

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

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

**INFORME DEL EXCMO. SR. EMBAJADOR PHILIP RICHARD OWADE SOBRE CUESTIONES FUNDAMENTALES DEL BIENIO 2010–2011 PENDIENTES DE EXAMEN**

*Documento presentado por el Excmo. Sr. Embajador Philip Richard Owade*

1. En la decimonovena sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (“el CIG”), celebrada del 18 al 22 de julio de 2011, el Presidente del CIG para el bienio 2010-2011, el Excmo. Sr. Embajador Philip Richard Owade, señaló su intención de preparar un resumen sobre algunas cuestiones fundamentales cuyo examen debe, a su juicio, proseguirse en la próxima ronda de negociaciones.
2. El Embajador Owade elaboró el mencionado informe y lo presentó a la Secretaría.
3. El Anexo del presente documento contiene la parte del informe en que se tratan las expresiones culturales tradicionales.
4. *Se invita al CIG a tomar nota del presente documento y de su Anexo.*

[Sigue el Anexo]

## INTRODUCCIÓN

1. En 2010 y 2011 tuve el honor de presidir el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (“el CIG”). Durante el bienio, el Comité avanzó mucho en la redacción de los textos sobre las expresiones culturales tradicionales (ECT), los conocimientos tradicionales (CC.TT.) y los recursos genéticos (RR.GG.). No obstante, algunas cuestiones de política siguen pendientes y, teniendo en cuenta que el CIG emprende, bajo una presidencia nueva, un nuevo mandato y una nueva etapa en su labor, me pareció que podría ser útil resumir las principales cuestiones que, a mi juicio, se plantean en cada uno de los temas del CIG, a saber, las ECT, los CC.TT. y los RR.GG.
2. En consecuencia, he preparado unas notas sobre los tres temas y se las he entregado a la Secretaría. He pedido a la Secretaría que en la presente sesión distribuya la parte referida a los ECT. La parte que atañe a los RR.GG. se puso a disposición en la 20a sesión del CIG celebrada del 14 al 22 de febrero de 2012, y la parte correspondiente a los CC.TT. en la 21a sesión que se celebró del 16 al 20 de abril de 2012.
3. En dichas notas he tratado simplemente de reunir las cuestiones de política que, a mi parecer, revisten mayor importancia en las negociaciones del CIG, y señalar algunas de las principales opiniones acerca de las mismas. Tales notas tal vez ayuden a enmarcar y centrar los debates en curso del CIG. Naturalmente, ni el CIG ni el futuro Presidente están obligados a utilizarlas, aunque espero que les resulten útiles.
4. En la preparación de las notas he hecho referencia a los principales documentos e informes más recientes que se han preparado para el CIG, así como a las diversas notas que he elaborado durante el desempeño de mis funciones como Presidente.

## NOTAS SOBRE CUESTIONES FUNDAMENTALES RELACIONADAS A LAS ECT.

### **Artículo 1 – Materia protegida**

1. El artículo 1 está compuesto de tres partes: 1) una descripción básica de la materia protegida, 2) los criterios de admisibilidad y 3) elección de la terminología.
2. El artículo 1 contiene dos opciones que reflejan dos enfoques:
  - La opción 1 prevé una definición sencilla de las ECT y de los criterios de admisibilidad que ofrece flexibilidad a las legislaciones o directrices nacionales para enumerar ejemplos concretos de ECT.
  - La opción 2 contempla una definición más detallada de las ECT y de los criterios de admisibilidad que brinda mayor seguridad acerca de los elementos concretos que son objeto de protección por medio de una lista de ejemplos.
3. Se ha cuestionado la lista de ejemplos que figura en el párrafo 1 de ambas opciones. No hay acuerdo en cuanto a la inclusión de la lista (opción 2), o sencillamente de categorías introductorias (opción 1). La idea general, expresada por muchas delegaciones, es que el instrumento internacional proporcione un marco amplio, que permita a cada país especificar los elementos culturales que podrán ser objeto de protección. Otras delegaciones estiman que la lista de ejemplos aporta seguridad y claridad, y garantiza la protección de elementos concretos.

4. En la opción 1, la lista está limitada a los títulos de las categorías introductorias. Se ha argumentado que las categorías son claras pero que los ejemplos son demasiado detallados y crean confusión. Una posibilidad sería que la lista de ejemplos figurara en las “notas aclaratorias”, a las que se podría añadir elementos ulteriormente.
5. No hay consenso sobre la expresión “o una combinación de ambas” después de “tangibles e intangibles” en el párrafo 1; la expresión aparece únicamente en la opción 2. El CIG también está examinando la posibilidad de incluir una referencia al requisito de fijación. Actualmente, únicamente la opción 2 hace referencia al requisito mediante la expresión “independientemente de que estén o no fijadas en un soporte”.
6. Algunas delegaciones no están dispuestas a aceptar la inclusión de una referencia a los CC.TT. en el párrafo 1. En consecuencia, en la formulación de la opción 1 la expresión “conocimientos tradicionales” aparece encerrada entre corchetes.
7. No hay acuerdo en cuanto al adjetivo “artística” para calificar “expresión” tal como figura actualmente en la opción 1.
8. En el párrafo 2 se establecen los criterios sustantivos de admisibilidad que especifican las ECT que serán objeto de protección. No hay consenso respecto al uso de los términos “característico”, “distintivo” o “singular”. En la opción 1, la formulación del apartado 2.c) deja la elección a la legislación nacional. En la opción 2 se utiliza la expresión “asociada a”.

## **Artículo 2 – Beneficiarios**

9. El espectro de beneficiarios es una de las cuestiones esenciales de política pendientes. No hay acuerdo sobre la medida en que el instrumento debe ir más allá de los pueblos indígenas y las comunidades locales. Cabe mencionar que la identificación de los beneficiarios está estrechamente relacionada con el alcance del instrumento en su conjunto.
10. El CIG ha respaldado ampliamente el enfoque de que en todos los artículos del instrumento se utilice sencillamente el término “beneficiarios” al hacer referencia a la definición del artículo 2.
11. El artículo contiene tres opciones:
  - En la opción 1 los beneficiarios son únicamente los pueblos indígenas y las comunidades locales.
  - La opción 2 amplía la protección e incluye a otros beneficiarios potenciales. A este respecto se plantean dos tipos de cuestiones: 1) la inclusión de las “naciones” y 2) la inclusión de las “personas” o “familias”.
  - La opción 3 intenta abordar la cuestión relativa a las “naciones”. Esta opción trata sobre las ECT de un pueblo que haya sido identificado y que por legítimo derecho deba ser beneficiario, pero que no es un pueblo indígena o una comunidad local.
12. La opción 1 limita el alcance a los pueblos indígenas y las comunidades locales. Subsisten divergencias en cuanto a la terminología: algunos prefieren “pueblos indígenas” y otros “comunidades indígenas”. Se ha sugerido varias veces que la palabra “indígena” figure con mayúscula inicial en todo el texto de la versión inglesa.
13. Respecto de la opción 2, es necesario aportar aclaraciones sobre las expresiones “comunidades locales”, “comunidades tradicionales” y “comunidades culturales” (incluidas las comunidades en diáspora) y “naciones” para solucionar las dudas y ayudar al CIG a lograr un acuerdo sobre una definición de beneficiarios.

14. Existen importante vínculos entre los artículos 1 y 2, y el CIG podría estudiar la posibilidad de introducir referencias cruzadas para evitar la duplicación y redundancia (como es el caso de la frase que reza: "que desarrollan, utilizan, poseen o mantienen las expresiones culturales tradicionales" en la opción 1).

15. No hay acuerdo en cuanto a la inclusión del término "naciones" (y, en cierta medida, "estado") en la definición de beneficiarios. El CIG podría distinguir el término "naciones" –tal como lo entienden algunos Estados al referirse a "estado"– de "naciones indígenas". Algunos argumentan que el uso del término "naciones" alude a la protección nacional del patrimonio cultural, que es un ámbito del que no se ocupa la OMPI. Una delegación sugirió sustituir "naciones" por "sociedades" y que esta opción sea examinada por el CIG.

16. Asimismo, no hay consenso respecto a si las personas, en el seno de una comunidad, podrían considerarse como beneficiarios. El texto sobre los CC.TT. contempla esos casos y la opción 2 también lo prevé.

17. Asimismo, el CIG podría considerar la posibilidad de que más de una sola comunidad pueda tener derecho a proteger las mismas ECT o ECT similares. Este aspecto atañe a la titularidad de los derechos y la distribución de los beneficios entre las comunidades de distintos países.

18. Otra cuestión es la utilización de "pueblo indígena" en singular, que se sugiere cambiar por "pueblos indígenas" en plural en todo el texto, con el fin guardar coherencia con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (UNDRIP).

### **Artículo 3 – Alcance de la protección**

19. En el artículo 3 se define el ámbito de protección en relación con los usos indebidos y apropiaciones indebidas de las ECT, que complementa los mecanismos de protección actualmente disponibles en virtud de la legislación de P.I. convencional:

- La opción 1 ofrece una gran flexibilidad para determinar el alcance de la protección.
- La opción 2 es más detallada y normativa, y contiene dos enfoques distintos. En uno se determinan los actos que han de regularse, pero es flexible en cuanto a las medidas que deben aplicarse. El otro prevé un enfoque basado en los derechos.

20. La opción 2 trata sobre las medidas adecuadas y eficaces, y refleja cuatro elementos distintos de protección: el primero se relaciona con la protección de las ECT secretas; el segundo con el reconocimiento; el tercero con el uso ofensivo, la distorsión o mutilación (el CIG deberá llegar a un acuerdo sobre la formulación exacta); y el cuarto con impedir la utilización engañosa de las ECT en relación con los bienes y servicios.

21. En el apartado e) se enumeran las tres variantes referentes a la explotación comercial, de la más flexible a la más normativa. En la variante 1, los Estados pueden contemplar la explotación comercial y determinar sus modalidades. La variante 2 trata sobre la remuneración equitativa (podría eliminarse si no beneficia de apoyo). La variante 3 trata sobre la forma más fuerte de protección: los derechos exclusivos inalienables.

### **Artículo 4 – Gestión de los derechos**

22. El párrafo 1 establece que la gestión colectiva de los derechos incumbe a los beneficiarios, los que podrán autorizar a la autoridad competente para que actúe en su nombre. La autoridad podrá conceder licencias (tras haber efectuado las consultas debidas y con el consentimiento fundamentado previo de los beneficiarios) y percibir los beneficios.

23. El párrafo 2 enumera además las funciones de la autoridad, tales como la concienciación y el asesoramiento en las negociaciones, entre varias otras.

24. La formulación de los párrafos 3) y 4) atañe a la gestión transparente de los aspectos financieros. El párrafo 3 propone que las autoridades competentes informen a la OMPI anualmente, mientras que el párrafo 4 establece que la gestión de los aspectos financieros sea transparente. El CIG podrá elegir entre estas dos opciones.

25. El CIG podría examinar si los gobiernos deberán estar facultados para legislar o adoptar decisiones respecto de la gestión de los derechos (por ejemplo a través de las autoridades nacionales), si hay que referirse a “consentimiento fundamentado previo” o “la aprobación y la participación”, y si se deberá exigir a las autoridades competentes que informen al respecto.

26. En mi opinión, este artículo podría recortarse y simplificarse considerablemente, dejando el detalle a nivel nacional.

### **Artículo 5 – Excepciones y limitaciones**

27. El artículo 5 comprende dos opciones:

- La opción 1 contempla menos excepciones, lo que en conjunción con el artículo 3 proporciona en general mayor protección para las ECT que la opción 2.
- La opción 2 contempla más excepciones, lo que en conjunción con el artículo 3 proporciona en general menos protección para las ECT que la opción 1.

28. En el IGC parece haber un amplio acuerdo sobre: el respeto del uso consuetudinario, la prueba para el establecimiento de excepciones en el plano nacional, y la excepción en favor de las instituciones culturales. Las esferas de desacuerdo atañen las obras derivadas y la pertinencia de las excepciones existentes en virtud del derecho convencional de autor y de marcas.

29. En el párrafo 1, los corchetes reflejan un desacuerdo sobre la pertinencia del uso consuetudinario o la legislación nacional, a saber, si el texto debe tratar únicamente del contexto consuetudinario o también mencionar las legislaciones nacionales. El CIG podría elucidar el término “nacional”.

30. El párrafo 3 contempla una prueba que los Estados miembros podrían aplicar para el establecimiento de excepciones. Los criterios están separados en dos variantes. La variante 1 comprende los conceptos de reconocimiento, utilización ofensiva y compatibilidad con el uso leal. Algunas delegaciones manifestaron el deseo de que se aporten aclaraciones sobre el término “uso leal”. La variante 2 se basa en la prueba del criterio triple, pero incluye únicamente dos criterios, y es necesario aún debatir el criterio tres.

31. El apartado 4.a) trata sobre las excepciones específicas para las instituciones culturales, como el caso de los museos. Se han planteado inquietudes respecto a la fina línea divisoria entre los usos comerciales y no comerciales.

32. La opción 2 incluye una excepción para las obras derivadas u obras originales producto de la inspiración o préstamo respecto de una ECT. Esta excepción plantea un gran número de cuestiones debido a que podría potencialmente permitir el uso de las ECT por creadores contemporáneos para crear obras originales y reivindicar derechos de autor sobre esas obras. Existen diferentes opiniones sobre esta cuestión. El CIG podría examinar lo que significa “inspirada en” para ayudar a determinar el ámbito de la excepción.

33. El párrafo 5 contiene una excepción relativa al derecho de marcas y el derecho de autor, pero existen distintas opiniones al respecto.

## **Artículo 6 – Duración de la protección**

34. El artículo 6 contiene dos opciones: la primera ofrece una duración de la protección relacionada con los criterios de admisibilidad definidos en el artículo 1, y contempla una duración indefinida en lo que atañe a los derechos morales. También ofrece protección contra la divulgación de las ECT secretas. La segunda opción sólo se refiere a la duración de los derechos económicos, e indica que el plazo deberá ser limitado.

35. El CIG podría examinar si es posible fusionar las opciones 1 y 2, y si debe imponerse un límite al período de protección de los derechos morales y económicos.

## **Artículo 7 – Formalidades**

36. El principio general relativo a las formalidades se establece en el artículo 7. Parece haber consenso respecto de que la protección no estaría sujeta a formalidad alguna.

## **Artículo 8 – Sanciones, recursos y ejercicio de derechos**

37. Este artículo comprende dos opciones, al igual que el artículo 8*bis* sobre la solución extrajudicial de controversias. Uno de los principales puntos de desacuerdo reside en si el texto deberá determinar las sanciones, u ofrecer a los Estados la flexibilidad de establecer las sanciones adecuadas en el marco de la legislación nacional. El CIG podría tratar de fusionar estas dos opciones.

38. El CIG podría examinar la disposición sobre la cooperación transfronteriza prevista en la opción 2.

39. No hay consenso sobre la cuestión de saber si debe añadirse el artículo relativo a la solución de controversias. La propuesta que figura en el artículo 8*bis* podría seguir examinándose.

## **Artículo 9 – Disposiciones transitorias**

40. El artículo 9 establece en primer lugar que el instrumento se aplicará a las ECT que, en el momento de su entrada en vigor, cumplan con los criterios de protección. A partir de entonces contiene dos opciones. Una protege los derechos existentes de terceros, mientras que la otra prevé que la utilización constante por terceros deberá ser puesta en conformidad con las disposiciones.

41. Una cuestión de política pendiente es la referencia a la repatriación de las ECT que figura en el párrafo 3 de la opción 2. El CIG podría examinar si el texto puede aportar aclaraciones respecto de la distinción entre recuperar las propias ECT (como objetos de propiedad cultural) y recuperar los derechos sobre las ECT, para evitar el conflicto potencial con otros instrumentos internacionales, en particular con la Convención de la UNESCO sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales de 1970.

## **Artículo 10 - Relación con la protección por propiedad intelectual y otras formas de protección, preservación y promoción**

42. Este artículo trata sobre la relación que el nuevo instrumento tendría, entre otros, con el sistema de P.I. existente, y con las leyes relativas al patrimonio cultural. El artículo 1 está compuesto de dos partes: La primera opción contempla una relación de complementariedad, mientras que la segunda indica claramente que el derecho internacional de P.I. tendría precedencia.

43. Existen algunos desacuerdos sobre si deberá permanecer en el artículo 10 el texto añadido a la opción 1, que prevé que las expresiones culturales tradicionales deberán protegerse sin límite temporal para salvaguardar el patrimonio cultural de los pueblos indígenas. Una posibilidad sería desplazarlo al artículo 6 sobre la duración de la protección. Si el enfoque del texto no se refiere a la duración de la protección, sino a la salvaguardia del patrimonio cultural, la cuestión planteada sería la de saber si este asunto es de competencia de un instrumento de P.I. Esta cuestión deberá ser examinada por el CIG.

#### **Artículo 11 - Trato nacional**

44. Este artículo no parece plantear controversia. El CIG deberá reflexionar sobre la cuestión de los “beneficiarios extranjeros facultados”.

[Fin del Anexo y del documento]