

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

Decimoséptima sesión
Ginebra, 6 a 10 de diciembre de 2010

PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES/EXPRESIONES DEL FOLCLORE ELABORADO EN EL IWG 1

Documento preparado por la Secretaría

INTRODUCCIÓN

1. El primer Grupo de Trabajo entre Sesiones (IWG 1) se reunió del 19 al 23 de julio de 2010 para examinar las expresiones culturales tradicionales (ECT). En relación con el documento WIPO/GRTKF/IC/17/4 Prov. (“La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: Objetivos y principios revisados”), el IWG 1 examinó las cuestiones y los artículos siguientes: objetivos y principios rectores generales; materia protegida (artículo 1); beneficiarios/gestión de los derechos (artículos 2 y 4); actos de apropiación indebida/excepciones y limitaciones/formalidades (artículos 3, 5 y 7); duración de la protección/disposiciones transitorias (artículos 6 y 9); sanciones/recursos y ejercicio de derechos (artículo 8); relación con la protección por propiedad intelectual y otras formas de protección, preservación y promoción (artículo 10), y protección regional e internacional (artículo 11).
2. Los resultados del IWG 1 se recogen en el “Informe resumido del primer Grupo de Trabajo entre Sesiones” (documento WIPO/GRTKF/IWG/1/2), que se distribuyó durante la presente sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) con la signatura WIPO/GRTKF/IC/17/8. En particular, tras un amplio y exhaustivo debate en una sesión plenaria del IWG 1, se crearon seis grupos abiertos e informales de redacción con el fin de proseguir los debates sobre los puntos de vista expresados en la sesión plenaria, consolidarlos, y proponer un texto simplificado que incluyera variantes respecto de la redacción de cada categoría de cuestiones. La labor de los grupos de redacción

informales fue consolidada y presentada por los respectivos relatores de los grupos de redacción a todos los expertos en la sesión plenaria del IWG 1 celebrada el 23 de julio de 2010, como base de la opinión que el IWG 1 debía transmitir al CIG. Los expertos reunidos en la sesión plenaria del IWG 1 formularon observaciones sobre los proyectos consolidados y algunos expertos añadieron nuevas variantes. Se tomó nota de las propuestas de redacción, observaciones y nuevas variantes que no se adoptaron como tales.

3. El IWG 1 pidió a la Secretaría que preparara, para la presente sesión del CIG, un documento que incorporara el proyecto de artículos preparado por los grupos de redacción informales, así como las observaciones adicionales formuladas en la sesión plenaria del IWG 1 el 23 de julio de 2010, y las nuevas variantes presentadas en tal sesión, tal como se indica *supra*. El presente documento atiende dicha petición.

Elaboración y estructura del presente documento

4. Los artículos elaborados en el IWG 1 figuran en el Anexo del presente documento. Respecto de cada artículo, también figura: i) la introducción realizada por los relatores del grupo de redacción de que se trate; ii) las observaciones sobre los artículos propuestos formuladas por los expertos en la sesión plenaria del IWG 1 el 23 de julio de 2010; y iii) las nuevas variantes presentadas por los expertos el mismo día. Las nuevas variantes presentadas se relacionaron con los artículos 1, 3 y 8.

Documentos conexos

5. Los siguientes documentos también se distribuyeron en la presente sesión del CIG, y se relacionan directamente con el presente documento:
“Informe resumido del primer Grupo de Trabajo entre Sesiones”, que también comprende la lista de participantes del IWG 1 (documento WIPO/GRTKF/IC/17/8); y
“Actas de los debates del IWG 1” (documento WIPO/GRTKF/IC/17/INF/7).

6. *Se invita al Comité a que examine y formule observaciones sobre los artículos que figuran en el Anexo con miras a elaborar una versión revisada y actualizada.*

[Sigue el Anexo]

ANEXO

ARTÍCULO 1

MATERIA PROTEGIDA

1. Las “expresiones culturales tradicionales” y/o “expresiones del folclore” constituyen todas las formas tangibles e intangibles en que se manifiesta[n] la cultura tradicional [y los conocimientos tradicionales] y que se transmiten de generación en generación, por ejemplo:
 - a) las expresiones fonéticas o verbales, tales como los relatos, las gestas épicas, las leyendas, la poesía, los enigmas y otras narraciones; las palabras, los signos, los nombres y los símbolos;
 - b) las expresiones musicales o sonoras, tales como las canciones, los ritmos y la música instrumental;
 - c) las expresiones corporales, como la danza, la representación escénica, las ceremonias, los rituales, los juegos, las funciones de marionetas y otras interpretaciones y ejecuciones; y
 - d) las expresiones tangibles, tales como las expresiones tangibles de artes, las artesanías, y las obras arquitectónicas y espirituales.
2. La protección debe ser aplicable a toda expresión cultural tradicional o expresión del folclore que sea fruto singular de un pueblo indígena o una comunidad local y pertenezca a dicho pueblo o comunidad como parte de su identidad o herencia cultural o social.
3. La elección concreta de los términos que califiquen la materia protegida debe determinarse en el ámbito nacional, subregional y regional.

[Sigue el comentario sobre el artículo 1]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL RELATOR

Justin Hughes presentó los trabajos del grupo de redacción sobre el artículo 1. Agradeció a N. S. Gopalakrishnan, Weerawit Weeraworawit, Sa'ad Twaissi, Esteriano Emmanuel Mahingila, Natacha Lenaerts, en calidad de observadora, así como a Benny Müller y Norman Bowman, y a varios expertos procedentes de ONG. El principal objetivo del grupo de trabajo fue simplificar el texto lo más posible, manteniendo al mismo tiempo el alcance previsto por los Estados miembros en el CIG.

Las únicas palabras que figuran entre corchetes en el texto “[y los conocimientos tradicionales]” en el artículo 1.1) no indican un desacuerdo en el grupo de trabajo, sino el deseo expresado, al menos por un experto (y compartido por otros), de esperar hasta conocer el alcance del texto o instrumento definitivo sobre los CC.TT. para determinar si este texto paralelo cubre adecuadamente los conocimientos tradicionales pertinentes. En otras palabras, no significa que algunos de los miembros del grupo consideren necesario tener en cuenta los conocimientos tradicionales en este texto, sino que es preferible esperar hasta conocer cuál será la materia protegida en un texto o un instrumento relativo a los CC.TT. antes de suprimir definitivamente toda referencia a los CC.TT. en el presente instrumento sobre las ECT.

El subpárrafo 1.a) sufrió una ligera modificación. En el subpárrafo 1.b), el grupo eliminó una referencia a “cuentos”, ya que están debidamente cubiertos en el subpárrafo a) por “narraciones y relatos, gestas épicas, leyendas y poesía”. En el subpárrafo 1.c), el grupo eliminó “obras dramáticas populares”, ya que están comprendidas en “representación escénica, ceremonias o rituales”. También eliminó “deportes” ya que están debidamente cubiertos por “juegos”.

En el subpárrafo 1.d) fue en el que la lista más se acortó y simplificó; el grupo eliminó la mayoría de los elementos enumerados en favor de “expresiones materiales de artes” o “artesanías”. El grupo reconoció que la lista inicial había sido extraída de las Disposiciones tipo OMPI-UNESCO de 1982, pero que por ser tan larga ya no es pertinente. Todos los elementos enumerados (“tallas de madera, esculturas, molduras, objetos de cerámica, objetos de terracota,... objetos de vidrio, alfombras... juguetes”) están comprendidos en “expresiones materiales de artes” o “artesanías”, o en ambas. En lo que respecta a “obras funerarias” y “sitios sagrados”, ambos conceptos podían estar comprendidos en “obras espirituales”. Afirmó que la noción de “obras espirituales” permitiría que los países reconocieran, en virtud de su legislación nacional, que un lugar sagrado puede constituir una ECT, pese a que no existe ningún acuerdo internacional al respecto. En otras palabras, tanto en el caso de los “deportes” como en el de los “sitios sagrados”, el grupo de trabajo informal reconoció el desacuerdo sustantivo entre los expertos y trató de encontrar conceptos que dieran a las naciones la posibilidad de incluir esas esferas en su propia aplicación de la protección de las ECT sin exigir necesariamente tal aplicación.

En lo que se refiere al párrafo 2), el grupo de trabajo concluyó que algunos de los elementos repetían los requisitos previstos en otras disposiciones del artículo 1 o del artículo 2. El grupo de trabajo trató de simplificar los conceptos que indican que las ECT deben ser el “producto de la actividad intelectual creativa”, así como una “característica... de la comunidad” “indicativas de la autenticidad” y “elementos genuinos”. También limitó la lista de criterios iniciales con el fin de garantizar que las ECT protegidas pertenezcan a un pueblo indígena o comunidad local, y que les sean propias, es decir distintas de las ECT de otras comunidades. El grupo de trabajo trató de reagrupar en el artículo 1.2) todos los requisitos de los subpárrafos 1.2)b) y c) existentes, con el fin de garantizar la protección de las ECT que sean “el fruto singular” de un grupo beneficiario y “pertenezcan” a dicho grupo.

En lo que atañe al párrafo 3), no se realizó ninguna modificación. El grupo de trabajo no coincidió con la propuesta de añadir la palabra “internacional”.

El grupo de trabajo dijo al utilizar la frase “pueblo indígena o comunidad local” es consciente de la labor en curso respecto del artículo 2. Si bien el grupo utiliza el término “pueblo indígena o comunidad local” para describir a los poseedores de ECT o beneficiarios (en el caso de las ECT protegidas), reconoce que una vez que se haya simplificado la redacción del artículo 2 y se obtenga una versión estable, la terminología que se adopte para designar a los beneficiarios se armonizará en todos los artículos.

Marisella Ouma añadió a la introducción realizada por el relator que el grupo suprimió la frase “independientemente de que estén o no fijadas en un soporte”, porque es redundante respecto de la mención “formas tangibles o intangibles” en el párrafo 1).

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Ronald Barnes se reservó el derecho de manifestar su preocupación acerca de la referencia a la legislación nacional y a los “lugares sagrados”.

Elizabeth Reichel propuso añadir la expresión “utensilios y objetos hechos a mano” a la lista que figura en el subpárrafo d). También preguntó si no es contradictorio mencionar las “obras espirituales” entre las “expresiones tangibles”.

Weerawit Weeraworawit se preguntó por qué motivo los “signos y los símbolos” figuran entre las “expresiones fonéticas o verbales”, ya que en su opinión se trata de dibujos.

Heng Gee Lim se preguntó por qué razón específica se ha mantenido “expresiones del folclore” además de “expresiones culturales tradicionales”.

Regan M. Asgarali manifestó su deseo de conservar la referencia a los “disfraces”.

Xilonen Luna Ruiz objetó la referencia a “pueblos indígenas, comunidades locales y comunidades culturales” aduciendo que existe una excepción en favor de las comunidades locales. Asimismo, deploró la supresión del término “lugares sagrados”.

Rachel-Claire Okani se preguntó si “deportes” y “juegos” son sinónimos, y si cabe mantener ambos términos.

Silke von Lewinski se preguntó si la formulación del párrafo 2) pretendía excluir las ECT compartidas por varias comunidades locales. El fundamento de la protección es el mismo ya sea que las ECT sean o no el fruto singular de una sola comunidad, o sean o no compartidas por varias. Marcus Goffe coincidió con esa opinión. También objetó la supresión de la condición de que las ECT sean “mantenidas, utilizadas o desarrolladas por los pueblos indígenas o las comunidades locales”, ya que tal condición forma parte de la justificación de la protección.

Johan Axhamn manifestó su preocupación respecto de los criterios de protección mencionados en el párrafo 2). Además propuso la utilización de la fórmula “shall/should” [NDT: en la versión en inglés] en todo el texto.

José Mario Ponce propuso la supresión de los corchetes que encierran las palabras “y los conocimientos tradicionales”. También propuso que se añadan los “cantos ceremoniales” y apoyó la adición de “lugares sagrados”.

Emmanuel Sackey señaló a la atención el hecho de que la frase “pueblos indígenas y comunidades locales” no se haya definido de común acuerdo.

NUEVA VARIANTE PRESENTADA POR LOS EXPERTOS

Makiese Augusto propuso la siguiente variante respecto del texto del artículo 1:

“CRITERIOS

Las ECT/EF protegidas serán:

- a) producto de la actividad intelectual creativa, en particular la creatividad de la comunidad;
- b) indicativas de la autenticidad/elementos genuinos de la identidad cultural y social, así como del patrimonio cultural de los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, y
- c) mantenidas, utilizadas o desarrolladas por las naciones, los Estados, los pueblos y las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales o por personas que tengan el derecho o la responsabilidad de hacerlo de conformidad con el régimen consuetudinario que rige la tenencia de tierra, los sistemas normativos consuetudinarios de carácter legislativo o las prácticas tradicionales/ancestrales de esos pueblos y comunidades indígenas, comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, o posean un vínculo con la comunidad indígena/tradicional”.

ARTÍCULO 2

BENEFICIARIOS

Las medidas de protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore deben redundar en beneficio de:

Variante 1: los pueblos indígenas, las comunidades locales y las comunidades culturales

Variante 2: los pueblos y comunidades, por ejemplo, los pueblos indígenas, las comunidades locales, las comunidades culturales y/o las naciones

a los que se haya confiado o posean la custodia y la salvaguardia de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de conformidad con:

Variante 1: la legislación y/o prácticas pertinentes (*observación: con arreglo a la legislación local*)

Variante 2: su legislación y/o prácticas (*observación: referencia la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*)

y que mantienen, utilizan o desarrollan las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore como elementos característicos o expresiones genuinas de su identidad cultural y social y su patrimonio cultural.

[Sigue el comentario sobre el artículo 2]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL RELATOR

Miranda Risang Ayu agradeció a Norman Bowman, Corlita Babb-Schaeffer, Vittorio Ragonesi, en calidad de observador, Lilyclaire Bellamy, Sa'ad Twaissi, Marisella Ouma, Heng Gee Lim, Magreet Groenenboom, en calidad de observador, Josephine Reynante, Susanna Chung y Benny Müller, así como a varios expertos procedentes de ONG, entre otros, Ronald Barnes, Ana Leurinda, Elizabeth Reichel, Debra Harry y Preston Hardison.

En primer lugar, formuló observaciones sobre la segunda serie de variantes presentadas por el grupo. La frase “la legislación y/o prácticas pertinentes” implica que la aplicación compete a la legislación nacional, mientras que “su legislación y/o prácticas” hace referencia a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

En lo que se refiere a la primera serie de variantes, el grupo señaló a la atención el término “pueblos indígenas”, que se utiliza en muchos convenios internacionales y beneficia de un sistema de protección. El término “comunidades locales” se basa en consideraciones territoriales, y se refiere a las colectividades o comunidades que no están vinculadas por orígenes tradicionales o culturales sino por una combinación de ambos. Respecto del término “comunidades culturales”, la formulación engloba las preocupaciones terminológicas relacionadas con todos aquellos beneficiarios que no son pueblos indígenas, como por ejemplo las “naciones”.

En la segunda variante, que es similar, el grupo ha utilizado un término más abstracto, “los pueblos y comunidades”, seguido de “por ejemplo”. También se contempló la posibilidad de emplear el término “tales como”, pero un miembro del grupo propuso “por ejemplo” por considerarlo más preciso. A lo largo de todo el texto se hace referencia simplemente a los “beneficiarios”.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Emmanuel Sackey manifestó su deseo de incluir una referencia a las “comunidades tradicionales”.

Natacha Lenaerts expresó reservas respecto de la primera serie de variantes. En cuanto a la segunda serie, dijo que prefería la primera variante. Pavel Zeman coincidió con esa opinión.

Charity Salasani dijo que prefería el término “elementos característicos” en lugar de “expresiones genuinas” y que desearía que se suprimiera.

Youssef Ben Brahim prefirió armonizar los artículos 1 y 2, de modo que en el artículo 1 se indique que es el “fruto singular de los beneficiarios mencionados en el artículo 2”.

Marcus Goffe subrayó la importancia de una disposición que sea aplicable en los casos en que las ECT puedan ser identificadas o atribuidas a una determinada comunidad; en tales casos, se podría hablar de “folclore del Estado”.

ARTÍCULO 3

ALCANCE DE LA PROTECCIÓN

Artículo A

Expresiones culturales tradicionales secretas

Con respecto a las ECT/EF mantenidas en secreto por el pueblo indígena o la comunidad local de que se trate, dicho pueblo o comunidad contará con los medios, por conducto de medidas jurídicas y prácticas adecuadas y eficaces, para impedir toda fijación, divulgación, utilización o forma de explotación no autorizadas de las mismas.

Variante 1

Artículo B

Derechos adquiridos con respecto a otras ECT protegidas

Con respecto a las ECT/EF protegidas, se preverán medidas jurídicas y prácticas adecuadas y eficaces para garantizar que el pueblo indígena o comunidad local de que se trate goce del derecho exclusivo e inalienable a autorizar los siguientes actos:

- fijación
- reproducción
- interpretación o ejecución pública
- traducción o adaptación
- puesta a disposición o comunicación al público

En los casos en los que usuario no autorizado de una ECT/EF haya realizado esfuerzos genuinos y de buena fe para localizar al beneficiario de dichos derechos y no haya podido lograrlo, el beneficiario tendrá derecho tanto a una remuneración o participación en los beneficios equitativa, con sujeción a las disposiciones del artículo C.

Variante 2

Artículo B

Se velará por salvaguardar de forma razonable y equilibrada los intereses patrimoniales y morales de los poseedores/beneficiarios de las ECT, conforme a la definición que se da de dichas expresiones en los artículos 1 y 2.

En lo que respecta a los intereses morales, los poseedores/beneficiarios deben gozar del derecho a ser reconocidos en tanto que fuente de las ECT/EF de que se trate y a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de las mismas o a cualquier atentado a las mismas que cause perjuicio a su reputación o integridad.

Artículo C

Atribución de la paternidad, reputación e integridad

Los pueblos indígenas y comunidades locales tendrán derecho a ser reconocidos en tanto que fuente de las ECT/EF protegidas de que se trate y a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de las mismas, o a cualquier atentado a las mismas que cause perjuicio a la reputación o integridad del pueblo indígena o comunidad local de que se trate.

[Sigue el comentario sobre el artículo 3]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL RELATOR

Weerawit Weeraworawit informó acerca de la labor del grupo compuesto por Justin Hughes, Marisella Ouma, Meenakshi Negi, Norman Bowman, Johan Axhamn, Benny Müller, Esteriano Emmanuel Mahingila, entre otros, incluidos expertos procedentes de ONG.

Se modificó el título del artículo por el de “Alcance de la protección” en aras de mayor claridad y flexibilidad. Se mantuvo el enfoque en tres partes. El primero referente a las “expresiones culturales tradicionales secretas”, como se expone en el artículo A; el segundo sobre los “derechos adquiridos con respecto a otras ECT protegidas” en el artículo B; y el tercero acerca de la “atribución de la paternidad, reputación e integridad” en el artículo C.

Justin Hughes añadió a la introducción realizada por el relator que el grupo estimaba que la protección de las ECT secretas es un tema de gran preocupación y, por esa razón, se ha transferido al inicio del artículo. Por “fijación” se entiende todo tipo de fijación. Las ECT secretas deben protegerse contra *toda* explotación no autorizada.

En relación con los “derechos adquiridos con respecto a otras obras ECT protegidas”, el relator declaró que el grupo sostuvo un debate muy constructivo sobre la cuestión de las ECT “registradas” y “no registradas”, que ha sido uno de los temas centrales de deliberación durante toda la sesión del CIG. Muchos de los miembros del grupo estiman que la distinción no es aplicable, o menos indicada que un sistema unitario, pero al mismo tiempo no desean penalizar a aquellos que por inadvertencia usan las ECT, o hacen esfuerzos de buena fe para localizar al poseedor o beneficiario de las ECT y no lo logran. Justamente el mérito de un sistema de registro es identificar al beneficiario de las ECT.

Con respecto a la variante 1, el artículo B tiene por objeto fomentar los sistemas de registro sin exigir la existencia de tales sistemas o tal registro para obtener la protección, pero protege contra la aplicación de medidas draconianas a todo usuario de ECT de buena fe que no logre localizar al beneficiario. Si el beneficiario finalmente aparece, se prevé una remuneración equitativa. Este aspecto es diferente de la cuestión de la atribución de la paternidad, reputación e integridad, que están agrupadas tanto en la variante 1 como en la variante 2.

Marisella Ouma añadió que fue muy difícil lograr un consenso sobre el contenido del artículo. Dijo que el grupo ha tratado de determinar exactamente lo que debía ser objeto de protección en el marco del artículo, es decir, en relación con “la apropiación indebida y la utilización indebida”. Un hecho que destacó claramente fue la necesidad de cambiar el título por uno más positivo. Hay que empezar por conferir derechos para que sea más fácil tratar las cuestiones relativas a las excepciones y limitaciones. El grupo trató de incorporar los distintos puntos de vista de los expertos, y establecer un documento que ofreciera un cierto margen de maniobra a nivel de la legislación nacional. En aras de la claridad, el grupo separó los derechos patrimoniales de los derechos morales y, por tal motivo, redactó un artículo distinto, el artículo C, que cubre la atribución de la paternidad, la reputación y la integridad.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Johan Axhamn manifestó su preocupación acerca de la materia protegida en virtud del artículo 1, y por ese motivo no estaba de acuerdo con la variante 1.

Susanna Chung manifestó su preocupación por el hecho de que numerosos elementos fundamentales no están cubiertos por las variantes, tales como las cuestiones relativas al “consentimiento fundamentado previo”, la “participación equitativa en los beneficios”, el criterio de “falsa, engañosa o confusa”, y las “obras derivadas”. Además, dijo que las frases “esfuerzos

genuinos y de buena fe para localizar” y “salvaguardar de forma razonable y equilibrada” son muy vagas. Prefería volver al texto inicial que tiene en cuenta muchas de esas preocupaciones. Debra Harry, Carlos Serpas y Ronald Barnes se mostraron de acuerdo. Ronald Barnes señaló la supresión de la palabra “detenerse” y dijo que no estaba de acuerdo.

Heng Gee Lim recordó que la formulación tiene que ser compatible con el artículo 2. También dijo que en aras de mayor claridad, se debe añadir la palabra “otros” en la primera oración de la variante 1 del artículo B, con lo cual se logrará mayor coherencia con el título de dicho artículo. Destacó además la mala redacción del segundo párrafo, y sugirió que se sustituyan las palabras “and did not” por “and could not locate them” [NDT: en la versión en español ya figuraba tal precisión: “y no haya podido lograrlo”].

Debra Harry señaló la supresión de la palabra “sagradas” y recordó que las palabras “en secretas” y “sagradas” deben figurar en el texto, ya que los pueblos indígenas se interesan en la protección de las ECT sagradas, y en mantenerlas en secreto. También manifestó su preocupación respecto de la variante 1 del artículo B, que establece límites innecesarios respecto del tipo de remuneración o de distribución de beneficios al que tendrían derecho los beneficiarios. La frase “esfuerzos genuinos y de buena fe” es vaga y constituye una carga onerosa para los pueblos indígenas. Del mismo modo, el artículo C, supone una carga para los pueblos indígenas que desean demostrar el perjuicio que causa a su reputación o integridad la utilización indebida de sus ECT. Además, es necesario añadir la frase “valores de los pueblos indígenas y comunidades locales” para ampliar el alcance de la utilización indebida. Por último, el objetivo inicial del artículo, a saber, poner fin a la apropiación indebida, ya no es un elemento esencial, y en artículo ya no figura el término “apropiación indebida”.

Silke von Lewinski señaló a la atención el cambio que se ha producido al pasar del derecho de consentimiento fundamentado previo al derecho exclusivo clásico en materia de P.I. para autorizar las utilidades. Ronald Barnes y José Mario Ponce se mostraron de acuerdo. José Mario Ponce expresó su deseo de añadir “medidas administrativas”, además de “medidas jurídicas y prácticas”.

Natacha Lenaerts expresó sus reservas sobre el artículo en su conjunto.

Luz Celeste Ríos de Davis formuló una observación sobre el título del artículo, y propuso que en la versión en español se sustituya “alcance de protección” por “ámbito de protección”.

Robert Leslie Malezer dijo que se debe hacer referencia simplemente a los “beneficiarios”, sin tener que enumerar a todos los posibles beneficiarios. También manifestó su preocupación respecto de la palabra “pueblo” en singular, indicando que prefería “pueblos” en plural. Además dijo que la expresión “de forma razonable y equilibrada” es demasiado vaga y puede dar lugar a discriminación. También manifestó su preocupación respecto de “remuneración equitativa”.

NUEVAS VARIANTES PRESENTADAS POR LOS EXPERTOS

Makiese Augusto propuso una variante para el artículo 3:

“Se dispondrán medidas jurídicas y prácticas que sean adecuadas y eficaces para salvaguardar los derechos exclusivos de los beneficiarios de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore tal y como se definen en el artículo 2 de las presentes disposiciones a efectos de controlar, autorizar o prohibir el uso de dichas expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore y obras derivadas y adaptaciones, y beneficiarse de tal uso.

Se adoptarán las medidas jurídicas y prácticas que sean adecuadas y eficaces para obtener el consentimiento fundamentado previo de los beneficiarios de ECT, obras derivadas y adaptaciones con el fin de garantizar los siguientes actos:

- la reproducción, la publicación, la adaptación, la radiodifusión, la interpretación o ejecución pública, la comunicación al público, la distribución, el alquiler, la puesta a disposición del público y la fijación (incluida la fotografía estática);
- todo uso que no reconozca debidamente a los pueblos y comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales como fuente de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore;
- toda deformación, mutilación u otra modificación de las expresiones culturales tradicionales, obras derivadas y adaptaciones, o atentado a las mismas, que sea perjudicial para las expresiones, o que sea contraria o perjudicial para la reputación de la comunidad, sus valores tradicionales o su identidad o integridad cultural; y
- podrá impedirse o sancionarse por lo civil o lo penal toda indicación o aseveración falsa, confusa o engañosa que, en relación con los bienes o servicios que hagan referencia a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de los pueblos y comunidades indígenas, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, se valgan de ellas o las evoquen, sugiera alguna aprobación por esos pueblos y comunidades indígenas, comunidades tradicionales y demás comunidades culturales o un vínculo con ellos; y

Debe haber una participación equitativa en los beneficios cuando el uso o la explotación de las ECT, obras derivadas y adaptaciones se realice con ánimo de lucro. Las condiciones deberán ser definidas por las comunidades pertinentes tras pedir la opinión de la autoridad nacional designada que se menciona en el artículo 4.”

ARTÍCULO 4

GESTIÓN DE LOS DERECHOS

1. La gestión de los derechos que se contemplan en el artículo 3 incumbe a los beneficiarios, en la forma en que definen en el artículo 2, o a la autoridad competente designada (por ejemplo, a nivel regional, nacional o local) que actúe previa petición y en nombre de los beneficiarios. Cuando incumba a la autoridad competente conceder las debidas autorizaciones:
 - a) dichas autorizaciones serán concedidas exclusivamente previa consulta apropiada y con el consentimiento fundamentado previo de los beneficiarios, de conformidad con sus procedimientos tradicionales de toma de decisiones y de gobierno; y
 - b) todo beneficio monetario o de otro tipo que recaude la autoridad competente por el uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore deberá ser entregado por dicha autoridad a los beneficiarios interesados o utilizado en favor de estos últimos.
2. Si así lo solicitan los beneficiarios, y en consulta con estos últimos, la autoridad competente:
 - a) desempeñará una función de concienciación, educación, asesoramiento y orientación;
 - b) supervisará de cerca la utilización que se haga de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore con el fin de garantizar un uso legal y apropiado;
 - c) establecerá criterios en materia de beneficios monetarios y de otra índole; y
 - d) prestará asistencia en toda negociación que se realice sobre la utilización de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore.

[Sigue el comentario sobre artículo 4]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL RELATOR

Miranda Risang Ayu dijo que varias razones explican los esfuerzos realizados por el grupo para reestructurar el artículo. En primer lugar, el grupo estimó conveniente añadir la noción de “consentimiento fundamentado previo”. El grupo decidió reestructurar el artículo para simplificarlo, y a esos fines elaboró una lista acumulativa de criterios. No se establece en ellos que la autoridad competente sea el titular original de los derechos, sino que puede actuar como el representante habilitado o gestor de los derechos cuando no sea posible identificar al beneficiario. La autoridad podía retirarse una vez localizado el beneficiario.

En segundo lugar, el grupo considera que se trata de derechos culturales positivos. El papel del gobierno es asistir a los beneficiarios o titulares de derechos, en los casos que requieran asistencia, pero si están en la capacidad de gestionar sus derechos, el gobierno debe permitir que lo hagan. Se trata de una combinación del derecho de autodeterminación y de autoridad del Estado o gobierno u otra autoridad competente. Además, el grupo desea prever la posibilidad de que las organizaciones gubernamentales, ONG u órganos auxiliares del Estado, a escala nacional o regional, puedan solicitar a la autoridad competente que se encargue de la gestión de los derechos. Se debe dejar la elección a nivel nacional.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Susanna Chung señaló una posible confusión entre “propiedad” y “gestión” de los derechos. Los usuarios no deben dirigirse directamente a las comunidades sin la participación del gobierno. También propuso que se sustituya la palabra “autorización” por “consentimiento fundamentado previo”. Issah Mahama y Xilonen Luna Ruiz coincidieron con este último punto, añadiendo que el artículo debía vincularse al artículo 3. Ronald Barnes se mostró de acuerdo. Además añadió que la autoridad competente no puede ser nacional sino internacional.

Heng Gee Lim propuso que se sustituya “en favor de estos últimos” en la última parte del subpárrafo 1.b) por “en favor de los beneficiarios de que se trate”, con el fin de garantizar que los beneficios vayan a los beneficiarios y no a la autoridad competente. Miranda Risang Ayu se mostró de acuerdo.

Natacha Lenaerts expresó sus reservas sobre el artículo.

Robert Leslie Malezer propuso que los derechos de los beneficiarios se distingan claramente de la función de la autoridad competente.

ARTÍCULO 5

EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

1. Las medidas de protección de las ECT/EF:
 - a) no deben restringir la utilización, transmisión, intercambio y desarrollo normales de las ECT/EF dentro del contexto tradicional por parte de los miembros del pueblo indígena o comunidad local de que se trate, con arreglo a las leyes y prácticas consuetudinarias; y
 - b) deben aplicarse exclusivamente a la utilización de las ECT/EF que tengan lugar al margen de los miembros de la comunidad beneficiaria o del contexto tradicional o consuetudinario.
2. Corresponderá a la legislación nacional determinar la autorización para utilizar ECT/EF protegidas en determinados casos especiales, a condición de que dicha autorización no sea contraria a la utilización normal de las ECT/EF por los beneficiarios y no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los beneficiarios.

Texto que se propone añadir:

3. Independientemente de que se contemple o no la autorización de estos actos en virtud del artículo 2, debe autorizarse lo siguiente:
 - a) el registro y otras reproducciones de las ECT/EF para su inclusión en un archivo o inventario, difusión con fines no comerciales de salvaguardia del patrimonio cultural; y utilización incidental; y
 - b) la realización de una obra original inspirada en una ECT/EF.

[Sigue el comentario sobre el artículo 5]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL RELATOR

Weerawit Weeraworawit dijo que el grupo ha tratado de perfeccionar y simplificar el texto. Añadió que algunos miembros del grupo deseaban cambiar el título del artículo, pero que al final se decidió conservar el título inicial, con el fin de mantener la coherencia con otros instrumentos internacionales.

El párrafo 1) refleja los subpárrafos 1.a) y 1.b) del proyecto inicial. El párrafo 2) agrupa los distintos casos específicos mencionados en el subpárrafo 1.c). Se añadió el párrafo 3) para reflejar el parecer de que el párrafo 2) no es suficiente para cubrir esos casos específicos.

Justin Hughes añadió a la introducción realizada por el relator que la utilización de la expresión “ECT/EF” en el texto sirve como término provisional, al igual que “IPLC” (NDT: únicamente en la versión en inglés) mientras se decide sobre la terminología correcta que habrá de utilizarse. En consecuencia, pidió que se centrara la atención en la estructura, el principio y la norma, y no sólo en la terminología. Asimismo, añadió que el artículo tiene dos variantes: combinar los párrafos 1) y 2), o los párrafos 1), 2) y 3). El propósito de la última variante es tener en cuenta las excepciones y limitaciones recogidas en las Disposiciones tipo de la UNESCO-OMPI de 1982. Danny Edwards se mostró de acuerdo.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Susanna Chung señaló el peligro de volver a la confección de listas. Manifestó su satisfacción respecto de los párrafos 1) y 2). Expresó su preocupación respecto de los conceptos de “inspiración/préstamo” que en su opinión son demasiado vagos y tampoco hacen referencia al “consentimiento fundamentado previo”. Por esa razón, propuso que no se incluya el párrafo. Preston Hardison, Debra Harry, Issah Mahama, Xilonen Luna Ruiz y Heng Gee Lim se mostraron de acuerdo.

Rachel-Claire Okani manifestó su preocupación respecto de la palabra “al margen”. También se preguntó lo que significa la expresión “determinados casos especiales”. Debra Harry estuvo de acuerdo y calificó la expresión de “vaga”.

Paul Kuruk propuso añadir:

“En cada caso que la utilización de las ECT constituya una utilización autorizada, el usuario debe garantizar que tal utilización respete los derechos de los pueblos indígenas propietarios o poseedores de ECT en cuestión

- 1) mediante el reconocimiento adecuado de los pueblos indígenas propietarios o poseedores de ECT de que se trate cuando sea razonablemente posible; y
- 2) no sometiendo a una ECT a un trato injurioso prohibido en el artículo 2.

Paul Kuruk también manifestó su preocupación en relación con el subpárrafo 3.b), que tiene por efecto autorizar la adquisición de derechos de P.I. respecto de las ECT, que no es el propósito previsto en el artículo. Preston Hardison e Issah Mahama se mostraron de acuerdo.

Ronald Barnes reiteró su opinión acerca de la naturaleza internacional de la autoridad competente. También expresó sus reservas respecto del subpárrafo 3.a).

Preston Hardison objetó la introducción del párrafo 2), el cual introduce términos equívocos. Asimismo, señaló la supresión de las condiciones, incluidas en el texto inicial, en virtud de las cuales podían invocarse las excepciones y limitaciones.

Heng Gee Lim manifestó su preocupación acerca de la ausencia de una cláusula de salvaguardia respecto de las ECT secretas mencionadas en el subpárrafo 3.a). Justin Hughes estuvo de acuerdo y señaló que esa cuestión ya ha sido examinada. Weerawit Weeraworawit también se mostró de acuerdo.

Amadou Tankonao dijo que el subpárrafo 1.b) es contrario al objetivo de los artículos y que favorecería la piratería.

Anne Le Morvan propuso que las excepciones y limitaciones se vinculen a los derechos conferidos, pese al hecho de que estos últimos aún no se han definido claramente. También propuso tener presente la labor del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, que también está trabajando en las excepciones y limitaciones. Raúl Rodríguez Porras se mostró de acuerdo.

Xilonen Luna Ruíz propuso armonizar la formulación con la del artículo 4, en particular en lo referente al derecho consuetudinario. También manifestó su preocupación respecto a la noción de “miembros”.

Debra Harry dijo que el párrafo 2) daba a los gobiernos nacionales la competencia exclusiva para conceder autorizaciones relativas a la utilización de las ECT. El artículo debía reflejar el proceso de toma de decisiones y el derecho de los beneficiarios a dar su consentimiento previo y fundamentado, y determinar por sí mismos toda utilización. No estaba de acuerdo con los subpárrafos 3.a) y b), que en su opinión facilitaban la apropiación indebida e ignoraban el principio de consentimiento libre, previo y fundamentado. El artículo preveía una excepción amplia en favor de las utilidades no comerciales o universitarias, que en el pasado había dado lugar a actos de apropiación indebida.

Weerawit Weeraworawit se mostró de acuerdo con el párrafo 2, partiendo del principio de que las legislaciones nacionales se redactarían sobre la base del buen gobierno y con la participación de las partes interesadas.

ARTÍCULO 6

DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN

Variante 1:

Como consta en el documento WIPO/GRTKF/IC/17/4 Prov.

Variante 2:

1. La protección concedida a expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore permanecerá vigente en tanto en cuanto dichas expresiones sigan satisfaciendo los criterios de protección que se contemplan en el artículo 1 de las presentes disposiciones; y
2. La protección concedida a las ECT/EF contra toda deformación, mutilación u otra modificación o infracción realizadas con el propósito de perjudicarlas o perjudicar la reputación o la imagen de la comunidad, los pueblos indígenas y las comunidades o la región a la que pertenezcan, durará indefinidamente.

Variante 3:

1. La protección concedida a expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore permanecerá vigente en tanto en cuanto dichas expresiones sigan satisfaciendo los criterios de protección que se contemplan en el artículo 1 de las presentes disposiciones; y
2. Al menos en lo que respecta a los aspectos patrimoniales de las ECT/EF, su plazo de protección será limitado.

Pregunta 1:

¿Debe tenerse en cuenta en el plazo de protección la finalidad por la que se protege a la ECT/EF en cuestión (es decir, derechos patrimoniales, sociales, morales)?

Pregunta 2:

¿Qué repercusiones pueden tener las disposiciones en unos y otros grupos de partes interesadas?

Pregunta 3:

¿Cómo llegar a un equilibrio entre la protección retroactiva y perpetua o ilimitada a los fines de una protección realmente adecuada y eficaz de las ECT/EF y la petición de libertad de expresión y creatividad?

Pregunta 4:

¿Cabe tener en cuenta el dominio público, en tanto que concepto occidental?

Pregunta 5:

¿En qué medida debe incidir el alcance de la protección en el plazo de protección?

Pregunta 6:

¿Deben mencionarse explícitamente las ECT secretas?

Pregunta 7:

¿Debe darse prioridad a la dimensión económica al delimitar el plazo de protección de las ECT/EF?

Pregunta 8:

¿Debe tenerse en cuenta la diferencia entre las ECT/EF de titularidad colectiva y las de titularidad individual a la hora de establecer el plazo de protección?

[Sigue el comentario sobre el artículo 6]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL RELATOR

Arjun Vinodrai dijo que el debate fue muy animado y armonioso pese a la diversidad de opiniones. Declaró que el grupo ha elaborado varias variantes, así como una serie de preguntas conexas. El grupo está compuesto por Natacha Lenaerts, Rachel-Claire Okani, Arjun Vinodrai, Jens Stühmer, Xilonen Luna Ruiz, Shafiu Adamu Yauri, Amadou Tonkaoua, así como Ana Leurinda, Greg Younging, Tim Roberts y Paul Kuruk.

Se han elaborado tres variantes. La primera variante consiste en conservar el texto inicial del documento WIPO/GRTKF/IC/17/4 Prov. porque es importante cubrir explícitamente las ECT registradas y las no registradas (es decir, secretas). La segunda variante es similar a la primera, pero simplificada. No distingue explícitamente las ECT registradas de las no registradas (es decir, secretas). La tercera variante toma en consideración el hecho de mencionar o no los aspectos económicos relativos a la protección de las ECT. Por último, el grupo elaboró una lista de preguntas relativas a las esferas objeto de debate político en relación con las tres variantes.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Anne Le Morvan reiteró su preocupación de que el plazo de protección debe ser limitado. Manifestó que prefería la tercera variante. Danny Edwards coincidió con esa opinión. Además, Anne Le Morvan se preguntó acerca de la situación de las preguntas contenidas en el texto. Carlos Serpas se preguntó quién se encargará de responder a las preguntas y cuál será la situación del documento actual.

Susanna Chung propuso que el plazo de protección sea indefinido. Weerawit Weeraworawit, Ronald Barnes y Marisella Ouma se mostraron de acuerdo. Susanna Chung dijo que las preguntas rebasan el alcance del artículo. Preston Hardison y Miranda Risang Ayu estuvieron de acuerdo e indicaron que prefieren la variante 2.

Silke von Lewinski propuso vincular este artículo al artículo 1 y a los criterios de protección. Luz Celeste Ríos de Davis también manifestó el deseo de que el plazo de protección sea indefinido, mientras se sigan satisfaciendo los criterios de protección.

Heng Gee Lim advirtió acerca de la aplicación práctica de la variante 3 porque la disposición podría ser incompatible con la naturaleza intergeneracional de las ECT. Miranda Risang Ayu se mostró de acuerdo. Amadou Tankaoua también estuvo de acuerdo y añadió que puesto que los derechos son colectivos, el hecho de limitar el plazo de protección podría plantear un problema. José Mario Ponce, Lázaro Pary e Issah Mahama se mostraron de acuerdo.

Youssef Ben Brahim propuso eliminar la referencia a “realizadas con el propósito de perjudicarlas” porque imponía una carga innecesaria en los beneficiarios para demostrar la intención deliberada.

Greg Younging manifestó su preferencia por la variante 2 y dijo que no estaba claro el sentido de las palabras “aspectos patrimoniales”.

Xilonen Luna Ruiz manifestó su preferencia por la variante 1. Además, dijo que se deben tener en cuenta los objetivos.

Lázaro Pary propuso añadir: “La protección concedida a las ECT/EF, contra toda deformación, mutilación u otra modificación encaminada a destruir total o parcialmente la memoria, historia y la imagen de las comunidades y pueblos indígenas con el correr del tiempo y en el lugar en el que viven o en otra parte, debe ser indefinida.”

ARTÍCULO 7

FORMALIDADES

Por principio general, la protección de las ECT/EF no estará sujeta a formalidad alguna. Las autoridades nacionales tendrán la facultad de mantener registros u otros archivos de ECT/EF.

[Sigue el comentario sobre el artículo 7]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL RELATOR

Weerawit Weeraworawit coincidió plenamente con el grupo respecto al hecho de que no debe existir ninguna formalidad.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Danny Edwards dijo que sería interesante examinar las experiencias de algunos países que ya cuentan con un registro.

Robert Leslie Malezer dijo que la segunda frase plantea un problema. Youssef Ben Brahim se mostró de acuerdo. Esa frase se abordaría mejor en el marco del artículo 4. Preston Hardison y Miranda Risang Ayu se mostraron de acuerdo. Debra Harry también estuvo de acuerdo y añadió que las ECT secretas en ningún caso deben estar sujetas a formalidades, y por tal razón convendría prever una mención específica que excluyera a las ECT secretas o sagradas. La oradora explicó que el registro constituye una carga injustificada para los beneficiarios y, por tanto, no debe ser una condición para obtener protección.

Emmanuel Sackey propuso agregar autoridades “regionales”, con el fin de tener en cuenta el mecanismo previsto en el marco del protocolo de la ARIPO.

Youssef Ben Brahim preconizó la inclusión de medidas administrativas como medidas de respaldo respecto a la protección jurídica.

ARTÍCULO 8

SANCIONES, RECURSOS Y EJERCICIO DE DERECHOS

[*Variante 1* – sintonía con otros instrumentos]

1. Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con los respectivos sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente instrumento.

[*Variante 2* – más normativa pero con límites en materia de recursos del ámbito penal]

1. En caso de apropiación indebida, conforme a lo dispuesto en el artículo 3, deberán establecerse medidas accesibles, apropiadas y adecuadas de observancia, entre otras, mecanismos de solución de controversias, recursos del ámbito civil, medidas en frontera, sanciones y, al menos en los casos de apropiación indebida voluntaria con fines lucrativos, sanciones penales.

[*Variante 3* – dejar constancia de que incumbirá a las Partes prever los recursos penales y civiles que consideren apropiados]

1. En los casos de incumplimiento de la protección concedida a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, deberán establecerse mecanismos de observancia y solución de controversia, así como medidas en frontera, sanciones y recursos, incluidos los recursos del ámbito penal y civil, accesibles, apropiados y adecuados.
2. Si, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 se nombra a una [autoridad competente], podrá incumbir a esta última la tarea de prestar asesoramiento y asistencia a los beneficiarios a los que se hace referencia en el artículo 2 en lo que respecta a la observancia de los derechos y al establecimiento de las sanciones que se contemplan en el presente artículo, si procede y a petición de los beneficiarios.
3. Los medios de compensación a los fines de salvaguardar la protección concedida por el presente instrumento se regirán por la legislación del país en el que se reivindique la protección en cuestión.
4. Las Partes Contratantes suministrarán cooperación y asistencia para facilitar la aplicación de las medidas de observancia contempladas en el presente instrumento, en particular, si las ECT/EF están ubicadas en el territorio de países vecinos, o son comunes a varios países o a pueblos indígenas y comunidades de varias jurisdicciones.

[Sigue el comentario sobre el artículo 7]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL RELATOR

Vladia Borissova presentó al grupo compuesto por Norman Bowman, Anne Le Morvan, Larisa Simonova, Dariusz Urbanski, Issah Mahama y otros expertos. Con respecto al párrafo 1), el grupo de redacción propuso tres variantes. La variante 1 destaca la necesidad de coherencia con otros instrumentos y recoge el parecer de varios expertos sobre la necesidad de que los recursos tengan en cuenta varios aspectos, incluidas las prácticas de los pueblos indígenas y locales y, en particular, sus sistemas. La variante 2 es más prescriptiva pero limita los recursos penales. La oradora dijo que el texto propuesto tiene en cuenta el comentario formulado por Justin Hughes respecto de la disposición del Acuerdo sobre los ADPIC relativa a las sanciones penales. La variante 3 tiene en cuenta las opiniones de los expertos de que las partes pueden, si lo estiman necesario, prever recursos penales y civiles en caso de violación de la protección de las ECT/EF. Con respecto al párrafo 2), el grupo presentó una versión en limpio del texto basada en el debate sostenido en la sesión plenaria.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Heng Gee Lim manifestó su preferencia por la variante 3. También propuso suprimir el párrafo 2), porque se solapa con el artículo 4. Sin embargo, sugirió que la última parte del párrafo “establecimiento de las sanciones que se contemplan en el presente artículo, si procede y a petición de los beneficiarios” se traslade al artículo 4.2), como un nuevo subpárrafo e).

Mara Rozenblate respaldó la variante 1.

Paul Kuruk manifestó su deseo de abordar la cuestión de la cooperación entre los Estados en materia de observancia, servicios y procedimientos.

Preston Hardison respaldó la variante 3 con algunas reservas. Susanna Chung se mostró de acuerdo. Añadió que el párrafo 3) no era claro y pidió al grupo de redacción que precisara la expresión “en el que se reivindique la protección en cuestión”. La oradora manifestó su deseo de mantener el párrafo 4) en el artículo 11.

Ronald Barnes dijo que la autoridad competente debe ser una administración internacional.

NUEVAS VARIANTES PRESENTADAS POR LOS EXPERTOS

Issah Mahama propuso la siguiente variante como un nuevo artículo 12 que sustituya al artículo 8.4):

“COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA

En los casos en que las ECT/EF se encuentren ubicadas en los territorios de países vecinos, esos países, cuando proceda, prestarán apoyo en forma de cooperación para la aplicación del presente instrumento garantizando que las medidas adoptadas respalden sus objetivos y no se opongan a ellos.

Cuando distintos países o comunidades indígenas y locales compartan las mismas ECT/EF en varias jurisdicciones, esos países cooperarán, en estrecha consulta con dichas comunidades y contando con la participación de las mismas, si las hubiera, en el proceso de aplicación de los objetivos del presente instrumento.”

ARTÍCULO 9

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Variante 1:

1. Las presentes disposiciones se aplican a todas las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore que, en el momento de la entrada en vigor de las disposiciones, satisfagan los criterios previstos en el artículo 1.
2. Todo acto que aún perdure relacionado con una expresión cultural tradicional/expresión del folclore, que haya comenzado antes de la entrada en vigor de las presentes disposiciones y que no estaría autorizado, o, no estaría reglamentado por las disposiciones, deberá ser objeto de medidas a los fines de que se ajuste a las disposiciones en un plazo razonable tras su entrada en vigor, y con sujeción a que se respeten los derechos adquiridos anteriormente por terceros mediante utilización previa de buena fe.

Variante 2:

1. Las presentes disposiciones se aplican a todas las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore que, en el momento de la entrada en vigor de las disposiciones, satisfagan los criterios previstos en el artículo 1.
2. El Estado velará por que se tomen las medidas necesarias para garantizar los derechos que se contemplan en la correspondiente legislación nacional y que ya hayan sido adquiridos por terceros.

Variante 3:

1. Las presentes disposiciones se aplican a todas las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore que, en el momento de la entrada en vigor de las disposiciones, satisfagan los criterios previstos en el artículo 1.
2. Todo acto que aún perdure de una expresión cultural tradicional/expresión del folclore, que haya comenzado antes de la entrada en vigor de las presentes disposiciones y que no estaría autorizado, o, no estaría reglamentado por las disposiciones, deberá ser objeto de medidas a los fines de que se ajuste a las disposiciones en un plazo razonable tras su entrada en vigor, y con sujeción a que se respeten los derechos adquiridos anteriormente por terceros mediante utilización previa de buena fe.
3. En lo que respecta a las ECT/EF que revisten particular importancia para quienes tienen derechos sobre las mismas y que han quedado al margen de todo control que puedan ejercer dichas comunidades, estas últimas tendrán derecho a recuperar dichas expresiones.

Pregunta 1:

¿Llevan a cabo las instituciones interesadas en ese ámbito un trabajo de buena fe?

Pregunta 2:

¿Son legítimos los derechos adquiridos por terceros?

Pregunta 3:

¿Qué incidencia puede tener en otros sistemas jurídicos todo nuevo sistema *sui generis* que se establezca?

Pregunta 4:

¿Tienen las comunidades la obligación de pagar una compensación a las partes interesadas en las ECT/EF a los fines de recuperar dichas expresiones de las partes que las poseen?

Pregunta 5:

¿Incumbe al Estado prever medidas para garantizar los derechos ya adquiridos por terceros en nombre de las partes interesadas en las ECT/EF?

[Sigue el comentario sobre el artículo 9]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL RELATOR

Arjun Vinodrai dijo que el grupo de redacción encargado del artículo 9 es el mismo que se encarga del artículo 6. El grupo ha identificado varias variantes que no necesariamente han sido objeto de acuerdo, pero que tienen en cuenta las cuestiones debatidas.

La primera variante es similar al texto que figura en el documento WIPO/GRTKF/IC/17/4 Prov. pero introduce una disposición según la cual se deben respetar los derechos adquiridos anteriormente por terceros mediante utilización previa de buena fe. La segunda variante añade una disposición según la cual el Estado debe velar por que se tomen las medidas necesarias para garantizar los derechos contemplados en la correspondiente legislación nacional que hayan sido adquiridos por terceros. La última variante añade una disposición que da a las comunidades el derecho de recuperar las ECT que revistan particular importancia y que hayan quedado fuera de su control. Las preguntas reflejan esferas de debate que requieren un examen más profundo.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Heng Gee Lim manifestó su preferencia por la variante 1. Asimismo, formuló una reserva general respecto de las tres variantes: ninguna disposición aborda el trato de las obras ofensivas o injuriosas.

Raúl Rodríguez Porras respaldó la variante 2.

Susanna Chung respaldó la variante 1. Dijo que en esta etapa la pregunta 4 no tiene razón de ser. Miranda Risang Ayu y José Mario Ponce se mostraron de acuerdo, al igual que Preston Hardison, que también mencionó el derecho de los pueblos indígenas a recuperar sus ECT debido al grave daño sufrido. Debra Harry se mostró de acuerdo.

Debra Harry manifestó algunas reservas respecto del párrafo 2) de la variante 1, y a la apropiación indebida de las ECT. La oradora dijo que la idea de “buena fe” es muy subjetiva, al igual que la expresión “particular importancia”. Propuso la modificación del texto de la siguiente manera: “con sujeción a que se respeten los derechos adquiridos anteriormente por terceros de forma legal y con el consentimiento fundamentado previo de los pueblos indígenas y las comunidades locales”. La mención del derecho de recuperar las ECT que han sido objeto de una apropiación indebida es importante y es necesario conservarla. Ronald Barnes y José Mario Ponce se mostraron de acuerdo.

Shafiu Adamu Yauri manifestó su preocupación respecto de la frase “derechos adquiridos anteriormente por terceros”, debido a que todo depende de la forma en que se han adquirido tales derechos. Emmanuel Sackey estuvo de acuerdo y manifestó su preferencia por la variante 1. También hizo referencia al artículo 1 y a los criterios de protección. Amadou Tankanoua, Assiah Mahama y Rachel-Claire Okani se mostraron de acuerdo.

Greg Younging respaldó la variante 1. Dijo que el artículo propuesto no refleja todos los debates del grupo de redacción, y pidió que se aclarara la situación de los observadores en el ejercicio de redacción. Ronald Barnes se mostró de acuerdo.

Justin Hughes expresó una preocupación en relación con el párrafo 3) de la variante 1, que aborda el retorno o repatriación de los objetos tangibles, lo cual está fuera del ámbito de la OMPI, y ya está cubierto por toda una gama de instrumentos de la UNESCO.

Paul Kuruk respaldó la variante 3, en particular el párrafo 3), porque los instrumentos de la UNESCO no cubren las situaciones que ocurren dentro de las fronteras nacionales, y no son aplicables a los objetos robados antes de la entrada en vigor del convenio.

ARTÍCULO 10

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

[*Variante 1* – poner de relieve la protección complementaria que ofrecen otros instrumentos jurídicos internacionales en ese ámbito]

La protección concedida a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de conformidad con las presentes disposiciones no sustituirá, antes bien, complementará la protección y las medidas aplicables a dichas expresiones y a las obras derivadas/adaptaciones de las mismas en virtud de otros instrumentos internacionales de propiedad intelectual así como de otros instrumentos y programas jurídicos para la salvaguardia, preservación y promoción del patrimonio cultural y la diversidad de expresiones culturales.

[*Variante 2* – tomar por punto de partida el WPPT/poner de relieve la perduración de los derechos de P.I.]

La protección en virtud del presente instrumento dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección que se estipule en otros instrumentos jurídicos internacionales sobre los derechos de propiedad intelectual. Por lo tanto, ninguna disposición del presente instrumento podrá interpretarse en menoscabo de dicha protección.

[*Variante 3* – poner de relieve la continuación del plazo indefinido de protección de las ECT]

La protección contemplada en el presente instrumento prevalecerá respecto de la protección de las ECT/EF que se contemple en la legislación de P.I. en los casos en los que los plazos de protección sean limitados.

[Sigue el comentario sobre el artículo 10]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL RELATOR

Norman Bowman tomó la palabra en nombre del grupo de expertos y observadores que suministraron las variantes relativas al artículo 10. El artículo 10 trata de la relación entre la protección de la P.I. y otras formas de protección, preservación y promoción. Se trata de una disposición poco polémica. El artículo 10 trata de dos cuestiones principales: la relación de la protección de las ECT con el derecho de P.I., y con medidas no relacionadas con la P.I. Respecto del vínculo con el derecho de P.I., el comentario sobre el documento inicial aclaró que el propósito de la protección de las ECT es colmar las lagunas relativas a la protección de tales expresiones en virtud de las leyes de P.I. en vigor. Por lo tanto, es evidente que lo que se pretende es que toda forma de nueva protección sea complementaria a la protección existente. En segundo lugar, el comentario también aclaró el propósito de mantener todas las demás formas de protección jurídica y otras medidas aplicables a las ECT encaminadas a lograr otros objetivos públicos. La primera variante está basada principalmente en la formulación del texto inicial. Las demás variantes reflejan las opiniones expresadas por los expertos en la sesión plenaria. La variante 1 tiene por objeto resaltar la protección complementaria de los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes. La variante 2 tiene por objeto subrayar la continuidad de los derechos de P.I. La formulación de la variante 3 persigue enfatizar la importancia del carácter indefinido del plazo de protección de las ECT en virtud del presente instrumento.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Susanna Chung manifestó su preferencia por la variante 1, debido a que las otras dos variantes interfieren con los derechos de P.I. existentes. Miranda Risang Ayu estuvo de acuerdo.

Rachel-Claire Okani advirtió sobre el peligro de yuxtaposición entre los derechos de P.I. y el sistema *sui generis* en curso de elaboración. Ronald Barnes se mostró de acuerdo. La oradora propuso que el artículo 11 se convierta en el 10 y éste para ser el artículo 11, con el título de “Disposiciones finales” y una simple formulación: “La protección conferida por el presente instrumento no debe excluir la utilización de otras medidas de protección jurídica”.

Pavel Zeman expresó su marcada preferencia por la variante 2.

Heng Gee Lim dijo que prefería la variante 3, siempre y cuando se precisara el significado del término “prevalecerá”. Las variantes 1 y 2 al parecer presentan un inconveniente: las ECT beneficiarían de protección, pero al mismo tiempo, tendrían que respetar los derechos de P.I. que se hubieran concedido a determinados individuos, por ejemplo, sobre un signo o un símbolo que forme parte de una ECT, o una obra musical. Si esa obra musical está protegida por el derecho de autor, o si tal signo está registrado como marca, ¿podría entonces el propietario de dicha marca registrada impedir que tal signo o símbolo sea utilizado por el beneficiario en todas sus ECT? En la variante 3, la palabra “prevalecer” cubre dos posibilidades: en primer lugar, en términos de duración, en otras palabras, una vez que expiran los derechos de P.I., la duración o protección de las ECT se mantiene; en segundo lugar, respecto a la prioridad sobre el ejercicio de los derechos exclusivos, lo cual también se podría interpretar que mientras existan los derechos de P.I., el titular de los derechos de P.I. puede impedir la utilización de las ECT por el pueblo indígena. Esta cuestión no se aborda específicamente.

Xilonen Luna Ruiz dijo que las variantes son complementarias y que es posible conservar las tres, siempre y cuando se redacten de forma conveniente. Justin Hughes y Lázaro Pary estuvieron de acuerdo. La oradora respaldó las variantes 1 y 3.

Justin Hughes dijo que la variante 3 crea una diferencia entre las ECT en relación con el derecho de autor, el cual establece un plazo de protección limitado, y las ECT en relación con las marcas, que no prevé ninguno. Esta situación produce un desequilibrio entre las tres formas de P.I., ya que las marcas no son una forma de P.I. con un plazo de protección limitado.

Debra Harry dijo que las variantes 1 y 2 parecen dar prioridad a la P.I. sobre el derecho consuetudinario y, en esencia, al derecho de autor sobre las ECT. El objetivo es proteger la materia objeto que no está cubierta por la P.I. La oradora respaldó la variante 3, que subraya un plazo indefinido de protección.

ARTÍCULO 11

TRATO NACIONAL

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

[Sigue el comentario sobre el artículo 11]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL RELATOR

Ndeye Siby dijo que el grupo realizó su labor con el apoyo, entre otros, de Saoudata Walet Aboubacrine y de Rachel-Claire Okani. El grupo ha modificado el título debido a que el objetivo de la disposición es garantizar la protección jurídica de las comunidades compuestas de nacionales de un Estado parte o residentes de otro Estado parte. Cuando las ECT se utilizan en un Estado parte, pero los beneficiarios originales proceden de un Estado que no es parte, se preguntó de qué manera esa situación debe tratarse en el marco de la protección *sui generis*. Dijo que el grupo ha examinado todos los instrumentos internacionales existentes: el Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los ADPIC y el Tratado de 1996. Todos hacen referencia al “trato nacional” y “trato de la nación más favorecida”. Con respecto a la protección transfronteriza, existen dos criterios. La protección internacional es importante en las leyes nacionales. Debido al deseo de contar con un sistema de protección *sui generis*, el grupo se ha preguntado si debe tenerse en cuenta la protección a nivel regional, o si deben crearse las condiciones para una legislación adecuada en cada parte de un sistema regional. El grupo mantuvo el artículo en su estado actual. El grupo examinó los casos en que una comunidad vive en un Estado, pero no está compuesta por ciudadanos de dicho Estado. En tales casos, será necesaria una cláusula de reciprocidad que prevea el trato nacional y garantice la aplicación de la reciprocidad en el país de origen de la comunidad.

Eduardo Tempone dijo que el grupo se ha guiado por otros instrumentos internacionales, así como por el principio de no discriminación. Si un Estado garantiza a sus nacionales que sus derechos prevalezcan, entonces tales medidas jurídicas también tienen que estar disponibles para los extranjeros sin discriminación alguna. El principio de trato nacional está basado en la nacionalidad y en la residencia permanente, y tiene en cuenta el caso, por ejemplo, de las comunidades establecidas en más de un territorio, o que son nómadas.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Gyta Berasnevičiūtė pidió precisiones sobre el significado de los términos “nacionales” y “residentes”. También dijo que la aplicación del artículo dependerá del carácter del instrumento definitivo.

Makiese Augusto hizo referencia a la propuesta de un nuevo artículo 12 mencionada en relación con el artículo 8. Shafiu Adamu Yauri se mostró de acuerdo. También se preguntó acerca de las medidas transfronterizas.

Heng Gee Lim se preguntó si la última parte del artículo “así como de los derechos y beneficios específicamente concedidos por las presentes disposiciones internacionales” es acertada. Formuló la siguiente pregunta: “si una persona trata de obtener protección en un país A que no ofrece la protección prevista en virtud del presente instrumento, ¿podría el solicitante extranjero que desea obtener derechos en el país A insistir para que el país A le conceda tales derechos pese al hecho de que no estén disponibles para los ciudadanos del país A?” Se preguntó si el artículo no debería titularse “Trato Nacional Plus”.

[Fin del Anexo y del documento]