a las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales de mecanismos jurídicos y prácticos, con inclusión de medidas de observancia, a fin de impedir la apropiación indebida, sería inadecuado crear un sistema independiente que entre en conflicto con los regímenes vigentes de propiedad intelectual, y en particular con el derecho de marcas. El derecho de marcas de la mayoría de los países, en la medida en que se ajuste al Acuerdo sobre los ADPIC, ofrece recursos adecuados en el marco legal para impedir el registro o el uso de símbolos o de otras marcas o emblemas de origen si su uso por parte de quien solicita el registro o del usuario puede dar lugar a la posibilidad de engaño o confusión. Asimismo, existen mecanismos para impedir el registro de marcas de mala fe. Además, en la mayoría de los sistemas de marcas existe la posibilidad de que el colectivo comunitario ostente la titularidad de marcas y las registre con el fin de obtener el beneficio de la protección establecida por ley. En la medida en que los sistemas existentes de propiedad intelectual de los que ya se tiene experiencia no se han utilizado en toda su extensión por parte de los pueblos indígenas para la protección de sus expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore, no parece lógico crear un nuevo sistema sobre el que no existe experiencia o conocimiento sobre su funcionamiento. Parece que sería más adecuado, y es algo a lo que alienta la INTA, que se informe a las comunidades indígenas sobre el uso de los sistemas existentes y que se les anime a utilizarlos.

(ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MARCAS - INTA)

|  |   |
|--|---|
|  | <p>La frase “proporcionar a los pueblos indígenas y a las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales los medios jurídicos y prácticos, incluidas medidas eficaces de observancia, para impedir la apropiación indebida de sus expresiones culturales y sus derivados” implica la creación de un sistema de nuevos tipos de derechos de propiedad intelectual o sistema similar y parecería de orden sustantivo y normativo. Por consiguiente, esa cláusula es inadecuada en tanto que OBJETIVO POLÍTICO y debería suprimirse la primera mitad de la misma, antes de la palabra “impedir”. Además, y de conformidad con lo que consta en el punto viii) del OBJETIVO POLÍTICO que figura en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/5 (pág. 4 del Anexo), habría de sustituirse el verbo “impedir” por el verbo “reprimir”. También habría de suprimirse la frase “controlar la forma en que se utilizan fuera del contexto consuetudinario y tradicional”, en la medida en que también es de carácter normativo y contemplar ese control iría en detrimento del desarrollo cultural. Consideramos que puede obtenerse una protección equilibrada de las ECT/EF mediante la “represión de los actos de apropiación indebida”. Ahora bien, todavía hace falta aclarar el significado de la expresión “apropiación indebida”. A continuación figura el punto iv) en la forma en que quedaría una vez introducidos los cambios propuestos:</p> <p><i>Reprimir la apropiación indebida de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore iv) reprimir la apropiación indebida de sus expresiones culturales y derivados y promover la participación equitativa en los beneficios derivados de su utilización;</i></p> <p>(JAPÓN)</p> <p>En el punto iv) somos partidarios de incluir la frase “deformación que pueda derivarse de su uso”. Este comentario debe leerse en tándem con el documento 9/5 en lo tocante a la “apropiación indebida”. El título del objetivo quedaría ahora del modo siguiente: “Impedir la apropiación indebida de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore y la deformación que pueda derivarse de su uso”.</p> <p>(SUDÁFRICA)</p> |
| <p>v. Potenciar a las comunidades</p>            | <p>Australia puede apoyar el objetivo v) en la medida en que cualquier derecho que se otorgue sobre las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore sea coherente con las legislaciones y principios nacionales e internacionales vigentes y no afecte a la integridad del sistema existente de propiedad intelectual.</p> <p>(AUSTRALIA)</p> <p>Convendría aclarar el significado de la expresión “derechos y autoridad” que figura en el texto de este objetivo. En aras de una mayor coherencia, claridad y precisión en todo el texto, el Canadá reitera su anterior propuesta, a saber, que este objetivo se combine con el objetivo viii), relativo a la promoción de la innovación y la creatividad en las comunidades, y con el objetivo xiii), relativo al aumento de la seguridad, la transparencia y la confianza mutua. Los tres guardan relación en sus contenidos ideológicos, por lo que deberían considerarse conjuntamente.</p> <p>(CANADÁ)</p> <p>Difundir los derechos de propiedad intelectual en las comunidades.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <p>La frase “que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales puedan realmente ejercer derechos y autoridad” es de carácter normativo y puede traducirse concretamente en la creación de un sistema de nuevos tipos de derechos de propiedad intelectual o sistema similar. Por consiguiente, proponemos que se sustituya dicho punto por el siguiente:</p> <p><i>Favorecer las iniciativas tomadas por las comunidades</i></p> <p><i>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.</i></p> <p>(JAPÓN)</p> <p>Véase párrafo 6.24 del Apéndice.</p> <p>(MAUI SOLOMON)</p>   |
| <p>vi. Apoyar las prácticas consuetudinarias</p> | <p>En buena parte, las prácticas consuetudinarias se dan de un modo cotidiano en el actual marco jurídico del Canadá. Como ocurre en otras actividades sociales, dichas prácticas consuetudinarias no deberían estar en contradicción con la legislación interna de ningún Estado miembro ni con sus obligaciones jurídicas</p>   |

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 24

|  |   |
|--|---|
| <p><b>y la innovación y la creatividad en las comunidades</b></p>              | <p>internacionales. En consonancia con sus anteriores comentarios sobre la necesidad de una mayor coherencia, claridad y precisión en todo el texto, el Canadá reitera su anterior propuesta, esto es, que este objetivo se combine con el objetivo vii), relativo a la contribución a la salvaguardia de las culturas tradicionales.</p> <p>(CANADA)</p> <hr/> <p>Apoyar las prácticas consuetudinarias y la cooperación en las comunidades.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p>   |
| <p><b>vii. Contribuir a la salvaguardia de las culturas tradicionales</b></p>  | <p>Deben añadirse las palabras “natural y cultural” a continuación de “del entorno”.</p> <p>(BRASIL)</p> <hr/> <p>El Canadá señala la diferencia existente entre el título de este proyecto de objetivo, “... salvaguardia de las culturas tradicionales” y el contenido del texto correspondiente, “... salvaguardia del entorno...”. Tal y como está formulado, cabe interpretar que este objetivo se orienta básicamente al entorno físico en que se practican las ECT. Teniendo en cuenta sus comentarios anteriores, en los que plantea que los objetivos propuestos deberían enfocarse hacia la posible función de la propiedad intelectual en la protección de las ECT, conviene especificar bien este objetivo para asegurar que se refiere a la salvaguardia del entorno cultural en que los individuos y las comunidades practican las ECT, y no a la protección general por propiedad intelectual del entorno físico en sí.</p> <p>El Canadá considera que, en relación con la aclaración señalada, este objetivo y el objetivo vi), relativo al apoyo de las prácticas consuetudinarias y la cooperación en las comunidades, guardan relación en sus contenidos, por lo que deberían considerarse conjuntamente.</p> <p>(CANADÁ)</p> <hr/> <p>Contribuir a la salvaguardia de las culturas tradicionales.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <hr/> <p>Objetivo xii): Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual no autorizados</p> <p>Observamos que la expresión “restringir”, utilizada en el proyecto anterior de los objetivos señalados se ha sustituido por la expresión “impedir”. El uso de este estilo imperativo preocupa a la INTA, especialmente al usarse la expresión “obras derivadas” en este contexto. La expresión “obras derivadas” no tiene un significado establecido en el derecho de marcas y en este contexto su alcance resulta ambiguo para quienes crean marcas y pueden obtener su inspiración a partir de diversas fuentes. El aparentemente infinito alcance de la expresión “obras derivadas” es problemático, particularmente cuando el proyecto revisado trata de otorgar simultáneamente derechos de propiedad absolutos a determinados grupos sobre expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore. La adopción de esta expresión exigiría al titular de una marca determinar qué es lo que constituye una expresión cultural tradicional o expresión del folclore y luego enfrentarse a la incertidumbre del grado de protección de las infinitas variaciones que podrían considerarse legítimamente “obras derivadas”. Por ejemplo, si la expresión cultural tradicional engloba formas geométricas comunes o combinaciones de dichas formas, ¿en qué medida inhibe esto el uso legítimo de dichas formas en otros contextos, basándose exclusivamente en la reivindicación de que las formas son derivadas? Sólo si se incluye una evaluación de este uso posterior a partir de la “probabilidad de confusión” podrán definirse y equilibrarse los intereses legítimos de todas las partes.</p> <p>Además, la terminología empleada en la evaluación de la probabilidad de engaño o de confusión es familiar en la esfera de las marcas, tiene un significado aceptado y ha estado utilizándose efectivamente durante muchos años para proteger a los consumidores. Del mismo modo, existe una importante experiencia en el manejo de solicitudes de marca que puedan haberse realizado de mala fe.</p> <p>(ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MARCAS - INTA)</p> |
| <p><b>viii. Promover la innovación y la creatividad en las comunidades</b></p> | <p>Este proyecto de objetivo mejoraría si su título y el texto correspondiente guardaran mayor coherencia. Mientras que el título se refiere a la promoción de la innovación y la creatividad en las comunidades, el texto se refiere a la recompensa y la protección de la creatividad y la innovación fundamentadas en la tradición. Si la idea subyacente del objetivo es “promover” la innovación y la creatividad en las comunidades – y tal “promoción” puede asumir muchas más formas que las recompensas y la protección – el texto explicativo debería presentar el mismo lenguaje.</p> <p>En el texto aparece además la expresión “en especial por parte de”. Como todas las comunidades crean ECT y todas las ECT deberían constar, dada la finalidad del tema de discusión del Comité, no está claro porqué se utiliza esta expresión en la formulación de este objetivo.</p> <p>En consonancia con sus anteriores comentarios sobre la necesidad de una mayor coherencia, claridad y precisión en todo el texto, el Canadá señala que este objetivo, enmendado, debería combinarse, cuando resulte adecuado, con el objetivo v), relativo a la potenciación de las comunidades, y con el objetivo xiii),</p>   |

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 25

|   |   |
|---|---|
|   | <p>relativo al aumento de la seguridad y la transparencia. Los tres guardan relación en sus contenidos ideológicos, por lo que deberían considerarse conjuntamente.</p> <p>(CANADÁ)</p> <hr/> <p>Promover la innovación y la creatividad en las comunidades.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p>  |
| <p><b>ix. Promover la libertad intelectual y artística, la investigación y el intercambio cultural en condiciones equitativas</b></p> | <p>Incluir “conforme al consentimiento fundamentado previo” después de “promover”</p> <p>(BRASIL)</p> <hr/> <p>Como ha señalado anteriormente, el Canadá opina que cualquier resolución del Comité sobre los aspectos de propiedad intelectual relacionados con las ECT debe tener siempre en cuenta no sólo los intereses de los creadores de ECT y de sus respectivas comunidades, sino también los de los usuarios de ECT y de la sociedad en general.</p> <p>Conforme a esta opinión, el Canadá propone que, en la formulación de este objetivo, se indique que todo intercambio cultural debe ser equitativo para los usuarios de ECT y se aluda también a los intereses más generales de la sociedad.</p> <p>(CANADÁ)</p> <hr/> <p>Promover la libertad intelectual y artística, la investigación y el intercambio cultural en condiciones equitativas.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <hr/> <p>Somos partidarios de incluir las expresiones “investigación ética” y “justas y equitativas” en el punto ix).</p> <p>La frase quedaría ahora del modo siguiente: “Promover la libertad intelectual y artística, la investigación ética y el intercambio cultural en condiciones que sean justas y equitativas”.</p> <p>(SUDÁFRICA)</p>  |
| <p><b>x. Contribuir a la diversidad cultural</b></p>  | <p>Dado el carácter multicultural de su sociedad, el Canadá aboga decididamente por la promoción de la diversidad cultural. Ésta no solo consiste en preservar las ECT, sino también en facilitar el intercambio cultural entre individuos y comunidades. El Canadá podría estar de acuerdo con un objetivo político en cuyo marco se reconociera que la protección de las ECT por propiedad intelectual puede contribuir a fomentar y proteger la diversidad cultural, cuando resulte apropiado y, al mismo tiempo, permitir el intercambio creativo o intelectual.</p> <p>(CANADÁ)</p> <hr/> <p>Contribuir a la diversidad cultural.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p>  |
| <p><b>xi. Promover el desarrollo de las comunidades y las actividades comerciales legítimas</b></p>                                   | <p>El Canadá ha señalado en sus comentarios anteriores que este objetivo es demasiado preceptivo. En concreto, ha manifestado su preocupación por cuanto en el texto se da a entender que todas las comunidades consideran que sus ECT constituyen necesariamente “activos colectivos”. Sobre la base de los trabajos realizados hasta la fecha, el Canadá entiende que no todos sus pueblos aborígenes comparten esta opinión en lo que respecta a sus ECT. En algunos casos, puede no haber acuerdo sobre qué aspectos de las ECT deben, o no, ser comercializados por la comunidad y algunos de sus miembros. Por tanto, el texto sería más adecuado si se centrara en el fortalecimiento de las capacidades de los titulares de conocimientos tradicionales y culturales para que identifiquen y traten sus expresiones como activos colectivos, si así lo estiman conveniente. El Canadá estima que, para que el fortalecimiento de las capacidades sea eficaz, es preciso examinar esta cuestión más a fondo, tanto en el plano nacional como internacional. En este contexto, el texto del proyecto de objetivo podría enmendarse del siguiente modo: “cuando así lo deseen las comunidades y sus miembros y/o los creadores y titulares de ECT procedentes de la comunidad, 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.”</p> <p>(CANADÁ)</p> |

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 26

|   |  |
|---|--|
|   | <p>Promover el desarrollo de las comunidades y las actividades comerciales legítimas.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <p>Respecto del punto xi), recomendamos incluir las palabras “y excluir a los competidores de la explotación libre” al final de la frase.</p> <p>(SUDÁFRICA)</p>   |
| <p><b>xii. Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual no autorizados</b></p> | <p>El objetivo xii) no es claro con respecto a quién es una “parte no autorizada” y en qué circunstancias “no son autorizadas”. Por ejemplo, ¿se trata de una parte que no tiene la autorización de una comunidad indígena para obtener la titularidad legal de los derechos de propiedad intelectual, o es una parte que falsamente se presenta como indígena, o se trata de una parte que reivindica derechos de propiedad intelectual sobre una obra que hace pasar como indígena en su origen?</p> <p>Australia no puede apoyar el objetivo xii) si cualquier derecho que se otorgue con relación a las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore prevalece sobre el sistema vigente de propiedad intelectual. No puede apoyar un objetivo que tiene la capacidad de socavar las leyes nacionales e internacionales en materia de propiedad intelectual. Es preciso seguir debatiendo el significado de este objetivo y su posible alcance.</p> <p>(AUSTRALIA)</p> <p>Como se ha señalado anteriormente, es muy importante que en este texto se manifieste claramente que el posterior desarrollo de este proyecto de objetivo debería basarse en la labor de otros comités de la OMPI así como de diversos organismos internacionales, a fin de asegurar la claridad y la coherencia general.</p> <p>El Canadá observa además que no está claro el sentido de la frase “partes no autorizadas”. Si significa “no autorizadas” por las comunidades que son supuestamente titulares de ECT, en tal caso el objetivo no consiste realmente en “impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual no autorizados”. Observa también que el proyecto de objetivo plantea otras cuestiones.</p> <p>(CANADÁ)</p> <p>Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual no autorizados.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <p>Observamos que la expresión “restringir”, utilizada en el proyecto anterior de los objetivos señalados se ha sustituido por la expresión “impedir”. El uso de este estilo imperativo preocupa a la INTA, especialmente al usarse la expresión “obras derivadas” en este contexto. La expresión “obras derivadas” no tiene un significado establecido en el derecho de marcas y en este contexto su alcance resulta ambiguo para quienes crean marcas y pueden obtener su inspiración a partir de diversas fuentes. El aparentemente infinito alcance de la expresión “obras derivadas” es problemático, particularmente cuando el proyecto revisado trata de otorgar simultáneamente derechos de propiedad absolutos a determinados grupos sobre expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore. La adopción de esta expresión exigiría al titular de una marca determinar qué es lo que constituye una expresión cultural tradicional o expresión del folclore y luego enfrentarse a la incertidumbre del grado de protección de las infinitas variaciones que podrían considerarse legítimamente “obras derivadas”. Por ejemplo, si la expresión cultural tradicional engloba formas geométricas comunes o combinaciones de dichas formas, ¿en qué medida inhibe esto el uso legítimo de dichas formas en otros contextos, basándose exclusivamente en la reivindicación de que las formas son derivadas? Sólo si se incluye una evaluación de este uso posterior a partir de la “probabilidad de confusión” podrán definirse y equilibrarse los intereses legítimos de todas las partes.</p> <p>Además, la terminología empleada en la evaluación de la probabilidad de engaño o de confusión es familiar en la esfera de las marcas, tiene un significado aceptado y ha estado utilizándose efectivamente durante muchos años para proteger a los consumidores. Del mismo modo, existe una importante experiencia en el manejo de solicitudes de marca que puedan haberse realizado de mala fe.</p> <p>(ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MARCAS - INTA)</p> <p>Este punto se traduciría en la práctica en la creación de un sistema de nuevos tipos de derechos de propiedad intelectual o sistema similar y podría considerarse de carácter sustantivo y normativo. Por consiguiente, esa cláusula es inadecuada en tanto que OBJETIVO POLÍTICO y debería ser suprimida.</p> <p>(JAPÓN)</p> |
| <p><b>xiii. Aumentar la seguridad, la transparencia y la confianza mutua</b></p>            | <p>No está claro porqué, en el título de este objetivo del documento 9/4, se habla de “confianza mutua” y luego, en el texto correspondiente, se habla de “respeto”.</p> <p>El Canadá considera que, entre los grupos que se relacionan con los titulares de conocimientos tradicionales, deben estar los usuarios gubernamentales de ECT. Recomienda, por tanto, que en la versión</p>  |

inglesa de este párrafo se añada “governmental” después de “educational”, y que en la versión en español, se desplace “gubernamentales” después de “educativos”. En respuesta a la demanda de las comunidades indígenas, el Gobierno Federal organiza talleres sobre propiedad intelectual con el claro objetivo de intercambiar información sobre legislación y política en materia de propiedad intelectual por conocimientos tradicionales y ECT.

En consonancia con sus anteriores comentarios sobre la necesidad de una mayor coherencia, claridad y precisión en todo el texto, el Canadá propone que este objetivo se combine, en lo que corresponda, con el objetivo v), relativo a la potenciación de las comunidades, y el objetivo viii), relativo a la promoción de la innovación y la creatividad en las comunidades. Los tres guardan relación en sus contenidos ideológicos, por lo que deberían considerarse conjuntamente.

(CANADÁ)

---

Aumentar la seguridad, la transparencia y la confianza mutua entre las comunidades y los usuarios de ECT/EF

(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)

---

### III. COMENTARIOS SOBRE LOS PRINCIPIOS RECTORES GENERALES

#### CUESTIONES

#### COMENTARIOS

#### COMENTARIOS GENERALES SOBRE LOS PRINCIPIOS RECTORES GENERALES

#### Comentarios generales

Varios objetivos y principios rectores se refieren al papel del derecho consuetudinario y las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore. Australia no reconoce un sistema independiente de derecho basado en el derecho consuetudinario indígena, aunque hay aspectos de las prácticas consuetudinarias que pueden coexistir en la medida en que no entren en conflicto con las leyes y políticas nacionales e internacionales establecidas. Australia reconoce las costumbres indígenas de muchas formas diferentes, como por ejemplo mediante la creación de protocolos indígenas que muestran formas adecuadas de trabajar con el patrimonio cultural indígena de acuerdo con los principios del derecho consuetudinario o mediante programas como el de las áreas indígenas protegidas.

Por tanto, en principio, Australia puede apoyar los principios rectores generales, pero sólo en la medida en que se respeten la legislación internacional y las leyes y políticas nacionales.

Australia considera que los antecedentes del principio a) pueden ser incoherentes con el principio c) y que deben revisarse. Tal como está redactado actualmente, el principio a) prevé que las comunidades indígenas puedan apelar exclusivamente al derecho consuetudinario para proteger las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore y que esto no debe estar limitado por una protección jurídica externa. Por otro lado, el principio c) se refiere a que en la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore se respeten los instrumentos internacionales y regionales. Debe debatirse con mayor profundidad el alcance del principio a).

Como se ha señalado previamente, Australia apoya sin reservas los principios rectores b), c) y d), y considera que son elementos decisivos para orientar la labor futura del Comité respecto de la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore.

Australia coincide en la necesidad de respetar los derechos de los pueblos indígenas y de las demás comunidades tradicionales, aunque cuestiona si el principio g) es necesario dado el alcance del principio c). El principio c) requiere que la labor futura del Comité respete los derechos establecidos en virtud de la legislación nacional e internacional, que en general abarca los requisitos establecidos en el principio g). Si se demuestra que el principio g) tiene un mayor alcance o un significado diferente del principio c), esto deberá aclararse, o de lo contrario deberá eliminarse.

(AUSTRALIA)

Las palabras “medidas”, “derecho(s)”, “autoridad” y “protección jurídica” figuran varias veces en las OBSERVACIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS RECTORES GENERALES. Aunque, en la forma en que se emplean en esa sección, esos términos implican probablemente que se contempla la concesión de un nuevo tipo de derecho, no se ha logrado consenso alguno en cuanto a la creación del mismo. A los fines de aclarar ese punto, proponemos que se introduzca la siguiente NOTA en la sección dedicada a OBSERVACIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS RECTORES GENERALES.

*Nota: Las palabras “medidas”, “derecho(s)”, “autoridad” y “protección jurídica” que se emplean en la sección dedicada a OBSERVACIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS RECTORES GENERALES no implican de por sí la creación de nuevos tipos de derechos todavía no existentes en las normativas nacionales e internacionales.*

(JAPÓN)

También estamos satisfechos en gran medida con los “Principios rectores generales”. A este respecto, otorgamos una importancia particular a que en las observaciones al principio de receptividad a las necesidades y expectativas de los pueblos indígenas se aclara que esta receptividad incluye el respeto por las leyes consuetudinarias indígenas. No obstante, tenemos nuestras inquietudes con relación al principio de equilibrio, tal como está explicado en las observaciones. No cabe duda de que es necesario tener en cuenta también los intereses de los usuarios de las expresiones culturales tradicionales. Sin embargo, los intereses nunca pueden equilibrarse con los derechos de los titulares de las expresiones culturales tradicionales, por ejemplo, frente a su derecho a otorgar o no otorgar su consentimiento. Naturalmente, un derecho, especialmente un derecho humano, siempre prevalece sobre un interés.

(CONSEJO SAAMI)

Algunos de los principios de esta sección engloban cuestiones que llevan varios años defendiendo los pueblos indígenas. Es crucial que la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore refleje las aspiraciones y expectativas de las comunidades indígenas, así como sus leyes y protocolos consuetudinarios. La Secretaría del Foro Permanente propone que las medidas de protección sean coherentes con los instrumentos jurídicos vinculantes pertinentes, las declaraciones de las Naciones Unidas y los instrumentos en materia de derechos humanos.

(SECRETARÍA DEL FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS)

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 29

|   |  |
|---|--|
|   | <p>Nos gustaría señalar la necesidad de incluir los principios de la gobernanza, de manera coherente con nuestros comentarios sobre el documento 9/5.</p> <p>(SUDÁFRICA)</p>   |
| <b>COMENTARIOS SOBRE LOS PRINCIPIOS RECTORES GENERALES CONCRETOS</b>              |  |
| <p><b>a. Receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades</b></p> | <p>En este principio rector se abordan diferentes cuestiones, ya sea el reconocimiento de las leyes y protocolos indígenas y consuetudinarios o la prevención de determinados actos, como los actos insultantes, injuriosos y ofensivos. El comentario del Canadá se refiere concretamente a las leyes y prácticas indígenas y consuetudinarias, cuestión que ya abordó en la octava sesión (nota a pie de página: WIPO/GRTKF/IC/8/15, pág. 48). Los países que participan en el Comité cuentan con diversas experiencias sobre la relación entre las leyes y protocolos indígenas y consuetudinarios y sus respectivos sistemas jurídicos nacionales. El Canadá estima que los participantes en el Comité no interpretan los términos en que se formula esta cuestión de la misma manera ni los utilizan con los mismos fines. Sería útil aclarar si esto es efectivamente así y si es posible, en tal caso, llegar a un acuerdo sobre su sentido. En general, las intervenciones del Canadá y de sus pueblos aborígenes relativas a esta cuestión se han centrado en la aplicación de la legislación y de las tradiciones jurídicas de los pueblos indígenas. Todavía queda mucho por hacer en relación con las leyes y protocolos indígenas y consuetudinarios a escala internacional. Espera saber más acerca de las experiencias y las dificultades que han encarado otros países y pueblos indígenas, tanto del Canadá como de otros países, y de los futuros trabajos de la Secretaría sobre esta cuestión. Invita, por último, a los Estados miembros a que, siempre que les sea posible, tengan por norma reconocer y aplicar las leyes y protocolos indígenas y consuetudinarios en la medida en que la protección de las ECT no puede darse cabalmente sin una mejor comprensión colectiva de todas sus implicaciones.</p> <p>(CANADÁ)</p> <hr/> <p>Receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <hr/> <p>Las expresiones “medidas de protección positiva y preventiva” y “medidas de protección jurídica de las ECT/EF” pueden inducir a pensar que se contempla la creación de un nuevo tipo de derecho y su concesión a titulares y custodios pero no existe consenso alguno en cuanto a la creación de ese nuevo tipo de derecho y esa cuestión sigue sobre el tapete. Somos conscientes de que es menester respetar derechos ya existentes en normativas consuetudinarias y prácticas jurídicas. Ahora bien, incluso en ese caso, deseamos dejar constancia de que existen derechos reconocidos en normativas consuetudinarias y prácticas jurídicas de países y regiones que no necesariamente constituyen derechos reconocidos en las leyes de otros países.</p> <p>(JAPÓN)</p> <hr/> <p>Véanse párrafos 6.17-6.19 del Apéndice .</p> <p>(MAUI SOLOMON)</p> <hr/> <p>Recomendamos suprimir en el punto a) la palabra “relevant” de la versión en inglés y apoyamos la inclusión de la expresión “indígenas y locales”. El punto quedaría ahora como sigue: “Receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades indígenas y locales”.</p> <p>Recomendamos la supresión de “tradicionales” en favor de “indígenas”. Nuestra afirmación se basa en la premisa de que existe una resonancia horizontal con la tendencia mundial según la cual “indígena” es un término que se emplea en muchas instancias y foros internacionales. También existe un impulso mundial en favor del desarrollo y la protección de los conocimientos indígenas, a los que puede contribuir Sudáfrica y beneficiarse de ellos. La Declaración de Mataatua sobre los derechos culturales y de propiedad intelectual de los pueblos indígenas (junio de 1993), la Declaración de Julayinbul sobre derechos indígenas de propiedad intelectual (noviembre de 1993) y la Declaración de Kari-Oca y Carta de la tierra de los pueblos indígenas (mayo de 1992) hacen manifestaciones explícitas sobre conocimientos indígenas, en lugar de referirse a conocimientos tradicionales. Aunque estas declaraciones, a diferencia del Convenio 169 de la OIT, no tienen fuerza vinculante, ofrecen, no obstante, un importante discurso que puede orientar la terminología. Al introducir algunas disposiciones pertinentes relativas a los conocimientos indígenas, Sudáfrica puede aportar cierta iniciativa en el contexto de los progresos internacionales en la puesta en práctica de un instrumento jurídico vinculante.</p> <p>(SUDÁFRICA)</p> |
| <p><b>b. Equilibrio</b></p>   | <p>Teniendo en cuenta que el principio rector fundamental relativo a la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore es el derecho a negar el acceso a esas expresiones, no resulta aceptable adoptar el principio de equilibrio entre los intereses de los titulares de las expresiones y de los usuarios.</p> <p>(BRASIL)</p> <hr/> <p>En líneas generales, el Canadá se muestra a favor de este principio rector, aunque observa que hay diversas</p>  |

|   |  |
|---|--|
|   | <p>opiniones en cuanto al sentido del término “equilibrio”. A algunos Estados miembros y observadores les preocupa que este principio pueda ir en detrimento de los intereses de las comunidades en lo que respecta a la protección de sus ECT. Generalmente, en la legislación y políticas sobre propiedad intelectual no sólo importa la creación de nuevos derechos de propiedad intelectual sino que también deben tenerse en cuenta los intereses de los usuarios de obras, por ejemplo, y los del público en general. Conviene, pues, que en la futura redacción del documento 9/4 se aclare, en la sección del Comentario, la diferencia, si la hay, entre las expresiones “principio de equilibrio” y “un equilibrio justo”.</p> <p>(CANADÁ)</p> <hr/> <p>Equilibrio.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <hr/> <p>El término “derechos” que figura en el párrafo b) de las OBSERVACIONES puede inducir a pensar que se contempla la creación de un nuevo tipo de derecho y su concesión a titulares y custodios, pero no existe consenso alguno en cuanto a la creación de ese nuevo tipo de derecho y esa cuestión sigue sobre el tapete. Somos conscientes de que es menester respetar derechos ya existentes en normativas consuetudinarias y prácticas jurídicas. Ahora bien, incluso en ese caso, deseamos dejar constancia de que existen derechos reconocidos en normativas consuetudinarias y prácticas jurídicas de países y regiones que no necesariamente constituyen derechos reconocidos en otros países.</p> <p>(JAPÓN)</p>   |
| <p><b>c. Respeto de los acuerdos e instrumentos regionales e internacionales y de concordancia con los mismos</b></p> | <p>En líneas generales, el Canadá respalda este principio rector. Con frecuencia, los regímenes nacionales en materia de propiedad intelectual se basan en acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual que han ido cambiando a lo largo de varios años, en ocasiones, incluso, de varias décadas y, muchas veces, éstos constituyen el marco de la legislación y políticas nacionales sobre derechos de propiedad intelectual. Coherentemente, el Canadá señaló, en su anterior respuesta al documento 7/3, que ha manifestado en la OMPI que los posibles enfoques políticos que pudieran plantearse en el Comité con respecto a la protección de las ECT deberían ser compatibles con el mandato del Comité y con las obligaciones contraídas por los Estados miembros en el marco de tratados internacionales sobre propiedad intelectual y de otros posibles acuerdos internacionales que puedan afectar a los derechos y obligaciones de propiedad intelectual.</p> <p>El Canadá no puede respaldar ninguna resolución del Comité que le impidiera de algún modo cumplir con sus obligaciones internacionales, ya sea de propiedad intelectual o de otra índole, como las concernientes a los derechos humanos. Del mismo modo, este principio rector no debería dar a entender que los Estados que no son miembros podrían quedar vinculados a un instrumento específico por obra de alguna resolución del Comité. Convendría, a este respecto, precisar en su formulación que este principio es “relevante” o “aplicable”, dado que no hay una combinación única de obligaciones internacionales, sino un mosaico de combinaciones que puede variar de un Estado a otro.</p> <p>En aras de una mayor coherencia, claridad y precisión en todo el texto, el Canadá propone que este principio rector se combine con el principio rector g), relativo al respeto de los derechos de los pueblos indígenas y otras comunidades tradicionales y a las obligaciones para con los mismos. Ambos guardan relación en sus contenidos ideológicos, por lo que deberían considerarse conjuntamente.</p> <p>(CANADÁ )</p> <hr/> <p>Respeto de los acuerdos e instrumentos regionales e internacionales y de concordancia con los mismos.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <hr/> <p>La Federación no objeta completamente este principio, pero quiere señalar que cuando los acuerdos internacionales van en contra de los derechos de los maoríes y de los derechos indígenas en relación con la protección y utilización se necesita un mecanismo para abordar estas cuestiones. La protección de los maoríes puede realizarse a escala nacional.</p> <p>(FEDERACIÓN DE AUTORIDADES MAORÍES)</p> <hr/> <p>Además, de nuevo recomendamos incluir en esta sección la palabra “nacional” en el punto c). La frase quedaría ahora del modo siguiente: “Principio de respeto de los acuerdos e instrumentos nacionales, regionales e internacionales y de concordancia con los mismos”.</p> <p>(SUDÁFRICA)</p> |
| <p><b>d. Flexibilidad y exhaustividad</b></p>   | <p>Por lo general, el Canadá está de acuerdo en que es necesario que haya flexibilidad a la hora de abordar cuanto afecta a las ECT. No obstante, muestra su cautela ante la tendencia demasiado acusada a proporcionar a las ECT una protección “exhaustiva”. Como señaló, por ejemplo, un miembro de los círculos académicos, la protección del derecho de autor no tiene por objeto conceder a los autores todo el control sobre sus obras – sujetas a derecho de autor – sino concederles un derecho equilibrado (nota a pie de página: Lawrence Lessig, <i>The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World</i>, Random House, Nueva York, 2001, págs. 109, 110). Asimismo, por “exhaustividad”, en lo que atañe a la protección de las ECT, debe entenderse la consideración de los intereses de</p>  |

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 31

|   |   |
|---|---|
|   | <p>los creadores de ECT y de sus comunidades y, al mismo tiempo, los de los usuarios de ECT y del público en general.</p> <p>(CANADÁ)</p> <hr/> <p>Flexibilidad y exhaustividad.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <p>Se observa cierta incoherencia en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4, en el sentido de que, en el párrafo dedicado al principio de flexibilidad y exhaustividad se afirma que “se puede lograr una protección eficaz y adecuada valiéndose de una amplia gama de mecanismos jurídicos, mientras que en las DISPOSICIONES SUSTANTIVAS se establece un marco de mecanismo jurídico específico. Además, al hacerse referencia en el segundo apartado de dicho párrafo a “el proyecto de disposiciones”, parecería que se contempla ya en parte el contenido específico de las DISPOSICIONES SUSTANTIVAS y eso no está en sintonía con nuestra postura, a saber, la de debatir las DISPOSICIONES SUSTANTIVAS exclusivamente una vez que se haya llegado a un consenso en cuanto a los OBJETIVOS POLÍTICOS y los PRINCIPIOS RECTORES GENERALES. Por consiguiente, y ateniéndonos a las observaciones sobre el principio de flexibilidad y exhaustividad que se expone en el documento sobre la protección de los conocimientos tradicionales, a saber, el documento WIPO/GRTKF/IC/9/5 (pág. 10), proponemos que se introduzcan modificaciones en el segundo párrafo de modo que se diga lo siguiente:</p> <p><i>Por consiguiente, el proyecto de disposiciones debe ser lo suficientemente amplio e inclusivo para otorgar la flexibilidad necesaria a las autoridades nacionales y regionales a los fines de que determinen los medios apropiados para poner en práctica los OBJETIVOS POLÍTICOS de conformidad con los PRINCIPIOS RECTORES GENERALES en los planos nacional y regional. No debe partirse de que los OBJETIVOS POLÍTICOS y los PRINCIPIOS RECTORES GENERALES establecen de por sí medios específicos algunos de protección jurídica.</i></p> <p>(JAPÓN)</p> <p>Tal como se trató en los comentarios generales, la Federación hace hincapié en la necesidad de una fuerte protección a escala nacional y en que los maoríes estén representados en su desarrollo.</p> <p>Asimismo, la Federación señala que se tendrán que incluir medidas prioritarias debido a que el sistema occidental de P.I. no cubre adecuadamente el patrimonio cultural maorí.</p> <p>(FEDERACIÓN DE AUTORIDADES MAORÍES)</p> <hr/> <p>Véanse párrafos 6.20-6.21 del Apéndice .</p> <p>(MAUI SOLOMON)</p> |
| <p><b>e. Reconocimiento de la naturaleza específica y las características de las expresiones culturales</b></p> | <p>No está claro si la alusión a medidas “especiales” se refiere al nuevo instrumento que se propone en sí o a la comunidad. Cabe señalar que en la última frase del texto se hace hincapié, en lo que atañe a las ECT, en el individuo, mientras que en la mayor parte del texto se habla de la comunidad. El Canadá observa que este principio rector plantea una cuestión que, pese a haberla abordado anteriormente, no ha sido examinada en profundidad en el Comité. Se trata de la incidencia que pueda tener toda resolución del Comité sobre la protección de las ECT (nota a pie de página: WIPO/GRTKF/IC/6/14, pág. 16) en los inmigrantes que se llevan consigo y practican sus ECT en el nuevo lugar de residencia. El Canadá, uno de los países con mayor número de ciudadanos inmigrantes per cápita en el mundo, estima importante que el Comité tenga en cuenta los derechos de los individuos que, aunque residan en otra comunidad, siguen practicando y utilizando sus ECT.</p> <p>(CANADÁ)</p> <hr/> <p>Reconocimiento de la naturaleza específica y las características de las expresiones culturales.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <p>En dicho párrafo se utiliza la expresión “medidas especiales de protección jurídica” aun cuando no se ha llegado a un consenso en torno a la creación de un nuevo tipo de derecho.</p> <p>(JAPÓN)</p>   |
| <p><b>f. Complementariedad con la protección de los conocimientos tradicionales</b></p>                         | <p>Véanse los comentarios formulados anteriormente en los que el Canadá señala que este principio rector general debería volver a considerarse como objetivo político.</p> <p>CANADÁ)</p> <hr/>   |

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 32

|   |   |
|---|---|
|   | <p>Complementariedad con la protección de los conocimientos tradicionales.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <p>En este párrafo se emplea dos veces la expresión “protección jurídica” aun cuando no se haya llegado a consenso alguno en cuanto a la creación de un nuevo tipo de derecho o un nuevo mecanismo de protección jurídica. En la segunda frase de dicho párrafo (“Este proyecto de disposiciones guarda relación ...”) parece hacerse referencia al contenido de las DISPOSICIONES SUSTANTIVAS. Ahora bien, para debatir en torno a las DISPOSICIONES SUSTANTIVAS primero hay que llegar a un consenso en torno a los OBJETIVOS POLÍTICOS y los PRINCIPIOS RECTORES GENERALES. Por consiguiente, habría de suprimirse la segunda frase.</p> <p>(JAPÓN)</p>   |
| <p><b>g. Respeto de los derechos de los pueblos indígenas y otras comunidades tradicionales y de obligaciones para con los mismos</b></p> | <p>Se espera de los Estados miembros que cumplan con sus obligaciones jurídicas internacionales, tanto si afectan a pueblos indígenas como no indígenas. No está claro porqué en el texto de este principio rector no se hace referencia a las comunidades culturales.</p> <p>En aras de una mayor coherencia, claridad, y precisión en todo el texto, el Canadá propone que este principio rector se combine con el principio rector c), relativo al respeto de los acuerdos e instrumentos regionales e internacionales y la concordancia con los mismos. Ambos guardan relación en sus contenidos ideológicos, por lo que deberían considerarse conjuntamente.</p> <p>(CANADÁ)</p> <p>Respeto de los derechos de los pueblos indígenas y otras comunidades tradicionales y de obligaciones para con los mismos.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <p>Sería menester aportar aclaraciones en el sentido de si la expresión “derechos indígenas” forma parte de la categoría de “derechos otorgados por las normativas consuetudinarias”. Somos conscientes de que es menester respetar derechos de esa índole ya existentes en normativas consuetudinarias y prácticas jurídicas. Ahora bien, incluso en ese caso, deseamos dejar constancia de que existen derechos reconocidos en normativas consuetudinarias y prácticas jurídicas que no necesariamente constituyen derechos reconocidos en las leyes de otros países.</p> <p>(JAPÓN)</p> <p>Véase párrafo 7.2 del Apéndice.</p> <p>(MAUI SOLOMON)</p> |
| <p><b>h. Respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de las ECT/EF</b></p>  | <p>Por lo general, las comunidades pueden ejercer sus prácticas consuetudinarias en el Canadá siempre que no infrinjan la legislación nacional ni las obligaciones jurídicas internacionales. Algunos acuerdos globales sobre reclamaciones, por ejemplo, contienen disposiciones encaminadas a la elaboración de leyes por parte de los gobiernos indígenas en relación con el lenguaje y la cultura de sus ciudadanos indígenas, sometidas a ciertas limitaciones (como la Carta de Derechos y Libertades del Canadá, un documento de rango constitucional) y a ciertas excepciones (como la legislación sobre propiedad intelectual y otra legislación relevante de rango nacional).</p> <p>(CANADÁ)</p> <p>Respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de las ECT/EF.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <p>En lo que respecta a la expresión “prácticas y normas consuetudinarias”, deseamos dejar constancia de que en normativas consuetudinarias se contemplan derechos que no necesariamente constituyen derechos reconocidos en las leyes de otros países. En lo que respecta a la expresión “protección jurídica”, no existe consenso alguno en cuanto a la creación de un nuevo tipo de derecho o un nuevo mecanismo de protección jurídica.</p> <p>(JAPÓN)</p> <p>En el punto h), somos partidarios de incluir el término “prácticas”. El principio quedaría ahora “Respeto de las prácticas, el uso y la transmisión de las ECT/EF”.</p> <p>(SUDÁFRICA)</p>                            |

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 33

|   |  |
|---|--|
| <p><b>i. Efectividad y accesibilidad de las medidas de protección</b></p> | <p>Este principio no debe interpretarse en el sentido de imponer al Gobierno obligaciones financieras suplementarias.</p> <p>(CANADÁ)</p> <hr/> <p>Efectividad y accesibilidad de las medidas de protección.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <hr/> <p>En lo que respecta a la expresión “medidas destinadas a la adquisición, la gestión y el ejercicio de los derechos”, no existe consenso alguno en cuanto a la creación de un nuevo tipo de derecho o de un nuevo mecanismo de protección jurídica.</p> <p>(JAPÓN)</p> |
| <p><b>j.</b></p>  | <p>Deben incluirse el “principio del trato nacional” y el principio de la nación más favorecida” consagrados en el Acuerdo sobre los ADPIC (arts. 3 y 4).</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p>  |

| IV. COMENTARIOS SOBRE LOS PRINCIPIOS SUSTANTIVOS       |   |
|--|---|
| CUESTIONES   | COMENTARIOS   |
| COMENTARIOS GENERALES SOBRE LOS PRINCIPIOS SUSTANTIVOS |   |
| Comentarios generales                                  | <p>El Consejo Saami está en gran medida de acuerdo con la mayoría de las disposiciones sustantivas.</p> <p>(CONSEJO SAAMI)</p>  |
| COMENTARIOS SOBRE LOS PRINCIPIOS SUSTANTIVOS CONCRETOS |   |
| Artículo 1. Materia protegida                          | <p>El artículo 1.a) bb) establece como uno de los criterios para la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore la idea de que las expresiones sean “características de la identidad cultural y social de una comunidad, así como de su patrimonio cultural”. El uso de la expresión “características” sugiere que las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore han de ser “auténticas” y “genuinas”. Teniendo en cuenta que por experiencia el Brasil reconoce el carácter dinámico y repetitivo (en el sentido de que representa un proceso) de las expresiones culturales, esta idea debe reflejarse en el proyecto, contrariamente a la idea que transmite la versión actual del documento.</p> <p>El Brasil desearía algunas aclaraciones respecto del significado de “consenso tácito” (“Criterios de la protección”, ii)) en el texto de las observaciones, así como de posibles mecanismos para evaluar la ocurrencia real de dicho “consenso” en casos concretos.</p> <p>El Brasil está de acuerdo con el comentario presentado en el punto iii), según el cual “no están protegidas las expresiones que pueden caracterizar a comunidades o identidades más recientemente establecidas”.</p> <p>(BRASIL)</p> <hr/> <p>Adicional a lo correspondiente a los conceptos de materia protegida, deberá incluirse necesariamente:</p> <p>ii) además de las canciones y la música instrumental, podría incluirse “los silbidos y sonidos característicos provenientes de instrumentos ancestrales” en las expresiones musicales. También es necesario proteger los instrumentos musicales propios de cada comunidad.</p> <p>En el literal iv) podría incluirse “construcciones y obras arquitectónicas”.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <hr/> <p>En el comentario que acompaña a este artículo se señala que puede que sea necesaria una mayor reflexión al respecto de la supresión del criterio que habría de aplicarse para determinar qué constituye una expresión cultural tradicional o expresión del folclore (párrafo bb) debido a podría imponer una carga de la prueba demasiado pesada a las comunidades. La INTA observa que la adquisición de derechos, tal como se prefigura en este documento, es decir, que se utilizarán para “impedir” las actividades de otras partes, ha de basarse sin lugar a dudas en la capacidad de establecer a un criterio objetivo y claramente articulado. Todo lo que no sea esto creará confusión e incertidumbre y no cumplirá el requisito del nivel de transparencia del proceso.</p> <p>(ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MARCAS – INTA)</p> <hr/> <p>Artículo 1.a)iv): “Artesanía” es un término general, por lo que el párrafo debe modificarse del modo siguiente:</p> <p>iv) las expresiones tangibles, tales como las obras de arte y la artesanía...</p> <p>Debe suprimirse de la última línea la palabra “artesanía”.</p> <p>(REPÚBLICA ISLÁMICA DEL IRÁN)</p> <hr/> <p>Podemos apoyar el Artículo 1 y el Artículo 2 tal como están redactados, pero en lo tocante a las observaciones, tenemos que hacer hincapié en que la idea de que nuestros derechos sobre las expresiones culturales tradicionales hayan de conferirse de algún modo a una oficina u organismo público es completamente inaceptable.</p> <p>(CONSEJO SAAMI)</p> <hr/> <p>En el punto iii) del epígrafe titulado “Criterios de la protección” se dice que “no están protegidas las expresiones que pueden caracterizar a comunidades o identidades más recientemente establecidas”. Se reconoce que esta condición se refiere específicamente a “los colectivos que se hayan desarrollado en época reciente, como es el caso de las sectas religiosas modernas”.</p> <p>La Secretaría del Foro Permanente considera que esta cuestión requiere más aclaraciones, ya que la situación de</p> |

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 35

|  |  |
|--|--|
|  | <p>los pueblos indígenas no es estática y está siempre cambiando. Por ejemplo, la migración de las comunidades indígenas de sus tierras natales a través de las fronteras con frecuencia suele dar lugar a la formación de nuevas comunidades. ¿Acaso no se concederá protección a las expresiones culturales tradicionales y a las expresiones del folclore de esas comunidades?</p> <p>En cuanto al epígrafe titulado “Elección de los términos”, la Secretaría del Foro Permanente conviene en que debe haber una cierta flexibilidad en cuanto a la terminología. Ahora bien, las decisiones sobre terminología en los ámbitos nacional y regional deben tomarse en colaboración con los pueblos y comunidades indígenas.</p> <p>(SECRETARÍA DEL FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS)</p>  |
| <p><b>Artículo 2. Beneficiarios</b></p>  | <p>Debe guardarse conformidad con las observaciones al documento en el sentido de que las comunidades están compuestas por los individuos, de modo que la reglamentación y el control colectivo 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.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <hr/> <p>Artículo 2: En el encabezamiento deben añadirse las palabras “o locales” a continuación de “culturales”.</p> <p>(REPÚBLICA ISLÁMICA DEL IRÁN)</p> <hr/> <p>Véase párrafo 6.33 en el Apéndice.</p> <p>(MAUI SOLOMON)</p> <hr/> <p>Podemos apoyar el Artículo 1 y el artículo 2 tal como están redactados, pero en lo tocante a las observaciones, tenemos que hacer hincapié en que la idea de que nuestros derechos sobre las expresiones culturales tradicionales hayan de conferirse de algún modo a una oficina u organismo público es completamente inaceptable.</p> <p>(CONSEJO SAAMI)</p> <hr/> <p>Tomamos conocimiento de la nota a pie de página 23 de la página 17. No obstante, imploramos a la Secretaría de la OMPI que intensifique sus esfuerzos para definir la expresión “pueblos indígenas”.</p> <p>(SUDÁFRICA)</p>   |
| <p><b>Artículo 3. Actos de apropiación indebida (Alcance de la protección)</b></p> | <p>Artículo 3 a): La adopción de medidas por parte de los custodios de expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore con el fin de garantizar la observancia de los derechos no debe estar condicionada al registro.</p> <p>Si bien se hace referencia al consentimiento fundamentado previo en el punto a), esta referencia no se produce en el resto de los puntos. El Brasil entiende que el requisito del consentimiento fundamentado previo ha de incorporarse a todas las demás categorías de expresiones, con independencia de su registro previo.</p> <p>(BRASIL)</p> <hr/> <p>De manera intrínseca, se debe legislar en beneficio de las comunidades menos desarrolladas frente a los usuarios que exploten las ECT/EF, con el aval que las oficinas rectoras impulsen la difusión de estos recursos y en último término la sociedad en general se beneficie y las comunidades ofrezcan su consentimiento.</p> <p>Si el artículo en mención como tal “actos de apropiación indebida”, define los actos de apropiación indebida, es menester que, se deben mencionar las sanciones a las que estarían sujetos los que utilicen de manera inapropiada las ECT/EF.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <hr/> <p>Quisiéramos señalar en primer lugar la referencia a las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore “que se han registrado o notificado, tal como se menciona en el Artículo 7”. La experiencia de la INTA con registros alternativos, como los registros de marcas notoriamente conocidas, ha puesto de relieve la preocupación de los titulares de marcas por el establecimiento de sistemas de registro independientes. Si bien la transparencia y la certidumbre son importantes, debe reflexionarse sobre las prácticas en el establecimiento de este tipo de registros. Por este motivo, la INTA prefiere, con relación a los indicios que pueden constituir material para marcas, que se utilicen con fines de protección los registros de marcas establecidos. Ahora bien, si lo que se busca son registros independientes, instamos a que se solicite la orientación de los Estados miembros de la OMPI que disponen de experiencia con el establecimiento de registros de marcas notoriamente conocidas, así como de los sistemas de registro adoptados por muchos Estados con relación a la protección de las indicaciones geográficas. En tanto que la INTA reconoce que se han tratado de establecer diferentes criterios con relación a distintos grados de divulgación por parte de los pueblos indígenas de sus expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore, queremos señalar que el proyecto revisado sigue buscando soluciones penales y civiles con relación a símbolos que no se han notificado como de importancia (artículo 3.b)ii)). Parece extraordinario que puedan preverse este tipo de sanciones sin una divulgación adecuada y el establecimiento de derechos. Ya existen</p> |

|   |  |
|---|--|
|   | <p>suficientes vías de protección ante conductas falsas y engañosas en el sistema jurídico y no existe necesidad de tratar de introducir sanciones complementarias sin requerir información completa sobre los derechos respecto de los que existe dependencia.</p> <p>Además, queremos señalar con preocupación la constante referencia a “las obras derivadas de las mismas”, particularmente en el contexto de las palabras, los signos, los nombres y los símbolos. Puesto que estos son los tipos de signos que más probablemente tratan de adoptar los titulares de marcas, el uso en este contexto de la expresión “obras derivadas” sin ninguna otra limitación produce de nuevo incertidumbre.</p> <p>El artículo 3.b)ii) contiene una salvedad, “toda deformación, mutilación u otra modificación, u otro atentado a las mismas”, que supone de nuevo una evaluación subjetiva. Prever sanciones penales contra actos que no se conocen y que parecen ser indeterminados crea una incertidumbre innecesaria y probablemente puede infringir cualquier noción de proceso debido. Siguen existiendo preocupaciones con relación al material que debe mantenerse en secreto (artículo 3.c)). Como cuestión de justicia natural, parece que no debe exigirse el cumplimiento de derechos a un tercero que ha adoptado, sin mala intención, una expresión cultural tradicional o expresión del folclore sin conocer que existía, ya que no se ha buscado su protección. Una vez decidido mantener determinados elementos como secretos, tratar de velar por el cumplimiento de terceros que usan esos materiales de buena fe supone una carga injusta, innecesaria e inviable sobre los titulares de derechos de propiedad intelectual y socava el papel que cumplen estos sistemas en el contexto comercial. Al tiempo que observamos que el mecanismo de identificación o de registro debe dejarse para su determinación a nivel regional, la INTA reitera sus inquietudes con relación al establecimiento de cualquier tipo de sistema regional que pueda considerarse que otorga derechos sin tener en cuenta los principios establecidos de la propiedad intelectual de la territorialidad, la exclusividad, la prioridad y, cuando corresponda, la notificación.</p> <p>(ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MARCAS – INTA)</p> <hr/> <p>Artículo 3.a), línea 4: Deben añadirse las palabras “y el titular” a continuación de “la comunidad”. En el artículo 3.c) deben añadirse las palabras “y titulares” a continuación de “las comunidades”.</p> <p>(REPÚBLICA ISLÁMICA DEL IRÁN)</p> <hr/> <p>Véase párrafo 6.12 del Apéndice.</p> <p>(MAUI SOLOMON)</p> <hr/> <p>Con respecto al artículo 3, podemos simpatizar con el enfoque propuesto de tres niveles. Aunque esta no es la manera en que idealmente quisiéramos que se haga, actualmente, y siendo realistas, un sistema de protección para las expresiones culturales tradicionales que parezca bien a todos probablemente tendrá que distinguir entre diversas formas de expresiones culturales tradicionales basándose en el valor y la importancia de ese elemento concreto para quien haya originado la expresión cultural tradicional. Recomendamos que se incluya una referencia al consentimiento fundamentado previo y libre, de manera que se proponga un derecho para que solamente los pueblos indígenas sean quienes determinen los elementos fundamentales de nuestro patrimonio cultural. Dicho esto, el Consejo Saami cree firmemente que las listas contenidas en los epígrafes i) y ii) del artículo 3.a) deben ampliarse, de manera que la protección se extienda a una parte mayor de las expresiones culturales tradicionales indígenas que los sistemas convencionales de derechos de propiedad intelectual consideran que se encuentran en el dominio público. Además, nos sigue preocupando el hecho de que la protección de las expresiones culturales tradicionales se condicione al registro en un registro público. Al menos, debería aclararse que la disposición no se aplica si el registro de ese elemento en particular puede ser delicado para el pueblo en cuestión desde el punto de vista cultural.</p> <p>(CONSEJO SAAMI)</p> <hr/> <p>De nuevo reiteramos nuestra recomendación de incluir la palabra “deformación” en este artículo. El título del artículo quedaría ahora del modo siguiente: “Actos de apropiación indebida y de deformación”.</p> <p>En el punto b)i) proponemos incluir las frases siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. Que no se produzca una representación premeditada de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore.</li><li>2. Que no se produzca una deformación de las expresiones, de manera que vayan en detrimento del honor, la dignidad o el interés cultural de la comunidad indígena y local.</li></ol> <p>(SUDÁFRICA)</p> |
| <p><b>Artículo 4. Gestión de los derechos</b></p> | <p>Este proyecto de artículo debe abordar los casos en que una expresión está bajo la custodia de más de una comunidad.</p> <p>La disposición en la que se requiere el cumplimiento del consentimiento fundamentado previo hace que sea redundante la expresión “cuando se soliciten con arreglo a estas disposiciones” (punto a)).</p> <p>(BRASIL)</p>  |

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 37

|  |   |
|--|---|
|  | <p>Obligatoriamente se debe solicitar la autorización en primer lugar a la comunidad respectiva. La actuación de un Organismo rector que conceda la autorización, debe estar integrada por los miembros de las comunidades.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <p>Artículo 4.a), línea 3: Deben añadirse las palabras “de la forma más conveniente con arreglo a la legislación nacional y” a continuación de “un organismo que actúe”.</p> <p>Artículo 4.i) línea 2: Deben añadirse las palabras “en el marco de los procedimientos nacionales” a continuación de “de gobierno”.</p> <p>Artículo 4.ii): Deben añadirse las palabras “o indirectamente con arreglo a la legislación nacional” a continuación de “directamente”.</p> <p>(REPÚBLICA ISLÁMICA DEL IRÁN)</p> <p>Véase párrafo 6.33 del Apéndice.</p> <p>(MAUI SOLOMON)</p> <p>En tocante al Artículo 4, nos consolamos en el hecho de que en las observaciones se aclara que el organismo de que se trate sólo actuará en la gestión de las expresiones culturales tradicionales si consiente en este proceso el pueblo donde se originen las expresiones. Ahora bien, nos preocupa que el texto del Artículo 4, al referirse simplemente a “en consulta con”, no trasmite claramente esta exigencia de consentimiento. Por consiguiente, el artículo ha de redactarse de nuevo de forma correspondiente.</p> <p>(CONSEJO SAAMI)</p> <p>El papel de un “Organismo” que actúe a petición de la comunidad y en nombre de ella es un concepto importante, si bien aún queda la cuestión de hasta qué punto será realista que un organismo actúe en nombre de los pueblos y comunidades indígenas. A este respecto, la Secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas secunda las reservas expresadas por Colombia y el Consejo Saami.</p> <p>(SECRETARÍA DEL FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS)</p> <p>En este artículo proponemos la elaboración de disposiciones con respecto a lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. La fuente o lugar y la comunidad donde se ha obtenido la expresión cultural tradicional o expresión del folclore utilizada.</li><li>2. Cuando no pueda identificarse una comunidad como titular de expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore.</li><li>3. Cuando una expresión cultural tradicional o expresión del folclore se extienda por varios países.</li><li>4. Cuando una expresión cultural tradicional o expresión del folclore concreta de una zona determinada pueda no ser igual en otra comunidad.</li></ol> <p>(SUDÁFRICA)</p> |
| <p><b>Artículo 5. Excepciones y limitaciones</b></p> | <p>Punto a)iii): Deben suprimirse los puntos “transmisión de noticias o acontecimientos de actualidad” y “utilización incidental”, ya que se refieren a casos muy generales.</p> <p>(BRASIL)</p> <p>No se debe frenar de ninguna manera la creatividad, la libertad artística, los intercambios culturales, el ingenio. La protección debe limitarse a que no soliciten las ECT/EF quienes no sean los autores de las mismas. Es interesante la protección que está realizando la OMPI en la elaboración de contratos apropiados, listas recapitulativas de propiedad intelectual y otras directrices y códigos de conducta para museos, archivos e inventarios de patrimonio cultural.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <p>Con relación al Artículo 5, el Consejo Saami está de acuerdo con los párrafos a)i) y ii) así como con el párrafo b). No obstante, la lista incluida en el párrafo a)iii) es demasiado incluyente. La referencia a la investigación es particularmente problemática, dado que, tradicionalmente, los pueblos indígenas han tenido, y siguen teniendo, gran cantidad de problemas con las instituciones de investigación.</p> <p>(CONSEJO SAAMI)</p> <p>La Secretaría del Foro Permanente está de acuerdo en que los Estados miembros establezcan las excepciones y limitaciones respecto de las leyes de derecho de autor en general, aunque deben establecerse también en consulta con los pueblos y comunidades indígenas.</p> <p>(SECRETARÍA DEL FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS)</p>  |

Al tiempo que suscribimos en general los párrafos y subpárrafos de este artículo, nos preocupa la expresión "utilización incidental", y solicitamos a la Secretaría de la OMPI que defina en una nota a pie de página la utilización incidental. Sostenemos que en su sentido más general puede suponer una apropiación indebida o un uso indebido premeditados.

Apoyamos sin reservas la inclusión del derecho consuetudinario en el punto a)i), ya que la constitución de Sudáfrica prevé el derecho consuetudinario y los tribunales de Sudáfrica aplican el derecho consuetudinario cuando resulta de aplicación.

(SUDÁFRICA)

a) Ilustración para enseñanza y aprendizaje: Las comunidades indígenas y locales pondrán pocas objeciones a la hora de compartir parte de sus conocimientos con fines de educación. Por ejemplo, un legislador del estado de Washington introdujo legislación que se ha adoptado en virtud de la cual se ordena la enseñanza de la historia y cultura tribales en las escuelas públicas. Las tribus del estado de Washington son muy conscientes del valor de compartir partes de su historia y cultura con vistas a una educación más amplia para el entendimiento entre culturas y el intercambio de modelos en favor de una sociedad sostenible.

Ahora bien, les preocupa que el uso de los materiales quede limitado a los contextos en que se ponen en común. Las Tribus Tulalip han presentado un ejemplo en el grupo de trabajo sobre conocimientos tradicionales y recursos genéticos en el que una anciana tribal contó una historia personal en un aula. La anciana dio permiso al profesor para que grabase la historia, pensando que se utilizaría para preparar las lecciones relacionadas con la historia. El profesor transcribió la historia y la publicó. La anciana se sintió muy ofendida, ya que se trataba de su historia personal sobre la que mantenía la custodia y que en el contexto tradicional sólo podía ser contada por ella. Si bien las personas que escuchaban la historia podían conservarla en su memoria y extraer enseñanzas a partir de ella, la costumbre Tulalip prohíbe que repitan la historia a otras personas.

b) Investigación no comercial o estudio privado: Estas actividades pueden convertirse en vías para ampliar la disponibilidad de expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore a un universo de usuarios cada vez más amplio, y puede ir en contra de la privacidad cultural o el secreto cultural. La investigación no comercial suele conducir habitualmente a su publicación, fuera del control directo de los titulares originales de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore.

Si no existen disposiciones jurídicas adicionales, las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore publicadas entran en el sistema occidental de derecho de autor, que lleva inexorablemente al dominio público. Una información ampliamente publicada y distribuida puede modificar los presupuestos jurídicos sobre la condición de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore, fuera o no esa la intención de los titulares originales de los conocimientos de poner esta información a disposición del público. Una mayor disponibilidad también hace que a los titulares de los conocimientos tradicionales les resulte más difícil defender cualquier derecho reconocido a controlar o beneficiarse del uso de sus expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore.

Este principio general puede englobarse en dos puntos relacionados con el consentimiento fundamentado previo. La primera cuestión atañe a la autoridad en virtud de la cual se obtienen los materiales de investigación (quien otorga el consentimiento). Muchos investigadores, por ejemplo, han obtenido acceso a expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore a través de relaciones personales con titulares de las tradiciones. Estas personas pertenecen a una sociedad más amplia que puede reivindicar derechos colectivos de control sobre los conocimientos. El sistema colectivo de gobernanza puede permitir o no a los titulares de las tradiciones divulgar los conocimientos.

La segunda cuestión destacada es la determinación de las circunstancias del consentimiento. Muchas comunidades indígenas y locales viven en culturas fundamentalmente orales. Puede que no hayan tenido contacto con el sistema académico y de publicación no indígena o haber tenido muy poco contacto. Salvo que se aborden las cuestiones relacionadas con la publicación y el posible acceso y uso por terceros, el consentimiento es muy problemático. Los titulares de expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore puede que no sean conscientes de que los conocimientos publicados y divulgados cobran su propia vida y siguen una trayectoria jurídica hacia el dominio público.

Las Tribus Tulalip no tienen ninguna objeción a que cualquier comunidad indígena o local tome la decisión, a través del consentimiento fundamentado previo, de divulgar, exponer y permitir que esos conocimientos se utilicen con fines de estudio o investigación. Los derechos adquiridos por los investigadores, estudiantes y por terceros que tomen contacto con las obras publicadas deben limitarse, salvo que se eximan por consentimiento expreso de los titulares de las tradiciones.

c) Crítica o examen: Las objeciones relacionadas con este punto quedan recogidas en las objeciones planteadas anteriormente.

d) Transmisión de noticias o acontecimientos de actualidad: En muchos casos, esto puede que no sea un problema. No obstante, en casos concretos deben aclararse los posibles problemas.

En 1984, un periodista del *Santa Fe New Mexican* sobrevoló una ceremonia sagrada de Pueblo Santo Domingo, tomó fotografías y las publicó en el periódico local bajo el título de asamblea de indígenas (este ejemplo se analiza en profundidad en *Who Owns Culture?* de Susan Scafidi, publicado por Rutgers University Press, 2005, y en *Prevention of Misappropriation of Intangible Cultural Heritage through Intellectual Property Laws*, de Daniel Wugner, publicado en J. Michael Finger y Philip Schuler (eds.). *Poor People's Knowledge: Promoting Intellectual*

Property in Developing Countries. Banco Mundial, 2004).

El Pueblo Santo Domingo presentó una demanda. Denominar la ceremonia sagrada una “asamblea de indígenas” era muy ofensivo. Sin embargo, lo que resultó más perjudicial fue que el vuelo perturbó la ceremonia y redujo su efectividad, de manera que desde el punto de vista de los miembros de Pueblo perjudicó una ceremonia espiritual necesaria para renovar su relación con determinadas fuerzas espirituales para el año siguiente. La publicación de las fotografías infringió la ley consuetudinaria relacionada con esta ceremonia secreta. Se llegó a un arreglo extrajudicial en el caso, aunque probablemente Pueblo habría perdido cualquier demanda basada en la protección de la propiedad intelectual. La ceremonia era secreta, y Pueblo se había tomado molestias para mantenerla secreta. Sin embargo, el hecho de que fuera visible desde el aire significa que los tribunales habrían dictaminado que puesto que no existían derechos de autor sobre la ceremonia, no podrían exigirse reparaciones puesto que se había celebrado en el dominio público, ya que había tenido lugar a cielo abierto y sin protección. Ahora bien, el hecho de hacerlo a cielo abierto era necesario para entablar la comunicación con el Creador y los espíritus tribales. A fin de proteger la ceremonia, Pueblo tendría que haber modificado la costumbre para adaptarse a la legislación occidental en materia de derechos de propiedad intelectual y cubrir el espacio de la ceremonia.

e) Procedimientos judiciales: Si bien las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore han de ponerse necesariamente a disposición en los procedimientos judiciales, debe establecerse un límite a ello. Muchos países disponen de leyes que hacen de los procedimientos judiciales un registro oficial y parte del dominio público, de manera que al defender sus derechos, las comunidades indígenas y locales pueden poner de hecho sus expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore ante un mayor riesgo de divulgación. Ha de alentarse a los estados para que velen por que cualquier uso probatorio de expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore en litigios por daños y perjuicios esté protegido del acceso público y exento de la legislación en materia de dominio público.

f) Excepciones por razón de registro: Las comunidades indígenas y locales no suelen poner objeciones al archivo de sus expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore si mantienen el control sobre el acceso, la conservación y los usos subsiguientes de los materiales archivados. Las tribus de los Estados Unidos América han colaborado con la Biblioteca del Congreso, con la *Smithsonian Institution* y con el *National Museum of the American Indian*, así como otras instituciones, con fin de archivar y presentar muchas expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore tribales.

El archivo de algunas expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore puede ser cuestionable. Las comunidades indígenas y locales puede que no se preocupen simplemente por la distinción entre comercial y no comercial, sino que les inquiete el acto de apropiación por el hecho de archivarlas. El derecho consuetudinario, por ejemplo, puede prohibir el almacenamiento de algunas formas de expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore, en particular las que se consideran muy sagradas, secretas o restringidas a determinadas personas y prácticas.

Puede resultar muy ofensivo, por ejemplo, cinematografiar, digitalizar y archivar determinadas ceremonias, danzas, canciones y dibujos sagrados. Muchos navajos, por ejemplo, hacen dibujos de arena para comercializarlos o venderlos. Pero algunos dibujos de arena son muy sagrados y se destruyen una vez utilizados en la ceremonia. Archivar ejemplos de estos dibujos puede ser ofensivo, e incluso peligroso, ya que convocan importantes poderes espirituales.

En el pasado, se ha utilizado un impulso nacional dirigido a conservar el patrimonio nacional para justificar el archivo de muchas expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore. Los titulares de las tradiciones disienten en algunos casos de que éstas formen parte del patrimonio nacional. Como titulares de las tradiciones, consideran que son los únicos que pueden tomar decisiones sobre sus expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore. Algunos ancianos tribales han expresado la opinión de que es mejor que no se transmitan o archiven algunos conocimientos si no se cumplen las condiciones espirituales y tradicionales para ser transmitidas a la generación siguiente. Una idea común compartida por los indígenas de todo el mundo es que este conocimiento no se pierde verdaderamente, ya que viene a través de la revelación del Creador. Si las condiciones no son las adecuadas, el Creador puede retirar temporalmente el don del conocimiento, aunque se restituirá de nuevo una vez que las condiciones sean las correctas.

En resumen, la excepción por razones de archivo no debe utilizarse para permitir actividades de archivo que vayan en contra los deseos de los titulares de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore cuando éstos puedan ser identificados, y deben existir disposiciones para que los titulares de expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore cuestionen o reivindiquen derechos sobre los materiales conservados en archivos.

g) Utilización incidental: Esta cuestión se ha tratado en su mayor parte en los comentarios previos y en los que siguen a continuación. Solamente cabe añadir que incluso el uso de pequeños fragmentos de expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore y su incorporación en obras derivadas puede ser ofensivo e infringir las leyes consuetudinarias.

Comentarios generales: Para las Tribus Tulalip, la aceptabilidad de las excepciones propuestas dependerá en gran medida de la interpretación nacional de las condiciones que contiene el párrafo ejecutivo donde se establecen las restricciones a las excepciones:

“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”.

El concepto de “prácticas leales”, si se hace equivaler al de uso leal, puede permitir a los usuarios de expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore extraer las ideas contenidas en las producciones de las

comunidades indígenas y locales, a diferencia de sus expresiones. Esto es algo que a los tribunales les puede resultar difícil de determinar, y es probable que en los sistemas nacionales se reflejen los conceptos nacionales de "uso leal". La defensa basada en la dicotomía idea/expresión posiblemente puede utilizarse para justificar un importante número de actos de apropiación.

Respecto de la cuestión del reconocimiento, ha tenerse en cuenta que las comunidades indígenas y locales tratan de obtener con frecuencia el control sobre sus conocimientos, en lugar del reconocimiento. Las Tribus Tulalip han hecho hincapié en una intervención anterior en que el concepto de dominio público es ajeno a muchas comunidades indígenas y locales. Determinar las comunidades de origen como titulares originales de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore es difícil, aunque no imposible. En el ámbito de los objetos físicos, los Estados Unidos de América han adoptado disposiciones en la Ley de Protección y Repatriación de Sepulturas de Indígenas Norteamericanos (NAGPRA), en virtud de las cuales las tribus pueden solicitar la custodia de restos mortales y objetos sagrados. Se les exige que presenten pruebas que demuestren una relación histórica directa con los restos humanos y objetos sagrados. Una parte considerable de los objetos no puede vincularse a descendientes vivos, y quedan fuera del alcance de la protección. Pueden establecerse disposiciones similares para las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore que permitan crear anexos a las excepciones.

El criterio de la "ofensa" no dice nada sobre quién determina el carácter ofensivo. Quienes utilizan expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore suelen decir que están honrando las tradiciones y que sus obras derivadas se enmarcan en el espíritu de las tradiciones culturales. Los titulares de las tradiciones puede que perciban los usos derivados desde otra perspectiva.

En virtud del derecho consuetudinario, muchas expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore están restringidas a determinadas personas, familias, clanes, grupos funcionales u otros tipos de grupos definidos localmente. Puede que tradicionalmente se expresen en momentos determinados del año o en circunstancias muy concretas.

Las diferencias de interpretación en los Estados Unidos de América se han abordado mediante los "cánones de construcción", es decir, directrices de interpretación que utilizan los tribunales para llegar a un fallo. Un principio fundamental en la interpretación de tratados es que deben interpretarse de acuerdo a como los entendieron en su momento las tribus que los negociaban. En los casos en que esto no puede determinarse, los tribunales aplican una interpretación que es más favorable a las tribus.

Otros comentaristas han expresado sus inquietudes sobre la necesidad de preservar el uso leal y la libertad de expresión para crear reservas nacionales y mundiales de ideas y expresiones a partir de las que puedan derivarse otras creaciones e innovaciones. Las comunidades indígenas y locales han expresado una gran preocupación respecto de la imposición de criterios externos sobre el uso leal relacionado con conocimientos que se rigen por las tradiciones locales.

La libertad de expresión es en parte una cortina de humo, ya que muchos países tienen definido un conjunto de categorías de expresiones prohibidas, como la incitación al odio, las expresiones sediciosas o que inducen a la traición, los discursos que inducen al pánico y así sucesivamente. La libertad de expresión está regulada en la mayoría de las culturas nacionales, si no en todas, de muchas maneras. La regla general es que las limitaciones se estudian detenidamente, no se hacen excesivamente generales, sirven a propósitos explícitos y no se elaboran de forma arbitraria y caprichosa.

Las tribus Tulalip piensan que las limitaciones al uso leal y la libertad de expresión respecto de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore que se han sostenido más arriba cumplen estos criterios. Son limitadas porque no están al alcance de todos los ciudadanos y generalmente se aplican a culturas minoritarias en el marco de sistemas nacionales.

Muchas naciones reconocen el derecho de los indígenas a la libre determinación y algunas reconocen un principio más fundamental de soberanía tribal basado en derechos previos a la libre determinación.

La Resolución 2006/2 del Consejo de Derechos Humanos contiene varias declaraciones donde se refuerza este estatuto para todos los pueblos indígenas. Los artículos 11 y 31 del actual proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas son particularmente significativos:

#### Artículo 11

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.
2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

#### Artículo 31

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los

|   |   |
|---|---|
|   | <p>deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.</p> <p>2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.</p> <p>Las Tribus Tulalip no creen que quienes plantean objeciones a las limitaciones propuestas sobre las excepciones normales hayan argumentado de forma convincente que: a) las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore de las comunidades indígenas y locales existentes “pertenecen” de forma natural al patrimonio nacional o mundial; o b) que la protección de estas expresiones causará un perjuicio a gran escala o irreparable a los sistemas de innovación nacionales y mundial.</p> <p>Las comunidades indígenas y locales han puesto en común una buena parte de sus tradiciones con las culturas nacionales y la cultura mundial. Generalmente se resisten a la idea de que cualquiera, en cualquier lugar y en cualquier momento tenga acceso libre a sus tradiciones más sagradas e íntimas, o que esas tradiciones pertenezcan por defecto al dominio público. La gran mayoría de los conocimientos existentes en el mundo no tiene su origen en las comunidades indígenas y locales y no se verán afectados por las limitaciones sobre las excepciones propuestas en estos comentarios. No se trata de limitaciones arbitrarias y caprichosas, ya que se basan en derechos reconocidos internacionalmente a la libre determinación, la integridad cultural y el derecho a “mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales”.</p> <p>(TRIBUS TULALIP)</p>   |
| <p><b>Artículo 6. Duración de la protección</b></p> | <p>La duración de la protección debe estar ligada únicamente al cumplimiento de los criterios de la protección. Una vez que una expresión cultural tradicional satisfaga estos criterios, debe concederse la protección sin necesidad de cualquier otro requisito.</p> <p>(BRASIL)</p> <hr/> <p>Es pertinente mencionar que si se está tratando de legislar en beneficio de las comunidades, las ECT/EF deben tener un tiempo de duración. Una vez vencido este periodo es menester que pasen al dominio público y se establezca que ninguna comunidad puede reclamar este derecho.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <hr/> <p>La Federación no está de acuerdo con este principio de que la protección no es por tiempo indefinido y puede conducir al dominio público. Para las comunidades maoríes las ECT son cultura viva. Las tradiciones son intergeneracionales y, por consiguiente, deberían protegerse a través de las generaciones y esta protección no debería expirar. El sistema de protección occidental no será duradero si no se tienen en cuenta y se aplican de forma adecuada los puntos de vista indígenas.</p> <p>(FEDERACIÓN DE AUTORIDADES MAORÍES)</p> <hr/> <p>Con relación al artículo 6.ii), un plazo de protección de los derechos sobre expresiones culturales tradicionales o del folclore secretas en la medida en que permanezcan secretas no da cabida a la certidumbre, y por consiguiente es claramente perjudicial para la protección y observancia obtenidas legítimamente de otros derechos de propiedad intelectual como las marcas.</p> <p>(ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MARCAS – INTA)</p> <hr/> <p>Estamos de acuerdo con el artículo 6.</p> <p>(CONSEJO SAAMI)</p> <hr/> <p>El deseo de los pueblos indígenas de una protección indefinida para algunos aspectos de las expresiones de sus comunidades es extremadamente importante y, por este motivo, la Secretaría del Foro Permanente apoya la posición de los pueblos indígenas respecto de esta disposición.</p> <p>(SECRETARÍA DEL FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS)</p> <hr/> <p>Somos partidarios de que la propiedad de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore se conceda a perpetuidad. Si bien el contenido de este artículo alude a la perpetuidad, imploramos a la Secretaría que exponga esta condición de la protección de forma explícita.</p> <p>En lo tocante al punto ii) rogamos también a la Secretaría que distinga entre “secretas” y “sagradas”. En este contexto, recomendamos la inclusión de “sagradas”. La frase quedaría redactada del modo siguiente: “en lo que respecta a las ECT/EF secretas y sagradas, su protección como tal durará mientras permanezcan secretas y sagradas.”</p> <p>(SUDÁFRICA)</p> |

|   |   |
|---|---|
| <p><b>Artículo 7. Formalidades</b></p>                                | <p>El Brasil no está de acuerdo con que el registro deba ser una condición para la protección de los derechos sobre expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore por parte de sus custodios.</p> <p>Artículo 7 iv) El Brasil tiene sus dudas respecto del uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias para solucionar conflictos relativos a las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore, y propone suprimir la referencia a este tipo de mecanismos en el proyecto de instrumento.</p> <p>(BRASIL)</p> <hr/> <p>Se debe seguir un procedimiento administrativo combinado, como en los registros de propiedad intelectual.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <hr/> <p>Artículo 7 b): La Federación no cree en la necesidad de registrar o notificar las ECT ante una oficina u organización para que exista protección.</p> <p>El registro de ECT no debería ir al dominio público, incluso después de que se hayan terminado de utilizar las ECT. La Federación apoya que no se depositen nuevas cargas financieras, sociales o de otro tipo sobre los maoríes y otros pueblos indígenas, y opina que este sistema de protección es occidental y que los derechos de los pueblos indígenas deberían protegerse de forma automática en su país de origen, y que las exigencias suplementarias que se realicen a los maoríes para que la protección se lleve a cabo en virtud de este sistema no deberían ser una carga para ellos.</p> <p>(FEDERACIÓN DE AUTORIDADES MAORÍES)</p> <hr/> <p>Con respecto al artículo 7, ya hemos señalado nuestra preocupación con la exigencia del registro para obtener la protección de las expresiones culturales tradicionales.</p> <p>(CONSEJO SAAMI)</p> <hr/> <p>La Secretaría del Foro Permanente conviene en que, como principio general, la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore no debe estar sujeta a ninguna formalidad, de modo similar al derecho de autor. La cuestión del registro o la notificación de expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore que requieren una protección más robusta debe estudiarse con mayor detalle. La Secretaría del Foro Permanente es de la opinión de que la organización administrativa que se ocupe del abanico de cuestiones expresadas en este proyecto de artículo deberá tener claro cuál es su cometido con el fin de evitar una pesada carga debido a la complejidad de estas cuestiones.</p> <p>(SECRETARÍA DEL FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS)</p> <hr/> <p>Apoyamos sin reservas el contenido de este artículo, ya que somos de la opinión de que el deseo de observancia se pierde en la burocracia.</p> <p>Adelantamos que mediante la inclusión de las disposiciones de este artículo se evitarán los costos prohibitivos que conllevan el registro y el mantenimiento de la titularidad de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore.</p> <p>En lo que atañe al punto iv), Sudáfrica ya ha establecido una oficina conocida como Oficina Nacional de los Sistemas de Conocimientos Indígenas cuyo mandato es el de iniciar el procedimiento de registro de los titulares y profesionales de los sistemas de conocimientos tradicionales. Además, la Oficina tiene el cometido de asistir a las comunidades indígenas y locales en asuntos objeto de controversia, tal como se prevé en el artículo 8.</p> <p>(SUDÁFRICA)</p> |
| <p><b>Artículo 8. Sanciones, recursos y ejercicio de derechos</b></p> | <p>Si bien se indican los ítems de quebrantamiento, se deben señalar cuales son los mecanismos de observancia y solución de controversias. De igual manera cuales son las sanciones, los recursos y las observancias</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <hr/> <p>Véanse párrafos 6.33 y 6.35 del Apéndice.</p> <p>(MAUI SOLOMON)</p> <hr/> <p>Estamos de acuerdo con el artículo 8, aunque, de nuevo, siempre y cuando se aclare que el organismo público intervendrá en la observancia de los derechos en la medida en que los pueblos indígenas lo consientan.</p> <p>(CONSEJO SAAMI)</p> <hr/> <p>La Secretaría del Foro Permanente está de acuerdo en que deben considerarse en esta disposición las sanciones y los recursos del ámbito penal y civil en los casos de quebrantamiento de los derechos, particularmente cuando se</p>  |

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 43

|   |  |
|---|--|
|   | <p>ha producido un daño cultural o a la comunidad. Además, debe consultarse a los pueblos indígenas a todos los niveles respecto del establecimiento de sanciones, recursos y medidas de observancia.</p> <p>(SECRETARÍA DEL FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS)</p> <p>Recomendamos incluir las palabras “civiles y penales” en el artículo 8, por lo que el artículo quedaría como sigue: “Sanciones, recursos civiles y penales y ejercicio de derechos”.</p> <p>Al tiempo que apoyamos los mecanismos de observancia y solución de controversias de la OMPI, deben examinarse los mecanismos de solución de controversias y de observancia consuetudinarios. Igualmente importantes dentro del contexto consuetudinario se encuentran las sanciones y los recursos.</p> <p>(SUDÁFRICA)</p>  |
| <p><b>Artículo 9. Disposiciones transitorias</b></p>  | <p>Esta disposición debe permitir también la aplicación de la protección a los derechos adquiridos con anterioridad de forma incoherente con las demás disposiciones del proyecto de instrumento.</p> <p>(BRASIL)</p> <p>El numeral iii) “una solución intermedia, en virtud de la cual las utilidades que estén sujetas a autorización conforme a la nueva norma o reglamento, pero que 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)”. Se debería aplicar el principio del dominio público en todo su contexto, es decir, que no se puede apropiarse ninguna ECT/EF por parte de ninguna comunidad, que haya estado existiendo antes de la entrada en vigor de la norma.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <p>Queremos señalar la referencia a “todo acto que aún perdure” en el párrafo b). Este lenguaje no es claro con relación al alcance de los actos que pretende englobar. Sin un vínculo con el artículo 1, esta referencia plantea la cuestión de si amplía la forma de uso de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore, por ejemplo, con relación a una expresión cultural que se ha convertido en comercial, o para englobar la situación donde de hecho no existen actos que perduren pese a la referencia al artículo 1. Dicho brevemente, el término “acto” es ambiguo en este contexto. Si bien se ha incluido la frase “con sujeción a que se respeten los derechos adquiridos anteriormente por terceros”, de ningún modo es cierto que esta frase pretenda apoyar el principio general de dar prioridad al primero que llegue, al cual se adhiere firmemente la INTA.</p> <p>(ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MARCAS – INTA)</p> <p>En lo tocante al artículo 9, podemos aceptar la solución intermedia elegida, reconociendo que podría llevar algún tiempo poner en conformidad la legislación en materia de derechos de propiedad intelectual con los objetivos y principios fundamentales. No obstante, quisiéramos ver eliminada la referencia a “que se respeten los derechos adquiridos anteriormente por terceros”.</p> <p>(CONSEJO SAAMI)</p> <p>La afirmación de que los pueblos indígenas no reconocen el concepto de “dominio público” fue abordada por Victoria Tauli-Corpuz en su ponencia presentada durante el taller internacional sobre conocimientos tradicionales celebrado en la ciudad de Panamá en septiembre de 2005.</p> <p>Al reflexionar sobre la ponencia de la Sra. Tauli-Corpuz y la afirmación de las Tribus Tulalip de que los gobiernos y los ciudadanos han sido incapaces de reconocer y respetar el derecho consuetudinario, resulta obvio que los pueblos indígenas y los pueblos no indígenas entienden de forma diferente la idea de “dominio público”. Por consiguiente, la Secretaría del Foro Permanente está de acuerdo en que debe reflexionarse más detenidamente sobre el concepto de “dominio público” y las opciones establecidas en esta disposición.</p> <p>(SECRETARÍA DEL FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS)</p> <p>Estamos de acuerdo con este artículo y lo apoyamos.</p> <p>(SUDÁFRICA)</p> |
| <p><b>Artículo 10. Relación con la protección por P.I. y otras formas de protección, preservación y promoción</b></p> | <p>De la explicación en las observaciones consideramos que las ECT/EF se pueden proteger mediante las modalidades de propiedad intelectual como la utilización de norma complementaria.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <p>Sin perjuicio de cualquier enmienda, el artículo 10 sigue previendo una protección especial para las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore a través de mecanismos de protección complementarios. Tal como ha manifestado previamente, la INTA se opone a cualquier propuesta que pretenda conceder una condición especial de marca a las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore por las razones señaladas</p>  |

|  |   |
|--|---|
|  | <p>anteriormente. Si bien en el comentario se reconoce que debe dejarse que se determine a nivel regional el mecanismo para identificar y “registrar” una expresión cultural tradicional o del folclore, a la INTA le preocupa que no se haya reflexionado suficientemente sobre los mecanismos de aplicación o sobre los principios generales para la protección de las expresiones culturales tradicionales o del folclore en el contexto de estos sistemas. Claramente, es la aplicación de muchos de estos principios lo que planteará preocupaciones, y un examen detenido de su aplicación puede evitar que surjan posteriormente cuestiones a partir de unas directrices vagas, particularmente cuando éstas pueden entrar en conflicto con los sistemas de propiedad intelectual existentes, cuyos usuarios exigen certidumbre y coherencia. Al tiempo que es importante reconocer y proteger las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore de las comunidades y pueblos indígenas, no es necesario otorgar dicha protección mediante la creación de normas vagas o con un alcance excesivo, o mediante la aplicación de un criterio diferente respecto de la materia susceptible de protección (y del nivel y las sanciones aplicables) en virtud de la legislación de propiedad intelectual de la región en cuestión. Si no se examinan a fondo todas las consecuencias y ramificaciones de un proceso de este tipo durante las fases preparatorias, en última instancia podría socavarse el propósito inicial deseado de formular una doctrina de protección general dirigida a fomentar una mayor conciencia de la comunidad del valor inherente del patrimonio indígena y de las expresiones culturales tradicionales conexas.</p> <p>(ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MARCAS – INTA)</p> <hr/> <p>Estamos de acuerdo con el artículo 10.</p> <p>(CONSEJO SAAMI)</p> <hr/> <p>Esta disposición incluye una buena colección de leyes sobre propiedad intelectual y de medidas no relacionadas con la propiedad intelectual que pueden utilizarse para proteger las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore.</p> <p>(SECRETARÍA DEL FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS)</p> <hr/> <p>Si bien somos partidarios de que el instrumento complemente y mantenga un apoyo recíproco con otros tipos de protección de la propiedad intelectual, observamos con preocupación, sin embargo, que la protección convencional de la propiedad intelectual a las comunidades indígenas y locales falla a muchos niveles.</p> <p>(SUDÁFRICA)</p> |
| <p><b>Artículo 11. Protección internacional y regional</b></p> | <p>A mayor reforzamiento de los acuerdos y convenios internacionales debe incluirse el artículo 3 referente al trato nacional del Acuerdo sobre los ADPIC, adaptado a las modalidades de las ECT/EF.</p> <p>(INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – IEPI)</p> <hr/> <p>La Federación está de acuerdo en que se necesita protección internacional y regional, y reconoce que la tarea de implementarla será pesada y de enormes proporciones.</p> <p>Los acuerdos y tratados regionales e internacionales son un medio de protección siempre que se tengan debidamente en cuenta los puntos de vista indígenas.</p> <p>La apropiación indebida de la cultura maorí es significativa y se han producido una serie de casos de los cuales uno de los más recientes es el caso de <i>Halloween Moko kit</i>. Se trata de un ejemplo que pone de relieve la importancia de desarrollar la protección internacional.</p> <p>La Federación desearía examinar mejor las opciones de protección regional e internacional y acogerá con beneplácito las oportunidades futuras de realizar comentarios a este respecto.</p> <p>(FEDERACIÓN DE AUTORIDADES MAORÍES)</p> <hr/> <p>Respecto del artículo 11, pensamos que esta cuestión requiere un mayor examen. No obstante, quisiéramos recomendar a la Secretaría de la OMPI que reconozca que los sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas deben desempeñar también un papel en la protección transfronteriza de las expresiones culturales tradicionales.</p> <p>(CONSEJO SAAMI)</p> <hr/> <p>Asimismo, recomendamos en esta sección incluir la palabra “nacional” en el artículo 11. El título quedaría así: “Protección nacional, regional e internacional”.</p> <p>A la vez que somos conscientes de que existen verdaderas contradicciones en puntos fundamentales de los instrumentos internacionales vigentes, somos partidarios de la armonización de esos instrumentos. Basamos nuestra afirmación en la premisa de que no todos los países son signatarios de determinados instrumentos, por lo que puede resultar problemática la concesión de derechos a los extranjeros.</p>  |

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Anexo, página 45

|  |   |
|--|---|
|  | <p>Deseamos también que se aclare la expresión “extranjeros facultados”, es decir, quién determina si un extranjero está o no facultado.</p> <p>(SUDÁFRICA)</p> |
|--|---|

[Sigue el Apéndice]

APÉNDICE

INFORME DE EVALUACIÓN  
preparado para el Ministerio de Desarrollo Económico

sobre los documentos de la OMPI “La Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales/Expresiones del Folclore: Objetivos y Principios Revisados (WIPO/GRTKF/IC/8/4); y La Protección de los Conocimientos Tradicionales: Objetivos y Principios Revisados (WIPO/GRTKF/IC/8/5)”

por Maui Solomon, abogado  
Wellington, Aotearoa/Nueva Zelandia (maui.solomon@paradise.net.nz)

“Este comentario no refleja la postura del Gobierno de Nueva Zelandia. Sin embargo, consideramos que sería conveniente que el Comité Intergubernamental lo examinara teniendo en cuenta que refleja los puntos de vista de los pueblos indígenas sobre el proyecto de objetivos y principios”.

ÍNDICE

**1. Introducción**

**2. Declaración contextual**

**3. ¿En qué medida los principios o los objetivos políticos que contemplan los documentos son apropiados para la situación de Nueva Zelandia, especialmente desde la perspectiva maorí?**

Comentarios generales

Responsabilidades en virtud del Tratado de Waitangi

Principios fundamentales del Tratado

Resumen de los principios del Tratado

Marco jurídico de Nueva Zelandia

Importancia para el desarrollo de la política gubernamental de Nueva Zelandia

*Matauranga* maoríes, *Tikanga*, *Kawa* y perspectiva del derecho consuetudinario

Recientes enfoques y aspiraciones maoríes en relación con los CC.TT.

Investigación genética sobre el cáncer

Planificación de carreteras y conocimientos maoríes

Gestión de ecosistemas acuáticos y CC.TT.

Desarrollo de marcas en las empresas maoríes

Desarrollo sostenible de las *hapu* y CC.TT.

Investigación sobre plantas medicinales

Utilización de marcas

Juegos de computadora y conocimientos tradicionales

Ejemplos prácticos de apropiación y utilización indebidas de CC.TT. maoríes en Nueva Zelandia y el extranjero

**4. ¿En qué medida pueden los principios o los objetivos políticos contribuir a una protección efectiva de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales?**

Limitaciones del enfoque

Méritos de los principios y objetivos para la protección de CC.TT.

Caso práctico: El *moko* de *Tame Iti*

Resumen de la medida en la que las propuestas pueden contribuir a una protección efectiva de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales

¿Un único documento?

**5. ¿Hay que proporcionar puntos de vista en lo que respecta a centrarse en la apropiación y utilización indebidas (y las acciones de terceras partes) sin requerir el ejercicio de nuevos derechos de propiedad sobre los CC.TT. pero dejando esta opción, si así lo desean, a los titulares de CC.TT.?**

**6. ¿Existen principios especialmente importantes? ¿Cuáles son y por qué son especialmente importantes? ¿Pueden introducirse mejoras o cambios? ¿Cuáles?**

Reconocer el valor y promover el respeto

Impedir la apropiación indebida de los CC.TT.

Receptividad a las necesidades y expectativas de los titulares de CC.TT.

Principio de flexibilidad y exhaustividad

Necesidad de recursos adecuados

Potenciar a los titulares de CC.TT./apoyar los sistemas de CC.TT. y promover la preservación y salvaguardia de los CC.TT. o contribuir a ella

Forma jurídica de protección

Autoridad de gestión y gestión de los derechos

**7. ¿Existen en los principios u objetivos políticos lagunas que sean importantes desde la perspectiva maorí o de Nueva Zelandia? ¿Cuáles son? Sírvase sugerir qué enmiendas o cambios deberían introducirse.**

Respeto a los derechos humanos internacionales existentes y a la libre determinación

**8. ¿Existen principios u objetivos políticos que sean inapropiados? ¿Cuáles son y por qué son inapropiados? Sírvase sugerir qué enmiendas o cambios deberían introducirse.**

**9. Códigos éticos, directrices de investigación y declaraciones**

Códigos éticos y directrices éticas profesionales

Instrumentos internacionales de derechos humanos que tratan de los derechos de propiedad intelectual y patrimonio cultural de los pueblos indígenas

## 1. Introducción

1.1 El objetivo de este informe es realizar una revisión, desde el punto de vista de Nueva Zelanda, y, especialmente desde la perspectiva maorí, de los principios y objetivos que contienen los documentos 8/4 y 8/5,<sup>1</sup> y un examen, análisis y comentario sobre si éstos son apropiados en lo que respecta a la situación de Nueva Zelanda, teniendo en cuenta, entre otras cosas:

- El Tratado de Waitangi,
- el marco jurídico de Nueva Zelanda,
- la política del Gobierno, y
- las costumbres y protocolos maoríes y la medida en la que los conocimientos tradicionales maoríes y las expresiones de esos conocimientos están siendo objeto de uso o apropiación indebidas en Nueva Zelanda o el extranjero.<sup>2</sup>

1.2 Este informe únicamente refleja los puntos de vista y opiniones de su autor.

## 2. Declaración contextual

2.1 Al iniciar esta revisión es importante reflejar y comentar algunos de los acontecimientos cruciales que se han producido durante los últimos 15 20 años, que han servido para poner de relieve el aumento de los llamamientos de los pueblos indígenas<sup>3</sup> al mundo pidiendo una mayor libre determinación, protección de sus culturas e identidades, reclamando sus derechos a la tierra y a los recursos naturales y desafiando la exclusividad de la soberanía de los Estados nación. También cabe señalar que durante los últimos tres decenios los pueblos indígenas han participado en el proceso de descolonización. Tal como señalan Maaka y Fleras, el desafío a la ortodoxia es justificado por los pueblos indígenas en base a su “*continuidad histórica, autonomía cultural, ocupación original, y fundamento territorial*”.<sup>3</sup>

2.2 A menudo los Estados nación se sienten amenazados ante la afirmación por parte de los pueblos indígenas de su derecho a la libre determinación y pretenden contrarrestar estas demandas afirmando su derecho a gobernar, imponer orden, aplicar las normas, y esperar que éstas se cumplan a fin de hacer avanzar los intereses de todos sus ciudadanos (Maaka y Fleras 2004: 11). Por lo tanto, no resulta sorprendente que el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas (1993-2003) estuviese marcado por la lucha intensa entre los pueblos indígenas y los Estados nación. Y en ningún sitio ha sido tan acentuada esta lucha como en las negociaciones sobre el desarrollo de un proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que se iniciaron en 1984 y todavía continúan. El año pasado, Nueva Zelanda realizó una declaración conjunta con Australia y los Estados Unidos ante el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas a fin de que en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas figure una definición de “libre determinación”<sup>4</sup> que permita “*preservar la unidad política y la integridad territorial de cualquier Estado*.”<sup>5</sup> La preocupación era que los pueblos indígenas pudieran llegar a utilizar este artículo para separarse del Estado nación o para desafiar a sus autoridades. Para responder a ello, el *Aotearoa Indigenous Rights Trust* realizó una declaración señalando que dado el claro desequilibrio de poder entre los Estados y los pueblos indígenas no se entiende por qué algunos Estados (incluido Nueva Zelanda) están “*preocupados por las amenazas a los Estados, en lugar de preocuparse por las graves y omnipresentes amenazas que sufren los pueblos indígenas*.”<sup>6</sup>

2.3 Durante un periodo de 20 años, los maoríes han desempeñado una importante función en el desarrollo y defensa de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y continúan haciéndolo. Un motivo para ello es que los maoríes consideran que esta Declaración incluye muchas de las formas de protección garantizadas en virtud del Tratado de Waitangi. Asimismo, los maoríes han participado activamente en las fases finales de dicha Declaración, participación que incluye la crítica al Gobierno de Nueva Zelanda por oponerse en junio de 2006 (junto a los Estados Unidos, Canadá y Australia) a la adopción por parte del Consejo de Derechos Humanos del texto de compromiso del Presidente.<sup>7</sup> En lo que respecta a la libre determinación, los conocimientos tradicionales, los recursos genéticos y los derechos de propiedad intelectual, el proyecto de Declaración ha sido un importante punto focal de debate entre los pueblos indígenas. El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), y en especial las disposiciones sobre conocimientos tradicionales (CC.TT.), y el acceso y la participación equitativa en los beneficios derivados de los recursos genéticos, también ha sido un foro importante para hacer hincapié en las cuestiones a las que tienen que hacer frente los pueblos indígenas y, en particular, en el hecho de que se les aparte de los recursos y sufran la apropiación indebida de sus conocimientos.

2.4 Otro factor significativo en lo que respecta a poner de relieve los objetivos y aspiraciones de los pueblos indígenas en relación a su patrimonio y sus derechos culturales, incluida la propiedad intelectual, ha sido la labor de la Sra. Erica-Irene Daes, anterior Presidenta – Relatora Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.<sup>8</sup>

2.5 En este contexto general, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se encargó de llevar a cabo una misión internacional de encuesta (1998 1999) a fin de determinar las necesidades en lo que respecta a la propiedad intelectual y las expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales.

---

<sup>1</sup> Aparte de algunos cambios menores, los documentos WIPO/GRTKF/IC/8/4 y WIPO/GRTKF/IC/8/5 son prácticamente iguales a los documentos WIPO/GRTKF/IC/10/4 y WIPO/GRTKF/IC/10/5.

<sup>2</sup> El mandato completo para la realización del informe de evaluación se adjunta como Apéndice uno.

\* A los fines de este informe el término “pueblos indígenas” también incluye a los pueblos tradicionales y las comunidades locales.

<sup>3</sup> Maaka, Roger & Fleras, Augie (2004) ‘The Politics of Indigeneity: Challenging the State in Canada and Aotearoa New Zealand’ pág. 11.

<sup>4</sup> Tal como se establece en el artículo 3 de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

<sup>5</sup> Declaración conjunta de las delegaciones gubernamentales de Nueva Zelanda, Australia y los Estados Unidos ante el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas, Ginebra, 14 de diciembre de 2005.

<sup>6</sup> Declaración del *Aotearoa Indigenous rights Trust* ante el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas, Ginebra, 14 de diciembre de 2005.

<sup>7</sup> A pesar de estas objeciones, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada por mayoría de votos (48 Estados a favor, 8 abstenciones y 2 ausentes) del Consejo de Derechos Humanos en junio de 2006 y en los siguientes meses remitida para su examen a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>8</sup> (En especial el “Informe sobre los principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas” (véase por ejemplo E/CN.4/sub.2/2000/26)

**3. ¿En qué medida los principios o los objetivos políticos que contemplan los documentos son apropiados para la situación de Nueva Zelandia, especialmente desde la perspectiva maorí?**

**COMENTARIOS GENERALES**

3.1 Durante los últimos 20 años, los maoríes han estado buscando un mayor reconocimiento y protección de sus derechos y obligaciones culturales, biológicos e intelectuales (a partir de ahora “derechos bioculturales”). Este proceso empezó realmente en 1991 con la presentación de la demanda Wai 262 sobre la flora y la fauna y los derechos culturales y de propiedad intelectual indígenas.<sup>9</sup> A esto siguió, en 1993, la firma de la Declaración Mataatua sobre derechos culturales y de propiedad intelectual indígenas.<sup>10</sup> El último decenio también ha sido testigo de un aumento significativo de la supuesta apropiación indebida de conocimientos (*matauranga*) maoríes<sup>11</sup> por parte de empresas tanto de Nueva Zelandia como del extranjero para el marketing, promoción y venta de sus productos comerciales. Esta apropiación indebida continuará debido a que las empresas de Nueva Zelandia y del extranjero intentan ser competitivas en el mercado asociando sus productos y servicios a estilos indígenas que están “de moda” y son “exóticos”.

3.2 En muchos grupos indígenas se ve como una prioridad el desarrollo de un sistema o marco *sui generis* para proteger los *matauranga* maoríes *me o ratou taonga katoa*, (incluidos los recursos biológicos, genéticos y culturales y los derechos de propiedad intelectual relacionados y las obligaciones culturales). Este proceso para establecer un marco es uno de los objetivos de la demanda Wai 262 que actualmente está siendo vista por el Tribunal Waitangi, pero los progresos a este respecto han sido lentos, debido en parte al tiempo que ha llevado terminar las vistas sobre la demanda Wai 262.<sup>12</sup> Mientras tanto, la Corona se ha mostrado reticente a colaborar con los maoríes en el desarrollo de dicho marco o a consultar con ellos las cuestiones planteadas en la demanda. Una excepción a este respecto es la labor política de base que realiza el Ministerio de Desarrollo Económico sobre los CC.TT. y los derechos de P.I. y cómo estos cambios pueden repercutir en los maoríes. En general, la mayor parte de los otros departamentos gubernamentales no han tenido iniciativa ni han ayudado a los maoríes a desarrollar procesos o estructuras para proteger mejor sus *matauranga* y derechos y obligaciones biológicos y culturales.

3.3 Debido al actual vacío en lo que respecta a la protección jurídica generalmente disponible para los CC.TT. a escala nacional e internacional, el autor opina que, a pesar de lo poco que se centra la P.I. en proteger los CC.TT. y las ECT, los objetivos y principios de la OMPI tienen mucho contenido que puede ser utilizado por los maoríes para elaborar un sistema local *sui generis* de protección de sus derechos culturales y de propiedad intelectual. Sin embargo, desde la perspectiva maorí, un marco de este tipo requiere como punto de partida el Tratado (*Te Tiriti o*) de Waitangi, y tener en cuenta la legislación y las prácticas consuetudinarias. En este documento esto se menciona como “el marco Tikanga Maorí” que se explica más detalladamente en el Apéndice 2. En cualquier marco de este tipo debe tenerse en cuenta el marco jurídico de Nueva Zelandia, el derecho internacional consuetudinario y convenios como la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio núm. 169 de la OIT, el CDB, los proyectos de propuestas de la OMPI, etc.

3.4 La flexibilidad será muy importante en la elaboración de un nuevo régimen para proteger los *matauranga me o ratou taonga katoa*. Por ejemplo, en los resúmenes de los documentos 8/4 y 8/5 se deja claro que con las disposiciones se pretende proporcionar el contenido de normas internacionales para la protección frente a la apropiación indebida de los CC.TT. colectivos. Todo ello sin requerir el ejercicio de nuevos derechos de propiedad exclusivos sobre los CC.TT. y dejando esta opción a la elección de los titulares de CC.TT.<sup>13</sup> En esto se reconoce que muchos pueblos indígenas, incluidos los maoríes, son muy escépticos en lo que respecta a los derechos de propiedad intelectual “duros” como conjunto de instrumentos para proteger sus conocimientos. Muchos consideran que estos cambios sólo conducirán a una mayor explotación comercial que dejará muy pocos beneficios a los titulares de los conocimientos. Sin embargo, existen personas indígenas, incluidos algunos maoríes, que no se oponen a buscar protección de P.I. para los CC.TT. y las ECT, tal como se pone de manifiesto a través de Toi Iho, la marca maorí de autenticidad para proteger sus objetos de arte.<sup>14</sup>

3.5 El pueblo maorí, como otros pueblos indígenas de todo el mundo, ha expresado su preocupación en lo que respecta a la necesidad estimada de registrar las marcas, patentes u otros derechos de propiedad intelectual sobre aspectos de sus conocimientos tradicionales a fin de protegerlos de la apropiación indebida. Esto se argumenta indicando que esos conocimientos no pertenecen a un solo individuo o empresa sino que son colectivos e intergeneracionales. Además, los derechos de P.I. tienen una duración limitada y los costos para obtenerlos y de su observancia a menudo son prohibitivos.<sup>15</sup> La elaboración de normas, directrices y principios internacionales que tengan una importante fuerza “moral” (y política), puede resultar eficaz para persuadir a los posibles “piratas” de CC.TT. de que dejen de realizar un uso ilícito y se adapten a las normas de conducta internacionales apropiadas.

3.6 En opinión del autor si un régimen internacional de este tipo hubiese existido en el momento del caso de los juguetes LEGO Bionicle y Playstation: en los juegos *Mark of Kri* se realiza el uso indebido de nombres (*Legby* diseños e imágenes (Playstation) maoríes, los maoríes podrían haber pedido a esas compañías que respetasen las normas y códigos de conducta internacionales. Este proyecto de normas requiere la realización de consultas con los titulares de conocimientos tradicionales y su consentimiento a fin de poder utilizar sus símbolos, nombres e imágenes en los productos comerciales. Tal como se produjeron los hechos, lo único que pudieron hacer los querrelantes fue apelar a la conciencia moral de las compañías interesadas, lo cual finalmente funcionó en el caso de LEGO pero no en el de Sony Playstation. La respuesta inicial de ambas compañías fue que no estaban haciendo nada “ilegal” (frente al hecho realizar actos poco éticos o culturalmente ofensivos) y que, además, los maoríes deberían “agradecerles” el hecho de “promover” su cultura en todo el mundo.

<sup>9</sup> La demanda Wai 262 (coloquialmente conocida de esta forma porque fue la 262ª demanda registrada por el Tribunal Waitangi), podría decirse que ha sido durante el último decenio el factor más importante de concienciación en Nueva Zelandia en lo que respecta a la importancia de que los maoríes ganen control sobre sus conocimientos tradicionales, recursos genéticos asociados y su propiedad intelectual.

<sup>10</sup> La Declaración Mataatua de 1993 ha sido firmada por más de 150 organizaciones de pueblos indígenas de todo el mundo.

<sup>11</sup> Conocimientos maoríes.

<sup>12</sup> Se estima que la sentencia sobre el caso se pronunciará en marzo de 2007 y luego se cree que se tardarán 12 meses más para redactar y publicar el informe.

<sup>13</sup> Documentos WIPO/GRTKF/IC/8/4 y 8/5, pág. 2, párr. 3.

<sup>14</sup> <http://www.toiho.com>. Sin embargo, como se debatió anteriormente, este ejemplo de maoríes utilizando la P.I. para proteger sus ECT es un caso excepcional debido al proceso seguido y al hecho de que sólo se ve como una medida de protección provisional hasta que se establezca un marco más amplio para proteger los CC.TT. maoríes.

<sup>15</sup> Uno de los motivos por los que Moana Maniapoto no buscó una reparación legal en Alemania por el uso de su nombre ‘Moana’ como marca por parte de una empresa alemana son los altos costos que hubiese tenido de sufragar y la incertidumbre del resultado (per comm., 2006.).

Existen muchos otros ejemplos de casos que se hubieran beneficiado de un régimen internacional cuya finalidad es impedir (y penalizar) la apropiación indebida y obligar al apropiador a actuar de conformidad con la ley.<sup>16</sup>

3.7 En opinión de autor, junto con cualquier marco nacional *sui generis* para proteger los CC.TT es fundamental y necesario un régimen aprobado internacionalmente a fin de garantizar el cumplimiento efectivo y perseguir los actos de apropiación indebida de CC.TT. por parte de entidades extranjeras. Aunque Nueva Zelandia no puede legislar en nombre de otros países, lo que sí puede hacer es defender con más determinación en diversos foros internacionales (incluida la OMPI y el CDB) la protección adecuada, y ello como parte de sus obligaciones de “proteger activamente” los intereses y *taonga* (tesoros) maoríes en virtud del Tratado de Waitangi.

#### RESPONSABILIDADES EN VIRTUD DEL TRATADO DE WAITANGI

3.8 A continuación se considerará la importancia del Tratado y sus principios para el desarrollo de las propuestas de la OMPI. Aunque el Tratado de Waitangi y sus principios son especialmente relevantes para la relación única que el Gobierno de Nueva Zelandia mantiene con sus socios maoríes en el Tratado, pueden establecerse paralelos con las obligaciones en virtud de las leyes internacionales sobre derechos humanos que establecen que los Estados tienen el deber de proteger los derechos de los pueblos indígenas y, en especial, de reconocer el derecho a la libre determinación. Este derecho a la libre determinación es análogo al derecho maorí a ejercer su autogestión, *tino rangatiratanga*, tal como se garantiza en virtud del artículo 2 del *Te Tiriti o Waitangi*.

3.9 Desde la perspectiva maorí, el Tratado de Waitangi (y sus principios derivados) contiene unos estatutos para proteger los derechos y las obligaciones en relación con las reglas (*kaitiaki*) de los maoríes, incluidos los *matauranga* maoríes *me o ratou taonga katoa*. De esta forma, cualquier conjunto de políticas y principios que se elabore a escala internacional tiene que garantizar la preservación de la capacidad de la Corona de cumplir con los términos y principios del Tratado de Waitangi. Esto incluirá la posibilidad de poner fin a los incumplimientos del Tratado que se demuestre que existen y de garantizar que las conclusiones y recomendaciones a este respecto del Tribunal de Waitangi, por ejemplo, en el caso *Wai 262* y otros casos relacionados con la flora y la fauna indígenas, se examinan en un contexto más amplio.

3.10 Durante los últimos 20 años, tanto los tribunales en general como el Tribunal de Waitangi en particular han desarrollado una serie de principios del Tratado basados en las versiones maorí e inglesa del Tratado de Waitangi<sup>17</sup>. Sin embargo, hay mucho conflicto y debate en lo que respecta a lo que son los principios del Tratado y cómo deben aplicarse en las diversas circunstancias. En los últimos años esta cuestión se ha politizado mucho. En 1989, el Gobierno laborista promulgó su propio conjunto de principios del Tratado<sup>18</sup>. Sin embargo, desde ese momento se ha estado realizando un importante debate en Nueva Zelandia sobre la aplicación, significado e introducción en la legislación nacional de los principios del Tratado. Este debate se ha incrementado en los últimos años después del discurso realizado por el líder del Partido Nacional, que estaba en la oposición, en 2004 en Orewa, en el que pidió que exista “un derecho para todos los neozelandeses” y que los llamados “privilegios” maoríes y referencias al Tratado se eliminen de la legislación.<sup>19</sup>

3.11 Muchos maoríes, en parte debido a la ambigüedad en lo que respecta a lo que comprenden los principios del Tratado, preferirían basarse en los términos y artículos precisos del mismo Tratado.<sup>20</sup>

3.12 Tanto el Tribunal Waitangi como los otros tribunales de Nueva Zelandia (y el Consejo Privado de la Soberana en Londres) han declarado que los términos y antecedentes del Tratado deben tenerse en cuenta en cualquier interpretación de sus principios y que los “principios amplían los términos [del Tratado], permitiendo que éste se aplique en situaciones que no se previeron o debatieron en su momento”<sup>21</sup> y además, según el Consejo Privado, “los “principios” son las obligaciones mutuas subyacentes y las responsabilidades que el

<sup>16</sup> Entre los ejemplos están: la compañía austriaca de esquí y esquís Fischer, que utilizan nombres maoríes en sus esquís; un restaurante holandés que utiliza la palabra “moko” para su promoción; y una revista del Reino Unido que promueve la venta de sistemas de seguridad para las casas utilizando una imagen de *Tame Iti*.

<sup>17</sup> El Tribunal Waitangi, que se estableció en 1975, tiene, en virtud de la ley sobre el Tratado de Waitangi de 1975, la responsabilidad de determinar si cualquier acción u omisión de la Corona incumple los principios del Tratado de Waitangi y al hacerlo está obligado a tener en cuenta tanto la versión maorí como la versión inglesa del Tratado. Los tribunales de Nueva Zelandia, y, en particular, el Tribunal de Apelación, han participado en el desarrollo de los principios del Tratado como una cuestión de interpretación de las leyes en las que la legislación pertinente se refiere a un requisito de “dar efecto a”, “tener en cuenta”, “respetar”, y “no contradecir los principios del Tratado”. El cenit en la elaboración de una interpretación judicial de los principios del Tratado fue en el caso *The New Zealand Maori Council v The Attorney-General* [1987] 1 NZLR 164 (generalmente conocido como el caso *Lands*). Además, es necesario que algunos órganos, como la Autoridad de Gestión de los Riesgos Medioambientales (artículo 8 de la ley sobre sustancias peligrosas y organismos nuevos de 1996) y la Fundación para la investigación, la ciencia y la tecnología, el Ministerio de Medioambiente (artículo 8 de la ley sobre gestión de los recursos de 1991), las autoridades locales (artículo 4 de la ley sobre el gobierno local de 2002) y otros, tengan en cuenta y respeten los principios del Tratado cuando tomen decisiones en virtud de su legislación pertinente.

<sup>18</sup> Los “Principios para orientar a la Corona en lo que respecta al Tratado, 1989”. Estos principios se enumeran de la forma siguiente: autogestión (*Rangatiratanga*); gobernanza (*Kawanatanga*); protección activa; buena fe; asociación; reparación; reciprocidad; razonabilidad.

<sup>19</sup> En un giro irónico de la cuestión de “un derecho para todos”, en 2005, el Gobierno de Nueva Zelandia aprobó una ley llamada: ley de fondo marino y áreas de playa entre pleamar y bajamar, de 2005, por la que se deniega efectivamente el acceso de los maoríes a los tribunales a fin de defender sus reclamaciones basadas en el derecho consuetudinario aborigen al fondo marino y las áreas de playa entre pleamar y bajamar. No obstante, el Tribunal de Apelación de Nueva Zelandia en el caso *Ngati Apa versus The Attorney General and Ors*, dictaminó que los maoríes tenían derecho a ser escuchados en lo que respecta a estas cuestiones.

<sup>20</sup> Por ejemplo, en la demanda *Wai 262* presentada por *Ngati Kuri*, *Te Rarawa* y *Ngati Wai* se deposita la confianza en la garantía del artículo 2 de la versión maorí del *Te Tiriti* para que los jefes, las tribus y todo el pueblo protejan sus *te tino rangatiratanga o o ratou wenua o ratou kainga me o ratou taonga katoa*, lo que traducido significa “protección de sus tierras, pueblos y todos sus tesoros”. También se puede basar en el artículo 2 de la versión en inglés del Tratado que “confirma y garantiza a los jefes y tribus de Nueva Zelandia, a sus respectivas familias y a todos los individuos de estas tribus la posesión total, exclusiva y tal cual estaba de sus tierras, patrimonio, bosques, industria pesquera y otras propiedades que puedan poseer individualmente o colectivamente todo el tiempo que quieran estar en posesión de ello ...”. La demanda continúa señalando en la parte B la forma en la que la Corona ha incumplido los principios del Tratado de Waitangi en lo que respecta a la garantía de proteger sus *taonga*. A los fines de la demanda, con la palabra *taonga* se quieren indicar “todos los elementos del patrimonio de los querellantes, tanto materiales como no materiales y tanto tangibles como intangibles” (segunda enmienda del escrito de demanda en nombre de *Ngati Kuri*, *Te Rarawa* y *Ngati Wai*, párr. 3.1, documento 1.1 a), *Wai 262*, Actas del caso).

<sup>21</sup> Informe *Muriwhenua Land* (1997), pág. 386.

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Apéndice, página 6

*Tratado deposita en las partes. Éstos reflejan la intención global del Tratado e incluyen, pero no se limitan a, los términos precisos del Tratado ...con el paso del tiempo; los “principios» que subyacen en el Tratado se han convertido en un elemento más importante que los términos precisos”.*<sup>22</sup>

3.13 El énfasis que en la legislación de Nueva Zelanda se pone en los principios del Tratado se refleja en el hecho de que más de 30 elementos normativos de la legislación del país requieren que, para tomar sus decisiones, las instancias decisorias tengan en cuenta los principios del Tratado.<sup>23</sup> Además, algunas normas, como la ley de gestión de los recursos de 1991 requieren que las instancias decisorias hagan reconocer explícitamente “*ciertos elementos de los conocimientos culturales maoríes*”<sup>24</sup> entre los que se incluyan los siguientes: *tikanga Maori, tangata whenua, mana whenua, kaitiakitanga, iwi, hapu, taonga, waahi tapu, tauranga waka, maataitai y taonga raranga*. En el artículo 6.e) de la ley también se reconoce que la conexión de los maoríes, y su cultura y tradiciones, con sus tierras ancestrales, aguas, lugares sagrados (*waahi tapu*) y otros *taonga* es “*una cuestión de importancia nacional*”.<sup>25</sup>

3.14 De esta forma, los términos precisos del Tratado y sus principios son importantes para cualquier examen y comentario sobre los principios y objetivos de la OMPI en relación a los CC.TT. que se realice en el contexto de Nueva Zelanda.

#### PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL TRATADO

3.15 La primera vez que se examinaron en los tribunales de Nueva Zelanda los principios del Tratado de Waitangi fue en el ahora famoso caso de *New Zealand Maori Council v. Attorney General* [1987] 1 NZLR 641, en el que el presidente del Tribunal, P. Cooke,<sup>26</sup> indicó en las palabras iniciales de una resolución que sentaría jurisprudencia: “*Quizá este caso sea tan importante para el futuro de nuestro país como pueda serlo cualquier caso que haya sido visto por un tribunal de Nueva Zelanda*” (página 651). Con estas proféticas palabras y los siguientes fallos de este tribunal y las sentencias posteriores del Tribunal de Apelación, P. Cooke marcó el comienzo en Nueva Zelanda de una nueva era de la jurisprudencia en relación con los tratados. Señaló que el “*Tratado es un documento de derechos fundamentales; que debería ser interpretado de forma amplia y eficaz y como un instrumento vivo teniendo en cuenta los cambios posteriores en las normas internacionales sobre derechos humanos; y que el Tribunal no debería pensar que el Parlamento tiene la intención de permitir conductas que no estén de conformidad con los principios del Tratado*” (página 656).

3.16 Esos principios se han elaborado siguiendo decisiones posteriores del Tribunal de Apelación y el comité judicial del Consejo Privado de la Soberana en Londres.<sup>27</sup> Se ha escrito mucho sobre los principios y lo que significan o no significan en la legislación, la práctica y la política. Sin embargo, la interpretación judicial más articulada y seria del Tratado es la proporcionada por el juez P. Cooke y sus colegas en el caso *New Zealand Maori Council*, y se recomienda a los lectores de este informe que lean la sentencia completa.

3.17 Los siguientes principios han sido considerados en el contexto de este examen los más importantes del Tratado<sup>28</sup>:

| Principios fundamentales del Tratado |  |   |
|--------------------------------------|--|---|
| Principio                            | Explicación  | Importancia para los Objetivos/Principios de la OMPI  |
| <b>Tino Rangatiratanga</b>           | Algunos consideran que el hecho de que en el Tratado de Waitangi se garantice la <i>tino rangatiratanga</i> (autogestión maorí) preserva la plena soberanía de los maoríes sobre sí mismos y sus recursos. Sin embargo, la <i>rangatiratanga</i> no tiene su génesis en el Tratado. El Tratado tiene una función meramente declarativa de un derecho consuetudinario preexistente. Una interpretación ampliamente aceptada de <i>rangatiratanga</i> es que conserva para los maoríes “ <i>el ejercicio sin restricciones de su jefatura sobre sus tierras, sus pueblos y sobre todos sus tesoros ...</i> ”. <sup>29</sup> Como mínimo, | Tal como interpretó el Tribunal de Waitangi, este principio proporciona la garantía de un cierto grado de control maorí sobre sus recursos y <i>taonga</i> . Y tal como señaló el Tribunal en el informe Waipareira, “ <i>...el “principio de la rangatiratanga puede aplicarse a diversas actividades maoríes que tengan por objetivo promover la responsabilidad maorí sobre sus asuntos</i> ” <sup>33</sup> Sin embargo, como mínimo este principio requiere que los maoríes tengan el control del desarrollo y aplicación de cualquier régimen nacional o internacional que |

<sup>22</sup> Caso *Broadcasting Assets (PC)* [1994] por Lord Woolf en 513.

<sup>23</sup> David Williams, “*Crown Policy Affecting Maori Knowledge Systems and Cultural Practices*”, Publicación del Tribunal de Waitangi, 2001, pág. 106.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pág. 106.

<sup>25</sup> Aunque últimamente algunos políticos tienen tendencia a menospreciar e incluso ridiculizar el hecho de que se incluyan referencias al Tratado de Waitangi y los valores culturales maoríes en la legislación de Nueva Zelanda y en las políticas gubernamentales, esto tiene más que ver con una postura política que con la buena fe, el partenariado y la imparcialidad que los tribunales han determinado que son elementos esenciales del Tratado.

<sup>26</sup> Lord Cooke of Thorndon, como se le conoció más tarde, después de que se le otorgase este título y se convirtiese en el primer juez de Nueva Zelanda miembro de la Cámara de los Lores, falleció en agosto de 2006. Es considerado como el mejor jurista que ha tenido este país. En su *tangi* (funeral) muchos maoríes se reunieron espontáneamente alrededor de su féretro, que se encontraba en la Catedral de Saint Paul de Wellington, y después del panegírico pronunciado por el honorable Presidente del Tribunal Supremo Dame Sian Elias, cantaron una *waiata* (canción de respeto) maorí para este gran hombre de leyes. Fue un tributo apropiado para un hombre cuya divisa era la expresión “*Speak for Fairness*” que proviene del latín y que dio un “soplo de vida” legal al Tratado de Waitangi en la sociedad moderna de Nueva Zelanda—*Tihei Mauri ora!*

<sup>27</sup> Véase por ejemplo el caso *NZ Maori Council and Others versus Attorney General and Others*, comité judicial del Consejo Privado de la Soberana, apelación núm. 14/1993, 13 de diciembre de 1993, (Lores Templeton, Mustill, Woolf, Lloyd of Berwick, y Presidente del Tribunal Supremo Sir Thomas Eichelbaum).

<sup>28</sup> Estos principios no proceden de una sola fuente sino que han sido sacados por el autor de varias fuentes entre las que se incluyen los informes del Tribunal de Waitangi, las decisiones del Tribunal de Apelación y otras fuentes de derecho jurisprudencial, publicaciones y los conocimientos del autor.

<sup>29</sup> I. H. Kawharu. (Editado por I.H. Kawharu) “*Waitangi: Maori and Pakeha Perspectives of the Treaty of Waitangi 1989*”, pág. 319. Tal como Kawharu señala en la nota a pie de página núm. 8 del apéndice, “tesoros” hace referencia a *taonga* y a su vez “*taonga*” “*hace referencia a todas las dimensiones, materiales y no materiales, del patrimonio de los grupos tribales – reliquias y lugares sagrados (waahi tapu), tradiciones ancestrales y genealogía (whakapapa), etc*”

| Principios fundamentales del Tratado |  |  |
|--------------------------------------|--|--|
| Principio                            | Explicación  | Importancia para los Objetivos/Principios de la OMPI   |
|                                      | <p>la <i>rangatiratanga</i> garantiza el control <i>maorí de sus recursos tribales</i><sup>30</sup>. Hay dos puntos que cabe señalar en relación con la interpretación de Sir Hugh Kawharu. En primer lugar el ejercicio sin reservas de la jefatura proporciona a los maoríes el control de acuerdo con <i>sus</i> costumbres. En segundo lugar, los <i>taonga</i> o tesoros tienen relación con todas las dimensiones, materiales y no materiales, del patrimonio de un grupo tribal<sup>31</sup>. La garantía de la <i>rangatiratanga</i> requiere que se dé “<i>una alta prioridad a los intereses maoríes cuando los trabajos propuestos pueden tener repercusiones en los taonga maoríes</i>”<sup>32</sup>.</p>  | afecta a <i>sus taonga</i> , lo cual en un contexto contemporáneo incluirá los derechos y las responsabilidades culturales e intelectuales.  |
| <b>Kawanatanga</b>                   | <p>Existe tensión y conflicto entre la garantía de la <i>tino rangatiratanga</i>, por una parte, y la garantía de la <i>kawanatanga</i> (que generalmente se entiende como gobernanza), por otra parte. La versión inglesa del Tratado afirma que la soberanía absoluta se otorga a la Corona, mientras que la versión maorí otorga a la Reina de Inglaterra <i>kawanatanga</i> o gobernanza sobre sus tierras. Kawharu señala que al parecer los maoríes no entendieron que esto significase garantizar la soberanía a la Reina, ya que este concepto no tenía paralelo en la sociedad maorí de ese momento. De hecho, en 1840 el concepto más cercano al de soberanía habría sido el de <i>tino rangatiratanga</i>, que el artículo 2 de la versión maorí reservó y guardó expresamente para los jefes y las tribus. En todo caso, el Tribunal Waitangi y los otros tribunales han observado que el artículo 1 del Tratado concede a la Corona el derecho de gobernar y legislar para la buena gobernanza de Nueva Zelandia, pero que este derecho se ve limitado por la obligación de respetar el artículo 2 sobre los derechos de los maoríes.</p> | La Corona al ejercer sus funciones de <i>kawanatanga</i> tiene derecho a negociar y firmar tratados internacionales y otros instrumentos, pero debe hacerlo en una forma en la que se reconozcan y protejan los derechos maoríes que se garantizan en virtud del artículo 2 del Tratado. Cuando se trata de acuerdos que puedan afectar directamente a los derechos de los maoríes sobre sus conocimientos tradicionales y sus recursos genéticos, los maoríes señalan que la Corona no puede firmar ningún instrumento internacional sin el consentimiento de su socio en el Tratado. Como mínimo, los maoríes esperan legítimamente participar en el proceso de negociación de todo instrumento internacional y que la Corona proporcione los fondos necesarios para ello.   |
| <b>Asociación</b>                    | <p>El principio de asociación fue establecido por el Tribunal por primera vez en el informe sobre el caso Manukau en el que se señaló que los intereses reconocidos por el Tratado dan lugar a una asociación, “cuyos términos precisos todavía tienen que definirse”<sup>34</sup>. El concepto de asociación se basó ampliamente en la aceptación maorí del derecho de la Corona a la gobernanza, o <i>kawanatanga</i>, y en el reconocimiento general por parte de la Corona de la <i>rangatiratanga</i> maorí. Los dos conceptos no están en conflicto sino que son indicativos del apoyo mutuo, en ese momento y en el futuro<sup>35</sup>. Tal como señaló el Tribunal en el informe sobre el caso Motunui-Waitara, la noción de asociación fue concebida como un intercambio de regalos. “<i>El regalo de legislar, y la promesa de hacerlo otorgando a los intereses maoríes la prioridad apropiada</i>”<sup>36</sup>.</p>  | En este contexto, la Corona tiene el poder de legislar a escala nacional y de participar en la elaboración de instrumentos internacionales en lo que respecta a los CC.TT. y derechos de P.I. maoríes, pero debe concederse la prioridad suficiente a los intereses maoríes. Existen diversas formas de concebir esto, incluido el hecho de que la Corona y sus socios en el Tratado se pongan a desarrollar posturas acordadas en lo que respecta a las cuestiones fundamentales para presentar al Comité Intergubernamental antes de sus reuniones. También desarrollando procesos y marcos nacionales adecuados para garantizar que los maoríes participen plenamente en cada una de las etapas de la aplicación de las políticas y la legislación que dan efecto a cualquier instrumento o tratado internacional. Y asimismo, garantizando que en cualquier órgano establecido para desarrollar y aplicar cualquier política y objetivo a escala nacional participen plenamente los maoríes, incluidas las subtribus ( <i>hapu</i> ) y las tribus ( <i>Iwi</i> ). Esto debería incluir la participación de los maoríes en el diseño, gestión, toma de decisiones y administración de cualquier marco de este tipo o mecanismo de promoción/protección. |
| <b>Buena fe</b>                      | Los principios del Tratado “ <i>requieren que los dos socios en el tratado, Pakeha (hombres blancos) y maoríes, se comporten de forma razonable y con la mayor buena fe respecto al otro</i> ”. <sup>37</sup>  | Al desarrollar los objetivos y principios de la OMPI, la Corona tiene la obligación de actuar de buena fe a fin de que se garantice que su socio en el Tratado participa plenamente en el proceso y está completamente informado y que las posturas que se mantienen a escala  |

<sup>30</sup> Citado de I. H. Kawharu en la introducción a Waitangi: Maori and Pakeha Perspectives of the Treaty of Waitangi 1989, XVIII.

<sup>31</sup> Informes del Tribunal Waitangi: *Maori Language y Radio Spectrum*.

<sup>32</sup> Informe *Ngawha Geothermal resources*, 1993, pág. 102

<sup>33</sup> Informe *Te Whanau o Waipareira*, 1998, pág. 22.

<sup>34</sup> Informe del Tribunal Waitangi sobre el caso Manukau, sección 8.3. Este concepto también fue reconocido por el Tribunal de Apelación en el caso *Maori Lands* en el que el juez P. Cooke señaló que “el Tratado significa una asociación entre las razas” pidiendo que cada socio actuase en lo que respecta al otro con la mayor buena fe.

<sup>35</sup> Informe *Waipareira*, pág. 29.

<sup>36</sup> Informe del Tribunal de Waitangi en el caso *Motunui-Waitara*, sección 10.2 b).

<sup>37</sup> *New Zealand Maori Council v. Attorney-General* [1987] 1 NZLR 641, 667 (por P. Cooke).

| Principios fundamentales del Tratado |   |  |
|--------------------------------------|---|--|
| Principio                            | Explicación   | Importancia para los Objetivos/Principios de la OMPI   |
|                                      |   | internacional son coherentes con el espíritu y los valores de los principios del Tratado. Por ejemplo, al haber adoptado la Corona una posición proactiva al defender unos mecanismos de protección más sólidos en las propuestas de la OMPI, actuaría de mala fe si decidiese adoptar una postura contraria en respuesta a una crítica de oponentes políticos o como respuesta al sentimiento negativo sobre el Tratado que en los últimos años ha recorrido el paisaje político neozelandés.   |
| <b>Protección activa</b>             | En el caso del <i>New Zealand Maori Council</i> , el Tribunal de Apelación observó que la relación existente entre los maoríes y la Corona es de asociación “análoga a las obligaciones fiduciarias” y que el deber de la Corona “no es sólo pasivo sino que se extiende a la protección activa del pueblo maorí en la utilización [en ese caso] de sus tierras y aguas”. <sup>38</sup> El deber y principio de protección activa se desprende del artículo 3 que extiende la “protección real” de su Majestad la Reina a los maoríes <sup>39</sup> . El Tribunal considera que la protección es un “principio fundamental” con el que “no se pretende simplemente fosilizar el status quo, sino proporcionar una dirección para el crecimiento y desarrollo futuros”. <sup>40</sup>  | La Corona tiene el deber de proteger <i>activamente</i> los <i>taonga</i> e intereses maoríes a escala internacional en el desarrollo de las propuestas de la OMPI. Esto incluirá la plena protección de los conocimientos tradicionales y de las expresiones de esos conocimientos. Este deber no es sólo pasivo, especialmente debido a que los resultados de las negociaciones de la OMPI tendrán repercusiones directas sobre los maoríes y éstos están significativamente infrarrepresentados en este foro. Aunque la Corona ha dado un paso en esta dirección haciendo participar a algunos maoríes como “expertos” independientes que asisten con sus delegaciones a las reuniones del Comité Intergubernamental, pueden hacerse más cosas para garantizar que los maoríes están representados <i>por separado</i> en este foro y que la Corona sufraga los gastos a este respecto. |
| <b>Reparación</b>                    | El caso del <i>Maori Council</i> estableció que la Corona tiene la obligación de proporcionar una reparación eficaz en el caso de que exista un incumplimiento probado del Tratado <sup>41</sup> . Hasta ahora, en la demanda Wai 262 que todavía está siendo vista, no se ha establecido que la Corona haya incurrido en falta de observancia en lo que respecta a los CC.TT. y los derechos de P.I. asociados. Sin embargo, la Corona sigue teniendo la responsabilidad de asegurarse de que no actúa de una forma que pueda exacerbar o hacer empeorar las reclamaciones existentes por incumplimiento del Tratado. Debido a que el Ministro de Comercio postergó la introducción del proyecto de ley sobre reforma de la ley sobre P.I. en 1994, al estar pendiente de sentencia el caso Wai 262, resulta razonable esperar que la Corona pueda tener que proporcionar reparación si se confirman los aspectos relacionados con la P.I. de la demanda <sup>42</sup> . | El desarrollo de un marco para promover y proteger el uso y el desarrollo apropiados de los CC.TT. y las ECT a escala nacional e internacional puede ser en sí una forma de reparación. La forma y el contenido de esta reparación a escala internacional en el futuro pueden tener una influencia significativa en cualquier marco nacional. Esto simplemente refuerza la idea de que los maoríes necesitan participar de forma más plena y eficaz en esta fase y las fases sucesivas del desarrollo de los procesos de la OMPI.  |
| <b>Reciprocidad</b>                  | El Tratado no es una vía en un sólo sentido y ambos socios tienen responsabilidades recíprocas. El actuar razonablemente y de buena fe es un requisito tanto para la Corona como para los maoríes. <sup>43</sup>  | Dentro del espíritu de reciprocidad, puede decirse que tanto los maoríes como la Corona tienen obligaciones mutuas a fin de garantizar la mayor protección posible de los <i>taonga</i> , incluidos los conocimientos tradicionales y las expresiones de estos conocimientos.<br><br>En relación con el principio de asociación, la asociación en lo que respecta al Tratado no es realmente equitativa. La Corona tiene a su favor gran parte del poder. Por lo tanto, la Corona está con más frecuencia en posición de “tener la última palabra”. Sin embargo, cuando la Corona puede demostrar que ha actuado de buena fe y que su conducta hacia los maoríes ha sido razonable, a su vez los maoríes están obligados a reconocerlo y a actuar también de buena fe y razonablemente. En el caso de los procesos del Comité Intergubernamental de  |

<sup>38</sup> Caso *New Zealand Maori Council*, por P. Cooke, pág. 664.

<sup>39</sup> Informe *Waipareira*, pág. 21.

<sup>40</sup> Informe sobre el caso *Motunui-Waitara*, sección 10.3.

<sup>41</sup> *Ibid.*, pág. 703

<sup>42</sup> El proyecto de ley de reforma de la ley de la propiedad intelectual, de 1994, se dividió en varias partes, que incluían los distintos proyectos de ley para la reforma de las leyes de marcas y de patentes. Se crearon grupos de coordinación para estas dos reformas en los que había representación maorí. Además, se han realizado consultas regulares con los grupos interesados maoríes, especialmente en lo que respecta al proyecto de ley de marcas. Sin embargo, la consulta no equivale a acuerdo y la mayor parte de las preocupaciones expresadas por los maoríes en relación con la inadecuación de las medidas de protección propuestas en el proyecto de ley de marcas no se tuvieron en cuenta en la ley definitiva.

<sup>43</sup> Caso *New Zealand Maori Council*, pág. 689

| Principios fundamentales del Tratado |             |   |
|--------------------------------------|-------------|---|
| Principio                            | Explicación | Importancia para los Objetivos/Principios de la OMPI  |
|                                      |             | la OMPI, la Corona podría hacer algo más para buscar una mayor protección de los <i>matauranga</i> maoríes y el reconocimiento de la relación holística que tienen los maoríes con sus <i>taonga</i> , incluidos los bioculturales y los derechos de P.I. |

## RESUMEN DE LOS PRINCIPIOS DEL TRATADO

Si bien los principios del Tratado tienen una aplicación particular a la relación entre la población maorí y la Corona en Nueva Zelanda, así como a las obligaciones de la Corona hacia la población maorí en lo tocante a la elaboración y aplicación de los objetivos y principios de la OMPI, gran parte del espíritu de estos principios puede aplicarse con la misma pertinencia a la elaboración de las propuestas de la OMPI por parte del Comité. En particular, la responsabilidad de la "protección activa", la "buena fe", el "carácter razonable", la "reparación" y la "reciprocidad".

## MARCO JURÍDICO DE NUEVA ZELANDIA

3.19 En el marco jurídico vigente de Nueva Zelanda, la protección de la propiedad cultural e intelectual de la población maorí es muy limitada. Los principios y garantías establecidos en virtud del Tratado de Waitangi sólo pueden invocarse si están específicamente incorporados en la legislación nacional. Actualmente no existen leyes en materia de propiedad intelectual en Nueva Zelanda que exijan a las instancias responsables de la toma de decisiones tener en cuenta los principios del Tratado de Waitangi a la hora de conceder derechos de propiedad intelectual. Asimismo, en los últimos años se ha producido una tendencia a incluir disposiciones concretas que atañen a los intereses del pueblo maorí, en lugar de incluir "cláusulas del Tratado", que muchos políticos consideran que otorga a los tribunales un gran margen para "interpretar" el alcance de las obligaciones de la Corona hacia el pueblo maorí en virtud del Tratado.

3.20 La única normativa en materia de propiedad intelectual que incorpora un componente "maorí" es la Ley de Marcas de 2002. Las disposiciones de esta ley se elaboraron en parte en respuesta a la demanda Wai 262.<sup>44</sup> En virtud del Artículo 17 de la Ley de Marcas de 2002, el comisario de marcas no debe registrar una marca que pueda ser ofensiva para un sector importante de la comunidad, incluida la comunidad maorí. En virtud del Artículo 177 de la ley, se creó un Comité Asesor de Marcas Maoríes con competencias para examinar el uso o el registro de una marca que se derive o parezca que se derive de algún signo maorí, incluidos textos y/o imágenes que "*podría[n] ser o fuese probable que fuera[n] ofensiva[s] para los maoríes*". Todas las solicitudes nuevas de marcas que se determine que contienen signos maoríes deben remitirse al Comité Asesor, y los miembros del Comité deben tener conocimiento del *te Ao* (mundo) maorí y las *tikanga* (costumbres) maoríes (art. 179(2)).

3.21 De las 327 solicitudes de marcas que examinó el Comité Asesor entre noviembre de 2004 y junio de 2005, ninguna de ellas se consideró que fuera ofensiva. En noviembre de 2005, se consideró que una solicitud "probablemente era ofensiva", pero en la actualidad el proceso de solicitud sigue adelante.<sup>45</sup>

3.22 Con relación a cualquier marca "ofensiva" (de acuerdo con los criterios de la nueva ley de 2002) que se haya registrado bajo la antigua ley, cualquier persona (incluida una persona que haya sido "culturalmente ofendida") puede solicitar una "declaración de invalidez" en virtud del Artículo 73(1) de la ley de 2002. El comisario o el tribunal tienen autoridad para declarar inválida una marca si ésta no hubiese podido registrarse en virtud de la segunda parte de la nueva ley.

3.23 No obstante, si bien la Ley de Marcas de 2002 supone un avance en la dirección adecuada, el ámbito de protección continua siendo limitado. Así, por ejemplo, estas nuevas medidas no impiden el uso ofensivo (o el uso no ofensivo) de los conocimientos tradicionales maoríes cuando el usuario no trata de registrar una marca. Por tanto, el caso que atañe a una importante empresa de ropa de Nueva Zelanda, "Canterbury of New Zealand" que puso nombres a una gama de botas de rugby como "Rangatira", "Moko" y "Tane-Toa" fue considerado por muchos maoríes ofensivo. Del mismo modo, la empresa danesa LEGO, que inicialmente utilizaba nombres como "Tohunga" y "Tahu", defendió su derecho a utilizar estos nombres ya que no solicitaba derechos de propiedad intelectual sobre ellos. En estos dos ejemplos (y en muchos otros ejemplos de uso indebido de conocimientos tradicionales maoríes que se han producido desde entonces) las nuevas disposiciones de la ley de marcas no sirven de ayuda, ya que los usuarios no tratan de registrar las imágenes o nombres basados en conocimientos tradicionales.

3.24 Posiblemente, y en ausencia de legislación específica en Nueva Zelanda, los objetivos y principios de la OMPI podrán ofrecer asistencia ya sea para impedir o para cuestionar la apropiación indebida o el uso indebido de conocimientos tradicionales o expresiones culturales tradicionales del pueblo maorí y ofrecer una forma *limitada* de protección de los conocimientos que forman parte del dominio público.

3.25 Por ejemplo, de acuerdo con el Objetivo iv) del documento 8/4, la intención es:  
*Impedir la apropiación indebida de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore... [al]... 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;*

<sup>44</sup> Véase el documento "Presentación de experiencias nacionales con sistemas normativos de protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales", presentado por la Delegación de Nueva Zelanda ante la cuarta sesión del Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, entre el 9 y el 17 de diciembre de 2002, Ginebra, pág. 8, párrafos 35 y 36 [WIPO/GRTK/IC/4/Inf2/Anexo II]

<sup>45</sup> Según comunicación de la Oficina de Propiedad Intelectual de Nueva Zelanda de 22 de diciembre de 2005.

3.36 Las medidas dirigidas a impedir actos de apropiación indebida se elaboran en el Artículo 3 del documento 8/4, que permite a una parte ofendida impedir con relación a “*las palabras, los signos, los nombres y los símbolos*” el uso que “*desacredite u ofenda a la comunidad en cuestión o sugiera una falsa conexión con ésta, o desprestigie a la comunidad*”.<sup>46</sup> Esto también incluiría impedir la adquisición o el ejercicio de derechos de propiedad intelectual sobre estas expresiones culturales tradicionales. Ahora bien, para que llegue a buen fin la protección reivindicada, las palabras o nombres concretos en cuestión deben superar la prueba de la “*importancia cultural o espiritual singular*” y haber sido “*notificadas o registradas con una oficina u organización competentes por la comunidad pertinente*” (Artículo 7.b)).

3.37 Aunque los objetivos políticos y los principios dejan claro que el registro es facultativo, los comentarios sobre el Artículo 3 sugieren que ésta puede ser la opción adecuada “*únicamente en 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 pública*”.<sup>47</sup>

3.38 En efecto, esto proporcionaría una forma limitada de protección de las expresiones culturales tradicionales maoríes que ya se encuentren en el dominio público, aunque requería que estas expresiones culturales tradicionales estuvieran registradas en una base de datos públicamente accesible. Además, cualquiera que solicitase protección tendría que establecer que el uso desacredita u ofende o de otro modo desprestigia a la comunidad. Todo esto son evaluaciones subjetivas que supuestamente acometería el Organismo de gestión propuesto, en consulta con la comunidad afectada.<sup>48</sup>

3.39 Cuando las palabras y los nombres no estén registrados, un solicitante que busque la protección frente al uso indebido deberá invocar la protección del Artículo 3.b) basándose en que el uso es una “*deformación o mutilación*” de los conocimientos tradicionales o que son “*falsos o engañosos*” en el sentido de que sugieran una conexión con la comunidad pertinente o que ésta los suscribe.<sup>49</sup>

3.40 Cualquier legislación de Nueva Zelanda que adopte estos principios y objetivos habrá de considerar detenidamente los criterios sobre los que deberá actuar dicho Organismo. Así por ejemplo en el caso de conocimientos tradicionales maoríes no registrados (como se señala en los comentarios al Artículo 3) el uso no estaría sujeto a autorización previa, pero la protección afectaría a *la forma* en que se utiliza la expresión cultural tradicional.<sup>50</sup>

3.41 Como se ha señalado previamente, si bien no existe legislación sobre propiedad intelectual que incorpore los principios del Tratado de Waitangi o que exija a las instancias decisorias que tengan en cuenta las costumbres y valores del pueblo maorí,<sup>51</sup> existe, no obstante, un gran número de leyes que requieren que las instancias decisorias tengan en cuenta los principios del Tratado y los valores del pueblo maorí, particularmente en el área de la gestión medioambiental y de los recursos.<sup>52</sup>

#### IMPORTANCIA PARA EL DESARROLLO DE LA POLÍTICA GUBERNAMENTAL DE NUEVA ZELANDIA

3.42 El reconocimiento durante la última década de la necesidad de formular políticas gubernamentales en el área de la protección de los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual del pueblo maorí se ha convertido en un tema de interés debido a varios factores. La demanda Wai 262 en particular ha supuesto un factor fundamental en varios departamentos gubernamentales y en otros organismos de la Corona que estudian políticas dirigidas a aumentar el reconocimiento de la importancia y la función de los conocimientos tradicionales en la labor de estos organismos. Los avances internacionales a través de la labor del Convenio sobre la Diversidad Biológica, la OMPI y el proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, así como las actividades en defensa del pueblo maorí tanto en Nueva Zelanda como en el extranjero, han aumentado la conciencia de la importancia de estas cuestiones para el pueblo maorí y para Nueva Zelanda en su conjunto. Lamentablemente, esta mayor conciencia de la necesidad de “*hacer algo*” no siempre se ha traducido en las acciones adecuadas y, salvo una o dos excepciones notables, la mayor parte de la labor que se ha llevado a cabo en departamentos gubernamentales se ha realizado a nivel interno y en gran medida sin consultar al pueblo maorí. Una de estas excepciones notables es la labor de la división de propiedad intelectual del Ministerio de Desarrollo Económico, que ha sido incansable en su esfuerzo por informar a la población maorí, a otros ministerios públicos y a otros grupos interesados sobre la labor que están realizando en materia de conocimientos tradicionales y propiedad intelectual a nivel local e internacional durante los últimos años. Cabe esperar que este impulso se mantendrá y extenderá a otros departamentos del gobierno.

3.43 En este apartado se examinarán algunas de estas políticas y procesos internos y la medida en que las propuestas de la OMPI pueden resultar adecuadas o pertinentes para la formulación de políticas por parte de algunos de estos organismos públicos y semipúblicos de Nueva Zelanda.

3.44 Diversas iniciativas políticas relativas a los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual que afectan al pueblo maorí, entre las que figuran la creación de un sistema *sui generis* por parte de *Te Puni Kokiri*, la ley de protección de los *taonga* (tesoros) de 1996, o la ley de patrimonio cultural mobiliario (ahora sustituida por la ley de objetos protegidos de 2006), han sido bien diferidas o se han eliminado del calendario legislativo. En el caso de la ley de reforma de la legislación sobre propiedad intelectual de 1994, ésta se ha dividido en varias leyes después de que el entonces Ministro de Comercio, el Honorable Phillip Burdon, en respuesta a las reivindicaciones de los promotores de la demanda Wai 262, indicó que la ley se pospondría a la espera de la resolución del caso.<sup>53</sup>

<sup>46</sup> WIPO/GRTKF/IC/8/4, Artículo 3.a)ii) pág. 19.

<sup>47</sup> WIPO/GRTKF/IC/8/4, Anexo pág. 21 a).i).

<sup>48</sup> WIPO/GRTKF/IC/8/4, Artículo 4.

<sup>49</sup> WIPO/GRTKF/IC/8/4, Artículo 3.b)ii) y iii).

<sup>50</sup> WIPO/GRTKF/IC/8/4, Anexo pág. 22 b).

<sup>51</sup> Con la excepción de la Ley de Marcas de 2002 que cuenta con (y el proyecto de ley de patentes en que se propone) un Comité Asesor maorí para asistir en la determinación de si una solicitud es ofensiva o no desde el punto de vista cultural.

<sup>52</sup> Véase, por ejemplo, la Ley de gestión de los recursos de 1991, Artículos 6, 7 y 8, la Ley de conservación de 1987, Artículo 4, la Ley de sustancias peligrosas y nuevos organismos de 1996, Artículo 8, la Ley de minerales de la Corona de 1991, Artículo 4, la Ley de gobierno local de 2002, Artículo 4, la Ley de pesca de 1996 y la Ley del establecimiento del Tratado de Waitangi (las reivindicaciones sobre pesca) de 1992.

<sup>53</sup> Carta del Ministro de comercio, Hon. Phillip Burdon, a los demandantes del caso Wai 262, diciembre de 1995.

3.45 Parece que ya en 1994 el gobierno estaba examinando el tema del establecimiento de mecanismos *sui generis* para proteger los conocimientos tradicionales.<sup>54</sup> Esto se produjo en respuesta a varios acontecimientos nacionales e internacionales, como el proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), la Declaración de Mataatua de 1993 y la demanda Wai 262. De acuerdo con la declaración del gobierno durante la cuarta sesión del Comité Intergubernamental en diciembre de 2002, al Ministro de desarrollo maorí, junto con el Ministro de comercio y el Ministro de asuntos exteriores y comercio "se les había encomendado estudiar la posibilidad de utilizar mecanismos *sui generis* para proteger los conocimientos tradicionales maoríes".<sup>55</sup> Se llevó a cabo un trabajo inicial sobre el alcance para examinar no sólo las cuestiones relativas a la propiedad intelectual sino también cuestiones relativas a la libre determinación, la sanidad, la justicia, el patrimonio cultural y el desarrollo económico del pueblo maorí.<sup>56</sup> El autor no ha podido determinar si se ha llevado a cabo adelante la labor y en caso afirmativo el grado en que ésta se ha realizado en consulta con el pueblo maorí.

3.46 Desde 2002, la División de Propiedad Intelectual del Ministerio de Desarrollo Económico se ha dedicado a desarrollar el "programa de trabajo sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales", que consiste en un proceso en tres fases centrado en la creación de capacidad y el intercambio de información, la determinación de los problemas relativos a la interfaz entre la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales en el contexto de Nueva Zelanda y, por último, la elaboración de opciones y un procedimiento de consulta que contribuirán a formular políticas en esta área.<sup>57</sup> Este proceso ha conllevado una serie de seminarios y talleres en los que han participado ponentes y especialistas nacionales e internacionales y se ha debatido un conjunto de cuestiones entre las que se encuentran los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, lo que ha aportado información muy útil. Además, el Ministerio de Desarrollo Económico ha emprendido una serie de consultas por todo el país relativas a los conocimientos tradicionales y a los derechos de propiedad intelectual, así como sobre el proceso que se lleva a cabo en el seno de la OMPI. El Ministerio de Desarrollo Económico ha propuesto celebrar más talleres sobre estas cuestiones a lo largo de la primera parte de 2007.<sup>58</sup>

3.47 Los documentos presentados por el gobierno en las reuniones del Comité Intergubernamental indican sistemáticamente que Nueva Zelanda apoya el desarrollo de los objetivos y principios de la OMPI tal como se recogen en los documentos 8/4 y 8/5 (y en los documentos anteriores WIPO/GRTKF/IC/7/3 y WIPO/GRTKF/IC/7/5).<sup>59</sup> En estos documentos también se señala que "un enfoque de "talle único" o "universal" es muy probable que no sea apropiado para proteger exhaustivamente los conocimientos tradicionales, y que se acomode a las prioridades nacionales, al entorno jurídico y cultural y a las necesidades de las comunidades indígenas y locales de todos los países".<sup>60</sup> Continúa diciendo que Nueva Zelanda se muestra partidaria de una "lista de distintas opciones" con el fin de asegurarse de que cada Estado mantiene "un grado razonable de flexibilidad para aplicar políticas que se adapten a su situación".

3.48 Desde el punto de vista maorí, es deseable disponer de flexibilidad con el fin de asegurar que las cuestiones nacionales que atañen a Nueva Zelanda, como el Tratado de Waitangi y sus principios, las tikanga, leyes y protocolos locales y los posibles resultados de la demanda Wai 262 pueden tenerse en consideración como factores importantes en el desarrollo de sistemas *sui generis* para el uso, protección y promoción adecuados de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales. Además, existen otras declaraciones internacionales de pueblos indígenas, códigos éticos y directrices que deberían contribuir a conformar la elaboración de los objetivos y principios de la OMPI. Algunos de estos documentos y su pertinencia se examinan más adelante en este documento (véase la sección 9 más adelante).

3.49 En lo que atañe a la política general del gobierno, tal como se ha señalado previamente, varios organismos gubernamentales (particularmente los institutos de investigación de la Corona) han estado estudiando la formulación de políticas en materia de conocimientos tradicionales durante la última década en respuesta a la demanda Wai 262 y al creciente interés internacional por los conocimientos tradicionales con relación al comercio, la diversidad biológica y los derechos de propiedad intelectual. Los conocimientos tradicionales o *matauranga* también han adquirido una importancia creciente en organismos como las universidades, *wananga* (instituciones educativas), los institutos politécnicos y técnicos, los museos regionales y nacionales y el sector privado. No obstante, como también se ha señalado, en el mejor de los casos, la formulación de cualquier política efectiva y el compromiso verdadero con el pueblo maorí ha sido mínimo.

3.50 La mayoría de universidades, institutos politécnicos y *wananga* ofrecen cursos sobre *matauranga* maoríes y derechos de propiedad intelectual.<sup>61</sup>

3.51 A continuación figura un resumen de algunas de las organizaciones de Nueva Zelanda que han elaborado políticas en el área de los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. La mayor parte de la información que se presenta en esta sección se ha recogido de sitios web pertinentes y se presenta como tal. No se trata de un comentario de la adecuación de estas políticas para el pueblo maorí sino de si las propuestas de la OMPI tal como están formuladas actualmente pueden tener alguna pertinencia para estos organismos basándose en las políticas que establecen con relación a los conocimientos tradicionales y las cuestiones relativas a la propiedad intelectual:

i) *Maori Trademarks Advisory Committee* (Comité asesor de marcas maoríes), creado en virtud de los artículos 177 a 180 de la Ley de marcas de 2002. Este Comité ha elaborado un conjunto de criterios y directrices para evaluar si las solicitudes de marca que contienen palabras, textos o imágenes maoríes pueden ser ofensivas para el pueblo maorí.<sup>62</sup>

<sup>54</sup> Intervención de la Delegación gubernamental ante la cuarta sesión del Comité Intergubernamental de la OMPI, del 9 al 17 de diciembre de 2002 "Presentaciones de experiencias nacionales y regionales con sistemas normativos de protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales", pág. 15, párrafo 75.

<sup>55</sup> *Ibid.*, párr. 76.

<sup>56</sup> *Ibid.*, párr. 76.

<sup>57</sup> Véase [www.med.govt.nz](http://www.med.govt.nz) (sección sobre 'Conocimientos Tradicionales')

<sup>58</sup> Con la reanudación de la demanda Wai 262, este taller puede quedarse en suspenso.

<sup>59</sup> Véase el documento presentado por Nueva Zelanda "New Zealand Response to WIPO IGC Meeting: Draft Documents on Principles and Policy Objectives".

<sup>60</sup> *Ibid.*, pág. 2, párr. 9.

<sup>61</sup> Por ejemplo, tanto *Te Wananga o Raukawa* como *Te Wananga o Aotearoa* ofrecen cursos sobre *matauranga* maoríes y derechos de propiedad intelectual.

<sup>62</sup> Véase *Practice Guidelines*, artículos 177 a 180 de la Ley de Marcas de 2002, Comité asesor de marcas maoríes y marcas maoríes, Oficina de Propiedad intelectual de Nueva Zelanda (en el sitio web del Ministerio de Desarrollo Económico, [www.med.govt.nz](http://www.med.govt.nz)).

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Apéndice, página 12

Las propuestas de la OMPI podrían ser de ayuda al Comité asesor de marcas maoríes y a su labor. Ahora bien, en opinión del autor, este Comité y cualquier otro organismo que se ocupe de los conocimientos tradicionales y las cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual tienen que ponerse en última instancia bajo los auspicios de un organismo central bajo control maorí, lo que guarda relación con la función de un organismo de la naturaleza que contempla el Artículo 4 del documento 8/4.

ii) Creative New Zealand, en respuesta a "llamamientos realizados durante más de 20 años por una marca de autenticidad y calidad".<sup>63</sup> Con la asistencia de entre 30 y 40 artistas maoríes de gran resonancia, Creative New Zealand creó la marca Toi Iho™, de fabricación maorí. Actualmente hay 130 artistas registrados para utilizar esta marca Toi Iho.

iii) Te Manatu Taonga: Ministerio de Cultura y Patrimonio. Si bien el Ministerio no parece disponer de políticas específicas que aborden los conocimientos tradicionales y las cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual, sí que ha emprendido diversas iniciativas, entre las que se encuentra la enciclopedia en línea "Te Ara", que incluye historias relativas a la colonización de Nueva Zelandia, con inclusión de los grupos tribales.

Las propuestas de la OMPI podrían encajar con las metas y objetivos del Ministerio, que engloban la promoción del bienestar cultural de las comunidades. La función del Ministerio es la de asesorar al gobierno, vigilar la labor de los organismos financiados públicamente en el sector cultural e iniciar actividades en apoyo y promoción de las artes, la historia y el patrimonio de Nueva Zelandia.<sup>64</sup>

iv) New Zealand Historic Places Trust (Consortio de lugares históricos de Nueva Zelandia). Este consorcio es un organismo de derecho público creado en Nueva Zelandia para proteger y gestionar el patrimonio, incluido el patrimonio maorí. Pese a que la definición de "patrimonio" maorí se describe como "nga taonga tuku iho o nga tupuna" (tesoros transmitidos por los antepasados), en esta definición quedan excluidas expresiones de este patrimonio como "te reo, artes escénicas, taonga, etc".<sup>65</sup>

Por tanto, podría parecer que las propuestas de la OMPI, que se centran en los aspectos de la cultura relacionados con la propiedad intelectual, no tendrían aplicación *directa* a las políticas y procesos del Consorcio de lugares históricos de Nueva Zelandia. Sin embargo, los principios y objetivos, particularmente con relación a la protección de los conocimientos tradicionales, podrían tener alguna pertinencia para la labor del Consorcio. Por ejemplo, los objetivos políticos del documento 8/5 relativos a la promoción, conservación y preservación de los conocimientos tradicionales, en apoyo de los sistemas de conocimientos tradicionales, tendrían pertinencia de cara a la protección y gestión del patrimonio maorí.

v) Crown Research Institutes (Institutos de investigación de la Corona). Varios de los institutos de investigación de la Corona, como Crop and Food Research Ltd, Manaaki Whenua, Landcare Research y NIWA están cada vez más involucrados en la investigación que atañe a los intereses de los maoríes en lo tocante a los conocimientos tradicionales y la flora y fauna autóctonas. Así, por ejemplo, Crop and Food trata activamente de establecer asociaciones a largo plazo con grupos maoríes en el marco de la investigación y la comercialización. Pretenden combinar la base de conocimientos científicos de Crop and Food con la base de recursos naturales y valores culturales de la población maorí a través de un proceso de negociación conocido como "te putahi". En particular, se centra en crear alianzas con el pueblo maorí en el área de la flora medicinal tradicional, como el proyecto de investigación sobre plantas utilizadas tradicionalmente por el grupo ngai tuhoe. En este ejemplo en concreto, cualquier derecho de propiedad intelectual que se derive de la investigación quedará bajo control y titularidad del grupo tuhoe y los beneficios irán a parar a esa iwi (tribu).<sup>66</sup>

En lo tocante a Landcare, su sitio web contiene información pormenorizada y bases de datos sobre los usos tradicionales de todas las plantas autóctonas de Nueva Zelandia. Tal como se señala en el sitio web:

"Este valioso recurso se pone ahora a disposición en Internet para cualquiera interesado en las plantas autóctonas de Nueva Zelandia y que desee conocer mejor sus usos culturales".<sup>67</sup>

Una investigación de búsqueda de una especie taonga para la tribu ngati kuri, *Pupu Harakeke*, incluía una referencia a las reivindicaciones de la Sra. Saana Murray en nombre de los ngati kuri en la demanda Wai 262.

Claramente, desde la perspectiva de los demandantes del caso Wai 262, existiría una preocupación fundamental en torno al conocimiento de sus conocimientos tradicionales con relación a que sus plantas autóctonas estén tan fácilmente disponibles a través de Internet, pese a que gran parte de esta información se ha recogido de publicaciones escritas a lo largo de los últimos 100 años.

Sin embargo, podría parecer a partir de la información de su sitio web que Manaaki Whenua, como Crop and Food, está involucrada en el establecimiento de alianzas y programas de investigación con grupos maoríes que atañen a programas de investigación centrados en los grupos maoríes de acuerdo con el Tratado de Waitangi, a cuestiones relacionadas con la biodiversidad para los maoríes, la ecología forestal y las prácticas de cosecha, los conocimientos indígenas y los sistemas de valores, servicios de ecosistema, elaboración de modelos, y demás.<sup>68</sup>

NIWA también parece que está creando alianzas con grupos maoríes en relación con investigaciones marítimas y el uso de conocimientos tradicionales.

Las propuestas de la OMPI, en concreto el documento 8/5 sobre conocimientos tradicionales, pueden tener pertinencia particular para los institutos de investigación de la Corona, especialmente con relación a los objetivos y principios relativos a la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales, la participación en los beneficios, los derechos de gestión, las disposiciones relativas al consentimiento fundamentado previo y las disposiciones sobre observancia.

<sup>63</sup> Véase en el sitio web de *Creative New Zealand*, [www.creativenz.govt.nz](http://www.creativenz.govt.nz), "*Creative New Zealand – Cultural Recovery*" el artículo titulado "Seriously Maori".

<sup>64</sup> [www.mch.govt.nz/cwb/index.html](http://www.mch.govt.nz/cwb/index.html) - Bienestar cultural.

<sup>65</sup> [www.historic.org.nz/heritage/maoriheritage\\_intro.html](http://www.historic.org.nz/heritage/maoriheritage_intro.html).

<sup>66</sup> [www.crop.cri.nz/home/company-info/maori-partnerships.jsp](http://www.crop.cri.nz/home/company-info/maori-partnerships.jsp) (búsqueda a fecha de 2 de febrero de 2006).

<sup>67</sup> <http://peopleplants.landcareresearch.co.nz/WebForms/peopleplantinformation.aspx> - *Nga Tipu Whakaoranga People Plants Database* (búsqueda a fecha de 2 de febrero de 2006).

<sup>68</sup> [www.landcareresearch.co.nz/services/Maori.asp](http://www.landcareresearch.co.nz/services/Maori.asp) - '*Working with Maori Organisations on Environment Issues*' (búsqueda a fecha de 2 de febrero de 2006).

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Apéndice, página 13

vi) *Foundation for Research, Science and Technology* (Fundación para la ciencia, la investigación y la tecnología). De acuerdo con el proyecto de estrategia de innovación económica maorí de la Fundación para el período 2005-2012:

Esta estrategia está en sintonía con la política *Vision Matauranga* del Ministerio de Investigación, Ciencia y Tecnología. Esta estrategia fomenta la contribución distintiva que los conocimientos, el pueblo y los recursos maoríes aportan a la innovación de la que se beneficia a Nueva Zelanda. Un elemento característico de esta estrategia es el fomento de la creación de recursos de propiedad colectiva maorí en beneficio de la comunidad, así como la exploración de las posibilidades de innovación a partir de los conocimientos maoríes.<sup>69</sup>

Las propuestas de la OMPI, cuando se ultimen, tendrán pertinencia para la labor y los programas que lleva a cabo la Fundación, en la medida en que atañen al desarrollo económico individual y colectivo del pueblo maorí con vistas a obtener un mayor aprovechamiento y oportunidades al captar los beneficios de la propiedad intelectual derivada de sus conocimientos tradicionales.

vii) Ministerio de Investigación, Ciencia y Tecnología. Las propuestas de la OMPI serán de utilidad y pertinencia para las directrices sobre propiedad intelectual elaboradas por el Ministerio de Investigación, Ciencia y Tecnología en enero 2004 con relación a la propiedad intelectual producida a partir de investigación realizada para el servicio público de la que se requiere que se utilice en aras del "mayor beneficio nacional".<sup>70</sup>

También tendrá pertinencia para el marco político de la *Vision Matauranga* de la Fundación para la ciencia, la investigación y la tecnología (2005), cuya declaración de intenciones es la siguiente:

"Liberar el potencial de innovación de los conocimientos, recursos y población maorí para ayudar a los neozelandeses a crear un futuro mejor".<sup>71</sup>

De acuerdo con el marco de la política, ésta se ocupa fundamentalmente del descubrimiento de contribuciones distintivas a la investigación, la ciencia y la tecnología que surgen de los conocimientos y recursos maoríes y de esta población.

viii) *National Archives of New Zealand* (Archivos Nacionales de Nueva Zelanda). En virtud de la sección 7 de la Ley de Archivos Públicos de 2005 (que sustituye a la Ley de Archivos de 1957) existen requisitos con relación a: "tener en cuenta adecuadamente" el Tratado de Waitangi; el archivero jefe debe consultar con los maoríes; y al menos dos miembros del Consejo de archivos deben tener conocimiento de las tikanga maoríes. Asimismo reconoce que los depósitos en manos de iwi o hapu (comunidades) pueden ser aprobados como depósitos cuando los archivos públicos pueden depositarse con fines de conservación. Estos cambios en la nueva legislación reconocen el gran cuerpo de conocimientos maoríes que se mantiene en los archivos y la importancia de garantizar que la Corona cumple con su obligación hacia los maoríes en virtud del Tratado con relación a la conservación de ese material.

viii) *Museo de Nueva Zelanda Te Papa Tongarewa*. Te Papa ha establecido una estrecha relación, políticas y procesos con las iwi para la presentación, exhibición, protección, repatriación y tratamiento general y respeto de los taonga (el principio colectivo de mana taonga).<sup>72</sup> Esta ha sido la experiencia personal y relación del autor con Te Papa relativas al cuidado de taonga del pueblo Moriori. Te Papa ha establecido la norma que siguen otros museos de trabajar en alianzas de colaboración con las iwi. Te Papa es cada vez más consciente y receptivo respecto de las cuestiones relativas a la propiedad intelectual a las que se enfrentan las iwi y ellos mismos en el cuidado y uso de los taonga. De acuerdo con la experiencia del autor, Te Papa no exhibirá taonga tribales (entre los que se encuentran objetos físicos e imágenes de esos objetos) salvo que haya obtenido el consentimiento fundamentado previo de la iwi correspondiente. Si bien Te Papa parece disponer de procedimientos internos y políticas robustas para proteger los taonga y los conocimientos relacionados con esos taonga, un instrumento internacional que contenga mecanismos para mejorar la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales daría peso a sus propias políticas al tiempo que quizá asistiría en sus relaciones con los museos extranjeros para el retorno y repatriación de taonga que mantienen esos museos en nombre de las iwi. Ahora bien, hay iwi como los ngati porou y otros que tratan de establecer relaciones más firmes con museos que incluyen, en algunos casos, la devolución de taonga de los ngati porou a su rohe (distrito).<sup>73</sup>

ix) Existe una diversidad de otros organismos públicos como la Autoridad de Gestión de Riesgos Medioambientales (ERMA), el Ministerio de Pesca, el Ministerio de Silvicultura, el Departamento de Conservación (documento de estrategia sobre biodiversidad) y otros para quienes las cuestiones relativas a los conocimientos tradicionales maoríes y los derechos de propiedad intelectual y derechos con relación a la flora y fauna autóctona están cobrando una creciente importancia. A partir de esto, cualquier norma, objetivo o directrices que la OMPI elabore en esta área tendrá pertinencia también para la labor de estos organismos.

x) La única modificación propuesta actualmente a la legislación en Nueva Zelanda con relación a la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales son las enmiendas propuestas a la Ley de Patentes de 1953, según las cuales se propone crear un órgano similar al Comité asesor maorí creado en virtud de la Ley de Marcas de 2002. La creación de este Comité ha sido impulsada por las recomendaciones formuladas por la Real Comisión sobre Modificación Genética en 2001, ya que no existían protecciones o procedimientos para tratar con las preocupaciones maoríes relativas a las solicitudes de patente que contienen flora y fauna autóctona y conocimientos tradicionales maoríes conexos.<sup>74</sup> La OMPI cuenta con iniciativas específicas dirigidas a abordar la cuestión de la apropiación indebida de conocimientos tradicionales, ya que "el estado de la técnica" puede utilizarse en la creación de patentes de conocimientos tradicionales y productos comerciales basados en plantas.<sup>75</sup>

<sup>69</sup> Disponible en el sitio de web de la FRST en [www.frst.govt.nz](http://www.frst.govt.nz).

<sup>70</sup> [www.morst.govt.nz/currentwork/ipguidelines](http://www.morst.govt.nz/currentwork/ipguidelines).

<sup>71</sup> [www.morst.govt.nz/visionmatauranga](http://www.morst.govt.nz/visionmatauranga).

<sup>72</sup> *Te Papa Acknowledges Mana Taonga* Te Papa reconoce el papel de las comunidades en la mejora del cuidado y el conocimiento de las colecciones y los taonga. E Tautoko Ana a Te Papa Tongarewa i te Mana Taonga - Kei tēnā nohonga tangata rātou tikanga tiaki me rātou māramatanga ki a rātou kohinga me a rātou taonga. [www.tepapa.govt.nz](http://www.tepapa.govt.nz)

<sup>73</sup> Declaración de Ray Kohere ante el Tribunal de Waitangi, 28 de agosto de 2006, Pakirikiri Marae, Tokomaru Bay, East Coast (Demanda Wai 262, Record of Inquiry Doc #P24).

<sup>74</sup> Documento del gabinete sobre la revisión de la Ley de Patentes de 1953, fase 3, Parte 3, Comité Consultivo Maorí de la Oficina de Propiedad Intelectual de Nueva Zelanda (extraído de [www.med.govt.nz/patents review/part 3](http://www.med.govt.nz/patents%20review/part%203) -a fecha de 7 febrero de 2006)

<sup>75</sup> Véase en particular WIPO/GRTKF/IC/9/5, Anexo, página 2, 'Protección frente a la apropiación indebida'.

*Resumen sobre la formulación de políticas gubernamentales relativas a los conocimientos tradicionales*

Sí bien puede parecer que muchos organismos públicos y ministerios tienen en vigor al menos *algunas* políticas que se ocupan del uso y acceso a los conocimientos tradicionales, éstas se han formulado y siguen en gran medida formulándose de manera *ad hoc* y sin la aportación o consulta de los grupos maoríes. El riesgo de elaborar políticas "sobre la marcha" y sin la participación efectiva del pueblo maorí no sólo supondrá un fallo en el proceso sino en última instancia políticas que no serán aceptables para los maoríes, que probablemente serán incoherentes con carácter general y que carecerán de robustez.

**MATAURANGA MAORÍES, TIKANGA, KAWA Y PERSPECTIVA DEL DERECHO CONSUECUDINARIO**

3.53 Desde un punto de vista *puramente* maorí y del derecho consuecudinario, los objetivos y principios de la OMPI podrían considerarse en muchos aspectos *inadecuados*. Esto se debe al carácter fragmentado e independiente con que se abordan la protección de los conocimientos tradicionales y la protección de las expresiones de los conocimientos tradicionales, así como a la desconexión de la relación entre las cuestiones relativas a la propiedad y control de los recursos biológicos y genéticos. La población maorí, como sucede con los pueblos indígenas de cualquier parte, no considera necesariamente que su lenguaje, sus formas artísticas, imágenes, diseños y demás puedan considerarse de forma independiente de la cultura y base de conocimientos que sustentan sus conocimientos tradicionales y los recursos relacionados con ese conocimiento. Los conocimientos tradicionales y las expresiones de esos conocimientos, así como los recursos sobre los que se basan los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales están unidos como parte de una totalidad sin fisuras. Por ejemplo, la música de la internacionalmente reconocida artista escénica maorí, Moana Maniapoto, está imbuida de importancia cultural y política en lo que respecta al Tratado y a la importancia de mantener la identidad cultural.<sup>76</sup> Así por ejemplo, su canción galardonada internacionalmente, "Moko", hace la conmovedora declaración de que *moko* es más que un tatuaje facial; representa la propia identidad y cultura. Esto mismo puede decirse de muchos, si no de la mayoría, de artistas, escultores, tejedores, escritores e intérpretes maoríes. Las *tikanga* maoríes, las ceremonias *kawa* y los conocimientos tradicionales tienen una influencia importante en las creaciones intelectuales de muchos artistas maoríes.

3.54 Algunos de los demandantes el caso Wai 262 consideran que es necesario empezar primero desde los principios a la hora de establecer un proceso y marco coherentes para la protección de los conocimientos tradicionales maoríes. El autor ha denominado esto "marco de *tikanga* maoríes" para proteger y promover el uso adecuado de los conocimientos tradicionales. Este enfoque es preferible a uno en que los cambios se realizan con un criterio *ad hoc* caracterizado por "ir picando" en los márgenes de la legislación vigente sobre propiedad intelectual, como ha ocurrido con la Ley de marcas de 2002 y las reformas propuestas a la ley de patentes. En su lugar, es importante establecer un proceso cabal y robusto que permita el debate y la discusión entre la Corona y la población maorí y la comunidad en general. Este marco debe permitir establecer opciones y soluciones en el tiempo, de manera que refleje plenamente y haga justicia a la diversidad y complejidad de las cuestiones involucradas.

3.55 Existen otros grupos maoríes que propugnan nada menos que la soberanía maorí con el control de sus propios recursos naturales y de la población.<sup>77</sup>

3.56 No obstante, existen también otros grupos maoríes, tanto de ámbito nacional como tribal, que, si bien están igualmente comprometidos y apasionados respecto de garantizar una mejor protección para los matauranga maorí y la propiedad intelectual asociada, perciben no obstante la necesidad de adoptar un enfoque más pragmático. Al tiempo que la mayoría de estos grupos apoyan el espíritu en que se basa la demanda Wai 262, son conscientes de que ésta ha necesitado una cantidad desmedida de tiempo para resolverse, mientras que la apropiación y uso indebidos de sus conocimientos tradicionales sigue produciéndose de forma habitual.

3.57 Por ejemplo, el grupo nacional de artistas maoríes que se encuentra detrás de la concepción y desarrollo de la marca *Toi Iho: Maori Made Mark* no tiene ningún problema en utilizar un instrumento de propiedad intelectual, como son las marcas, para promover y vender artesanía auténtica maorí y refrendar la autenticidad de exhibiciones y representaciones de artistas maoríes. Su propósito es ofrecer a los artistas maoríes una marca de calidad de autenticidad para distinguir sus productos de importaciones baratas realizadas en el extranjero y transmitir confianza a los consumidores sobre la calidad y autenticidad de la artesanía maorí. Asimismo, se trata de una iniciativa para asegurar un control limitado de sus *taonga*.<sup>78</sup>

3.58 Ahora bien, existen varios factores que han hecho de esto una opción "segura" para el colectivo de artistas maoríes. En primer lugar, los artistas tuvieron en gran medida el control del proceso (incluido diseño de la imagen y el texto de la marca) y el proceso fue facilitado por la *Te Waka Toi*, la Junta Maorí de las Artes, dependiente del Consejo de las Artes de Nueva Zelandia (Creative NZ). Por tanto, se produjo una participación plena y efectiva de las personas más afectadas por la marca. En segundo lugar, en las *hui* (reuniones) que llevaron a la creación de la marca se reconoció que hasta el momento en que no haya una resolución adecuada a la demanda Wai 262, el registro de una marca es la única opción jurídicamente efectiva de que se dispone para proteger y distinguir en el mercado formas auténticas de arte maoríes.<sup>79</sup> La marca *Toi Iho* se ve por tanto como una medida provisional pendiente de la creación de un marco más exhaustivo de protección *sui generis* de las *tikanga* maoríes. En tercer lugar, Creative NZ acordó que, a su debido momento, los derechos exclusivos de la marca serían cedidos a un consorcio plenamente representativo de artistas maoríes. Por último, el proceso y los costes asociados fueron sufragados por Creative NZ a través de subvenciones del gobierno.

<sup>76</sup> Declaración y respuestas al interrogatorio de Moana Maniapoto ante el Tribunal de Waitangi en la vista de la demanda Wai 262, 25 de septiembre de 2006, doc #P4

<sup>77</sup> Por ejemplo, la Confederación de Tribus Unidas de Aotearoa y Ko Huiarau, ambos movimientos de soberanía maorí que sostienen que la soberanía nunca se ha cedido en virtud del Tratado de Waitangi y que se conservó expresamente en la declaración de independencia firmada en 1835 por muchas tribus del norte.

<sup>78</sup> *Background*, en el sitio web de Creative NZ, Creative NZ, Consejo de las Artes de Nueva Zelandia 2003 (en Internet: [www.toiio.com/aboutus/](http://www.toiio.com/aboutus/)).

<sup>79</sup> Conocimiento personal del autor que asistió a dos de las primeras *hui* de consulta y ofreció asesoramiento jurídico a Creative NZ y al colectivo de artistas maoríes basándose en que este proceso se consideraba un paso intermedio hasta que pudiera crearse un sistema más robusto de protección de los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual maorí tras la finalización de la demanda Wai 262.

## RECIENTES ENFOQUES Y ASPIRACIONES MAORÍES EN RELACIÓN CON LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

3.59 En los últimos años, muchos grupos y organizaciones maoríes, especialmente aquellas con intereses comerciales y de investigación, han adoptado una postura más activa en la búsqueda de beneficios comerciales y un mayor control de sus conocimientos tradicionales. Cada vez más, muchos maoríes están utilizando una gama de herramientas que les ayudan a proteger y promover el uso de sus conocimientos tradicionales. Estos instrumentos abarcan desde acuerdos de operaciones conjuntas con instituciones de investigación, contratos y acuerdos en materia de propiedad intelectual, estrategias de creación de marcas para productos, iniciativas de investigación conjunta y utilización de la propiedad intelectual como las marcas y el derecho de autor para proteger sus intereses, por mencionar solamente algunos de ellos. El aumento en la utilización de estos instrumentos está motivado en gran medida por consideraciones de carácter práctico y el hecho de que actualmente no existen alternativas que pueden hacerse valer desde el punto de vista jurídico, como las que pretenden lograr los demandantes del caso Wai 262, la Declaración de Mataatua de 1993 y el proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.

3.60 A continuación figuran algunos ejemplos de iniciativas y aspiraciones recientes de la población maorí relacionadas con el uso y aplicación de sus conocimientos tradicionales en lo que se refiere a la investigación y las posibilidades de aplicación comercial:

### Investigación genética sobre el cáncer

3.61 Un grupo maorí de la *Bay of Plenty* ha estado trabajando con un equipo de investigación genética sobre cáncer de la Universidad de Otago con el fin de determinar la fuente y, con suerte, la cura de una forma de cáncer gástrico que ha sido recurrente entre la población whanau durante varias generaciones. La población local whanau de Rotorua tiene el registro de tener el mayor historial de cáncer gástrico del mundo. En el proyecto participan más de 10.000 maoríes que han proporcionado al equipo de investigación información sobre su *whakapapa* (genealogía) e historial médico. La población whanau también ha creado un consorcio conocido como *Kimi Hauora Trust* que ha establecido una alianza con la Universidad de Otago. En el caso de que se obtenga algún derecho de patente por la determinación del gen que permita la cura, será propiedad conjunta de ambos. Cualquier beneficio económico irá destinado a posteriores investigaciones sobre cáncer.

3.62 La población whanau ha establecido otro acuerdo de investigación con el departamento de ciencia biomolecular de la Universidad de Massey. La finalidad de la investigación es estudiar los efectos dañinos de la bacteria estomacal "*helicobacter pylori*", que podría constituir un factor fundamental en el origen del cáncer de estómago. Una vez que ya se ha identificado la bacteria, la siguiente fase del proyecto es encontrar una cura para la enfermedad.<sup>80</sup>

### Planificación de carreteras y conocimientos maoríes

3.63 La población ngati whatua ha establecido un acuerdo de investigación con la Fundación para la ciencia, la investigación y la tecnología (FRST) que ayudará a planificar la infraestructura de carreteras de Nueva Zelanda. El objetivo de esta alianza es preservar los lugares de importancia cultural de manera que también contribuya a reducir los costos del tráfico rodado y la creación de infraestructuras.<sup>81</sup>

### Gestión de ecosistemas acuáticos y conocimientos tradicionales

3.64 En este programa de investigación participan las hapu Nga Potiki, Ngati Pukenga y Ngati Hapu en asociación con *New Zealand Landcare Trust*. La finalidad es crear instrumentos de vigilancia y gestión de estuarios que incorporen valores culturales maoríes y concilien los conocimientos tradicionales maoríes con la ciencia occidental. Asimismo, el programa está concebido para ayudar al desarrollo de capital humano maorí mediante la supervisión de varios estudiantes de doctorado maoríes.<sup>82</sup> Este programa de investigación abarca el período del 1 de julio de 2003 al 1 de julio de 2009.

### Desarrollo de marcas en las empresas maoríes

3.65 En este programa de investigación de la FRST intervienen varias empresas maoríes de primera línea y se examina el uso innovador de estrategias de creación de marcas maoríes por parte de las empresas con el fin de incrementar las exportaciones, la capacidad de respuesta del mercado mundial a las marcas maoríes, la experiencia con las marcas maoríes en los mercados existentes y los principios tradicionales maoríes en los planteamientos comerciales. Este programa es una alianza entre organizaciones empresariales maoríes de primera línea, investigadores y organismos públicos.<sup>83</sup> Este programa de investigación abarca el período del 1 de julio de 2003 al 30 de junio de 2007.

### Desarrollo sostenible de las hapu y conocimientos tradicionales

3.66 En este proyecto de investigación participan hapu de la región de *Gisborne-East Coast* con el fin de determinar la función de la *matauranga* (educación) maorí en el desarrollo sostenible de las hapu. Con esta investigación se pretende situar a las hapu de manera que puedan descubrir y explorar nuevas posibilidades de desarrollo.

### Investigación sobre plantas medicinales

3.67 En 2001 se puso en marcha un proyecto, dirigido por el Dr. Meto Leach en colaboración con un anciano del grupo tribal maorí tuhoe, experto en *rongoa* (remedios) maoríes, con el fin de investigar el uso tradicional maorí de la flora autóctona. El proyecto, conocido como Te Kete Ra Rauhangā, se inició en 2001 para estudiar el uso tradicional maorí de la flora autóctona. La finalidad del proyecto es descubrir compuestos bioactivos en plantas tradicionales utilizadas para sanar, tal como determine el anciano tuhoe. Crop and Food Research también participa en el proyecto estudiando las posibilidades de desarrollo de productos naturales que puedan utilizarse para satisfacer las necesidades particulares de los maoríes en materia de salud. De acuerdo con el Dr. Leach, cualquier derecho de propiedad intelectual que se derive de la investigación quedará bajo control y titularidad de los tuhoe, y los beneficios económicos se repartirán entre los asociados.

### Utilización de marcas

<sup>80</sup> [HTTP://www.kimihauora.net.nz](http://www.kimihauora.net.nz).

<sup>81</sup> [HTTP://frst.govt.nz/research/downloads/maoriinn/research\\_involving\\_maori-may04.doc](http://frst.govt.nz/research/downloads/maoriinn/research_involving_maori-may04.doc).

<sup>82</sup> *Ibid.* página 8.

<sup>83</sup> *Ibid.* página 11.

3.68 Tal como se ha señalado previamente, un grupo de destacados artistas maoríes trabajó en colaboración con Te Waka Toi de *Creative NZ* para crear la marca Toi Iho: de fabricación maorí, con el fin de diferenciar sus productos y servicios en el mercado. Un aspecto importante de la creación de esta marca fue que los maoríes tuvieron el control del proceso y gozaron de la garantía de Creative NZ de que la titularidad de los derechos de propiedad intelectual en última instancia se transferirían a los maoríes. La creación de esta marca también se consideró un paso intermedio a la espera de otras opciones que pudieran surgir de la resolución de la demanda Wai 262.

#### Juegos de computadora y conocimientos tradicionales

3.69 Varios empresarios maoríes del área de las tecnologías de la información están trabajando en conceptos para juegos de computadora/*Play Station* en los que intervienen héroes y heroínas maoríes que luchan contra las fuerzas del mal. Estos juegos se basan en conocimientos tradicionales y mitología maoríes y utilizan imágenes, diseños y armamento maoríes inconfundibles.<sup>84</sup> Estos diseñadores de juegos están obligados a asegurar que en el desarrollo de estos juegos y conceptos consultan con los ancianos pertinentes y con otras figuras de autoridad y obtienen su aprobación con relación al uso adecuado de los conocimientos tradicionales. En opinión del autor, sólo porque la persona sea maorí no se exime su responsabilidad de consultar y seguir los protocolos culturales adecuados. En todo caso, la responsabilidad del individuo es incluso mayor debido a la obligación que tiene de fomentar y mantener la integridad de la propia cultura e identidad.

3.70 Invariablemente, las iniciativas que acaban de describirse son situaciones excepcionales en las que las partes han buscado soluciones que satisfagan sus necesidades. Si bien este tipo de flexibilidad para encontrar soluciones que se acomoden a las necesidades particulares tienen mérito, no disminuye la necesidad de un sistema *sui generis* en Nueva Zelanda o de unas normas internacionales que incluyan algunas de las que están elaboradas en los objetivos y principios de la OMPI. Estas iniciativas podrían beneficiarse enormemente de un conjunto de normas y principios internacionales como fundamento de un marco local coherente que permita flexibilidad y creatividad al tiempo que aporte una mayor certidumbre a todas las partes.

#### EJEMPLOS PRÁCTICOS DE APROPIACIÓN Y UTILIZACIÓN INDEBIDAS DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES MAORÍES EN NUEVA ZELANDIA Y EL EXTRANJERO

3.71 Ya se han ofrecido varios ejemplos relativos a la utilización o apropiación indebidas de conocimientos tradicionales maoríes tanto en Nueva Zelanda como a nivel internacional. Entre estos ejemplos cabe citar los siguientes:

- la utilización indebida del *moko* (tatuaje facial) de Tame Iti para promocionar la venta de sistemas domésticos de seguridad;
- la utilización de nombres e imágenes maoríes en juguetes por parte de LEGO;
- la utilización de nombres maoríes como ‘rangatira’ en botas de rugby por parte de *Canterbury of New Zealand*;
- la utilización de nombres e imágenes maoríes por parte de Sony Playstation en un juego PS2, ‘Mark of Kri’;
- la utilización de nombres maoríes como ‘atua’ por parte de una empresa austriaca de esquíes, Fischer Skis;
- la utilización de moko por parte de *Ford Motor Company* en camionetas trucadas;
- la utilización de moko por parte de un restaurante danés para promocionar la venta de “comida de cara”; y
- la utilización de conocimientos tradicionales maoríes para promover la venta de cigarrillos en Israel por parte de *Philip Morris International*.

En la mayoría de estos casos, podría parecer que se produce una apropiación indebida, o al menos un uso inadecuado, de conocimientos tradicionales maoríes. En el caso de palabras como ‘atua’, ‘tohunga’ y ‘rangatira’, es probable que si el usuario hubiese tratado de registrar una marca en Nueva Zelanda utilizando estas palabras tendría que haberse enfrentado a una oposición basándose en que resultan ofensivas para un número importante de maoríes en virtud de las relativamente nuevas disposiciones de la Ley de Marcas de 2002. Esto se afirma en las directrices sobre prácticas del Comité Asesor de Marcas Maoríes con relación al debate sobre marcas antiguas que utilizan palabras e imágenes maoríes para vender productos alimentarios.<sup>85</sup>

“Los maoríes consideran que las palabras “rangatira (jefe)” y “whakairo (tallar)” son *tapu* (sagradas) y que “alimento” o “cigarrillos” son *noa* (de uso libre). Por tanto, la asociación de alimentos con instrumentos de talla en relación con los productos denotados, a saber, “salsa inglesa”, “pepinillos y *chutney*”, “mantequilla”, “cigarrillos” y “cerveza rubia y negra”, puede considerarse culturalmente ofensiva e inadecuada para un número importante de maoríes. Es decir, asociar algo extremadamente *tapu* con algo *noa* supone un intento de romper el *tapu* del rangatira o de la whakairo y, por tanto, resultar ofensivo”.

3.72 El hecho de que en ninguno de los casos anteriores se asocien específicamente las palabras con el uso del alimento es probablemente irrelevante. Puede sostenerse que la utilización de “rangatira” en asociación con botas de rugby, “atua” con esquíes de nieve y “moko” con un camión trucado son ofensivos desde el punto de vista cultural. Por tanto, probablemente tendrían problemas con la nueva prueba de ser “ofensivas para una parte importante de la comunidad, incluida la maorí” de la Ley de Marcas de 2002, en caso de que se solicitara el registro de la marca. El reciente caso de la venta de cigarrillos de Philip Morris International en Israel con la marca *Maori Mix* sin duda se consideraría muy ofensivo por parte de los maoríes así como por una gran parte de la comunidad no maorí en el caso de que se trataran de solicitar derechos de propiedad intelectual en Nueva Zelanda.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> Conocimiento personal del autor. No pueden darse detalles más concretos con el fin de proteger la confidencialidad.

<sup>85</sup> Practice Guidelines – Trade Marks Act 2002: Maori Trade Marks Advisory Committee y Maori Trade Marks.

<sup>86</sup> A principios de diciembre de 2005, los medios de comunicación de Nueva Zelanda informaron de que un turista neozelandés que había estado en Israel trajo un paquete de cigarrillos de Phillip Morris International Inc (PMI) denominado ‘Maori Mix’, en el que se mostraban diseños maoríes y un mapa de Nueva Zelanda. El turista, que quedó sorprendido por este descubrimiento, informó a los medios de comunicación neozelandeses. Investigaciones subsiguientes de los medios de comunicación pusieron de manifiesto que Philip Morris no había tenido en cuenta que podía resultar ofensivo y que su idea era únicamente hacer una breve promoción de los cigarrillos. Una carta escrita en nombre de los demandantes del caso Wai 262 a PMI de fecha 12 diciembre de 2005 en la que se solicitaban disculpas, la retirada del mercado de los cigarrillos y el pago una donación a la coalición maorí sin tabaco, fue respondida a finales de enero de 2006 y se señalaba que PMI no volvería a utilizar la marca motivo de ofensa y expresando su arrepentimiento por cualquier posible ofensa. No se hacía ninguna referencia a la sugerencia de una *koha* (donación). (Fuentes: comentarios personales de un periodista de TVNZ, noticias de los medios informativos y correspondencia con PMI).

3.73 El hecho de que las empresas involucradas en los ejemplos anteriores no trataran de registrar una marca no mengua el grado de ofensa producido. A este respecto, las disposiciones de la OMPI pueden ofrecer una mayor protección frente a la apropiación indebida y al uso inadecuado desde el punto de vista cultural, con independencia de si el usuario solicita o no derechos oficiales de propiedad intelectual.

3.74 Existen otros casos en los que el uso de conocimientos tradicionales y palabras maoríes en particular puede ser más ambiguo. Así, por ejemplo, el creciente uso de nombres maoríes por parte de productores de vino neozelandeses. De acuerdo con la información facilitada por la Oficina de Propiedad Intelectual de Nueva Zelandia, entre los tipos cosas que probablemente son en general motivo de ofensa se encuentran los siguientes:<sup>87</sup>

“nombres o imágenes de *atua* (seres sobrenaturales) o *tupuna* (ancestros); o

una asociación con *wahi tapu*, un lugar sagrado para los maoríes en el sentido tradicional, espiritual, religioso, ritual o mitológico; o

un elemento que los *whānau* (grupos familiares), las hapū o las iwi consideren que tiene *mana* (fuerza sobrenatural);

- con relación al alcohol, las tecnologías genéticas, los cigarrillos y algunos productos como recipientes de alimentos y artículos utilizados con la comida.

3.75 Partiendo de estas directrices, puede suponerse que la promoción y venta por parte de una empresa neozelandesa<sup>88</sup> de algunos productos de baño con nombres y diseños maoríes como jabón ‘Adze (Toki)’ y ‘jabón Koru’ recaería en la categoría de ofensiva en el caso de que en algún momento se solicitase el registro de la marca. Esto se debe a que asociar ‘toki’ y ‘koru’, ambos con elementos relacionados con el concepto de tapu, con productos de limpieza (noa) probablemente resultaría ofensivo para muchos maoríes.

3.76 Otro ejemplo menos claro es el de *Kapiti Cheeses Limited*, que ha creado un nuevo queso conocido como ‘Hipi Iti’, que significa “pequeña oveja” en maorí. La marca de este queso se ha creado en respuesta a las acciones por parte de empresas europeas fabricantes de queso para reclamar derechos de propiedad intelectual sobre sus marcas tradicionales como el caso del queso “parmesano”, que recibe su nombre de la zona de Parma en Italia.

3.77 En este ejemplo, en el que se crean nuevas palabras o se combinan con palabras antiguas, la cuestión de la apropiación indebida se torna más compleja. Esto se enturbia aún más por el hecho de que la palabra “hipi” es una transliteración de la palabra “oveja”, que no es una palabra tradicional maorí. Sin embargo, en opinión del autor, cuando se utiliza cualquier palabra o expresión nueva o antigua maorí para poner una marca a un producto comercial, debe examinarse el contexto en que se emplean y crean esas palabras, debido a que puede ser motivo de ofensa inadvertidamente. Esto es así cuando se utilizan palabras o expresiones aisladamente o en combinación con palabras nuevas o antiguas maoríes. El asesoramiento sobre el uso adecuado o inadecuado de *kupu* (palabras) maoríes en asociación con productos comerciales podría ser una función que asuma un organismo maorí especializado creado como parte de cualquier “marco *tikanga*”.

3.78 Ahora bien, cualquier nuevo organismo o agencia sobre conocimientos tradicionales maoríes deberá establecerse como organismo autónomo controlado y dirigido por maoríes. Además, deberá contar con un mandato suficientemente amplio como para ocuparse de cuestiones relacionadas con el uso y la apropiación indebida de conocimientos tradicionales, aparte de cualquier otro proceso oficial de solicitud de derechos de propiedad intelectual. Por ejemplo, cada vez hay una mayor oferta de productos de inspiración maorí que se venden en las tiendas de “todo a 2 dólares”, entre los que se encuentran esterillas y tablas de cortar que lucen nombres y motivos maoríes como “Tane Mahuta: Señor del bosque” y “Rongomaitane: Mantenedor de la paz”, así como platos y copas que llevan dibujos *kowhaiwhai*. Esto resulta ofensivo para muchos maoríes, puesto que mezclan elementos tapu y noa. Esto mismo se aplica la creciente utilización de “haka” (danzas) y “moko” (tatuajes) para promover la venta de productos y servicios comerciales, que también utilizan estrellas del deporte y cantantes pop.<sup>89</sup> Estas actividades deben estar oficialmente vigiladas por este organismo y han de emprenderse acciones tanto para promover la educación como para regular este sector.

#### 4. ¿En qué medida pueden los principios o los objetivos políticos contribuir a una protección efectiva de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales?

##### LIMITACIONES DEL ENFOQUE

4.1 Antes de abordar la medida en que los principios y objetivos actuales pueden contribuir a un marco efectivo de protección, propongo examinar en primer lugar algunas limitaciones de las propuestas.

4.2 La crítica principal a los objetivos y principios de la OMPI es que interpretan y limitan la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales en su totalidad en un marco basado en la propiedad intelectual.<sup>90</sup> En este sentido, los objetivos y principios no conciernen tanto a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales en sí mismas como al lugar donde confluyen los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales con la propiedad intelectual. Esta limitación en el planteamiento está reconocido por la Secretaría:

<sup>87</sup> Comunicación personal de Simon Gallagher, de la IPONZ, 12 de enero de 2006.

<sup>88</sup> Sitio web de ‘*Bath Culture New Zealand*’, <http://www.bathculture.com/pages/Detailed/9.html>

<sup>89</sup> Entre los ejemplos cabe destacar: el corredor internacional de coches David Clinger se tatuó la cara en forma de máscara de guerra tradicional maorí ([www.cyclingnews.com/feature/?id=2005/webcorclinger](http://www.cyclingnews.com/feature/?id=2005/webcorclinger)) - Su patrocinador le ordenó quitárselo; la haka de las ‘Spice Girls’; tatuajes de Robbie Williams y Mike Tyson de inspiración maorí; y la utilización por parte de BBC One de la haka ‘Ka Mate’ representada por un maorí y 14 jugadores de rugby galeses para promocionar un canal nuevo de televisión en Gran Bretaña ([http://thetvroom.com/p-bbc-one-2002\\_a.shtml](http://thetvroom.com/p-bbc-one-2002_a.shtml))

<sup>90</sup> Véase, por ejemplo, el debate sobre la *Naturaleza de la protección* en el documento 8/4, párrafos 15, 16 y 17. Véase también el informe sobre las misiones exploratorias de la OMPI (*FFM Report*) página 25, “la descripción de la OMPI de la materia refleja de forma natural su interés en la propiedad intelectual. Las actividades de OMPI atañen a la posible protección de conocimientos tradicionales que son “propiedad intelectual” en su sentido general, tal como se describe en la definición de “propiedad intelectual”. La definición de “propiedad intelectual” a que se refiere esta cita es la definición que recoge el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 1967, Artículo 2.viii).

“...Hasta ahora, gran parte de la labor y la documentación de base del Comité se ha centrado en la protección jurídica de las 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)”.<sup>91</sup>

4.3 Tal como se ha indicado previamente, el sistema de derechos de propiedad intelectual en su forma actual no resulta adecuado para proteger los conocimientos tradicionales en su contexto más general, particularmente en lo tocante a la relación entre los pueblos indígenas y los recursos biológicos. Como ha señalado El Dr. Darrell Posey:<sup>92</sup>

“Los derechos de propiedad intelectual resultan inadecuados para proteger los conocimientos ecológicos tradicionales y la comunidad de recursos, ya que:

*reconocen derechos individuales, y no colectivos;*

*requieren un acto específico de invención;*

*simplifican los regímenes de titularidad;*

*estimulan la comercialización [que no siempre tiene que ser algo negativo];*

*reconocen solamente los valores del mercado;*

*están sujetos a los poderes económicos y a la manipulación;*

*son difíciles de vigilar y hacer cumplir;*

*son caros, complicados y consumen mucho tiempo.”*

A esta lista podría añadirse la duración limitada de los derechos de propiedad intelectual, que no sintoniza con el carácter intergeneracional y holístico de los puntos de vista de los pueblos indígenas sobre el mundo. Estos puntos de vista son coherentes con los de muchos estados naciones, en particular de los denominados "países en desarrollo" como la India, el Brasil, y los estados africanos que asisten a las reuniones del Comité Intergubernamental.<sup>93</sup>

4.4 No obstante, los documentos de la OMPI dejan abierta, a discreción del Comité Intergubernamental, la posibilidad de ampliar el ámbito de la protección que se ofrece. Por esta razón, yo diría que esta labor debe considerarse complementaria a otras formas de protección, promoción y salvaguardia de los conocimientos tradicionales, como el refuerzo de las leyes y prácticas consuetudinarias, la creación de sistemas de protección *sui generis* y la elaboración de códigos de prácticas y otros mecanismos jurídicos y no jurídicos destinados a proteger los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual de los pueblos indígenas.

4.5 Ahora bien, como consecuencia de este planteamiento limitado, los conocimientos tradicionales están siendo examinados en gran medida con independencia de las relaciones holísticas que los pueblos indígenas mantienen con su entorno físico y espiritual. Como sostiene la tradición maorí, los maoríes descienden de Tane Mahuta, el Dios de los Bosques, de Tangaroa, el Dios de los Océanos, de Ranginui, el Padre del Cielo y de Papatuanuku, la Madre Tierra, y así sucesivamente. Por tanto, todos los conocimientos tradicionales están inextricablemente ligados a su relación con el mundo natural, que a su vez está determinada y definida por la whakapapa. Los documentos de la OMPI se centran en los aspectos de "actividad intelectual" de los conocimientos tradicionales, por lo que tendrán en cuenta los conocimientos vinculados a la biodiversidad y los conocimientos medicinales. Sin embargo, excluyen de su ámbito las diferentes reivindicaciones de propiedad/*kaitiaki* (custodia) que los maoríes y otros pueblos indígenas hacen con relación a sus tierras y territorios tradicionales y a otros recursos naturales. En efecto, los documentos de la OMPI refuerzan la idea, que por primera vez se expresó en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (Artículo 15), de que la soberanía sobre los recursos genéticos residen en los estados naciones.<sup>94</sup> Así pues, desde la perspectiva maorí (y desde la perspectiva de los pueblos indígenas general), los documentos de la OMPI quedan lejos de lo que considerarían necesario para proporcionar una protección completa e integral de los conocimientos tradicionales.

4.6 El hecho de centrarse solamente en los aspectos intelectuales de los conocimientos tradicionales significa que cuestiones importantes como la repatriación de restos mortales, la protección de las lenguas indígenas en general y otras cuestiones relativas a la protección del patrimonio cultural (por ejemplo, los lugares sagrados, etc.) quedan "excluidos de esta descripción de los conocimientos tradicionales".<sup>95</sup>

4.7 Cuestiones como la libre determinación y el control de los propios asuntos también tienen una importancia fundamental para los maoríes a la hora de hacer cualquier reflexión sobre la protección de los conocimientos tradicionales. Esto ha quedado muy claro a través de las declaraciones de los testigos en el caso Wai 262.<sup>96</sup> Salvo que los maoríes dispongan de un grado razonable de control (libre de una influencia excesiva por parte del gobierno), cualquier protección, tal como pueda establecerse, podría considerarse como gravemente

<sup>91</sup> *Ibid.* pág. 6, párrafo 17.

<sup>92</sup> Posey, D.A. Capítulo 1, 'Introduction: Culture and Nature-The Inextricable Link' en "Cultural and Spiritual Values of Biodiversity". 1999, página 12. *A Complimentary Contribution to the Global Biodiversity Assessment*. 1999. Editado por Darrell Addison Posey.

<sup>93</sup> Por ejemplo, en una declaración escrita de la India presentada en la séptima reunión del Comité Intergubernamental en noviembre de 2004, la India manifiesta que "pensamos que los conocimientos tradicionales, los recursos genéticos y el folclore están estrechamente interrelacionados. Es necesario abordar todos los aspectos de la propiedad intelectual relativos a los conocimientos tradicionales, los recursos genéticos y el folclore de forma integral".

<sup>94</sup> Documento 8/5 "Principio de concordancia con los sistemas jurídicos vigentes aplicables al acceso a los recursos genéticos conexos", "La facultad de otorgar acceso a los recursos genéticos, estén o no vinculados a conocimientos tradicionales, corresponde a los gobiernos nacionales y está sujeta a la legislación nacional." (Anexo, pág. 10)

<sup>95</sup> Informe de la OMPI de las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999) *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders* p 25.

<sup>96</sup> Véase, por ejemplo, las declaraciones de Saana Murray, Catherine Davis y Hori Parata en las vistas de actualización de las declaraciones del caso Wai 262 en Tai Tokerau, Te Puea Marae, Mangare, Auckland, 21-23 de agosto de 2006.

deficiente. Como requisito mínimo, el principio de *rangatiratanga* (soberanía), tal como describe el Tribunal de Waitangi, contempla el control maorí sobre los recursos maoríes. Si bien los documentos de la OMPI avanzan un cierto trecho en el reconocimiento de los derechos de las comunidades tradicionales y de los titulares de conocimientos tradicionales,<sup>97</sup> quedan lejos de reconocer que los pueblos indígenas son los *titulares* de sus propios conocimientos tradicionales. Por ejemplo, el *Principio de reconocimiento de los derechos* reconoce que:

“Deben reconocerse los derechos de los titulares de conocimientos tradicionales a la protección eficaz de sus conocimientos contra la apropiación indebida”.<sup>98</sup>

Desde el punto de vista maorí, este principio (o cualquier principio o principios complementarios) podría mejorarse mediante el reconocimiento de que los titulares de conocimientos tradicionales en sus comunidades respectivas son los titulares o custodios de sus propios conocimientos..

4.8 Además, la utilización de una redacción discrecional como “*deben reflejarse las verdaderas aspiraciones, expectativas y necesidades de los titulares de conocimientos tradicionales*” y “*en lo posible y cuando resulte apropiado*”, como sucede en el *Principio de receptividad a las necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales*,<sup>99</sup> da la capacidad a las instancias decisorias (invariablemente organismos no indígenas) de aplicar literalmente o con una interpretación minimalista estas disposiciones. Los problemas causados por este tipo de redacción se han planteado en las reuniones del Comité Intergubernamental desde el inicio de las misiones exploratorias de la OMPI en 1998. Los pueblos indígenas han defendido firmemente durante estas reuniones un enfoque integral respecto de la protección de sus conocimientos tradicionales, aunque estas intervenciones no han sido tenidas en cuenta en gran medida.

## MÉRITOS DE LOS PRINCIPIOS Y OBJETIVOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

4.9 A pesar de las limitaciones descritas anteriormente, a continuación sigue un examen de la medida en que los objetivos de la OMPI podrían contribuir a la creación de medidas de protección más efectivas para los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales.

4.10 El punto de partida para este examen es el del pragmatismo. Actualmente, en Nueva Zelanda, existen unos instrumentos mínimos para proteger los conocimientos tradicionales que no sean los instrumentos habituales de propiedad intelectual como el derecho de autor y las marcas. También hay escasez de instrumentos como códigos éticos o directrices. La preferencia expresada por algunos maoríes en lo tocante a la creación de un sistema de protección es la de empezar desde los principios y elaborar un marco ascendente basado en las *tikanga* maoríes. En el Apéndice 2 se adjunta la propuesta de un esquema de este marco de las *tikanga* maoríes.

4.11 Otras iniciativas, como la adopción propuesta por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2006 del proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas (que establece un marco exhaustivo para los pueblos indígenas que comprende la afirmación de su derecho a la libre determinación y a la propiedad y control de sus recursos, incluidos sus derechos culturales y de propiedad intelectual), todavía siguen siendo objeto de oposición por parte de varios estados, entre los que se encuentran Nueva Zelanda, Australia, los Estados Unidos de América y el Canadá.

4.12 Entretanto, los conocimientos tradicionales maoríes siguen siendo objeto de apropiación indebida a una escala alarmante. Por estas razones, el autor considera que los objetivos y principios actuales de la OMPI, enmendados y pulidos adecuadamente, pueden ofrecer una base cabal para contribuir al establecimiento de una forma limitada de protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, si bien en un marco limitado de propiedad intelectual. No obstante, como ha indicado la Secretaría de la OMPI, el alcance de la protección puede ampliarse en caso de que así lo desee el Comité Intergubernamental.<sup>100</sup>

## CASO PRÁCTICO: EL MOKO DE TAME ITI

4.13 Con el fin de ilustrar el grado en que los objetivos y principios de la OMPI pueden ofrecer una mejor protección a los conocimientos tradicionales maoríes, he puesto a prueba su aplicación práctica ante un ejemplo reciente de presunta apropiación indebida.

4.14 A mediados de 2005, los medios de comunicación informaron de que una revista británica en la que figuraba un anuncio de sistemas de seguridad para el hogar utilizaba una fotografía del conocido activista de derechos maoríes, Tame Iti, con un moko facial completo y una *taiaha* (arma tradicional) en una pose desafiante, con las palabras “¿cómo advertir a los intrusos?” acompañando a la imagen. Tame Iti informó de que se había sentido ofendido por el anuncio debido principalmente que no se le había consultado sobre la utilización de esta imagen en este contexto. Desde el punto de vista jurídico, podría haber iniciado un pleito por infracción de derecho de autor, ya que su moko podría cumplir los requisitos de obra sujeta a derecho de autor, y cualquier uso no autorizado de ella podría constituir una infracción del derecho de autor.<sup>101</sup> También podría haber llegado a buen fin si hubiera optado por iniciar una impugnación jurídica, aunque los costos de esto serían un factor determinante a tener en cuenta.

4.15 De acuerdo con las disposiciones de la OMPI, tal como están redactadas actualmente, el moko facial de Tame Iti probablemente cumpliría los requisitos de expresión cultural tradicional, ya que las pinturas corporales son objeto de protección en virtud del Artículo 1 del documento 8/4.<sup>102</sup> El moko es objeto de una actividad intelectual creativa y la persona tiene derecho a beneficiarse de dicha protección siempre y cuando la expresión creativa sea “*característica de la identidad cultural y social de una comunidad, así como de su patrimonio*, y

<sup>97</sup> Documento 8/5, Anexo, p. 3.iii), v) y vi). Véanse también los comentarios sobre los principios rectores generales, Anexo, p 9 a) y b).

<sup>98</sup> Documento 8/5, Anexo, p 9 b).

<sup>99</sup> Documento 8/5, Anexo, p 9 a).

<sup>100</sup> Documento 8/4, p 5, párrafo 17.

<sup>101</sup> Comentarios del abogado de propiedad intelectual, Simon Fogarty, de *AJ Park and Son*, aparecidos en el *NZPA Herald*, [http://media.apn.co.nz/webcontent/image/jpg/ACFPEAY\\_aGjx.JPG](http://media.apn.co.nz/webcontent/image/jpg/ACFPEAY_aGjx.JPG)

<sup>102</sup> Debe explicarse más la expresión “pintura corporal” o de lo contrario elegirse otra expresión que incluya explícitamente “moko” o “dibujos corporales/tatuajes” para evitar confusiones respecto de si se trata o no de una forma de “pintura corporal” o de “*piercing* corporal”, etc.

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Apéndice, página 20

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".<sup>103</sup>

4.16 El moko de Tame Iti probablemente reuniría los requisitos de protección debido a que representa un símbolo de su personalidad e identidad cultural, tribal e individual. También podría invocar el objetivo político de promover el respeto de los sistemas de conocimientos tradicionales, así como de "la dignidad, la integridad cultural y los valores intelectuales y espirituales de los titulares de conocimientos tradicionales que preservan y mantienen esos sistemas".<sup>104</sup>

4.17 Lo que es más importante, Tame Iti podría invocar el Objetivo 1.iv) del documento 8/4<sup>105</sup> para impedir la apropiación indebida de expresiones culturales tradicionales. La finalidad de este objetivo es:

*"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".*

4.18 Puede decirse que la revista inglesa que utilizó la imagen de Tame Iti sin su consentimiento se apropió indebidamente de su moko facial tradicional (una forma única de diseño cultural) con una finalidad que va más allá de su contexto tradicional. Además, al hacer esto sin su consentimiento y con el propósito de fomentar la venta de sus sistemas de seguridad, esperaban obtener beneficios comerciales. No existe ninguna indicación de que estos beneficios fueran a compartirse con el Sr. Iti.

4.19 Según Tame Iti, había acordado unos años antes que esta imagen fotográfica en concreto podía utilizarse en un libro sobre moko.<sup>106</sup> Ahora bien, no había acordado o consentido su uso posterior por parte de la revista que anunciaba sistemas de seguridad, que le pareció ofensivo. La principal preocupación del Sr. Iti parecía ser la de que no se le hubiera consultado.

4.20 Probablemente, el fotógrafo original a quien el Sr. Iti concedió el uso de su imagen dio o vendió la fotografía a la revista y, al hacer esto, de acuerdo con el Sr. Iti, incumplió su obligación de no utilizar la imagen más allá de la finalidad para la que había sido autorizado. Es decir, para su uso en la publicación sobre *ta moko*.

4.21 Este caso es un ejemplo interesante de encuentro entre los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. En virtud de la legislación habitual sobre propiedad intelectual así como de cualquier nuevo mecanismo basado en los objetivos y principios de la OMPI, se disponen de posibles recursos. En circunstancias normales, el fotógrafo sería el titular de los derechos de autor. Sin embargo, puede decirse que el Sr. Iti mantiene el derecho de autor sobre el moko como obra sujeta a derecho de autor y que por tanto tenía el control del uso de la imagen fotográfica con otros fines distintos de los que había autorizado expresamente. Por tanto Tame Iti, podía iniciar una demanda legal tanto contra el fotógrafo como contra la revista inglesa por infracción de sus derechos de autor sobre la imagen de su moko.

4.22 Este ejemplo, puede parecer, al menos desde la perspectiva de los objetivos y principios de la OMPI, que ofrece una forma de protección más clara y posiblemente menos cara contra el uso y la apropiación indebidas.<sup>107</sup> Ahora bien, salvo que ese diseño moko en particular estuviera registrado o hubiera sido notificado en virtud del Artículo 7 (documento 8/4), el Sr. Iti tendría que recurrir al Artículo 3.b) para lograr la protección como forma de expresión cultural tradicional no registrada. Estas disposiciones parecen ampliar la protección de expresiones culturales tradicionales no registradas a la "comunidad pertinente" frente al individuo. Esto se ve reforzado por la discusión de los antecedentes del Artículo 2, que hace hincapié en la protección de la "comunidad cultural" frente al individuo.<sup>108</sup> No obstante, una expresión cultural tradicional de un individuo puede protegerse:

*"siempre que sea característica de la identidad cultural y social de una comunidad, así como de su patrimonio, y que fuera creada por el individuo que tiene el derecho o la responsabilidad de hacerlo de conformidad con las leyes y las prácticas consuetudinarias de esa comunidad". (documento 8/4 Artículo 1, Anexo, página 13).*

4.23 De lo contrario, la comunidad tribal del Sr. Iti tendría que emprender una acción judicial para garantizar que sus derechos están protegidos adecuadamente, aunque en este caso parecería pesado e innecesario.

4.24 Suponiendo que los derechos individuales del Sr. Iti estuviesen protegidos en virtud del Artículo 3, podría apelar a las referencias recogidas en los puntos ii) y iii) (documento 8/4, Anexo, página 20) con relación a que el uso indebido de esta imagen sería bien una "distorsión", bien un "atentado", una aseveración falsa, engañosa o confusa y, en este caso, como se relaciona con la venta de servicios comerciales, el Sr. Iti podría detener el uso de la imagen por parte de la empresa o emprender un procedimiento civil o penal.

4.25 Por otro lado, el Artículo 3.b)iv) le permitiría solicitar una remuneración equitativa o la participación en cualquier beneficio comercial que la empresa de seguridad hubiera obtenido de la utilización de su imagen para promocionar la venta del producto. Estos beneficios habrían de estar determinados por el "Organismo" que contempla el Artículo 4 del documento 8/4. No obstante, este organismo no es obligatorio y queda en manos de la comunidad local decidir si este organismo es necesario o no.

4.26 Este caso práctico ilustra una tensión interesante entre la presunta apropiación indebida de conocimientos tradicionales, por un lado, y la disposición a obtener beneficios comerciales, por otro. Estas dos situaciones posibles no son necesariamente excluyentes. Cuando haya de trazarse la línea en una situación concreta a veces ésta será muy delgada y recaerá bajo el juicio de la comunidad pertinente o de los individuos afectados. Cuando lo que está en juego es la integridad moral y cultural de una comunidad (o de un individuo) debido a la forma en que un tercero está utilizando los conocimientos tradicionales, no es probable que se permitan el uso o la utilización comercial. Puede que

<sup>103</sup> WIPO/GRTKF/IC/8/4, Anexo pág. 13.

<sup>104</sup> Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/8/5, Anexo pág. 3, (ii) y el documento WIPO/GRTKF/IC/8/4, Anexo pág. 3, (ii).

<sup>105</sup> WIPO/GRTKF/IC/8/4.

<sup>106</sup> Entrevista con Tame Iti en *Mana News*, viernes 25 de noviembre de 2005.

<sup>107</sup> No obstante, el grado de protección dependerá en gran medida de la forma y el carácter vinculante desde el punto de vista jurídico de los principios y objetivos, tal como se adopten finalmente a nivel internacional y se apliquen a nivel nacional en Nueva Zelandia y en otros estados.

<sup>108</sup> WIPO/GRTKF/IC/8/4 Artículo 2, Anexo página 17.

no siempre sea este el caso, y no parece que sea intención de los objetivos y principios prescribir como habrán de hacerse estos juicios. Esto son cuestiones que con buen criterio se dejan al juicio moral de las comunidades y de los individuos afectados.

#### RESUMEN DE LA MEDIDA EN QUE LAS PROPUESTAS PUEDEN CONTRIBUIR A UNA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES

- 4.27 Algunos aspectos *positivos* fundamentales de los objetivos y principios son los siguientes:
- colman un vacío que existe actualmente a nivel internacional con relación a la protección de los conocimientos tradicionales;
  - un instrumento o régimen internacional sensibilizaría en gran medida a los usuarios actuales y a los posibles usuarios y abusadores de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales;
  - proporcionan un marco internacional en el que los pueblos indígenas pueden impedir o detener de mejor manera la apropiación y uso indebidos de sus conocimientos tradicionales sin tener que acudir necesariamente a costosas medidas de observancia y a otras medidas jurídicas. Dicho de otro modo, el mero hecho de que exista un instrumento internacional de cierto tipo puede ser, en sí mismo, un poderoso elemento disuasorio contra el uso indebido de conocimientos tradicionales;
  - ofrecen flexibilidad que permite a los países adoptar y adaptar aspectos del régimen que se adecuen mejor a sus propias circunstancias nacionales. Para Aotearoa Nueva Zelanda, esto es importante con vistas a garantizar que cuestiones como el Tratado de Waitangi y las conclusiones finales del Tribunal de Waitangi sobre el caso Wai 262 pueden articularse en cualquier marco local de protección;
  - la protección no depende necesariamente del registro previo de los conocimientos tradicionales o de las expresiones culturales tradicionales, lo que permite aliviar una preocupación fundamental de muchos pueblos indígenas con relación al registro de sus conocimientos en bases de datos, que puede facilitar un mayor acceso público a esos conocimientos. Sin embargo, esta opción está disponible para los pueblos indígenas si, en las circunstancias adecuadas, puede controlarse efectivamente el acceso público. Por ejemplo, mediante el uso de "archivos mudos", a cuya información sólo tienen acceso los propios titulares de los conocimientos u organismos debidamente autorizados con la finalidad de evaluar si es probable que se produzca o no una apropiación indebida;
  - al tratar de impedir la apropiación indebida de conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales, en lugar de crear nuevos derechos de propiedad sobre los conocimientos tradicionales, los objetivos y principios abordan una preocupación fundamental de muchos pueblos indígenas en el sentido de que sus conocimientos no deben convertirse en objetos de comercio. Sin embargo, algunos pueblos indígenas (incluido el maorí) pueden, por las razones que sean, tratar de favorecer un enfoque basado en los derechos de propiedad. Esta opción está abierta los individuos y los grupos en virtud de los objetivos y principios actuales. Este aspecto se examinará con mayor detenimiento más adelante en este documento.
- 4.28 Algunos de los aspectos *negativos* fundamentales de los objetivos y principios de la OMPI son los siguientes:
- se basan exclusivamente en un marco de protección jurídica de la propiedad intelectual;
  - la cuestión de la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales que forman parte del dominio público sigue siendo problemática;
  - para ser verdaderamente "efectivas" desde el punto de vista maorí (y en general de los pueblos indígenas), es preciso que cualquier régimen contenga un elemento de libre determinación más robusto con el fin de garantizar que los pueblos indígenas disponen de un control y titularidad más claros sobre sus propios conocimientos tradicionales;<sup>109</sup>
  - los documentos mantienen la situación actual con relación al reconocimiento de que los estados naciones tienen la soberanía de sus recursos biológicos.<sup>110</sup> Desde el punto de vista de los pueblos indígenas, esto sigue siendo un problema importante debido a que muchos pueblos indígenas, si no todos, reivindican su propiedad sobre las tierras, los recursos hidrológicos y otros recursos naturales que se encuentran dentro de sus territorios tradicionales;
  - la forma fragmentada en que el Comité Intergubernamental está tratando los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales en procesos e independientes aunque paralelos;
  - no reflejan o incorporan adecuadamente las normas internacionales sobre derechos humanos y las leyes consuetudinarias que están reconociendo cada vez más los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y otros recursos, su cultura, patrimonio, conocimientos tradicionales y el derecho a la libre determinación (por ejemplo, como se establece en el proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas).

#### ¿UN ÚNICO DOCUMENTO?

4.29 El autor considera que sería más fácil manejar un único documento sobre conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales que dos documentos independientes como se propone actualmente. Existen muchas cuestiones comunes y repeticiones entre los dos documentos, y tiene más sentido utilizar solamente un único documento. Cuando se produzcan diferencias importantes, éstas podrán señalarse claramente en el texto del documento o, por ejemplo, las expresiones culturales tradicionales adjuntarse como anexo independiente. También evitaría conflictos involuntarios y falta de coherencia en el lenguaje de los dos textos independientes.

#### 5. ¿Hay que proporcionar puntos de vista en lo que respecta a centrarse en la apropiación y utilización indebidas (y las acciones de terceras partes) sin requerir el ejercicio de nuevos derechos de propiedad sobre los conocimientos tradicionales, pero dejando esta opción, si así lo desean, a los titulares de conocimientos tradicionales?

5.1 Dado el carácter colectivo e intergeneracional de los conocimientos tradicionales y las preocupaciones expresadas por muchos maoríes (y otros pueblos indígenas) sobre la privatización y conversión en objetos de comercio de los conocimientos tradicionales, centrarse en la apropiación y el uso indebidos, sin requerir el ejercicio de nuevos derechos de propiedad parece ir en el camino adecuado. Para los titulares de conocimientos tradicionales que deseen utilizar los instrumentos existentes de propiedad intelectual (o crear un nuevo conjunto

<sup>109</sup> Véase, por ejemplo, el informe sobre las misiones exploratorias (en el Pacífico Sur), páginas 76 y 77, donde se señala que durante un debate celebrado en Australia se dijo que los conocimientos tradicionales deben entenderse y abordarse en el contexto de las necesidades de los pueblos indígenas en otros ámbitos, como el de la libre determinación, la sanidad, la justicia y el patrimonio cultural. Dicho de otro modo, algunos informantes señalaron que las necesidades de los titulares de conocimientos tradicionales en materia de propiedad intelectual no pueden abordarse aisladamente del resto de sus necesidades.

<sup>110</sup> WIPO/GRTKF/IC/8/5, Anexo, página 10 "Principio de concordancia con los sistemas jurídicos vigentes aplicables al acceso a los recursos genéticos conexos"

de derechos de propiedad) esta opción permanece abierta, como por ejemplo en el caso de la marca Toi Iho y el Kimi Hauora Trust (que tiene capacidad de solicitar protección mediante patentes).<sup>111</sup>

5.2 Por otro lado, hay algunos grupos maoríes y de otros pueblos indígenas que se mantienen escépticos respecto al uso y adaptación de los instrumentos de propiedad intelectual como una forma de proteger los conocimientos tradicionales.

5.3 Asimismo, algunos de los demandantes del caso Wai 262 han expresado su preocupación sobre la capacidad del sistema de propiedad intelectual de proporcionar una protección adecuada. Por otro lado, algunos analistas (incluido el autor) han señalado que hay determinados aspectos del sistema de propiedad intelectual que podrían adaptarse para crear un sistema *sui generis* para proteger aspectos de los conocimientos tradicionales,<sup>112</sup> pero que cualquier nuevo marco de protección debe tener como base fundamental los valores y principios de las tikanga maoríes.

5.4 Si los objetivos y principios de la OMPI hubieran estado vigentes en el momento de la utilización indebida de conocimientos tradicionales por parte de Ford Motor Company, Fischer, Sony Playstation y otros casos mencionados anteriormente, muy probablemente las objeciones maoríes a dicho uso indebido habrían tenido más éxito. En los casos citados, no se había tratado de registrar derechos de propiedad intelectual, por lo que no se podían hacer objeciones basándose en la infracción de los derechos morales o de otros derechos estrictamente jurídicos. Sin embargo, en virtud del Artículo 3 (documento WIPO/GRTKF/IC/8/4), el peso estaría en la reivindicación, no sólo de establecer que las palabras y nombres (como en los ejemplos de LEGO y de Canterbury of New Zealand) desacreditan u ofenden a la comunidad en cuestión o sugieren una falsa conexión con ésta, o desprestigian a la comunidad, sino de demostrar que esas palabras se han registrado o notificado de acuerdo con el Artículo 7.

5.5 Por otro lado, en el caso de que no se haya producido el registro o la notificación, los demandantes tendrían que demostrar que el uso había supuesto una “*deformación, mutilación o acto despectivo*” con relación a las expresiones culturales tradicionales o que se había producido una aseveración falsa, engañosa o confusa en relación con los bienes o servicios que hagan referencia a las expresiones culturales tradicionales de una comunidad.<sup>113</sup>

5.6 Con relación al uso de palabras específicas como “tohunga” (Bionicle), “rangatira” y “moko” (Canterbury) y “Atua” (Fischer Skis) es probable que los demandantes maoríes pudieran mostrar que el uso resultaba ofensivo (de acuerdo con el punto b) del Artículo 3 que las palabras no estuvieran registradas o hubieran sido notificadas) debido a que estas palabras o nombres pueden revestir particular importancia cultural (y espiritual) para la población maorí.

5.8 Quizá el beneficio principal de un marco internacional se derive de su utilidad como herramienta de educación y posible elemento disuasorio para posibles piratas de conocimientos tradicionales. Por lo que el autor sabe, varias de las empresas que han utilizado nombres y diseños tradicionales en sus productos lo han hecho sin ser conscientes de haber provocado una ofensa (por ejemplo, LEGO, Sony Playstation, Ford Motor Company).<sup>114</sup> Canterbury of New Zealand ha tratado por todos medios de seguir un procedimiento para obtener permiso, si bien en el momento no había establecido ningún procedimiento sistemático. En el caso de Ford, han contratado el asesoramiento de un maorí que vive en los Estados Unidos de América para que les aconseje sobre aspectos del moko y de su importancia en la cultura maorí. La mera existencia de un marco internacional de protección de los conocimientos tradicionales ante el uso y la apropiación indebidas no sólo aumentará la protección, sino que actuará de catalizador para establecer relaciones entre los pueblos indígenas y terceros que deseen obtener acceso a sus conocimientos con fines comerciales.

5.9 En conclusión, centrarse en impedir la apropiación indebida sin necesidad de crear (pero dando la flexibilidad para crear) nuevos derechos de propiedad sobre los conocimientos tradicionales parece ser un enfoque práctico y equilibrado ante una situación compleja.

## **6. Existen principios especialmente importantes? ¿Cuáles son y por qué son especialmente importantes? ¿Pueden introducirse mejoras o cambios? ¿Cuáles?**

6.1 Como cabría prever, entre los objetivos políticos de los documentos 8/4 y 8/5 se produce un considerable solapamiento y repetición. Ahora bien, también hay casos en que los objetivos parecen ser los mismos pero la redacción es diferente. En general, todos los objetivos de los dos documentos parecen ser pertinentes e importantes. En la exposición que sigue a continuación, se tratan de destacar las áreas en que pueden robustecerse y determinar y reconciliar las incoherencias que existen entre los dos documentos.

6.2 Los desfases y las propuestas de objetivos políticos y principios adicionales se exponen en los epígrafes subsiguientes.  
[WIPO/GRTKF/IC/8/5: *Objetivos políticos*]

### **RECONOCER EL VALOR Y PROMOVER EL RESPETO**

6.3 Estos dos objetivos políticos son particularmente importantes porque reconocen la naturaleza holística y el valor intrínseco de los conocimientos tradicionales, así como su valor científico equivalente al de otros sistemas de conocimiento. El Objetivo ii) reconoce la contribución que han hecho los conocimientos tradicionales a la conservación del medio ambiente, la seguridad alimentaria y la ciencia y la tecnología en general. Este reconocimiento es importante como medio de superar la antigua idea de que los conocimientos tradicionales y los titulares de los conocimientos tradicionales son de algún modo inferiores a la ciencia moderna y a los científicos. Reconocer el valor de los conocimientos tradicionales no sólo para las comunidades tradicionales sino para la humanidad en general supondrá un paso adelante hacia una mejor comprensión y aceptación de su pertinencia e importancia en un mundo cada vez más centrado en las nuevas tecnologías y el materialismo.

---

<sup>111</sup> Informe sobre las misiones exploratorias, página 76. Según este informe, el Kimi Hauora Trust y sus asociados en la operación conjunta pretenden patentar cualquier derecho obtenido del proceso de identificación del gen mutante y cualquier beneficio económico derivado de la patente ira destinado a posteriores investigaciones.

<sup>112</sup> M. Solomon, ‘*Who Owns Traditional Knowledge*’, documento (que en breve será publicado) presentado ante la Asociación Internacional de Abogados, Auckland, octubre de 2004, página 7.

<sup>113</sup> Documento 8/4, Anexo, p 20 b) ii) y iii).

<sup>114</sup> Comentarios personales de Moana Maniapoto, quien entrevistó a representantes de estas empresas durante la realización del documental “New Zealand Up For Grabs”, emitido por la televisión neozelandesa en octubre de 2005.

6.4 No parece existir ninguna razón válida para las diferencias en el Objetivo político i) (reconocer el valor) de ambos documentos.

Se **recomienda** armonizar el objetivo i) en sintonía con el documento 8/5.

6.5 Lo mismo puede decirse con relación al objetivo político ii) (Promover el respeto). Por ejemplo, en el documento 8/4, ii) se dice "promover el respeto de las culturas tradicionales y el folclore...", en tanto que en el 8/5, ii) se dice "promover el respeto de los sistemas de conocimientos tradicionales...". El objetivo 8/5 habla de "la dignidad, la integridad cultural y los valores intelectuales y espirituales de los titulares de conocimientos tradicionales que preservan y mantienen esos sistemas" en tanto que el objetivo 8/4 ii) se refiere a "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" (negrita añadida).

6.6 Si bien parece evidente que parte del lenguaje está dirigido a abordar los diferentes enfoques entre los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, no parece existir ninguna lógica para el cambio de la redacción o del lenguaje entre uno y otro. Por ejemplo, la adición de la palabra "filosóficos" en 8/4 ii) y la sustitución de "los pueblos y comunidades que preservan y mantienen" en 8/4 ii) por la redacción "titulares de conocimientos tradicionales que preservan y mantienen" parecen ser arbitrarias.

6.7 Otro comentario general es la forma poco sistemática en que las expresiones "titulares de conocimientos tradicionales", "comunidades indígenas y locales" y "comunidades culturales" se usan de forma intercambiable a lo largo de los dos conjuntos de objetivos políticos. Salvo que exista una buena razón para hacer esto, deberían armonizarse estas expresiones. Opcionalmente, podrían adoptarse expresiones comunes con una explicación que la acompañe en el sentido de que engloban interpretaciones complementarias de la expresión utilizada habitualmente. Por ejemplo, la expresión "comunidades indígenas, locales y tradicionales" parece que englobaría todos los términos utilizados.

Se **recomienda** armonizar la redacción y terminología del objetivo político ii).

### IMPEDIR LA APROPIACIÓN INDEBIDA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

6.8 Claramente, impedir la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales es fundamental para lograr la finalidad de los objetivos y principios. Por este motivo, estas disposiciones tienen una importancia particular.

**Recomendación** – añadir al documento 8/5 un objetivo político específico sobre la apropiación indebida similar al objetivo del documento 8/4. Éste podría redactarse del modo siguiente:

“Impedir la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales;

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 y el uso inadecuado de sus conocimientos tradicionales;

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”.

*La redacción de este objetivo propuesto es coherente con la redacción y la intención del Objetivo iv) del documento 8/4 y del Artículo 1 (Protección contra la apropiación indebida) del documento 8/5.*

6.9 El Artículo 1 (documento 8/5) y el Artículo 3 (documento 8/4) hacen hincapié en la apropiación indebida de conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales con relación a los imperativos comerciales, y se basan en los principios de propiedad intelectual sobre competencia desleal (Artículo 10 del Convenio de París) y la participación equitativa en los beneficios. El Objetivo político viii) del documento 8/5 (página 4 del Anexo) se dirige a “impedir la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales y otros actos comerciales y no comerciales desleales...” En mucha menor medida, las disposiciones prevén una protección más limitada frente a los usos culturalmente ofensivos o despectivos de los conocimientos tradicionales. El umbral de la apropiación indebida con fines no comerciales parece que se establece más alto que con relación a la apropiación indebida con fines comerciales. Por ejemplo, en el Artículo 1 se establece que:

“(v) El uso ofensivo **voluntario** fuera del contexto consuetudinario por terceras partes de conocimientos tradicionales con un valor moral o espiritual especial para sus titulares, cuando constituya claramente una mutilación, distorsión o modificación injuriosa de esos conocimientos y sea contrario al orden público o a la moral”.

6.10 Cualquiera que invoque la protección jurídica bajo este ámbito de la apropiación indebida tiene la carga de la prueba de demostrar que el usuario ha actuado "deliberadamente" o con la *intención* de provocar una ofensa. Debería ser suficiente con que el *efecto* o las consecuencias del uso sean ofensivos, en lugar de que sea la consecuencia prevista. Esto se debe a que muchos usuarios de conocimientos tradicionales a menudo no son conscientes de la ofensa que han provocado a la comunidad interesada.<sup>115</sup> Este umbral superior respecto del uso indebido de los conocimientos tradicionales con fines no comerciales frente al uso indebido con fines comerciales se señala más si cabe por la matización de las palabras "especial" y "claramente" del Artículo 1.3.v).

**Recomendación** – suprimir las palabras *voluntario*, *especial* y *claramente* del punto 3.v).

6.11 El Artículo 1 comienza con la afirmación positiva de que "los conocimientos tradicionales deben estar protegidos contra los actos de apropiación indebida". La apropiación indebida supone que puede englobar tanto los usos comerciales como los no comerciales. Esta disposición se centra en la apropiación indebida con fines comerciales. Con frecuencia, para los pueblos indígenas, es el uso no autorizado

<sup>115</sup> Esta ha sido la experiencia del autor en su trato con los casos de Phillip Morris International, LEGO y Sony Playstation y el uso por parte de Ford Motor Company de un diseño moko en una camioneta trucada.

de esos conocimientos tradicionales con fines no comerciales lo que resulta problemático. Estos usos no comerciales también pueden ser ofensivos desde el punto de vista cultural. Por estas razones, se **recomienda** que se reconozca la apropiación indebida con fines no comerciales como categoría independiente en el Artículo 1.

6.12 Con relación al Artículo 3 (expresiones culturales tradicionales) la distinción entre los aspectos comerciales y no comerciales de la apropiación indebida parece estar más equilibrada. El requisito de que las expresiones culturales tradicionales de valor cultural o espiritual o importancia *singulares* estén registradas o notificadas parece justificado cuando esa información ya forma parte del dominio público y respecto de la cual los titulares de los conocimientos tratan de que se solicite el consentimiento fundamentado previo para su uso (véanse los comentarios de la página 21 a)1)). Esto parece ser un avance en la dirección adecuada hacia la protección de las expresiones culturales tradicionales (cabe preguntarse si los conocimientos tradicionales pueden protegerse del mismo modo) que ya son conocidas públicamente.

6.13 Tanto el moko como la haka “Ka mate Ka mate” (escrita por el jefe ngati toa Te Rauparaha para celebrar que pudo evitar ser capturado y que han hecho famosa los *All Blacks* de Nueva Zelanda), podrían en principio cumplir los requisitos de las expresiones culturales tradicionales de importancia cultural o espiritual singular, así como los de iconos culturales muy conocidos públicamente y a menudo objeto de apropiación indebida.<sup>116</sup>

6.14 Sin embargo, entre muchos maoríes se produciría una resistencia intuitiva a registrar estos iconos culturales. Estaría la cuestión del uso que se hace (por ejemplo la haka de los *All Blacks*) y el caso de las empresas que defienden haber obtenido autorización previa de un maorí (por ejemplo, el uso del moko por parte de Ford Motor Company y el uso de la haka por parte del equipo de rugby de la BBC para promocionar su nuevo canal). Por tanto, tendrá una importancia fundamental saber cómo se ha identificado y descrito una expresión cultural tradicional en particular. En los ejemplos del moko y la haka, que tienen una gran diversidad de usos y aplicaciones, estaría justificada una descripción genérica de estas expresiones culturales tradicionales que se notificaría o registraría ante un organismo competente, tal como contempla el Artículo 7 del documento 8/4.

6.15 La expresión “*en la medida de lo posible y según convenga*”, tal como se emplea en el párrafo 5 del Artículo 1 del documento 8/5, deja mucho campo para aplicar literalmente o dejar de lado las prácticas y leyes consuetudinarias a la hora de aplicar, interpretar y velar por el cumplimiento de la protección ante la apropiación indebida de conocimientos tradicionales. Por este motivo, deben suprimirse estas palabras.

6.16 Cuando las expresiones culturales tradicionales no se han registrado o notificado y debe determinarse si se ha producido una apropiación indebida por la *forma* en que se utiliza la expresión cultural tradicional, pueden encontrarse problemas a la hora de decidir si ese uso se produce “*en apoyo a la creatividad y a la libertad artística*”. En este caso, sería de aplicación el Artículo 3.b) (comentarios sobre el Artículo 3, documento 8/4 b) pág. 22) o si se utiliza de otra forma que pueda suponer la apropiación indebida. Por ejemplo, tanto LEGO como Sony Playstation han sostenido en su defensa que han sido “inspirados creativamente” por los conocimientos tradicionales maoríes y que no trataban de reivindicar ningún derecho de propiedad intelectual sobre ellos. En los comentarios se dice que la determinación de “la forma” en que se han utilizado los conocimientos tradicionales “*se reglamenta ... basándose principalmente en derechos morales y en principios de competencia desleal, ...*” con el pago de una remuneración equitativa. Basarse en un enfoque estrictamente de propiedad intelectual como se ha esbozado aquí no permitirá abordar las preocupaciones subyacentes que expresan los maoríes con relación al uso inadecuado de nombres como “tohunga” y “tahu”(LEGO), “atua” y “rangi” (Fischer), las imágenes y armas (moko y taiaha) (Sony) y la asociación con la cultura maorí (cigarrillos Philip Morris). Se recomienda que en los comentarios se refleje que la determinación de la forma en que se utilizan los conocimientos tradicionales (cuando no se registran o notifican) debe hacerse de acuerdo con las normas culturales, los valores, los protocolos, las leyes y las prácticas pertinentes, así como la normativa sobre propiedad intelectual relativa a los derechos morales y la competencia desleal.

#### “RECEPTIVIDAD A LAS NECESIDADES Y EXPECTATIVAS DE LOS TITULARES DE LOS CC.TT.”

[Principio rector general a) del documento 8/5 y principio rector general II a) del documento 8/4]

6.17 Este principio es relevante porque reconoce la importancia de las necesidades y expectativas de los titulares de los CC.TT., así como el hecho de que las medidas de protección de los CC.TT. y las ECT pueden ser de carácter voluntario y comprender las formas jurídicas de protección consuetudinarias y no consuetudinarias.

6.18 No obstante, resulta algo irónico el hecho de que el Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias aluda en su título a las “*necesidades y expectativas de los titulares de los conocimientos tradicionales*”. Aunque este informe presenta con cierto detalle las necesidades y expectativas de los pueblos indígenas de todo el mundo, en varios aspectos importantes ignora las peticiones de los pueblos indígenas. Por ejemplo, un mayor grado de libre determinación, la relación global entre los CC.TT., las ECT y las reivindicaciones relacionadas con los recursos naturales, etc. En términos generales, se trata de una pauta constante en todo el proceso del Comité Intergubernamental, que a menudo no ha tenido en cuenta las aspiraciones y las declaraciones de los pueblos indígenas.

6.19 El comentario relativo a este principio, si bien está formulado de forma constructiva, podría mejorarse y reforzarse. Las expresiones “*en la medida de lo posible y según convenga*” (principio rector a) del documento 8/5) y “*en la medida de lo posible*” (principio rector a) del documento 8/4), deberían suprimirse porque, en opinión de la comunidad maorí, la adición de estos términos debilita el objetivo que persigue

<sup>116</sup> Por ejemplo, en los últimos años el “moko” ha sido utilizado: por restaurantes holandeses para promocionar su comida, por estrellas del rock y deportistas (Robbie Williams, Mike Tyson y Ben Harper), para promocionar la venta de camionetas trucadas de Ford Motor Company, para vender sistemas domésticos de alarma en Inglaterra y en figuras animadas de juegos de computadora (Microsoft) y Playstation (Sony: Mark of Kri).

En el caso de la haka, hay varios ejemplos, entre los que cabe destacar los siguientes: el uso indebido por parte de las “Spice Girls”, la utilización por parte de un equipo de rugby inglés para promocionar la venta de alcohol y en 2006 la empresa italiana Fiat utilizó la haka para promocionar la venta de un nuevo modelo de Fiat. En este último ejemplo, la haka fue interpretada por mujeres, lo que aumentó la ofensa (las mujeres maoríes tradicionalmente bailan la haka, pero están especialmente enseñadas para hacer esto). Cuando los maoríes plantearon objeciones a Fiat, ésta respondió diciendo que había solicitado el asesoramiento de un *tohunga moko* (experto) maorí, Derek Lardelli, que les aconsejó no utilizarla, pero que habían hecho caso omiso de este consejo. Finalmente, Fiat convino en retirar el anuncio y se disculpó ante los maoríes.

este principio. A modo de ejemplo, casi sin ninguna excepción serán los Estados nacionales y no los pueblos indígenas los que determinen lo que es “*posible y conveniente*”.

[Se refiere también al objetivo político iii) del documento 8/5, “*responder a las verdaderas necesidades de los titulares de conocimientos tradicionales*” y al objetivo político iii) del documento 8/4, “*responder a las verdaderas necesidades de las comunidades*”].

#### “PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD Y EXHAUSTIVIDAD”

[Principio f) del documento 8/5 y principio d) del documento 8/4]

6.20 Este principio reviste una importancia particular ya que tiene en cuenta la diversidad de las comunidades indígenas y tradicionales de todo el mundo, sus costumbres y normas respectivas, así como la variada gama de sistemas jurídicos y políticos nacionales, regionales e internacionales. Asimismo, este principio reconoce que, a efectos de la protección de los CC.TT. y las ECT, se combinarán “*derechos de propiedad y medidas de otro tipo*”. No obstante, en los correspondientes comentarios relativos a este principio se presta poca atención a la utilización de las normas, sistemas y protocolos consuetudinarios para la protección de estos derechos.

**Recomendación:** modificar la redacción del comentario a fin de incluir una referencia específica al aumento, la promoción y el fortalecimiento de las normas consuetudinarias como medios para la protección de los CC.TT. y las ECT, en conjunción con los derechos de propiedad y medidas de otro tipo.

6.21 El principio de flexibilidad también reconoce que los CC.TT. y las ECT son dinámicos y se hallan en un proceso de evolución continuo. Por consiguiente, las medidas para reforzar la protección y fomentar la utilización apropiada de los CC.TT. y las ECT también deberán seguir evolucionando. Este enfoque también es compatible con la opinión del Tribunal Supremo sobre el Tratado en la *causa del Consejo Maorí de Nueva Zelandia*, según la cual “[el Tratado] deberá interpretarse en sentido amplio y de forma efectiva y concebirse como un instrumento vivo que se modifica teniendo en cuenta las novedades relativas a las normas internacionales en materia de derechos humanos[...].”<sup>117</sup>.

#### NECESIDAD DE CONTAR CON RECURSOS ADECUADOS

6.22 Los titulares de los CC.TT. deben contar con recursos adecuados para lograr la protección satisfactoria de tales conocimientos y un acceso apropiado a las medidas regulatorias y de observancia. Así pues, a efectos de la elaboración, aplicación y observancia de estos objetivos y principios es necesario establecer un objetivo y un principio destinados específicamente a dotar adecuadamente de recursos a los titulares de los CC.TT. En relación con esto, véanse los comentarios que figuran en la página 11 del documento 8/5 relativos a los principios rectores h), i) y j) y a los objetivos políticos de potenciar a las comunidades y apoyar los sistemas de conocimientos tradicionales.

#### POTENCIAR A LOS TITULARES DE LOS CC.TT. /APOYAR Y FOMENTAR LOS SISTEMAS DE CC.TT. / CONTRIBUIR A LA PRESERVACIÓN Y SALVAGUARDIA DE LOS CC.TT.

[Objetivos políticos iv), v), vi) y vii) del documento 8/5]

6.23 Estos objetivos políticos se consideran de forma conjunta porque todos ellos se refieren a los distintos modos en que se debe potenciar a las comunidades indígenas y tradicionales con el objeto de que puedan ejercer, de conformidad con sus propios sistemas, los derechos relacionados con los CC.TT. y las ECT. El objetivo político v) del documento 8/5 tal vez sea el que mejor exprese este sentimiento:

“Potenciar a los titulares de los conocimientos tradicionales y reconocer el carácter distintivo de los sistemas de conocimientos tradicionales [La protección de los conocimientos tradicionales debe tender a:]

b) actuar con vistas a potenciar a los titulares de conocimientos tradicionales de modo que sus conocimientos queden protegidos mediante el pleno reconocimiento del **carácter distintivo de los sistemas de conocimientos tradicionales y de la necesidad de soluciones adaptadas a su carácter distintivo**, sin olvidar que esas soluciones deberán ser equilibradas y equitativas; garantizar que los regímenes de propiedad intelectual convencionales se apliquen de modo que fomenten la protección de los conocimientos tradicionales contra la apropiación indebida; y potenciar a los titulares de conocimientos tradicionales para que realmente puedan **ejercer sobre sus conocimientos los debidos derechos y la autoridad que les corresponden**”[negrita añadida].

6.24 Asimismo, en el objetivo político v) del documento 8/4 se señala lo siguiente:

“Potenciar a las comunidades

v) [La protección de las expresiones culturales tradicionales, o expresiones del folclore, debe tender a:]

b) lograr este objetivo de una manera equilibrada y equitativa, pero **de modo que los pueblos indígenas**, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales **puedan realmente ejercer derechos y autoridad** sobre sus propias expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore”[negrita añadida].

6.25 Aunque estos objetivos políticos pretenden expresar sentimientos encomiables e inequívocos sobre la importancia de potenciar a los pueblos indígenas (como lo demuestran en particular los términos que se destacan en negrita en las citas anteriores), estos sentimientos en cierto modo se “diluyen” en las subsiguientes secciones sobre los principios rectores y sustantivos que figuran en los documentos 8/4 y 8/5.

6.26 Por ejemplo, las normas consuetudinarias y la protección de los CC.TT. deben respetarse a reserva de lo dispuesto “*en la legislación y en la política nacionales*” (principio h) del documento 8/5); la ejecución de la protección de los conocimientos tradicionales contra la apropiación indebida debe regirse “*en la medida de lo posible y según convenga*” por el respeto de las normas consuetudinarias (Artículo 1.5 del documento 8/5); los CC.TT. relacionados con los recursos biológicos y genéticos están sujetos a la legislación nacional que rige la titularidad y el acceso a tales recursos (principio general f), principios sustantivos y Artículo 12.1 del documento 8/5).

6.27 Por otra parte, aunque los anteriores objetivos políticos se refieren a soluciones adaptadas al carácter distintivo de los sistemas de conocimientos tradicionales y garantizan la adopción de un enfoque equitativo, los principios subsiguientes parecen poner mayor énfasis en

<sup>117</sup> Consejo Maorí de Nueva Zelandia contra el Fiscal General [1987] 1 NZLR 641, 656 (por Cooke P).

la aplicación de la legislación nacional y las herramientas relacionadas con la propiedad intelectual que en el fortalecimiento y el fomento de la utilización de normas y protocolos consuetudinarios para la protección de los CC.TT.

6.28 A modo de ejemplo, en el Artículo 13 del documento 8/5, que aborda las disposiciones relativas a la administración y la observancia, no se hace referencia a la utilización, elaboración o fomento de las normas y protocolos consuetudinarios para la observancia de la protección de los CC.TT. A este respecto solo se hace una referencia indirecta en el Artículo 13 1.a) vi), en el que se señala que las autoridades competentes deben estar capacitadas para prestar asistencia a los titulares de los CC.TT. “cuando sea posible y en la manera adecuada” a fin de que ejerciten y hagan valer sus derechos sobre sus propios CC.TT.

6.29 A fin de potenciar de forma efectiva a los titulares de los CC.TT. para el uso, protección, fomento y salvaguardia de sus conocimientos, es importante que los sistemas de administración, regulación y observancia hagan mayor hincapié en el fortalecimiento y promoción de la utilización de las normas y protocolos consuetudinarios como medio para aumentar la protección de los CC.TT.

**Recomendación:** suprimir la expresión “cuando sea posible y en la manera adecuada” en el artículo 13 1.a) y, a efectos de esta disposición, añadir la expresión “de conformidad con sus normas y protocolos/prácticas consuetudinarios”.

**Se recomienda** además que el artículo 13.2 se reformule del siguiente modo:

“Las medidas y procedimientos establecidos por las autoridades nacionales y regionales para que surta efecto la protección de conformidad con los presentes principios deben ser justas y equitativas, **tener en cuenta las normas y prácticas de las comunidades indígenas, tradicionales y locales pertinentes**, ser accesibles y adecuadas, y no suponer una carga para los titulares de los conocimientos tradicionales, y en ellas deben contemplarse salvaguardias para los intereses legítimos de terceros y los intereses del público en general” [negrita añadida].

6.30 Asimismo, por lo que se refiere a la protección de las ECT, el Artículo 10 del documento 8/4 (Relación con la protección por propiedad intelectual y otras formas de protección, preservación y promoción) debería modificarse de modo que se incluya una referencia específica al uso de normas y prácticas consuetudinarias como medio de proteger las ECT, además de las leyes sobre propiedad intelectual (Véase en el anexo el seguimiento de las modificaciones al Artículo 10).

6.31 Ello estaría en consonancia con la referencia en el comentario al Artículo 10 sobre la relación con las medidas no relacionadas con la propiedad intelectual a las “*las normas y protocolos consuetudinarios e indígenas*” como medidas complementarias para la protección de la propiedad intelectual.

6.32 En los objetivos y principios actuales existen pocas referencias al papel de las normas consuetudinarias en la protección de los CC.TT. y las ECT; no obstante, el autor reconoce que en la actualidad la Secretaría del CIG está recabando información de los Estados, las ONG y los pueblos indígenas sobre la relación de las normas y protocolos consuetudinarios con el sistema de propiedad intelectual<sup>118</sup>. Tal como se señaló en la comunicación presentada por el Foro consultivo indígena oficioso en la octava sesión del Comité Intergubernamental, “*el trabajo sobre el derecho indígena consuetudinario es un aspecto absolutamente esencial para el desarrollo ulterior de disposiciones sobre las ECT y los conocimientos tradicionales*”<sup>119</sup>.

6.33 Entre los principios y objetivos adicionales de particular importancia se incluyen:

Sanciones, recursos y ejercicio de derechos (Artículo 8 del documento 8/4);

Gestión de los derechos (CC.TT. y ECT), (Artículo 4 del documento 8/4 y Administración y observancia de la protección (Artículo 13 del documento 8/5);

Beneficiarios de la protección (CC.TT. y ECT), (Artículo 2 del documento 8/4 y Artículo 5 del documento 8/5);

Participación justa y equitativa en los beneficios (CC.TT.), (Artículo 6 del documento 8/5);

Principio del consentimiento fundamentado previo (CC.TT.), (Artículo 7 del documento 8/5);

Duración de la protección (CC.TT.), (Artículo 9 del documento 8/5).

## FORMA JURÍDICA DE PROTECCIÓN

6.34 Aparte de los mecanismos de protección de los CC.TT. puramente jurídicos y relacionados con la propiedad intelectual esbozados en el artículo 2 del documento 8/5, también es necesario contar con mecanismos para promover y apoyar el uso de normas y medidas consuetudinarias que garanticen una mejor protección. Estos mecanismos deberán ser complementarios y coexistir con las nuevas formas jurídicas de protección.

**Recomendación:** añadir al artículo 2 del documento 8/5 el siguiente nuevo párrafo 3:

“3. Elaborar medidas jurídicas para fortalecer, incrementar y promover el uso de normas, protocolos y prácticas consuetudinarias para la protección de los conocimientos tradicionales de modo que sean complementarias de las medidas jurídicas existentes y de las que se vayan elaborando”.

6.35 Asimismo, podría modificarse el Artículo 8 del documento 8/4 (Sanciones, recursos y ejercicio de derechos) con el objeto de garantizar que el organismo que se propone para asistir a las comunidades en cuestiones relacionadas con la gestión del sistema de administración y protección se encargue específicamente de la tarea de prestarles asistencia en la elaboración de medios propios de protección de sus ECT y CC.TT. mediante la utilización de mecanismos locales de solución de diferencias, etc.

<sup>118</sup> Para más detalles sobre los proyectos de documentos preparados por la Secretaría, consúltese [www.wipo-int/CC.TT./en/consultations/customary\\_law/index.html](http://www.wipo-int/CC.TT./en/consultations/customary_law/index.html)

<sup>119</sup> Véase la declaración conjunta de los participantes en el Foro consultivo indígena oficioso para la octava reunión del CIG, Ginebra, 6 de junio de 2005 (párrafo 9.0).

6.36 Los mecanismos jurídicos y de las comunidades locales para la protección de los CC.TT. y las ECT solo serán eficaces si los titulares de los CC.TT. disponen de recursos y asistencia jurídica adecuados que garanticen un acceso, una aplicación y una observancia satisfactorios de los mecanismos nacionales, regionales e internacionales para la protección de tales conocimientos.

#### ORGANISMO ENCARGADO DE LA GESTIÓN Y DERECHOS DE GESTIÓN

6.37 El establecimiento a nivel nacional y regional de un organismo apropiado para trabajar con las comunidades locales y los titulares de CC.TT. será de vital importancia para el éxito de cualquier propuesta de marco Tikanga para la protección y utilización apropiada de los CC.TT. y las ECT. Los objetivos y los principios señalan claramente que cualquier organismo de esta naturaleza tendrá un carácter optativo y se establecerá a petición de los pueblos indígenas; ahora bien, un organismo de esta índole en Aotearoa ([nombre en maorí de] Nueva Zelandia) podría desempeñar un papel importante por los siguientes motivos:

- La amplia gama de diferentes tribus y de conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales correspondientes;
- La necesidad de disponer de un punto de contacto principal para terceros (nacionales e internacionales) que deseen tener acceso y utilizar los CC.TT. y las ECT;
- Como punto de referencia para las comunidades locales hapu e iwi, que un posible marco Tikanga apoyaría y facultaría para utilizar sus propios sistemas de kaitiakitanga y rangatiratanga a efectos de la protección y uso de sus taonga;
- Como organismo nacional de defensa y de elaboración de políticas en nombre de toda la comunidad maorí;
- Como punto de contacto con los organismos gubernamentales y el sector privado en cuestiones relacionadas con el patrimonio biocultural, los CC.TT., los derechos de propiedad intelectual, etc.<sup>120</sup>

6.38 Un organismo de esta índole podría establecerse llevando a cabo consultas a nivel nacional y regional con la comunidad maorí. Una de sus funciones podría consistir en servir como punto de referencia para debatir cuestiones que conciernan a las comunidades marae, hapu o iwi, de modo que estas comunidades locales puedan abordar ellas mismas tales cuestiones o remitirse al organismo para que lo haga en su nombre. Por otra parte, el organismo también podría abordar las cuestiones que afecten a la comunidad maorí a nivel nacional; por ejemplo, en caso de que un tercero quisiera utilizar nombres e imágenes con una aplicación genérica entre las tribus maoríes.

6.39 Una queja corriente por parte de terceros que desean utilizar CC.TT. es que no saben a quién dirigirse ni quién tiene el mandato apropiado para hablar en nombre de la comunidad maorí. Un organismo nacional o regional desempeñaría un papel crucial en este sentido, ya que constituiría un punto de referencia para averiguar este tipo de información y para que terceros entren en contacto directo con los titulares de los conocimientos tradicionales. En los casos relacionados con nombres e imágenes con una aplicación genérica, el organismo podría abordarlos a nivel nacional. Así, por ejemplo, si una empresa nacional o internacional quisiera utilizar conocimientos tradicionales de los maoríes a fin de promover productos o servicios, un organismo nacional podría decidir si dicha utilización es apropiada desde el punto de vista cultural; posteriormente podría celebrar consultas con los grupos maoríes (incluidos los whanau, hapu o iwi) y, si es el caso, recomendar mecanismos apropiados de participación equitativa en los beneficios. Asimismo, el organismo podría encargarse de establecer un fondo nacional (patea) para su utilización en una serie de iniciativas que incluirían el fomento de la capacidad de las comunidades locales, la asistencia en cuestiones relacionadas con la observancia y el cumplimiento, la elaboración de estrategias educativas y de información sobre los recursos para las comunidades locales, el sector privado y el público general.

#### 7. ¿Existen en los principios u objetivos políticos lagunas que sean importantes desde la perspectiva maorí o de Nueva Zelandia? ¿Cuáles son? Sírvase sugerir qué enmiendas o cambios deberían introducirse.

7.1 En las observaciones anteriores ya se han señalado varias lagunas en los principios y objetivos políticos junto con las enmiendas que se proponen para remediarlas. En esta sección se examinarán con más detalle algunas de estas lagunas y se determinarán otros ámbitos clave en los que, en opinión de los maoríes, deben reforzarse los principios y objetivos.

#### RESPECTO POR LOS DERECHOS HUMANOS INTERNACIONALES VIGENTES Y POR LA LIBRE DETERMINACIÓN

[Principio rector general g) del documento 8/4, "*Principio de respeto de los derechos de los pueblos indígenas y otras comunidades tradicionales y de las obligaciones para con los mismos*".

Principio rector general g) del documento 8/5, "*Principio de respeto de otros instrumentos y procesos internacionales y regionales y cooperación con los mismos*".

7.2 Estos dos principios, en particular el del documento 8/4, parecen sugerir que los objetivos y principios de la OMPI no son incompatibles con los derechos humanos internacionales vigentes de los pueblos indígenas. No obstante, como ocurre con otros principios y objetivos, la manera como están formulados estos principios no es coherente y debe armonizarse. Por ejemplo, mientras que la referencia a "*derechos humanos internacionales*" en el principio g) del documento 8/4 sería más pertinente en el principio g) del documento 8/5, parte de la formulación del principio g) del documento 8/5 sería más aplicable al principio g) del documento 8/4.

7.3 Ahora bien, la relación entre estos objetivos y principios y los criterios y normas de los derechos humanos internacionales<sup>121</sup> es de gran relevancia dada la importancia que la comunidad maorí y otros pueblos indígenas conceden en particular a las cuestiones concernientes a la libre determinación.<sup>122</sup> El principio de libre determinación se introdujo por primera vez en la Carta de las Naciones Unidas de 1945<sup>123</sup>,

<sup>120</sup> En el "Marco Tikanga Maorí" que figura en el apéndice 2 se indican otras funciones que este organismo podría desempeñar en nombre la comunidad maorí.

<sup>121</sup> Esto también es conforme con las observaciones del Tribunal Supremo en el caso del Consejo Maorí de Nueva Zelandia en el sentido de que el Tratado de Waitangi "es un documento que se refiere a derechos fundamentales (...) que deberá interpretarse en sentido amplio y de forma efectiva y concebirse como un instrumento vivo que se modifica teniendo en cuenta las novedades relativas a las normas internacionales en materia de derechos humanos". (Por Cooke P, pág. 656).

<sup>122</sup> Véase por ejemplo la contribución de Tebtebba (Centro Internacional para la Investigación Política y la Educación de las Poblaciones Indígenas) para el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas, 21 al 25 de julio de 2003 sobre "*Establecimiento de normas y protección del patrimonio y conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas*", en el que se señala la

fue elaborado ulteriormente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966<sup>124</sup> y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.<sup>125</sup> En la actualidad, la cuestión de la libre determinación es objeto de un debate continuo entre los pueblos indígenas y algunos Estados, a raíz de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en junio de 2006.

7.4 Aunque las propuestas de la OMPI reconocen que los documentos 8/4 y 8/5 deberán considerarse complementarios de otros instrumentos internacionales (la UNESCO, el Convenio de la OIT n° 169, etc.) que contienen disposiciones relativas a la protección de los derechos de los pueblos indígenas (por ejemplo la protección del patrimonio cultural), los pueblos indígenas estiman que los derechos culturales y de propiedad intelectual son *inseparables* de sus derechos y obligaciones patrimoniales. En este sentido, en la demanda WAI 262<sup>126</sup> en nombre de las tribus Ngati Kuri, Ngati Wai y Te Rarawa se precisa lo siguiente:

“La demanda tiene que ver con la libre determinación (tino rangatiratanga) de las tribus Ngati Kuri, Te Rarawa y Ngati Wai en relación con la flora y fauna indígenas y “el resto de bienes preciados” (ratou taonga katoa) en el ámbito de sus respectivos territorios (rohe), incluidos, pero sin limitarse a ellos, el idioma maorí (te reo), los conocimientos tradicionales (matauranga), los sistemas de conocimiento, las normas, costumbres y valores, la talla (whakairo), los lugares sagrados (waahi tapu), la biodiversidad, los recursos naturales, los recursos genéticos y derivados, los símbolos, imágenes y diseños maoríes, así como su utilización y elaboración y **los derechos indígenas culturales y del patrimonio consuetudinario conexos (incluidos los derechos de propiedad intelectual y los derechos de propiedad)** relacionados con tales “taonga”. En esta demanda, la expresión “taonga” se refiere a todos los elementos –materiales y no materiales, tangibles e intangibles– pertenecientes al patrimonio de los demandantes<sup>126</sup>.”

7.5 A este mismo respecto cabe citar los comentarios de Janke relativos al patrimonio aborigen:

“Los “derechos indígenas de propiedad cultural e intelectual” se refieren a los **derechos** de los indígenas australianos **a su patrimonio**. Tales derechos también se conocen con el nombre de “derechos del patrimonio indígena”.

**El patrimonio abarca los aspectos tangibles e intangibles** de todo el conjunto de prácticas culturales, recursos y sistemas de conocimiento elaborados, enriquecidos y perfeccionados por los pueblos indígenas y cuya transmisión constituye una manera de expresar la identidad cultural de estos pueblos<sup>127</sup>.

7.6 Una representante de la Organización de Mujeres Indígenas Africanas lo expresó en los siguientes términos:

Deben reconocerse el derecho a la libre determinación y al consentimiento fundamentado previo y libre a fin de que los pueblos indígenas estén capacitados para proteger los conocimientos tradicionales.

Es necesario **entender y fomentar la naturaleza global de los conocimientos tradicionales en lugar de fragmentarlos y compartimentarlos en elementos separados**, tales como el conocimiento del medio ambiente, el conocimiento tradicional relacionado con los bosques o las expresiones culturales tradicionales.

Deben fomentarse el entendimiento global, así como la coordinación y armonización entre los diversos organismos de las Naciones Unidas y los organismos multilaterales que trabajan en el ámbito de los conocimientos tradicionales<sup>128</sup>.

7.7 El Relator Especial de la Subcomisión sobre Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de las Naciones Unidas señaló lo siguiente en relación con la protección del patrimonio de los pueblos indígenas:

---

importancia que los pueblos indígenas conceden al derecho de libre determinación en el contexto de los derechos culturales, patrimoniales y de propiedad intelectual:

“Los pueblos indígenas han puesto constantemente de relieve la necesidad urgente de un diálogo internacional sobre la protección de los conocimientos tradicionales –que son de carácter global, interdisciplinario e intersectorial y se fundan en el respeto y la libre determinación de los pueblos indígenas– en su calidad de sujetos y titulares de derechos sobre nuestros conocimientos y patrimonio cultural. A este respecto, el Informe definitivo de la Sra. Erica-Irene Dies sobre la Protección del patrimonio de los pueblos indígenas (E/CN.4/Sub.2/1996/26), que contiene los Principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas, constituyó una importante contribución.

Organismos tales como la OMPI (centrada en los derechos de propiedad intelectual), la OMC (centrada en el comercio) y el CBD (centrado en la biodiversidad) no abordan esta cuestión de forma satisfactoria ya que no son organismos que fomenten el establecimiento de normas sobre derechos de los pueblos indígenas. Por desgracia, en lo que concierne a los conocimientos tradicionales, los organismos para el establecimiento de normas sobre derechos humanos de las Naciones Unidas van a la zaga con respecto a las actividades de estos foros, lo que implica que los pueblos indígenas corren el peligro de que sean esos organismos los que establezcan las normas aplicables a tales conocimientos. En estos organismos los pueblos indígenas se limitan a desplegar estrategias defensivas para contener la usurpación de los conocimientos y la extracción de los recursos indígenas por parte de los Estados y de las empresas privadas”.

<sup>123</sup> Véase el artículo 1.2 de la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>124</sup> El artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 estipula lo siguiente: “**Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación**. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.”

<sup>125</sup> El artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos está formulado en los mismos términos exactamente que el artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966

<sup>126</sup> Primera versión modificada del escrito de demanda Wai 262 en nombre de las tribus Ngati Kuri, Te Rarawa y Ngati Wai, párrafo 3.1.

<sup>127</sup> Terri Janke, *Our Culture: Our Future – Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights*, parte 1, capítulo 1, página XVII.

<sup>128</sup> Contribución de Haman Hajara de la Organización de Mujeres Indígenas Africanas, Central Africa Network Yaundé (Camerún), para el *Seminario Internacional sobre Conocimientos Tradicionales*, Ciudad de Panamá, 21 al 23 de septiembre de 2005, organizado por la Secretaría del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas.

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Apéndice, página 29

- “1. La protección efectiva del patrimonio de las poblaciones indígenas beneficia a toda la humanidad. La diversidad cultural constituye un elemento esencial de la capacidad de adaptación y de la creatividad de la especie humana en su conjunto.
2. Para que sea efectiva, la protección del patrimonio de los pueblos indígenas deberá basarse en gran medida en el **principio de libre determinación**, que incluye el derecho y el deber de los pueblos indígenas de desarrollar sus propias culturas y sistemas de conocimientos, sus formas de organización social [...].
6. El descubrimiento, la utilización y la enseñanza de los conocimientos, el arte y la cultura de los pueblos indígenas se hallan indisolublemente vinculados a las tierras y territorios tradicionales de cada pueblo [...].
11. El patrimonio de los pueblos indígenas abarca todos los objetos, lugares y conocimientos cuya naturaleza o carácter se hayan transmitido de generación en generación [...]. El patrimonio de los pueblos indígenas incluye también los objetos, lugares, conocimientos y obras literarias o artísticas que puedan crearse en el futuro inspirados en esa herencia.
12. Por patrimonio de los pueblos indígenas se entienden todos los bienes culturales muebles, definidos en las convenciones pertinentes de la UNESCO; todos los tipos de obras literarias y artísticas como música, danzas, canciones, ceremonias, símbolos o diseños, narración y poesía; todo tipo de conocimientos científicos, agrícolas, técnicos y ecológicos, incluidos los cultígenos, las medicinas y el uso racional de la flora y de la fauna; restos humanos; bienes culturales inmuebles como lugares sagrados, emplazamientos de valor histórico y enterramientos; documentación en películas, fotografías, cintas de vídeo o de audio sobre el patrimonio de los pueblos indígenas.”<sup>129</sup>

**Recomendación:** Los objetivos y principios de la OMPI deben reflejar e incorporar más ampliamente el *carácter global de la relación* que existe entre los pueblos indígenas y sus derechos y obligaciones patrimoniales (incluidos los CC.TT., las ECT y la propiedad intelectual); establecer *vinculaciones prácticas* entre la protección de los CC.TT. y las ECT a través de la OMPI y del proceso de elaboración y protección continuas de los criterios y normas de los derechos humanos de los pueblos indígenas que realizan otros foros internacionales como el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, etc.

Algunas sugerencias para establecer estas vinculaciones prácticas:

En los documentos de la OMPI debería reconocerse la importancia que los pueblos indígenas conceden a la *libre determinación* como elemento fundamental para protegerse a ellos mismos, su identidad y sus culturas;

En el cuerpo de los documentos debería incluirse una declaración independiente preparada y escrita por los pueblos indígenas que asisten a las reuniones del Comité Intergubernamental que refleje con exactitud sus objetivos y aspiraciones en relación con los CC.TT., las ECT y las normas internacionales en materia de derechos humanos.

En los documentos de la OMPI deberá adoptarse un enfoque de carácter más *global* que esté en consonancia con los puntos de vista expresados por los pueblos indígenas en lo que concierne al reconocimiento y protección de sus derechos y obligaciones culturales e intelectuales;

En los documentos de la OMPI deberá incluirse un apéndice que contenga una lista de los instrumentos internacionales, así como cualquier otra información pertinente (incluidas las declaraciones y afirmaciones de los pueblos indígenas, los códigos de ética, etc.), en los que figuren las medidas relativas al reconocimiento y protección de los derechos y obligaciones de los pueblos indígenas;

Deberá garantizarse que la Secretaría de la OMPI asista regularmente a las reuniones del Foro Permanente, el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas y otros foros similares con el objeto de supervisar la evolución de las cuestiones que allí se aborden e informar al Comité Intergubernamental;

#### 7.8 Otras lagunas en los principios y objetivos de la OMPI:

Es necesario establecer disposiciones que garanticen que los pueblos indígenas disponen de los recursos para elaborar y aplicar las propuestas;

Los mecanismos de solución de diferencias no incluyen mecanismos alternativos que promuevan la utilización y aplicación de prácticas, protocolos y normas consuetudinarios indígenas;

Es necesario que los pueblos indígenas participen activamente de forma más completa y efectiva en todos los procesos –incluido el proceso de toma de decisiones– relacionados con la elaboración y aplicación del régimen internacional para la protección de sus conocimientos y expresiones culturales.

### 8. ¿Existen principios u objetivos políticos que sean inapropiados? ¿Cuáles son y por qué son inapropiados? Sírvase sugerir qué enmiendas o cambios deberían introducirse.

8.1 Desde el punto de vista de la comunidad maorí, el principio f) del documento 8/5, *Principio de concordancia con los sistemas jurídicos vigentes aplicables al acceso a los recursos genéticos conexos*, es inapropiado porque dispone que “la facultad de otorgar acceso a los recursos genéticos, estén o no vinculados a conocimientos tradicionales, corresponde a los gobiernos nacionales y está sujeta a la legislación nacional”<sup>130</sup>.

<sup>129</sup> Informe del Relator Especial de la Subcomisión de las Naciones Unidas sobre Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías (E/CN.4/Sub.2/1995/26 (Principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas), anexo 1, 21 de junio de 1995).

[Véase asimismo E/CN.4/Sub.2/2000/26, 19 de junio de 2000, que actualiza la versión de 1995 e introduce algunas pequeñas modificaciones.]

<sup>130</sup> Documento WIPO/GRCC.TT.F/IC/8/5, anexo, página 10.

8.2 La comunidad maorí, al igual que los pueblos indígenas de todo el mundo, se ha opuesto firmemente a la disposición del Convenio sobre la Diversidad Biológica en la que se reconoce que los Estados tienen “derechos soberanos” sobre los recursos naturales (Artículo 15 1) del CDB). Asimismo, la comunidad maorí se opone por motivos similares a la inclusión del principio f), sobre todo teniendo en cuenta sus reivindicaciones, incluida la reclamación “WAI 262”, presentadas a través del Tribunal de Waitangi y de otros foros en relación con la protección, utilización, control y libre determinación (tino rangatiratanga) en relación con los recursos biológicos y genéticos.

**Recomendación:** El principio f) debe considerarse sujeto específicamente a tratados internos y a otras disposiciones constitucionales con los pueblos indígenas relativos a los recursos naturales, recursos genéticos y conocimientos tradicionales.

## 9. Códigos de ética, directrices de investigación y declaraciones

9.1 En las dos últimas décadas, muchas organizaciones no gubernamentales (ONG) y organizaciones de los pueblos indígenas han elaborado códigos de ética, directrices de investigación y declaraciones relacionados con la investigación etnobotánica, la bioprospección y la protección contra la “biopiratería”. Muchos de estos instrumentos también tratan de la importancia de proteger y preservar los CC.TT. y la propiedad intelectual de los pueblos indígenas. La mayoría, si no todos, se centran en el carácter global de los CC.TT. en lugar del enfoque más estrecho adoptado por el Comité Intergubernamental que se centra en la propiedad intelectual.

9.2 Por otra parte, estas directrices y códigos de ética constituyen una base de gran utilidad y proporcionan gran cantidad de información y material importantes para la elaboración de objetivos y principios relativos a la protección de los CC.TT. y las ECT. La Secretaría de la OMPI se ha servido sin duda de algunos de estos documentos al elaborar sus propuestas y muchas de las inquietudes expresadas en ellos han sido abordadas por los Estados miembros, las ONG y los grupos indígenas en comunicaciones e intervenciones ante el Comité Intergubernamental. No obstante, la comunidad maorí considera oportuno recordar que el CIG tiene a su disposición una gran cantidad de materiales elaborados en los últimos 20 años; tales materiales son pertinentes para la labor del Comité y merecen un examen atento por su parte<sup>131</sup>.

9.3 A continuación se presenta una lista de algunos de los documentos más importantes acompañados de una breve descripción de cada uno. Esta lista no es exhaustiva en absoluto.

### CÓDIGOS DE ÉTICA PROFESIONALES Y DIRECTRICES ÉTICAS

**Código de ética de la Sociedad Internacional de Etnobiología.** El Código de ética de la Sociedad Internacional de Etnobiología (SIE) tiene su origen en la Declaración de Belém (Brasil) de 1988 emitida con ocasión de la fundación de la Sociedad Internacional de Etnobiología. El Código consta de cuatro partes: i) Preámbulo, ii) Objetivo, iii) Principios y iv) Directrices prácticas. Uno de los objetivos fundamentales del Código es proporcionar un marco para la toma de decisiones y pautas de conducta para la investigación etnobiológica y otras actividades conexas. Como se señala en preámbulo del Código de ética: “*en el pasado se han llevado a cabo múltiples investigaciones sin la aprobación ni el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales [...] dichas investigaciones han causado daños y afectado adversamente los derechos y responsabilidades de estos pueblos con respecto a su patrimonio biocultural. El compromiso de la SIE es trabajar en genuina asociación y colaboración con los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales para evitar la perpetuación de pasadas injusticias y construir relaciones positivas, benéficas y armoniosas en el campo de la etnobiología*”<sup>132</sup>

Los principios del Código de ética incorporan principios y prácticas establecidos en la legislación internacional y en las prácticas consuetudinarias, e incluyen los principios que se enumeran a continuación:

- Principio de derechos y responsabilidades previas;
- Principio de libre determinación;
- Principio de inalienabilidad (en relación con los territorios y los conocimientos tradicionales);
- Principio de guardianes tradicionales;
- Principio de participación activa (en relación con los programas de investigación);
- Principio de divulgación completa;
- Principio del consentimiento informado previo (que incluye el derecho a decir “no”);
- Principio de confidencialidad (derecho de los pueblos indígenas a mantener en secreto determinados CC.TT.);
- Principio del respeto;
- Principio de protección activa;
- Principio de precaución;
- Principio de reciprocidad, beneficio mutuo y distribución equitativa;
- Principio de apoyo a las investigaciones indígenas;
- Principio del ciclo interactivo dinámico (las investigaciones solamente se emprenderán si existe una garantía razonable de que serán concluidas);
- Principio de las medidas correctivas;
- Principio del reconocimiento y los créditos debidos;
- Principio de diligencia.

El Código de ética de la SIE constituye un caso único puesto que fue elaborado conjuntamente por investigadores científicos, practicantes y representantes de las organizaciones de los pueblos indígenas durante un período de diez años. El Código se adoptó en la reunión general anual de la SIE celebrada en Aotearoa ([nombre en maorí de] Nueva Zelanda) en noviembre de 1998 y fue revisado y actualizado en el congreso de la SIE que tuvo lugar en Chiang Rai, Tailandia, en noviembre de 2006. Esta revisión incluyó la conclusión y adopción de una serie de directrices y protocolos de investigación que formarán parte del Código de ética.

Desde 1998 el Código ha servido a varios pueblos indígenas para abogar por una protección más efectiva de sus conocimientos tradicionales y recursos, así como para fomentar la aplicación de prácticas de investigación éticamente más correctas y equitativas. Los miembros de las

<sup>131</sup> El Código de ética de la SIE fue revisado y actualizado recientemente en el noveno Congreso de la SIE celebrado en Chiang Rai, Tailandia, en noviembre de 2006.

<sup>132</sup> Código de ética de la SIE, Preámbulo, páginas 1 y 2.

comunidades de Chiapas en México, por ejemplo, representados por una ONG denominada COMPICH, se opusieron activamente a una investigación etnobiológica emprendida en esas comunidades en el marco de un programa de investigación dirigido por la Universidad de Georgia-Athens, Estados Unidos, conocido como proyecto ICBG Maya. COMPICH se opuso al programa de investigación aduciendo que la información facilitada no era suficiente para facultar a las comunidades a otorgar el consentimiento fundamentado previo. Por su parte, los directores del proyecto, profesores Brent y Elois-Ann Berlin, declararon que habían celebrado amplias consultas con las comunidades de Chiapas, que miembros de dichas comunidades habían participado activamente en el proyecto y se habían mostrado de acuerdo con la participación en todos los beneficios comerciales que se derivaran del programa de investigación.

En 2001 COMPICH publicó una extensa declaración en la que explicaba en detalle de qué manera el proyecto ICBG Maya había violado las disposiciones del Código de ética de la SIE. Posteriormente, ICBG Maya respondió con otra extensa declaración pública refutando tales alegaciones y mostrando de forma pormenorizada de qué manera habían cumplido con el Código de la SIE. Más adelante, ante la creciente oposición y agitación política que estaba suscitando entre las comunidades y, cada vez más, a nivel nacional, el patrocinador canceló el proyecto. Sin embargo, el hecho de que ambas partes hicieran referencia al código de la SIE para defender sus respectivas posiciones demostró que se trataba de una herramienta de gran utilidad para poder entablar alguna forma de diálogo entre partes enfrentadas en este ámbito tan complejo. Se espera que en el futuro el Código revisado se utilice como herramienta para la solución proactiva de diferencias y no para defender posiciones que ya no pueden modificarse.

En el **apéndice 3** del presente informe se adjunta un ejemplar completo del Código de ética de la SIE; la versión electrónica puede consultarse en <http://guallart.dac.uga.edu/ISE/SocEth.html>.

**Pacto sobre la propiedad intelectual, cultural y científica: un código de ética y de conducta básico para la colaboración equitativa entre corporaciones, científicos o instituciones y grupos indígenas responsables** (tomado de “*Intellectual Property Rights for Indigenous Peoples*”, recopilado por Darrell A. Posey, capítulo 15, apéndice 1).

Este Pacto consta de las siguientes partes: prólogo, preámbulo, principios y esbozo de las responsabilidades y modalidades de asociación entre grupos indígenas, científicos e instituciones de investigación.

En el prólogo se señala que:

“Este Pacto no debe considerarse como un producto acabado en el que se definen modalidades de asociación equitativas, sino como una herramienta para redefinir los derechos de propiedad intelectual a través de un proceso de consultas, debates, discusiones y de esfuerzos creativos por parte de los diversos pueblos y grupos interesados en establecer una base nueva para el desarrollo sostenible [...]”.

El Pacto se presenta como un mecanismo que se apoya en los conceptos de DPI que utilizan “derechos conexos” en los siguientes ámbitos:

*Derecho laboral,*

*normas jurídicas y acuerdos en materia de derechos humanos,*

*acuerdos económicos y sociales,*

*propiedad intelectual y protección de las variedades vegetales,*

*derechos de los agricultores,*

*convenciones jurídicas sobre el medio ambiente,*

*leyes de libertad religiosa,*

*normas consuetudinarias y prácticas tradicionales,*

*propiedad y patrimonio culturales”.*

En el preámbulo se señala que el Pacto sobre los DPI “*no tiene nada que ver con la explotación comercial a corto plazo y, en cambio, sí tiene mucho que ver con las modalidades de asociación a largo plazo que se manifiestan a través del comercio y el intercambio responsable en beneficio mutuo*”.

**Principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas (E/CN.4/Sub.2/1996/26).** Este informe contiene una serie de principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas. En él se reconoce la importancia del principio de libre determinación para la protección del patrimonio de estos pueblos. Asimismo, en este informe el patrimonio se define de modo que en él se incluyen los objetos pasados y futuros, el conocimiento y las obras literarias o artísticas que se basan en esa herencia.

**Declaración de Mataatua sobre Derechos Culturales y de Propiedad Intelectual de los Pueblos Indígenas de 1993.** Esta declaración sobre derechos de propiedad intelectual, la primera hecha por una organización de pueblos indígenas, contiene mucho de lo que la comunidad maorí y los pueblos indígenas estiman importante en relación con la protección de los derechos culturales y de propiedad intelectual. En particular:

“RECOMENDACIONES DESTINADAS A LOS ESTADOS Y A LOS ORGANISMOS NACIONALES E INTERNACIONALES

En la elaboración de políticas y prácticas, los Estados y los organismos nacionales e internacionales deberán:

*2.1 Reconocer que los pueblos indígenas son los guardianes de sus conocimientos consuetudinarios y tienen derecho a proteger y controlar la difusión de esos conocimientos.*

2.2 *Reconocer que los pueblos indígenas también tienen derecho a crear nuevos conocimientos basándose en las tradiciones culturales.*

2.3 *Tomar nota de que los mecanismos de protección existentes resultan insuficientes para proteger los derechos culturales y de propiedad intelectual de los pueblos indígenas.*

2.4 *Aceptar que los derechos culturales y de propiedad intelectual de los pueblos indígenas se confieren a quienes han creado los conocimientos y expresiones culturales.*

2.5 *Elaborar en estrecha colaboración con los pueblos indígenas un régimen adicional de derechos culturales y de propiedad intelectual que incorpore los siguientes aspectos:*

*Propiedad y origen colectivos (y también individuales)*

*Cobertura retroactiva de las obras históricas y contemporáneas*

*Protección contra la degradación de artículos culturalmente significativos*

*Un marco cooperativo en lugar de uno competitivo*

*Los primeros beneficiarios serán los descendientes directos de los guardianes tradicionales de esos conocimientos*

*Cobertura multigeneracional*<sup>133</sup>.

## **INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS QUE TRATAN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y PATRIMONIO CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

### ***Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) (1948)***

“Artículo 27:

- 1) Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten;
- 2) Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

### ***Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966***

“Artículo 15:

- 1) Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
  - a) Participar en la vida cultural;
  - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
  - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”

### ***Convenio sobre la Diversidad Biológica***

“Artículo 8 j):

Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.”

### ***Convenio de la Organización Mundial del Trabajo n° 169***

“Artículo 15 1):

Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.”

### ***Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003***<sup>134</sup>

“Artículo 1: *Finalidades de la Convención*

*La presente Convención tiene las siguientes finalidades:*

- a) la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial;*
- b) el respeto del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos de que se trate;*
- c) la sensibilización en el plano local, nacional e internacional a la importancia del patrimonio cultural inmaterial y de su reconocimiento recíproco;*
- d) la cooperación y asistencia internacionales.*

Artículo 2: *Definiciones*

*A los efectos de la presente Convención,*

*1. Se entiende por “patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos*

<sup>133</sup> El texto completo de la *Declaración de Mataatua sobre Derechos Culturales y de Propiedad Intelectual de los Pueblos Indígenas* puede consultarse en <http://aotearoa.wellington.net.nz/imp/mata.htm>.

<sup>134</sup> Fuente: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540e.pdf>

reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.

2. El "patrimonio cultural inmaterial", según se define en el párrafo 1 supra, se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes:
- a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial;
  - b) artes del espectáculo;
  - c) usos sociales, rituales y actos festivos;
  - d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo;
  - e) técnicas artesanales tradicionales.

3. Se entiende por "salvaguardia" las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión - básicamente a través de la enseñanza formal y no formal- y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos.

#### **Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**<sup>135</sup>

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó el proyecto de declaración el 29 de junio de 2006. El CDH recomendó su adopción en la Asamblea General de las Naciones Unidas que tendría lugar más adelante ese mismo año. Nueva Zelandia no apoyó su adopción porque estimaba, entre otras cosas, que constituía una amenaza contra su soberanía nacional. Existían discrepancias dentro de la comunidad maorí sobre la cuestión de si el texto revisado le restaba fuerza al proyecto original. En cualquier caso, la comunidad maorí no se opuso a su adopción, habida cuenta de que muchas organizaciones de pueblos indígenas de todo el mundo se mostraban de acuerdo con el proyecto revisado.

La declaración contiene muchas disposiciones importantes que guardan relación directa con cualquier sistema o marco para la protección de los conocimientos tradicionales (matauranga) y del "resto de los bienes preciados" maoríes (*me o ratou taonga katoa*). A continuación se enumeran algunas de estas disposiciones:

#### Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural;

#### Artículo 4

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como los medios para financiar sus funciones autónomas.

#### Artículo 5

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

#### Artículo 13

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

#### Artículo 31

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Ka Mutu.

Me Rongo.

## **10. Apéndice 1**

### **Mandato para la revisión**

El consultor buscará el asesoramiento de especialistas a propósito de los más recientes proyectos de documentos de la OMPI:

*La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: objetivos y principios revisados* (WIPO/GRCC.TT.F/IC/8/4); y

*La protección de los conocimientos tradicionales: objetivos y principios revisados* (WIPO/GRCC.TT.F/IC/8/5).

El consultor buscará el asesoramiento de especialistas propios y examinará, desde la perspectiva de Nueva Zelandia, las siguientes cuestiones:

- ¿En qué medida los principios y objetivos políticos que figuran en los documentos se ajustan a la situación de Nueva Zelandia y, en particular, a la de la comunidad maorí? En el examen de la situación de Nueva Zelandia el consultor deberá incluir los siguientes temas: Tratado de Waitangi, marcos jurídicos, política gubernamental, conocimientos maoríes (matauranga Maori),

<sup>135</sup> La Declaración fue adoptada por el Consejo de Derechos Humanos por 30 votos a favor, 2 en contra y 12 abstenciones. Canadá y Rusia votaron en contra. El texto de la Declaración puede consultarse en <http://www.ohchr.org/english/issues/indigenous/groups/groups-02.htm>.

protocolos maoríes (tikanga), costumbres (kawa), normas y enfoques consuetudinarios, prácticas y directrices institucionales y de organización, enfoques y expectativas más recientes de la comunidad maorí en relación con los conocimientos tradicionales (“CC.TT.”) y ejemplos concretos de apropiación y uso indebido de los CC.TT. maoríes en Nueva Zelanda o en el extranjero.

- ¿En qué medida los principios y objetivos políticos contribuyen al desarrollo de un régimen de protección eficaz de los CC.TT. y las ECT?
- En relación con la apropiación y el uso indebido (y las acciones de terceros), sírvase indicar si esta cuestión puede abordarse sin reivindicar nuevos derechos de propiedad intelectual sobre los CC.TT.; ¿qué enfoque deben adoptar los titulares de CC.TT.?
- ¿Hay principios que revistan una importancia particular? ¿Cuáles y por qué motivos? ¿Podrían introducirse modificaciones y mejoras? En tal caso, ¿cuáles?
- Desde el punto de vista de la comunidad maorí o de Nueva Zelanda, ¿presentan lagunas los principios y objetivos políticos? En tal caso, ¿cuáles? Sírvase indicar qué enmiendas o modificaciones deberían efectuarse.
- ¿Son inapropiados algunos principios u objetivos políticos? ¿Cuáles y por qué motivos? Sírvase indicar qué enmiendas o modificaciones deberían efectuarse.
- A efectos de la protección de los CC.TT. y las ECT, ¿podrían considerarse ineficaces algunos principios u objetivos políticos?
- ¿Son apropiadas las condiciones, limitaciones y excepciones propuestas? Sírvase explicar por qué. ¿Podría indicar qué modificaciones deberían efectuarse y por qué motivos?
- ¿Existen diferencias significativas entre los documentos preparados para la séptima reunión del CIG (documentos 7/3 y 7/5) y los documentos preparados para la octava reunión del CIG? (algunos de los principios y objetivos políticos han sido modificados a consecuencia de las observaciones formuladas por otros participantes del CIG). En tal caso, ¿cuáles son estas diferencias? ¿Por qué son importantes? Si fuera el caso, ¿qué modificaciones deberían efectuarse?
- Sírvase formular observaciones sobre cualquier otra cuestión que estime importante.

## 11. Apéndice 2

### **“Marco Tikanga Maorí” para la protección, utilización, control y titularidad de los conocimientos maoríes (matauranga maori) y “el resto de bienes preciados” (me o ratou taonga katoa) (“El Marco Tikanga”)**

Se ha recomendado la elaboración de un marco, así como de un procedimiento, para la protección, utilización, desarrollo, titularidad y control de los conocimientos maoríes (matauranga maori) y el “resto de los bienes preciados” (me o ratou taonga katoa) (incluidos los recursos genéticos y biológicos y los derechos y obligaciones de propiedad intelectual) que son objeto de protección en virtud del Tratado de Waitangi (Te Tiriti o Waitangi). El Marco y procedimiento Tikanga será elaborado por la comunidad maorí en consultas con la Corona y los demás grupos pertinentes de los sectores público y privado.

El Marco Tikanga deberá basarse principalmente en los protocolos maoríes (tikanga) y en los principios del Tratado de Waitangi, teniendo en cuenta los marcos jurídicos y estatutarios de Aotearoa ([nombre en maorí de] Nueva Zelanda), así como los avances en el ámbito del Derecho Internacional. Una vez haya sido elaborado, el marco deberá incorporarse en la legislación nacional.

El Marco Tikanga para los matauranga maori me o ratou taonga katoa se caracterizará por incluir todos o algunos de los siguientes elementos:

El Marco será elaborado por la comunidad maorí tras celebrar las consultas apropiadas con las tribus iwi, hapu y whanau, los grupos urbanos maoríes y demás organizaciones maoríes pertinentes. Asimismo, deberán celebrarse consultas con los organismos de la Corona y otras partes interesadas del sector privado y grupos de interés (por ejemplo, grupos del sector de la horticultura, grupos del sector del diseño, grupos relacionados con la propiedad intelectual, institutos de investigación de la Corona, etc.);

El Marco se basará principalmente en los protocolos maoríes (tikanga maori) y reflejará los valores y prácticas culturales maoríes; ahora bien, también tendrá en cuenta los marcos legislativos y regulatorios vigentes, las normas y la legislación internacionales sobre derechos humanos, así como los intereses y opiniones de otras partes interesadas como las instituciones de investigación y los empresarios;

El Marco Tikanga podría contar con dos o más órganos o componentes a nivel local, regional y/o nacional dependiendo de las necesidades y expectativas de la comunidad maorí y de los problemas prácticos que plantee el establecimiento y la gestión continua de una estructura de esta índole. Es importante que tales órganos tengan en cuenta y funcionen de conformidad con las políticas gubernamentales;

La comunidad maorí se encargará de realizar los nombramientos para este órgano (u órganos) tras efectuar las consultas apropiadas y en cumplimiento de los procedimientos requeridos. Los grupos demandantes originales de la reclamación “WAI 262” deberían constituir el núcleo de cualquier grupo que vaya a emprender un proceso de consultas a nivel nacional con la comunidad maorí. El proceso de consultas facilitará la obtención de información sobre los antecedentes de las cuestiones y permitirá el planteamiento de posibles opciones para debate y examen por parte de la comunidad maorí;

Es importante que la estructura sea flexible, de modo que pueda tener en cuenta los problemas que afectan a la comunidad maorí en todos los niveles, es decir, en el nivel de los iwi, hapu y whanau y en el nivel individual y nacional (esto es, problemas generales que afectan a muchos o a todos los iwi/hapu). Esta estructura también deberá abarcar los derechos de determinadas personas, como por ejemplo los artistas, escultores, practicantes de rongoa, músicos y diseñadores maoríes;

El Marco contará con mecanismos que aseguren la observancia y ejecución de las medidas que vayan a aplicarse. Esto exigirá a su vez la utilización de medios jurídicos y no jurídicos para garantizar la observancia de las medidas, tales como códigos de ética o directrices y protocolos que estipulen derechos y obligaciones y que hayan sido concebidos con fines educativos para incitar al cumplimiento voluntario del Marco Tikanga.

#### *Otras consideraciones importantes relativas al Marco Tikanga:*

Aunque no se afirme explícitamente, las estructuras jurídicas y normativas de Nueva Zelanda deberán modificarse de manera que estén en consonancia con el Marco Tikanga. Entre las diferentes opciones a que puede dar lugar este modelo se cuentan la utilización, desarrollo y refuerzo de modelos de tikanga y de normas consuetudinarias maoríes vigentes, la elaboración de mecanismos *sui generis* y la adaptación de las normas, políticas y procedimientos existentes;

La dotación de recursos adecuados por parte de la Corona permitirá:

Celebrar consultas en toda la nación con las tribus, grupos urbanos y demás organizaciones maoríes para debatir la formación de una estructura (o estructuras) adecuadas;  
Garantizar la gestión continua y el funcionamiento correcto del Marco Tikanga;  
Contar con asistencia para cubrir los costos relacionados con la educación y con la observancia y ejecución de las medidas.

*El Marco Tikanga podría cumplir todas o algunas de las siguientes funciones:*

Actuar como punto de contacto a nivel nacional/regional y servir como punto de referencia para los *iwi, hapu, whanau* o para *individuos particulares*, según sea el caso, una vez se determine el nivel de decisión más apropiado dentro de la comunidad maorí para abordar la cuestión de que se trate. En los casos en que sea evidente que una determinada cuestión incumbe a tribus u otros grupos o a un individuo (o individuos), estos se remitirán a dicho órgano para darles curso. Si se trata de una cuestión que incumbe a toda la comunidad maorí a nivel nacional, será entonces un órgano nacional como el indicado arriba el que se encargue de darle curso y de tomar las medidas apropiadas a nivel nacional;

Elaborar mecanismos para la protección y la utilización de *matauranga maori me o ratou taonga katoa* teniendo en cuenta los siguiente elementos:

El Tratado de Waitangi (Te Tiriti o Waitangi)

Los protocolos maoríes (*tikanga maori*), normas consuetudinarias y valores de las tribus *whanau, hapu e iwi*;

El sistema jurídico, el derecho estatutario, las políticas y normativas gubernamentales de Nueva Zelanda;

Las normas internacionales en materia de derechos humanos, normas consuetudinarias, proyectos de convenios (por ejemplo, el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Declaración de Mataatua, Proyecto de objetivos y principios de la OMPI, Convenio sobre la Biodiversidad, etc.);

Los códigos de ética y las directrices de investigación pertinentes a nivel nacional e internacional;

Las necesidades y expectativas del sector privado y de los empresarios.

Actuar como un órgano de apoyo especializado para las tribus y organizaciones a fin de ayudarlas a adquirir la capacidad de emprender investigaciones propias sobre las que ellas mismas mantengan el control;

Servir de enlace con los departamentos gubernamentales, la empresa privada, las autoridades locales y otros organismos con responsabilidades o poder de decisión en relación con los *matauranga maori me o ratou taonga katoa*;

Servir como órgano consultivo en el ámbito de los maoríes (*Maoridom*). Este sería un elemento clave del Marco Tikanga. Las asambleas en las comunidades maoríes (*hui*) y las consultas con la comunidad maorí deberán celebrarse con regularidad.

## 12. Apéndice 3

### CÓDIGO DE ÉTICA DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE ETNOBIOLOGÍA\*

\* Debatido y adoptado en la Asamblea General de la Sociedad Internacional de Etnobiología celebrada durante el décimo Congreso Internacional de Etnobiología, Chiang Rai, Tailandia, el 8 de noviembre de 2006, pendiente de la adición del sumario ejecutivo y el glosario.

El Código de ética de la Sociedad Internacional de Etnobiología (SIE) proporciona un marco para la toma de decisiones y pautas de conducta para la investigación etnobiológica y otras actividades conexas. Este Código de ética tiene su origen en la Declaración de Belém de 1988 emitida con ocasión de la fundación de la Sociedad Internacional de Etnobiología (en Belém, Brasil). Este documento ha sido desarrollado a lo largo de más de una década y representa la culminación de un proceso de debates basados en el consenso en el que han intervenido los Miembros de la SIE.

El Código de ética consta de cuatro partes: i) Preámbulo, ii) Objetivo, iii) Principios y iv) Directrices prácticas, y refleja la visión de la SIE expresada en el artículo 2.0:

El objetivo de la SIE es lograr un mejor entendimiento de las complejas relaciones que existen y han existido en las sociedades humanas y entre las sociedades humanas y su entorno. La SIE busca promover la existencia armoniosa entre la especie humana y los ecosistemas biológicos en beneficio de futuras generaciones. Los etnobiólogos reconocen que los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales son de vital importancia para la conservación de la diversidad biológica, cultural y lingüística.

Todos los Miembros de la SIE se comprometen de buena fe a cumplir el presente Código de ética.

#### PREÁMBULO

Un valor importante de este Código es el concepto de “atención consciente”, que implica la obligación de estar totalmente consciente de lo que uno sabe y de lo que no sabe, de lo que uno hace y de lo que no hace, de la acción y de la inacción. Se reconoce que en el pasado se han llevado a cabo múltiples investigaciones sin la aprobación ni el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales, y que dichas investigaciones han causado daños y afectado adversamente los derechos y responsabilidades de estos pueblos con respecto a su patrimonio biocultural<sup>136</sup>.

<sup>136</sup> El patrimonio biocultural consiste en el patrimonio cultural (tangibles e intangibles, incluyendo normas consuetudinarias, folclore, valores espirituales, conocimientos, innovaciones y prácticas) y el patrimonio biológico (diversidad de genes, variedades, especies, abastecimiento y regulación del ecosistema y servicios culturales) de los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales; suelen estar indisolublemente relacionados debido a la interacción entre los pueblos y la naturaleza en el curso del tiempo y su forma depende de los contextos socioecológico y económico. Este patrimonio incluye el paisaje, que constituye una dimensión espacial en la cual evoluciona el patrimonio biocultural indígena. Este patrimonio se transmite de generación en generación y las comunidades interesadas lo desarrollan, cultivan y administran de forma colectiva de conformidad con normas consuetudinarias.

El compromiso de la SIE es trabajar en genuina asociación y colaboración con los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales para evitar la perpetuación de pasadas injusticias y construir relaciones positivas, benéficas y armoniosas en el campo de la etnobiología. La SIE reconoce que la cultura y la lengua están intrínsecamente conectadas con la tierra y el territorio, del mismo modo que la diversidad cultural y lingüística están indisolublemente ligadas a la diversidad biológica. Por lo tanto, la SIE reconoce que las responsabilidades y derechos de los pueblos indígenas, comunidades tradicionales y locales para la preservación y el desarrollo continuo de sus culturas y lenguas, así como para el control de sus tierras, territorios y recursos tradicionales son fundamentales para la perpetuación de todas las formas de diversidad en el planeta.

## OBJETIVO

El objetivo de este Código de ética es facilitar el establecimiento de relaciones éticamente correctas y equitativas:

- i) optimizar los resultados positivos y reducir en la medida de lo posible los efectos desfavorables de las investigaciones (en todas sus formas, incluida la investigación aplicada y la labor de desarrollo) y actividades conexas llevadas a cabo por etnobiólogos, que puedan alterar o privar a los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales de las formas de vida consuetudinarias y por ellos escogidas; y
- ii) proporcionar un conjunto de principios y prácticas que rijan la conducta de todos los Miembros de la SIE que participen o deseen participar en investigaciones de cualquier tipo, especialmente aquellas que supongan la verificación y el uso de conocimientos tradicionales o la recolección de flora, fauna u otro elemento perteneciente al patrimonio biocultural de una comunidad dentro de sus tierras o territorios.

La SIE reconoce, apoya y da prioridad al esfuerzo que pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales realizan para emprender y conservar la titularidad sobre sus investigaciones, colecciones, imágenes, grabaciones, bases de datos y publicaciones. El objetivo del presente Código de ética es facultar a los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales para realizar investigaciones dentro de su sociedad y para su propio uso.

Este Código de ética también sirve para ofrecer orientación a etnobiólogos y demás investigadores, así como a dirigentes de empresas, responsables de la formulación de políticas, gobiernos, organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas, organismos de financiación y otras entidades que quieran entablar relaciones de colaboración significativas con los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales, evitando de este modo la perpetuación de injusticias cometidas en el pasado con estos pueblos. La SIE reconoce que el éxito de estas relaciones depende de que todas las actividades de investigación pertinentes (esto es, planificación, ejecución, análisis, presentación de informes y aplicación de resultados) se realicen en colaboración. Deberán tenerse en cuenta las necesidades de toda la humanidad y aplicarse criterios científicos rigurosos, al tiempo que se reconoce y se respeta la integridad cultural de los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales.

A fin de realizar los objetivos del presente Código de ética y de la SIE es necesario que todas las partes se comprometan a colaborar de forma significativa y a asumir responsabilidades recíprocas.

Este Código de ética reconoce y expresa su aprecio por las normas, protocolos y metodologías existentes de las comunidades a las que se proponen actividades de investigación en colaboración. Por ello, en lugar de invalidarlos, deberá fomentar tales procesos y estructuras de toma de decisiones comunitarios. Deberá facilitar la conclusión de acuerdos de investigación negociados conjuntamente y centrados en la comunidad, que sirvan para fortalecer las metas comunitarias.

## PRINCIPIOS

Los principios de este Código abarcan, apoyan e incorporan la noción y la aplicación de los derechos sobre los recursos tradicionales<sup>137</sup>, tal y como se articulan en principios y prácticas establecidos en instrumentos y declaraciones internacionales y que incluyen, aunque no se limitan a ellos, los documentos mencionados en el anexo 2 de los Estatutos de la SIE. Estos principios también facilitan el cumplimiento de los criterios establecidos tanto en las leyes y políticas nacionales e internacionales como en las prácticas consuetudinarias. Los principios que se enumeran a continuación constituyen los supuestos fundamentales del presente Código de ética.

### *1. Principio de derechos y responsabilidades previas*

Este principio reconoce que los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales tienen intereses, responsabilidades culturales y derechos de propiedad previos sobre todos los recursos naturales del aire, la tierra y las vías fluviales que estos pueblos han habitado o utilizado de forma tradicional, al igual que sobre todos los conocimientos, derechos de propiedad intelectual y derechos sobre los recursos tradicionales asociados con dichos recursos y su utilización.

### *2. Principio de libre determinación*

Este principio reconoce que los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales tienen derecho a la libre determinación (determinación local de las comunidades tradicionales y locales) y que los investigadores y organismos conexos reconocerán y respetarán dichos derechos en sus negociaciones con estos pueblos y sus comunidades.

---

<sup>137</sup> Los derechos sobre los recursos tradicionales fueron definidos de la siguiente forma por Posey y Dutfield (1996:3): “El término “tradicional” se refiere a aquellas prácticas, creencias, costumbres, conocimientos y patrimonio cultural de las comunidades indígenas y locales que viven en estrecha asociación con la Tierra; el término “recurso” se utiliza en su sentido más amplio para referirse a todos los conocimientos y tecnologías, cualidades estéticas y espirituales y fuentes tangibles e intangibles que en conjunto son considerados por las comunidades como elementos necesarios para asegurar una forma de vida saludable y satisfactoria para las generaciones presentes y futuras; los “derechos” se refieren a la garantía básica e inalienable de que todos los seres humanos y entidades colectivas en las que han decidido participar podrán cubrir las necesidades que les permitan alcanzar y conservar su propia dignidad y bienestar, así como los de sus predecesores y descendientes”.

### *3. Principio de inalienabilidad*

Este principio reconoce los derechos inalienables de los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales en relación con sus territorios tradicionales, los recursos naturales que ellos contienen (incluidos los recursos biológicos y genéticos) y los conocimientos tradicionales conexos. Estos derechos son colectivos por naturaleza pero pueden incluir derechos individuales. Corresponderá a los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales determinar por sí mismos la naturaleza, alcance y alienabilidad de sus respectivos regímenes de derechos sobre los recursos.

### *4. Principio de guardianes tradicionales*

Este principio reconoce el carácter global de la relación del hombre con los ecosistemas de la Madre Tierra, así como la obligación y la responsabilidad de los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales de preservar y mantener el papel que desempeñan como guardianes tradicionales de estos ecosistemas mediante el mantenimiento de sus culturas, identidades, lenguas, mitologías, creencias espirituales, prácticas y normas consuetudinarias, de conformidad con el derecho de libre determinación.

### *5. Principio de participación activa*

Este principio reconoce la importancia crucial de la participación activa de los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales en todas las etapas de las investigaciones y actividades conexas, desde su concepción hasta su conclusión, así como en la etapa de la aplicación de resultados. La participación activa incluye colaborar en la preparación de las investigaciones de manera que se aborden necesidades y prioridades locales; incluye asimismo la revisión de los resultados antes de su publicación o divulgación a fin de asegurarse de la exactitud de la información y del cumplimiento de los criterios establecidos en el presente Código de ética.

### *6. Principio de divulgación completa*

Este principio reconoce que los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales tienen derecho a estar completamente informados sobre la naturaleza, alcance y propósito último de las investigaciones que se propongan (incluidos el objetivo, la metodología, la recopilación de datos, la divulgación y la aplicación de resultados). Esta información debe ser divulgada de manera que resulte comprensible y útil a nivel local y teniendo en cuenta los conocimientos, preferencias culturales y formas de transmisión propias de estos pueblos y comunidades.

### *7. Principio de consentimiento informado previo*

El consentimiento informado previo debe obtenerse antes de iniciar cualquier investigación y a nivel individual y colectivo, según lo determinen las estructuras de gobierno de la comunidad. El consentimiento informado previo se considera un proceso continuo basado en la relación de colaboración y que persiste a lo largo de todas las etapas de la investigación. Este principio reconoce que el consentimiento informado previo exige un proceso educativo en el que se empleen, según sea necesario, métodos y herramientas pedagógicas bilingües e interculturales con el objeto de garantizar el entendimiento entre las partes interesadas. El consentimiento informado previo implica asimismo que las comunidades directamente afectadas recibirán información completa y comprensible en relación con el propósito, la naturaleza del programa, proyecto, estudio o actividades propuestos, los posibles resultados e implicaciones, incluidos todos los beneficios o riesgos razonablemente previsibles (de carácter tangible o intangible) para las comunidades interesadas. Los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales tienen el derecho de tomar decisiones sobre cualquier programa, proyecto, estudio o actividades que los afecten de forma directa. En los casos en los que la finalidad de las investigaciones o actividades conexas que se proponen no estén en consonancia con los intereses de los pueblos, sociedades o comunidades de que se trate, estos tendrán derecho a negar la realización de tales investigaciones y actividades.

### *8. Principio de confidencialidad*

Este principio reconoce que los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales, a su discreción, tienen derecho a impedir la publicación y/o a mantener confidencial toda información relativa a su cultura, identidad, lenguaje, tradiciones, mitologías, creencias espirituales o genómica. Las partes en las investigaciones tienen la responsabilidad de conocer y acatar los sistemas locales de gestión de los conocimientos y la innovación, especialmente por lo que respecta a los conocimientos sagrados y secretos. Además, los investigadores y demás usuarios potenciales deberán garantizar la confidencialidad. Los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales, a su discreción, también tienen derecho a la privacidad y al anonimato.

### *9. Principio del respeto*

Este principio reconoce la obligación de los investigadores de respetar la integridad, la moralidad y la espiritualidad de la cultura, las tradiciones y las relaciones de los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales con los mundos articulados en sus respectivas cosmovisiones.

### *10. Principio de protección activa*

Este principio reconoce la importancia de que los investigadores tomen medidas activas para proteger y fortalecer las relaciones de los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales con su entorno, promoviendo de este modo el mantenimiento de la diversidad cultural y biológica.

### *11. Principio de precaución*

Este principio reconoce la complejidad de las interacciones entre las comunidades culturales y biológicas y, por consiguiente, la incertidumbre inherente de los efectos derivados de las investigaciones etnobiológicas y de otra índole. El principio de precaución preconiza la toma de medidas proactivas y anticipatorias a fin de identificar y prevenir daños culturales y biológicos que puedan resultar de las actividades o resultados de las investigaciones, incluso en los casos en que las relaciones de causalidad aún no hayan sido demostradas científicamente. La predicción y evaluación de los daños biológicos y culturales deberá incorporar criterios e indicadores locales y, por consiguiente, deberá contar con la completa participación de los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales. Esto implica también la responsabilidad de evitar la imposición de concepciones y criterios ajenos.

*12. Principio de reciprocidad, beneficio mutuo y distribución equitativa*

Este principio reconoce que los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales tienen derecho a participar y beneficiarse de procesos, resultados y efectos tangibles o intangibles que se deriven directa o indirectamente y a corto o largo plazo de las investigaciones etnobiológicas y actividades conexas que tengan alguna relación con sus conocimientos y recursos. El beneficio mutuo y la distribución equitativa se acordarán en términos apropiados desde el punto de vista cultural y en consonancia con los deseos de la comunidad de que se trate.

*13. Principio de apoyo a las investigaciones indígenas*

Este principio reconoce y apoya los esfuerzos de los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades para emprender investigaciones sobre la base de epistemologías y metodologías propias, crear mecanismos de intercambio de conocimientos y utilizar colecciones y bases de datos propias de conformidad con necesidades que ellos mismos hayan determinado. La creación de capacidades, los intercambios de formación y la transferencia de tecnología para comunidades e instituciones locales que sean necesarios a tal efecto deberán quedar incluidos, en la medida de lo posible, en las actividades relativas a la investigación, el desarrollo y la gestión conjunta.

*14. Principio del ciclo interactivo dinámico*

Este principio reconoce que las investigaciones y las actividades conexas solamente se iniciarán cuando exista una garantía razonable de que podrán completarse todas sus etapas, desde a) la preparación y evaluación; b) la ejecución completa; c) la evaluación, divulgación y entrega de resultados a las comunidades en términos comprensibles y apropiados a las condiciones locales; hasta d) la formación y educación, incluidas las aplicaciones prácticas de los resultados, que forman parte integral del proyecto. Así pues, todos los proyectos deberán considerarse como ciclos dinámicos de comunicación e interacción continuos.

*15. Principio de las medidas correctivas*

Este principio reconoce que se procurará hacer todos los esfuerzos necesarios para evitar cualquier consecuencia desfavorable para los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales que se produzca a raíz de las investigaciones y actividades conexas. Si, a pesar de la aplicación de los criterios estipulados en el presente Código de ética, se produce alguna consecuencia desfavorable, se iniciarán conversaciones con los pueblos o comunidades locales de que se trate a fin de decidir qué medidas correctivas es necesario aplicar para reparar o mitigar el daño ocasionado. Cuando proceda y con el acuerdo de las partes, las medidas correctivas podrán incluir la restitución.

*16. Principio del reconocimiento y los créditos debidos*

Este principio establece que los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales deberán ser reconocidos de forma apropiada y ser mencionados en todas las publicaciones y demás formas de divulgación que hayan sido acordadas por su contribución tangible o intangible en las actividades de investigación. Se reconocerá la coautoría cuando corresponda. El reconocimiento debido a los pueblos indígenas, sociedades tradicionales y comunidades locales se extiende igualmente a las aplicaciones y usos secundarios o posteriores y los investigadores actuarán de buena fe para garantizar que en los registros públicos se mantengan la conexiones con las fuentes originales de los conocimientos y recursos.

*17. Principio de diligencia*

Este principio establece que los investigadores deberán tener una comprensión cabal del contexto local antes de concluir acuerdos de investigación con una comunidad. Ello incluye el conocimiento y la disposición de acatar los sistemas de gobierno locales, las normas y protocolos culturales, las costumbres y la etiqueta sociales. Se espera además que, en la medida de lo posible, los investigadores realicen su investigación en la lengua local, lo que supone un dominio adecuado de la lengua o la utilización de intérpretes.

## **DIRECTRICES PRÁCTICAS**

Las directrices que se indican a continuación constituyen una aplicación práctica de los principios anteriores.

Se reconoce que el presente Código de ética es un documento vivo que debe modificarse para adecuarlo a interpretaciones y circunstancias nuevas; así pues, en los casos en que no se hayan establecido directrices aplicables a determinadas situaciones concretas, los principios deberán utilizarse como punto de referencia para establecer las prácticas apropiadas. Asimismo, se reconoce que los pueblos indígenas, tradicionales o locales que lleven a cabo investigaciones en sus comunidades y para usos propios pueden estar obligados a cumplir sus propios protocolos y prácticas culturales. En caso de que exista una contradicción entre esas exigencias y estas directrices, las partes se comprometerán a trabajar en estrecha colaboración con el fin de establecer las prácticas apropiadas.

Las directrices prácticas son aplicables a toda investigación, colección, base de datos, publicación, imagen, grabación de audio o de vídeo, así como a cualquier otro producto obtenido como resultado de las investigaciones y actividades conexas que se hayan realizado.

1. Antes de emprender cualquier actividad de investigación deberá tenerse una comprensión adecuada de la institución (o instituciones) de la comunidad local en las que reside la autoridad y de sus intereses en relación con la investigación; asimismo, deberán conocerse los protocolos culturales de la comunidad de que se trata. Deberá hacerse un esfuerzo concienzudo y de buena fe para ampliar esos conocimientos mediante una labor de comunicación continua y participación activa durante todo el proceso de investigación.
2. El consentimiento informado previo deberá obtenerse antes de dar inicio a cualquier actividad de investigación. Lo más conveniente es una prueba por escrito y/o grabación en cinta de este consentimiento, utilizando un lenguaje y un formato comprensibles para todas las partes que participen en las investigaciones; debe ser otorgado por las personas u órganos de deliberación identificados como las autoridades más representativas de cada una de las comunidades que pudieran verse afectadas.
3. Como parte del principio de consentimiento informado previo, se deberá facilitar información completa a las comunidades que pudieran verse afectadas y establecer mecanismos que garanticen la comprensión mutua de los elementos que se describen a continuación, según los efectos que razonablemente puedan preverse:

- a) La totalidad de los posibles beneficios (tangibles e intangibles) para las comunidades, los investigadores y demás partes interesadas;
- b) El alcance de los daños (tangibles o intangibles) para dichas comunidades que razonablemente puedan preverse;
- c) Todas las afiliaciones pertinentes del individuo u organización (o de los individuos u organizaciones) que desean llevar a cabo las actividades (incluida, cuando proceda, la información de contacto de los comités de ética de investigación institucionales) y copias de la aprobación de la investigación otorgada por el comité de ética correspondiente;
- d) Todos los patrocinadores del individuo u organización (o de los individuos u organizaciones) que participan en las actividades;
- e) Cualquier intento de comercializar los resultados de las actividades o cualquier posibilidad comercial previsible que sea de interés para las partes que participan en el proyecto y/o para terceros que puedan tener acceso a los resultados de los proyectos de forma directa (por ejemplo entrando en contacto con los investigadores o las comunidades) o indirecta (por ejemplo a través de publicaciones).

4. Quienes proponen las investigaciones deberán asegurarse de cumplir los siguientes requisitos antes de iniciar sus actividades de investigación:

- a) Que se ha llevado a cabo una labor de comunicación y consulta exhaustivas con las comunidades que pudieran verse afectadas a fin de determinar las condiciones de la investigación y garantizar que estén en consonancia con los principios.
- b) Que se haya concedido aprobación en la forma estipulada por el sistema de gobierno local de cada comunidad afectada.
- c) Que los permisos y aprobaciones hayan sido concedidos por el gobierno, así como por otras autoridades locales y nacionales, de conformidad con las normas y políticas locales, nacionales e internacionales.

5. Todas las personas y organizaciones que emprendan actividades de investigación deberán hacerlo de buena fe, de conformidad y con el debido respeto por las normas culturales y la dignidad de todas las comunidades que pudieran verse afectadas; deberán hacerlo con el compromiso de que la obtención de muestras e información –zoológica, botánica, mineral o cultural– y la compilación de datos o la publicación de información al respecto, deberá hacerse teniendo en cuenta el contexto global y respetando los sistemas de normas y creencias de las comunidades de que se trate. Esto incluye apoyar o crear mecanismos de procedencia para garantizar que, a efectos del reconocimiento, el origen de las colecciones quede claramente determinado, establecer el estado de la técnica en previsión de futuras reivindicaciones de titularidad y facilitar procesos de revalidación del consentimiento con el objeto de establecer nuevos términos de mutuo acuerdo para posteriores usos o aplicaciones de las colecciones o productos derivados de las mismas.

Se insta a los investigadores a introducir la información recopilada en bases de datos y registros locales, si existieran, y a elaborar mecanismos tales como certificados comunitarios de origen vinculados a bases de datos. Asimismo, se insta a los investigadores a apoyar y crear, en la medida de lo posible, las capacidades para establecer sistemas comunitarios de gestión de datos. Las reivindicaciones o aplicaciones de titularidad de propiedad intelectual relativas a los conocimientos o recursos conexos de las investigaciones realizadas en colaboración no deberán perjudicar la integridad cultural ni los medios de vida de las comunidades interesadas.

6. Los términos y condiciones mutuamente acordados de la investigación serán objeto de un acuerdo redactado en un lenguaje y un formato que sean claramente comprensibles para todas las partes. El acuerdo abordará y se ajustará a los siguientes criterios:

- a) Se realizará por escrito y/o en una grabación en cinta (si la comunidad lo permite), utilizando en la medida de lo posible la lengua local. En caso de que la escritura o la grabación en cinta estén prohibidas por las normas culturales, las partes deberán trabajar conjuntamente para encontrar una alternativa aceptable para documentar los términos del acuerdo.
- b) Se concluirá con cada una de las comunidades que pudieran verse afectadas, una vez se hallan cumplido los requisitos de divulgación completa, celebración de consultas, otorgamiento del consentimiento informado previo con respecto al beneficio mutuo y la distribución equitativa, la compensación, las medidas correctivas y cualquier otro aspecto que sea considerado pertinente por las partes en la investigación.
- c) Abordará los elementos mencionados en el apartado 6 b) relativos a los posibles usos y a todas las cuestiones de titularidad sobre los resultados de la investigación, incluidos los productos derivados, tales como muestras biológicas o de otra índole, fotografías, películas, cassetes de vídeo, cassetes de audio, transmisiones públicas, traducciones, comunicaciones por medios electrónicos, incluida la Internet. Todo esto supone un acuerdo claro sobre derechos y condiciones relacionados con quién posee, mantiene, utiliza, controla y tiene derechos sobre los procedimientos, la información y los resultados (directos o indirectos) de las investigaciones.
- d) Especificará las cuestiones relativas a la atribución, créditos, autoría, coautoría y reconocimiento debido a todos los que contribuyan en los procesos y resultados de las investigaciones, reconociendo y valorando las competencias académicas, culturales y locales;
- e) Especificará cómo y en qué formas se compartirán la información y los resultados obtenidos con cada una de las comunidades interesadas y garantizará que el acceso y las formas escogidas sean apropiados y aceptables para las respectivas comunidades. Los sistemas de gestión de datos e información comunitarios, como registros y bases de datos locales, deberán recibir apoyo en la mayor medida posible.
- f) Estipulará los acuerdos a los que se haya llegado con respecto a lo que podría considerarse sagrado, secreto o confidencial y de qué manera, llegado el caso, será tratado y comunicado a las partes directamente relacionadas con la investigación y a otras que no estuvieran directamente relacionadas con ella.

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Apéndice, página 40

7. Los objetivos, términos y condiciones mutuamente acordados deberán divulgarse de forma completa y ser objeto de acuerdos entre todas las partes antes de emprender las actividades de investigación. Se reconoce que las investigaciones realizadas en colaboración pueden ser, por su diseño, iterativas, innovadoras y requerir modificaciones o adaptaciones. En tal caso, las modificaciones deberán ser discutidas y acordadas por todas las partes que participen en las investigaciones.
8. Todos los Miembros de la SIE o de organizaciones afiliadas a la SIE deberán respetar y cumplir las moratorias de las comunidades y países en relación con la recolección de información o materiales que deseen incluir en sus investigaciones, salvo que la moratoria se levante para permitir tales investigaciones.
9. Todos los usos educativos del material de investigación deberán estar en consonancia con el respeto de buena fe por la integridad cultural de todas las comunidades interesadas y, en la medida de lo posible, deberán elaborarse en colaboración con las comunidades de que se trate para uso mutuo.
10. Los materiales existentes de los proyectos que posea, custodie o controle un Miembro de la SIE u organización afiliada a la SIE deberán ser tratados en consonancia con lo estipulado en el presente Código de ética. Deberá notificarse a todas las comunidades interesadas, en la medida de lo posible, la existencia de dichos materiales y su derecho a la distribución equitativa, compensación, reparación, titularidad, repatriación y demás derechos, según sea apropiado. El consentimiento informado previo no deberá darse por supuesto en lo que concierne a la utilización por parte del público en general de la información biocultural y deberá actuarse con diligencia a fin de garantizar, en la medida de lo posible, que la procedencia o fuentes originales de los conocimientos y recursos conexos se incluyan y especifiquen en futuras publicaciones, usos y demás formas de divulgación.
11. Si en el curso de un proyecto llegara a determinarse que las prácticas de cualquiera de las partes que participan en la investigación ocasionan daños a los componentes de un ecosistema, las partes primero deberán llamar la atención de los infractores sobre tales prácticas y sus repercusiones y procurar iniciar un procedimiento de solución de diferencias de mutuo acuerdo, antes de informar a las autoridades de la comunidad y/o gobierno locales sobre tales prácticas y repercusiones.
12. Los Miembros de la SIE procurarán de buena fe examinar y asegurarse de que las propuestas, planificación y presupuestos de los proyectos sean apropiados para llevar a cabo investigaciones en colaboración de carácter interdisciplinario e intercultural y de que cumplan las estipulaciones del Código de ética de la SIE. Ello podría exigir el examen previo de una serie de elementos, a saber: ampliación de los plazos a fin de facilitar la tramitación de permisos, la elaboración de los términos y condiciones de mutuo acuerdo y la labor de comunicación continua; categorías presupuestarias adicionales; consideraciones sobre ética de la investigación y sobre la titularidad de la propiedad intelectual que complementen o que no estén en consonancia con las políticas de las instituciones patrocinadoras; requisitos adicionales para la presentación de informes y distribución de resultados; y mecanismos y formas de comunicación con las partes en las investigaciones, incluida la posibilidad de que sean necesarios un conocimiento satisfactorio de la lengua y medios para realizar traducciones. Los Miembros del SIE también procurarán que las entidades patrocinadoras, instituciones académicas e instituciones similares adquieran conciencia de que la adhesión al presente Código de ética podría implicar un aumento del tiempo y los costos necesarios.

#### **Bibliografía**

- Darrell Posey, 'Introduction: Culture and Nature-The Inextricable Link' en "Cultural and Spiritual Values of Biodiversity", 1999.
- Darrell A Posey, 'Traditional Resource Rights: International Instruments for Protection and Compensation for Indigenous Peoples and Local Communities', IUCN, 1996.
- David Williams, 'Crown Policy Affecting Maori Knowledge Systems and Cultural Practices', Waitangi Tribunal Publication 2001.
- Graham Dutfield, 'Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity', 2000.
- Haman Hajara, Organización de Mujeres Indígenas Africanas, Central Africa Network Yaoundé, Camerún, contribución para el Seminario Internacional sobre Conocimientos Tradicionales, Ciudad de Panamá, 21 al 23 de septiembre de 2005.
- I. H. Kawharu. (editado por by I.H. Kawharu) 'Waitangi: Maori and Pakeha Perspectives of the Treaty of Waitangi 1989'.
- Seminario internacional de expertos sobre Acceso a los recursos genéticos y distribución de beneficios. Acta de los debates, Cuernavaca, México, 24 al 27 de octubre de 2004.
- Janke, Terri Our Culture: Our Future – Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights.
- Maaka, Roger & Fleras, Augie (2004) 'The Politics of Indigeneity: Challenging the State in Canada and Aotearoa New Zealand' pág. 11.
- Declaración de Mataatua sobre Derechos Culturales y de Propiedad Intelectual de los Pueblos Indígenas de 1993.
- Consejo Maorí de Nueva Zelandia contra el Fiscal General [1987] 1 NZLR 641.
- Practice Guidelines Waitangi – Trade Marks Act 2002.
- Report on Principles and Guidelines for the Protection of Heritage of Indigenous Peoples (véase por ejemplo E/CN.4/sub.2/2000/26).
- Informe del Relator Especial de la Subcomisión de las Naciones Unidas sobre Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías (E/CN.4/Sub.2/1995/26) (Principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas), anexo 1, 21 de junio de 1995.
- Informe del Tribunal sobre la demanda *Motunui-Waitara*, 1983.
- Informe del Tribunal de Waitangi sobre la demanda *Manukau Harbour*, 1984.

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)  
Apéndice, página 41

Informe del Tribunal de Waitangi sobre la demanda *Maori Language*, 1985.

Informe del Tribunal de Waitangi sobre la demanda *Ngawha Geothermal Resources*, 1993.

Informe del Tribunal de Waitangi sobre la demanda *Radio Spectrum*, 1997.

Informe del Tribunal de Waitangi sobre la demanda *Te Whanau o Waipareira*, 1998.

Informe del Tribunal de Waitangi sobre la demanda *Muriwhenua Land*, (1997).

Sarah A Laird, (editado por) 'Biodiversity and Traditional Knowledge: Equitable Partnerships in Practice', 2002.

The 'Principles for Crown Action on the Treaty of Waitangi 1989'.

[Fin del Apéndice y del documento]