

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

Vigésima segunda sesión
Ginebra, 9 a 13 de julio de 2012

LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES: PROYECTO DE ARTÍCULOS

Documento preparado por la Secretaría

INTRODUCCIÓN

1. En la reunión del primer Grupo de Trabajo entre sesiones (19 a 23 julio de 2010), seis grupos de redacción informales de composición abierta elaboraron un proyecto de artículos sobre las expresiones culturales tradicionales que se sometió a la sesión plenaria a fin de que se formularan comentarios. El IWG 1 pidió a la Secretaría que elaborara un documento en el que se incorporara el proyecto de artículos (documento WIPO/GRTKF/IC/17/9) para la decimoséptima sesión del Comité (6 a 10 de diciembre de 2010). Además del proyecto de artículos, ese documento contiene i) la introducción efectuada por los relatores de los grupos de redacción; ii) comentarios sobre los artículos formulados por los expertos en la sesión plenaria; y iii) las opciones alternativas presentadas por los expertos.

2. En la decimoséptima sesión del CIG, se examinó el proyecto de artículos y un grupo informal de composición abierta siguió puliendo los artículos. El Comité pidió que el texto se pusiera a disposición de la decimoctava sesión en calidad de documento de trabajo (9 a 13 de mayo de 2011), con la signatura WIPO/GRTKF/IC/18/4/Rev.

3. En la decimoctava sesión del CIG, el Comité estableció un grupo de redacción informal de composición abierta para seguir puliendo el texto. El Comité pidió que el texto se pusiera a disposición de la decimonovena sesión en calidad de documento de trabajo con la signatura WIPO/GRTKF/IC/19/4 (18 a 22 de julio de 2011).

4. En la decimonovena sesión del CIG, el Presidente invitó a la facilitadora de Nueva Zelandia, Sra. Kim Connolly-Stone, a que celebrara consultas a fin de agilizar el texto de los artículos 1, 2, 3 y 5. La Sra. Connolly-Stone presentó los artículos revisados, junto con los comentarios y consideraciones de política formulados a ese respecto, en la sesión plenaria del Comité para que se formularan comentarios. A continuación, el Comité pidió que el documento WIPO/GRTKF/IC/19/4 (“La protección de las expresiones culturales tradicionales: proyecto de artículos”), en la forma modificada en la decimonovena sesión del CIG, se transmitiera como documento de trabajo a la vigésima segunda sesión del Comité. El presente documento satisface esa petición. El documento se incluyó asimismo como parte del informe del Comité a la Asamblea General de la OMPI en 2011 (26 de septiembre a 5 de octubre de 2011).

Preparación y estructura del presente documento

5. Los proyectos de artículos 1, 2, 3 y 5 son los elaborados y presentados por el facilitador. Los proyectos de artículos 4, 6, 7, 8, 9, 10, y 11 se recogen del documento WIPO/GRTKF/IC/19/4. A fin de mantener el presente documento tan conciso y claro como sea posible, en el Anexo se reflejan las enmiendas propuestas por los Estados miembros en el texto. Las inserciones propuestas figuran subrayadas, mientras que las palabras o frases que los Estados miembros han propuesto suprimir o han cuestionado figuran entre corchetes. Además, se incluyen las propuestas de redacción que los Estados miembros han recibido de los observadores. Las opciones de redacción se separan mediante barras oblicuas. Ninguno de los textos que figuran en las notas de pie de página proviene de la Secretaría.

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

[Sigue el Anexo]

OBJETIVOS (se examinarán en una etapa ulterior)

La protección de las expresiones culturales tradicionales debe tender a:

Reconocer el valor

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

Promover el respeto

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

Responder a las necesidades reales de las comunidades

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

Impedir la apropiación indebida y el uso indebidos de las expresiones culturales tradicionales

iv) proporcionar a los pueblos y las comunidades 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 [las obras derivadas] [las adaptaciones], y [controlar] las formas en que se utilizan fuera del contexto consuetudinario y tradicional, además de promover la participación equitativa en los beneficios derivados de su utilización;

Potenciar a las comunidades

iv) lograr este objetivo de una manera equilibrada y equitativa, pero de modo que los pueblos y las comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales puedan realmente ejercer con eficacia los derechos y la autoridad sobre sus propias expresiones culturales tradicionales;

Apoyar las prácticas consuetudinarias y la cooperación en las comunidades

- v) respetar el uso, el desarrollo, el intercambio y la transmisión ininterrumpidos y consuetudinarios de las expresiones culturales tradicionales por las comunidades, tanto en su interior como entre ellas;

Contribuir a la salvaguardia de las culturas tradicionales

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

Promover la innovación y la creatividad en las comunidades

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

- viii) promover la libertad intelectual y artística, la investigación y el intercambio cultural en condiciones equitativas

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

Contribuir a la diversidad cultural

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

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

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

Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual no autorizados

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

Aumentar la seguridad, la transparencia y la confianza mutuas

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

PRINCIPIOS RECTORES GENERALES (se examinarán en una etapa ulterior)

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

ARTÍCULO 1

MATERIA PROTEGIDA

Opción 1

1. Las expresiones culturales tradicionales constituyen todas las formas tangibles e intangibles de expresión artística en que se manifiesta[n] la cultura tradicional [y los conocimientos tradicionales] que incluyen, entre otras:

- a) las expresiones fonéticas y verbales;
- b) las expresiones musicales o sonoras;
- c) las expresiones corporales; y
- d) las expresiones tangibles de arte.

2. La protección se aplica a las expresiones culturales tradicionales que:

- a) son el resultado de una actividad intelectual creativa
- b) se transmiten de generación en generación
- c) son distintivas o son el producto singular de la identidad cultural y social así como del patrimonio cultural; y
- d) son mantenidas, utilizadas o desarrolladas

por los beneficiarios, según se expone en el artículo 2.

3. La terminología que se ha de emplear para describir la materia protegida debe determinarse en el ámbito nacional, regional y subregional.

Opción 2

1. Las expresiones culturales tradicionales son todas las formas tangibles e intangibles de expresión, o una combinación de ambas, que son exponentes de la cultura tradicional y los conocimientos tradicionales, y que se transmiten de generación en generación, que incluyen, entre otras:

- a) las expresiones fonéticas y verbales, 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, como las canciones, los ritmos, y la música instrumental, los sonidos que son expresión de rituales;
- c) las expresiones corporales, como la danza, la representación escénica, las ceremonias, los rituales, los rituales en lugares sagrados y las peregrinaciones, los deportes y juegos tradicionales, las funciones de marionetas y otras interpretaciones y ejecuciones, independientemente de que estén o no fijadas en un soporte; y

d) las expresiones tangibles, como las manifestaciones artísticas tangibles, obras de artesanía, atuendos y máscaras ceremoniales, obras arquitectónicas, y formas espirituales tangibles y lugares sagrados.

2. La protección se aplicará a toda expresión cultural tradicional que está asociada a la identidad cultural y social de los beneficiarios, según la definición del artículo 2, y que es mantenida, utilizada o desarrollada por éstos como parte de su identidad o patrimonio cultural y social de conformidad con la legislación nacional y las prácticas consuetudinarias.

3. La elección concreta de los términos que califiquen la materia protegida deberá determinarla la legislación nacional.

NOTA DEL FACILITADOR

Enfoques de las distintas opciones

El artículo 1 fue objeto de revisión por parte del facilitador a fin de que en él se reflejaran mejor los dos enfoques diferentes que existen en relación con la materia protegida. Estos dos enfoques se traducen en las dos opciones siguientes:

- El enfoque presente en la Opción 1 es facilitar una definición de las ECT y de los criterios de admisibilidad que sea lo más sencilla posible, que evite que se generen debates acerca del contenido y la extensión de la lista y que permita flexibilidad a la legislación o las directrices nacionales para enumerar ejemplos concretos si así lo quisieran.
- El enfoque en la Opción 2 es ofrecer una definición más detallada de las ECT y los criterios de admisibilidad en la que se establezca con más precisión cuáles son los elementos concretos que son objeto de la protección, por medio de un listado de ejemplos.

Aclaraciones del facilitador

En ambas opciones el texto se pulió y se simplificó a fin de:

- suprimir las repeticiones presentes en las distintas versiones existentes; y
- evitar tener que repetir la relación de beneficiarios (remitiendo a la definición de beneficiarios que figura en el artículo 2, con lo que se evita tener que repetir la relación de beneficiarios).

En relación con la Opción 1, el facilitador comentó lo siguiente:

- A efectos de una mayor simplicidad, y tomando como base el enfoque empleado en el texto relativo a los CC.TT., en la Opción 1 se facilita en primer lugar una descripción básica de las ECT, seguida de los criterios de admisibilidad.
- A fin de resolver el problema de la reiteración de términos como “singular”, “característico” y “distintivo”, el texto utiliza el enfoque propuesto por la Delegación de Noruega para el texto sobre los CC.TT., y queda como sigue: “son distintivas o son el producto singular de”. De esta forma, la legislación nacional puede decidir. En la Opción 2, se emplea la expresión “característica de”.
- En el párrafo 1 el facilitador puso entre corchetes la expresión “conocimientos tradicionales” a fin de resaltar que algunas delegaciones no estaban del todo satisfechas con que se incluyeran los CC.TT. en una definición de las ECT. Se propone analizar este asunto en una próxima sesión del Comité.

Se eliminaron todos los corchetes de las listas de la Opción 2. Quizá en una próxima sesión del Comité los partidarios del enfoque de las “listas” valoren si están de acuerdo o no con todos los elementos relacionados.

Algunas delegaciones plantearon en las consultas informales la cuestión si los CC.TT. que forman parte del dominio público, y que están protegidos por derechos de P.I. o que forman parte de una obra protegida por derechos de propiedad intelectual forman parte del ámbito de acción del futuro instrumento. Esta cuestión podría requerir un análisis más profundo por parte del Comité.

ARTÍCULO 2 BENEFICIARIOS

Opción 1

Los beneficiarios de la protección de las expresiones culturales tradicionales, según la definición del artículo 1, son los pueblos y comunidades indígenas, y las comunidades locales que desarrollan, utilizan, poseen y mantienen las expresiones culturales.

Opción 2

Los beneficiarios de la protección de las expresiones culturales tradicionales, según la definición del artículo 1, son los poseedores de las expresiones culturales tradicionales, que pueden ser:

- a) comunidades indígenas;
- b) comunidades locales;
- c) comunidades tradicionales;
- d) comunidades culturales;
- e) familias;
- f) naciones;
- g) individuos pertenecientes a alguna de las categorías mencionadas; y
- h) si las expresiones culturales tradicionales no se pueden atribuir de forma específica o no se limitan a una sola comunidad indígena o local, o si no es posible identificar la comunidad en la que se han desarrollado, toda entidad nacional que determine la legislación local.

Opción 3

Los beneficiarios de la protección de las expresiones culturales tradicionales, según la definición del artículo 1, son los pueblos indígenas y las comunidades locales y tradicionales, incluidos los pequeños Estados insulares.

NOTA DEL FACILITADOR

Enfoques de las distintas opciones

El texto elaborado por el facilitador intenta reflejar con más claridad los distintos enfoques que existen en relación con los beneficiarios. Estos enfoques se traducen en las tres opciones siguientes:

- El enfoque presente en la Opción 1 es que los beneficiarios de la protección son los pueblos indígenas y las comunidades locales (véanse las notas de redacción que se incluyen más abajo acerca de la referencia a “pueblos” indígenas).
- El enfoque en la Opción 2 es que la protección debe trascender los pueblos indígenas y las comunidades locales. Hay dos dudas en este caso: 1) si se incluyen las ECT de las naciones, y 2) si se considera que son los individuos o las familias los que mantienen las ECT.
- La Opción 3 constituye un intento de solucionar las dudas que plantea el término “naciones”. El tiempo disponible no fue suficiente para determinar el nivel de respaldo con el que cuenta esta opción.

Aclaraciones del facilitador

Durante las consultas informales que mantuvo el facilitador, se planteó la necesidad de definir con precisión los términos “comunidad local”, “comunidad tradicional”, “comunidad cultural” (término que podría resolver la cuestión de las comunidades en diáspora) y “nación”. La precisión en estas definiciones reduciría las dudas respecto del alcance de la cuestión y ayudaría al Comité a alcanzar un acuerdo en relación con la definición de beneficiarios. El facilitador, dado el poco tiempo disponible, no pudo redactar sugerencias ni tener en cuenta los términos que se definen en el glosario, pero todo ello podría abordarse en una próxima sesión del Comité.

Dado el amplio respaldo que obtuvo en otros artículos la referencia a los “beneficiarios según la definición del artículo 2”, el facilitador decidió comenzar todas las opciones con la fórmula “los beneficiarios de la protección son...” en lugar de “la protección debe ser aplicable a”.

En relación con la Opción 1, el facilitador comentó lo siguiente:

- Los partidarios de la definición más restrictiva de beneficiarios que se recoge en la Opción 1 no estaban de acuerdo sobre si utilizar el término “pueblos indígenas” o “comunidades indígenas”. De forma provisional, y dado que es un asunto sobre el que se ha de seguir trabajando, el facilitador ha optado por referirse a “pueblos y comunidades indígenas” en la Opción 1.
- Hubo asimismo diversidad de posturas en relación con el empleo de los términos “comunidades tradicionales” o “comunidades culturales”. El facilitador decidió no incluir ninguno de los dos términos en la redacción, pues entiende que se necesita seguir trabajando en su definición, así como en la de “comunidades locales” y todo lo que este término abarca.
- En la Opción 1, se podría suprimir la referencia a “que desarrollan”, puesto que esto ya se menciona en el artículo 1. No obstante, el facilitador no pudo finalizar con éxito sus consultas sobre este particular, por lo que dicha formulación se mantuvo en la redacción.

En la Opción 2, el facilitador incluyó a los individuos, y en un principio acompañó este término de la expresión “de acuerdo con las costumbres del colectivo”. Esta formulación no encontró respaldo entre las delegaciones que querían incluir el término “individuos”, pero se trata de un concepto que el Comité podría valorar.

ARTÍCULO 3

ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN

Opción 1

Deberá velarse por/Se velará por salvaguardar de forma razonable y equilibrada, en la medida en que sea pertinente y conforme a la legislación nacional, los intereses patrimoniales y morales de los beneficiarios de las expresiones culturales tradicionales, conforme a la definición que se da de dichas expresiones en los artículos 1 y 2.

Opción 2

1. Deben preverse medidas jurídicas, administrativas o de política, adecuadas y eficaces para:

- a) impedir la divulgación no autorizada, la fijación u otra explotación de las expresiones culturales tradicionales secretas;
- b) reconocer a los beneficiarios como la fuente de las expresiones culturales tradicionales de que se trate, excepto en los casos en que resulte imposible;
- c) impedir las utilizaciones que distorsionen o mutilen las expresiones culturales tradicionales y las que resulten ofensivas o despectivas para el beneficiario, o menoscaben la relevancia cultural que tienen para éste las expresiones culturales tradicionales en cuestión;
- d) proteger las expresiones culturales tradicionales ante cualquier utilización falsa o engañosa en relación con bienes o servicios que sugiera algún tipo de aprobación de los beneficiarios o vinculación con ellos; y
- e) [hay tres opciones para el párrafo e), que trata sobre la explotación comercial, y van desde la más flexible a la más taxativa]

Variante 1: cuando proceda, permitir que los beneficiarios autoricen la explotación comercial de las expresiones culturales tradicionales por parte de terceros.

Variante 2: solicitar una remuneración equitativa para los beneficiarios en las siguientes utilizaciones de las expresiones culturales tradicionales:

- i) fijación;
- ii) reproducción;
- iii) interpretación y ejecución en público;
- iv) traducción o adaptación;
- v) puesta a disposición o comunicación al público; y
- vi) distribución.

Variante 3: asegurar a los beneficiarios que gozarán de los derechos colectivos exclusivos e inalienables para autorizar o prohibir las siguientes actividades en relación con sus expresiones culturales tradicionales:

- i) fijación;
- ii) reproducción;
- iii) interpretación y ejecución en público;
- iv) traducción o adaptación;
- v) puesta a disposición o comunicación al público;
- vi) distribución;
- vii) todo uso con fines comerciales distintos a su uso tradicional, y
- viii) la adquisición o el ejercicio de derechos de propiedad intelectual.

NOTA DEL FACILITADOR

Enfoques de las distintas opciones

El texto elaborado por el facilitador intenta arrojar más luz sobre los conceptos fundamentales de los dos enfoques principales que existen en relación con el ámbito de la protección:

- El enfoque que subyace en la Opción 1 es que los Estados deben disponer de la máxima flexibilidad posible a la hora de establecer el ámbito de la protección.
- El enfoque de la opción 2 es más detallado y taxativo, y abarca dos opciones. En una se determina el tipo de actividades que han de regularse, pero es flexible en cuanto a las medidas de política en este sentido, y en la otra se establece un enfoque basado en los derechos.

Aclaraciones del facilitador

En relación con la Opción 2, el facilitador comentó lo siguiente:

- Hubo varias formulaciones distintas de elementos en relación, entre otros, con las ofensas y los CC.TT. secretos. El facilitador trató de extraer de entre todas ellas los conceptos fundamentales. No se pudo reflejar la formulación exacta que emplearon todas las delegaciones, pero se intentó incluir todos los conceptos. La formulación exacta podría ser objeto de valoración por parte del Comité en una próxima sesión.
- A la hora de elaborar las distintas variantes para el párrafo e), el facilitador sintetizó las dos partes del antiguo artículo B de la Opción 1 (y la nueva opción formulada por la Delegación de Indonesia en nombre de los países que opinan por igual) a fin de evitar que haya dos listas (una para los signos, símbolos etcétera y otra para las ECT que no son signos) y que se repitan las protecciones relativas a la utilización ofensiva y la representación engañosa. Los otros dos asuntos pertenecientes a la segunda categoría, a saber, la utilización con fines comerciales y la adquisición de derechos de propiedad intelectual, se adjuntaron a la primera lista de derechos exclusivos.

En cuanto a la variante relativa a la remuneración equitativa, aunque se incluye en el texto, el administrador no recuerda que ninguna delegación insistiera al respecto. Esta variante se podría suprimir en una próxima reunión del Comité.

ARTÍCULO 4

GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS

1. La gestión colectiva de los derechos que se contemplan en el artículo 3 incumbe a los beneficiarios que se definen en el artículo 2. [Los beneficiarios podrán autorizar [a la] autoridad nacional competente [designada] [(por ejemplo, a escala regional, nacional o local)] [que responderá previa petición y en nombre de los beneficiarios], de conformidad con la legislación nacional / sus procesos tradicionales de gobierno y toma de decisiones / la legislación internacional. Cuando incumba a [la] una autoridad competente [conceder] otorgar una autorización [autorizaciones]:
 - a) podrá conceder autorizaciones solo tras haber efectuado las consultas debidas y con el consentimiento fundamentado previo o la apropiación de los beneficiarios, de conformidad con sus procedimientos tradicionales de toma de decisiones y de gobierno;
 - b) podrá percibir las ganancias monetarias o de otra índole que genere el uso de expresiones culturales tradicionales, siempre que la autoridad competente entregue directamente a los beneficiarios tales ganancias o que éstas se utilicen en favor de los beneficiarios;
 - c) [tales autorizaciones serán entregadas/deberán ser entregadas al usuario por la autoridad competente designada [solo] tras haber efectuado las consultas debidas y con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y la participación de los beneficiarios, de conformidad con sus procedimientos nacionales y sus derechos consuetudinarios [procedimientos tradicionales de toma de decisiones y de gobierno]; y
 - d) toda ganancia monetaria [o] y de otra índole que perciba la autoridad competente por el uso de expresiones culturales tradicionales será/deberá ser entregada directamente por la autoridad competente designada a los beneficiarios correspondientes o utilizada [en favor de los beneficiarios] directamente en favor de los beneficiarios correspondientes y de la preservación de las expresiones culturales tradicionales].
2. Si así lo solicitan los beneficiarios, y en consulta con estos últimos, [la] una autoridad competente podrá:
 - a) desempeñar una función de concienciación, formación, asesoramiento y orientación;
 - b) supervisar de cerca la utilización de las expresiones culturales tradicionales con el fin de garantizar un uso justo y apropiado;
 - c) establecer criterios en materia de ganancias monetarias y de otra índole; y
 - d) prestar asistencia en toda negociación relativa a la utilización de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore.
3. [La autoridad competente informará a la OMPI, anualmente y con transparencia, acerca de la distribución de los beneficios que genere el uso de expresiones culturales tradicionales].
4. La gestión de los aspectos financieros de los derechos deberá ser transparente por lo que respecta a las fuentes y los importes de dinero recaudado, los gastos de administración de los derechos, si los hubiere, y la distribución del dinero entre los beneficiarios.

ARTÍCULO 5

EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

Opción 1

1. Las medidas de protección de las expresiones culturales tradicionales no deberán restringir la creación, el uso consuetudinario, la transmisión, el intercambio y el desarrollo de las expresiones culturales tradicionales en el contexto tradicional y consuetudinario por parte de los beneficiarios dentro de las comunidades y entre ellas [de conformidad con las leyes nacionales de los Estados miembros].
2. Las limitaciones sobre la protección deben aplicarse exclusivamente a la utilización de las expresiones culturales tradicionales que tengan lugar al margen de los miembros de la comunidad beneficiaria o del contexto tradicional o cultural.
3. Los Estados miembros podrán adoptar limitaciones y excepciones adecuadas de conformidad con la legislación nacional, siempre y cuando la utilización de las expresiones culturales tradicionales:

Variante 1:

- a) reconozca a los beneficiarios en la medida de lo posible;
- b) no resulte ofensiva o despectiva para los beneficiarios; y
- c) sea compatible con el uso leal.

Variante 2:

- a) no sea incompatible con la utilización normal de las expresiones culturales tradicionales por parte de los beneficiarios; y
- b) no perjudique sin justificación los intereses legítimos de los beneficiarios.

4. Independientemente de que en el artículo 5.3) ya se autorice la ejecución de tales actos, se deberá permitir:

la utilización de las expresiones culturales tradicionales en archivos, bibliotecas, museos o instituciones culturales con fines no comerciales relacionados con el patrimonio cultural, incluidas la conservación, la exhibición, la investigación y la presentación.

Opción 2

1. Las medidas de protección de las expresiones culturales tradicionales no deberán restringir la creación, el uso consuetudinario, la transmisión, el intercambio y el desarrollo de las expresiones culturales tradicionales en el contexto tradicional y consuetudinario por parte de los beneficiarios dentro de las comunidades y entre ellas [de conformidad con las leyes nacionales de los Estados miembros].
2. Las limitaciones sobre la protección deben aplicarse exclusivamente a la utilización de las expresiones culturales tradicionales que tengan lugar al margen de los miembros de la comunidad beneficiaria o del contexto tradicional o cultural.

3. Los Estados miembros podrán adoptar limitaciones y excepciones adecuadas de conformidad con la legislación nacional, siempre y cuando la utilización de las expresiones culturales tradicionales:

Variante 1:

- a) reconozca a los beneficiarios en la medida de lo posible;
- b) no resulte ofensiva o despectiva para los beneficiarios; y
- c) sea compatible con el uso leal.

Variante 2:

- a) no sea incompatible con la utilización normal de las expresiones culturales tradicionales por parte de los beneficiarios; y
- b) no perjudique sin justificación los intereses legítimos de los beneficiarios.

4. Independientemente de que en el artículo 5.3) ya se autorice la ejecución de tales actos, se deberá permitir:

- a) la utilización de las expresiones culturales tradicionales en archivos, bibliotecas, museos o instituciones culturales con fines no comerciales relacionados con el patrimonio cultural, incluidas la conservación, la exhibición, la investigación y la presentación.
- b) La creación de una obra original inspirada en una expresión cultural tradicional.

5. Excepto en lo que respecta a la protección de las expresiones culturales tradicionales secretas contra la divulgación, en la medida en que todo acto debe estar autorizado en virtud de la legislación nacional en relación con obras protegidas por el derecho de autor o signos y símbolos protegidos por el derecho de marcas, dicho acto no estará prohibido por las disposiciones que protegen las expresiones culturales tradicionales.

NOTA DEL FACILITADOR

Enfoques de las distintas opciones

El texto elaborado por el facilitador intenta arrojar más luz sobre los conceptos fundamentales de los dos enfoques principales que existen en relación con el ámbito de las excepciones y limitaciones. Estos enfoques se traducen en las dos opciones siguientes:

- En la Opción 1 se permiten menos excepciones que en la Opción 2, lo que en conjunción con el artículo 3 (relativo al alcance de la protección), proporciona en general más protección para las ECT que la Opción 2.
- En la Opción 2 se permiten más excepciones que en la Opción 1, lo que en conjunción con el artículo 3 proporciona en general menos protección para las ECT que la Opción 1.

Aclaraciones del facilitador

Parece haber un acuerdo bastante general en relación con algunos de los elementos del texto en lo que respecta a las excepciones, en concreto: no afectar el uso consuetudinario, disponer de una prueba para el establecimiento de excepciones en el ámbito nacional, y disponer asimismo de algún tipo de excepción para las instituciones culturales. Los criterios sobre los que no hubo acuerdo fueron los relacionados con las obras derivadas, y con excepciones existentes en materia de derecho de autor y derecho de marcas.

En lo que respecta a la prueba para el establecimiento de excepciones en el ámbito nacional, el facilitador unificó en un primer momento las dos opciones que se incluían en el texto original, pero algunas delegaciones se opusieron a esto, por lo que los criterios se dividieron en dos variantes independientes.

Otro punto conflictivo fue la relevancia que se da en el párrafo 1 al derecho consuetudinario y a la legislación local. El facilitador solucionó la situación de forma temporal poniendo la referencia a la legislación nacional entre corchetes a fin de reflejar que no hay acuerdo respecto de este particular. Posteriormente, durante la sesión plenaria, se recordó que el grupo de redacción informal de la decimoctava sesión del CIG había acordado emplear el término “nacional” por lo que este asunto se podría racionalizar en una próxima reunión del Comité.

Con respecto a la excepción para las instituciones culturales, el facilitador había modificado inicialmente el párrafo para resolver la inquietud expresada por los representantes de los pueblos indígenas en cuanto a que las instituciones culturales no deben actuar de forma ofensiva. Esta preocupación no halló demasiado respaldo, por lo que se suprimió dicha modificación, aunque el Comité podría abordar dicho enfoque en el futuro.

En relación con la excepción para las obras derivadas, el facilitador recibió una sugerencia durante sus consultas en el sentido de que había que profundizar más en este aspecto y en el significado de la expresión “inspirada en”. De esta forma, se podría determinar mejor el alcance de la excepción.

ARTÍCULO 6

DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN

Opción 1

1. La protección de las expresiones culturales tradicionales permanecerá vigente mientras dichas expresiones satisfagan los criterios de protección enunciados en el artículo 1 de las presentes disposiciones.
2. La protección de las expresiones culturales tradicionales contra toda deformación, mutilación u otra modificación o infracción cometidas con el propósito de perjudicarlas o perjudicar el prestigio o la imagen de la comunidad, los pueblos indígenas y las comunidades o la región a la que pertenezcan, permanecerá vigente indefinidamente.
3. Las expresiones culturales tradicionales secretas seguirán gozando de la protección concedida a las expresiones culturales tradicionales divulgadas mientras satisfagan los criterios de protección enunciados en el artículo 1.

Opción 2

1. Al menos en lo que respecta a los aspectos económicos, el plazo de protección de las expresiones culturales tradicionales deberá ser limitado.

ARTÍCULO 7
FORMALIDADES

Como principio general, la protección de las expresiones culturales tradicionales no estará sujeta a formalidad alguna.

ARTÍCULO 8

SANCIONES, RECURSOS Y EJERCICIO DE DERECHOS

Opción 1

1. Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, según proceda y de conformidad con los respectivos sistemas jurídicos, las medidas [necesarias] para asegurar la aplicación del presente instrumento.
2. Las Partes Contratantes adoptarán medidas para sancionar la infracción deliberada o por negligencia de los intereses económicos o morales de los beneficiarios que constituyan un medio eficaz para disuadir nuevas infracciones.
3. Los medios de reparación para salvaguardar la protección concedida en virtud del presente instrumento deberán regirse por la legislación del país en que se reivindique la protección.

Opción 2

1. En los casos de incumplimiento de la protección concedida a las expresiones culturales tradicionales, deberán establecerse mecanismos de observancia y solución de controversias así como medidas en frontera, sanciones y recursos, incluidos los recursos del ámbito penal y civil accesibles, apropiados y pertinentes.
2. Si, conforme a lo dispuesto en el artículo 4, se nombrara a una [autoridad competente designada], podrá incumbir a esta última la tarea de prestar asesoramiento y asistencia a los beneficiarios que se definen en el artículo 2 en lo que respecta a la observancia de los derechos y al establecimiento de los recursos que se contemplan en el presente artículo, si procede y a petición de los beneficiarios.
3. Los medios de reparación a los fines de salvaguardar la protección concedida en virtud del presente instrumento se regirán por la legislación del país en el que se reivindique la protección en cuestión.
4. Si las expresiones culturales tradicionales son comunes a varios países o a pueblos indígenas y comunidades pertenecientes a varias jurisdicciones, las Partes Contratantes deberán ofrecer su cooperación y asistencia para facilitar la aplicación de las medidas de observancia que se contemplan en el presente instrumento.

Propuesta de artículo 8 bis sobre solución extrajudicial de controversias

Cuando se plantee una controversia entre beneficiarios o entre beneficiarios y usuarios de expresiones culturales tradicionales, cada una de las partes estará facultada a recurrir a un mecanismo de solución de controversias extrajudicial e independiente, reconocido por la legislación internacional o nacional.¹

¹ Como por ejemplo, el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI.

ARTÍCULO 9

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

1. Las presentes disposiciones se aplican a todas las expresiones culturales tradicionales que, en el momento de su entrada en vigor, satisfagan los criterios previstos en el artículo 1.

Opción 1

2. El Estado deberá velar por que se tomen las medidas necesarias para garantizar los derechos que se contemplen en la correspondiente legislación nacional y que ya hayan sido adquiridos por terceros.

Opción 2

2. Todo acto que aun perdure de una expresión cultural tradicional, que haya comenzado antes de la entrada en vigor de las presentes disposiciones y que no estaría autorizado o, alternativamente, estaría reglamentado por las disposiciones, deberá ponerse en conformidad con las disposiciones en un plazo razonable tras su entrada en vigor, y con sujeción a que se respeten los derechos adquiridos anteriormente por terceros, como se precisa en el párrafo 3.

3. En lo que respecta a las expresiones culturales tradicionales 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.

ARTÍCULO 10

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

Opción 1

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

No obstante lo que se estipula en esta opción / No obstante cualquier estipulación en contrario, las expresiones culturales tradicionales deberán protegerse sin límite temporal para salvaguardar el patrimonio cultural tangible e intangible de los pueblos indígenas.

Opción 2

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.

ARTÍCULO 11

TRATO NACIONAL

Los derechos y beneficios derivados de la protección de las expresiones culturales tradicionales 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 ventajas que los beneficiarios que sean nacionales del país de protección, así como de los derechos y beneficios específicamente concedidos por las presentes disposiciones internacionales.

[Fin del Anexo y del documento]