

Communication from China Transmitting its Observations and Comments
on the Protection of Traditional Cultural Expressions/Folklore:
Revised Objectives and Principles

Secretariat of WIPO,

Kindly find below China's observations and comments on the document by WIPO – "The Protection of Traditional Cultural Expressions/Folklore: Revised Objectives and Principles". In the meantime, China would like to take this opportunity to thank the Secretariat for the enormous work it has done in this respect.

1. The classification of traditional cultural expressions is found to be a bit vague in the present document, and thus more work is needed to break them down into more details. It is proposed that the scope of the subject matter of such protection be clearly defined in the document.
2. In addition, it is proposed that minimum criteria be specified in the said document for the enforcement of rights in relation to traditional cultural expressions. For example, it can be specified in the document that, as a matter of principle, the following two conditions must be met when traditional cultural expressions are used, regardless of the nature of rights in them: (i) as moral rights are concerned, the source of such expressions must be indicated, and traditional cultural expressions must be protected against distortion and mutilation; and (ii) in terms of property rights, appropriate economic compensations must be ensured.

The General Office of
The National Copyright Administration of China

Dated: March 2, 2010

关于对WIPO《保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式：经修订的目标与原则》的评论意见的函

WIPO秘书处：

现将我对WIPO《保护传统文化表现形式/民间文艺表现形式：经修订的目标与原则》的评论意见提供如下，并借此机会感谢秘书处为此所做的大量工作：

一、现有文件对民间文艺表现形式的分类较为模糊，应做进一步细分，建议在文件中明确保护民间文艺表现形式客体的具体范围。

二、建议在文件中明确民间文艺表现形式权利行使的最低标准，比如在文件中明确，无论民间文艺表现形式的权利性质如何，在使用时应该基本满足两个条件，一是在精神权利方面指明来源，保护民间文艺表现形式不受歪曲和篡改，二是在财产权利方面确保给予适当的经济补偿。

国家版权局办公厅

二〇一〇年三月二日

From: Ploeger-He@bmj.bund.de
Sent: vendredi, 26. février 2010 11:28
To: Grtkf
Subject: C. 7795

Dear ladies and gentlemen,

on behalf of the German Ministry of Justice I thank you for the opportunity to further comment on the documents WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov., WIPO/GRTKF/IC/16/5 Prov. and WIPO/GRTKF/IC/16/6 Prov. which I would like to do as follows:

TK and TCEs

We think that future discussions may well be based on documents WIPO/GRTKF/IC/9/4 and WIPO/GRTKF/IC/9/5, however they should not be the only basis for future work. As stated by the EU on IGC 14, the discussions should be based on the entire work carried out by the Committee, not excluding any particular document or documents. Documents WIPO/GRTKF/IC/14/4 and WIPO/GRTKF/IC/14/5 contain comprehensive lists of other documents with possible relevance for future discussions. Just to pick two, the gap analyses contained in documents WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) and WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev. should also be referred to, since they contain valuable information on the general characteristics of TCEs and of TK respectively.

It has always been our position that any discussion on secondary priority issues has to be based on a resilient common understanding in the Committee of the objective of protection for TK, TCEs and GR. Therefore Germany supports comments on p.16 of document WIPO/GRTKF/IC/16/5 (ex 9/5) asking for greater clarification what actually should be the objective and subject of protecting TK through Article 1. The same holds true for TCEs in document WIPO/GRTKF/IC/16/4 (ex 9/4). Germany reserves its right to make additional comments on the other substantive provisions once this upstream issue has been clarified sufficiently. This does not imply that Germany accepts the substantive provisions contained in the Annexes of documents WIPO/GRTKF/IC/16/4 and WIPO/GRTKF/IC/16/5 as the only basis for future discussions.

GR

We think that future discussion may well be based on document WIPO/GRTKF/IC/11/8(a), however it should not be the only basis for future work. As stated by the EU on IGC 14, the discussions should be based on the entire work carried out by the Committee, not excluding any particular document or documents. Document WIPO/GRTKF/IC/14/7 contains a comprehensive list of other documents with possible relevance for future discussions. Just to pick one, document WIPO/GRTKF/IC/8/9 (updated by document WIPO/GRTKF/IC/13/8(B)) should also be taken into consideration since it provides general information on the Committee's activities relating to genetic resources and intellectual property (IP).

We consider that the Committee should continue primarily to explore substantive

intellectual property issues concerning the relationship between intellectual property and genetic resources as summarized in the three substantial clusters mentioned in document WIPO/GRTKF/IC/13/8 with the following priority:

- 1) IP issues in mutually agreed terms for the fair and equitable sharing of benefits arising from the use of genetic resources. Our results could certainly enrich the discussions in the other international fora.
- 2) The interface between the patent system and genetic resources, particularly defensive protection;
- 3) IP issues concerning disclosure requirements and alternative proposals for dealing with the relationship between intellectual property and genetic resources.

Best Regards

Henning Plöger

Dr. Henning Plöger
Federal Ministry of Justice
Division Patent Law
D-11015 Berlin
Tel.: ++49 (30) 2025 - 9348
Fax: ++49 1810 580 - 9348

With respect to OBJECTIVES and GENERAL GUIDING PRINCIPLES in WIPO/GRTKF/IC/16/4 and WIPO/GRTKF/IC/16/5, the comments submitted by the Government of Japan included in WIPO/GRTKF/IC/10/INF2Add are still valid and can be useful materials for further discussion. While the Government of Japan reserves its right for further comments and questions, it submits its comments and questions on SUBSTANTIVE PROVISIONS in WIPO/GRTKF/IC/16/4 and WIPO/GRTKF/IC/16/5.

- In discussing SUBSTANTIVE PROVISIONS, GENERAL GUIDING PRINCIPLES on flexibility and comprehensiveness should be respected and duly reflected in the wording of each Article.

THE PROTECTION OF TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS/EXPRESSIONS OF FOLKLORE(TCEs/EoF) (WIPO/GRTKF/IC/16/4)

- Article 1
 - What should fall within the scope of “traditional”? For example, the passing of how many generations would be sufficient to be “traditional”?
 - Are there any requirements for a community in which expressions are shared and passed to be regarded as “traditional”? For example, can the expressions which are shared and passed within a whole country be regarded as “traditional”?
 - How can the scope of the specific TCEs/EoF be defined to ensure predictability for users of such expressions and the third parties?
 - How will the expressions which belong to the public domain be treated and how will the public domain in this context be defined?
- Articles 2 and 7
 - How can the boundary of beneficiaries of the specific TCEs/EoF be defined ?
 - What are the objective requirements for beneficiaries of the specific TCEs/EoF ?
 - How can predictability on beneficiaries of the specific TCEs/EoF be ensured for its users ?
- Articles 3,4 and 7
 - Is it feasible to identify the right person capable of granting prior informed consent without clear decision-making mechanism or representation of a community?
- Article 4
 - Even if the purpose of the protection of TCEs/EoF is to correct the inequities in

economic development and to ensure sustainable development of certain communities by providing new financial resources, it has not been yet justified that granting a right to TCEs/EoF is an appropriate method for achieving such purpose.

- How can benefits, which are shared by users of TCEs/EoF, be distributed to all appropriate beneficiaries in a equitable manner?

- Article 6
 - If the protection of TCE/EoF gives incentive for further creation of expressions that will lead to cultural or industrial development by the third party through using protected subject matter, indefinite protection of TCE/EoF is inappropriate in consideration of the balance between interests of the right holders and the public.

- Article 7
 - From the viewpoint of predictability for users, clearer definitions of TCEs/EoF and beneficiaries would be needed especially if any protection would be given to TCEs/EoF irrespective of formality.

THE PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE (TK) (WIPO/GRTKF/IC/16/5)

- Articles 1,3 and 4
 - What should fall within the scope of “traditional”? For example, the passing of how many generations would be sufficient to be “traditional”?
 - Are there any requirement for a community in which knowledge is shared and passed to be regarded as “traditional”? For, example, can the knowledge which is shared and passed within a whole country be regarded as “traditional”?
 - How can the scope of the specific TK be defined to ensure predictability for users of such knowledge and the third parties?
 - How will the knowledge which belongs to the public domain be treated and how will the public domain in this context be defined?

- Article 5
 - How can the boundary of beneficiaries of the specific TK defined?
 - What is the objective requirements for beneficiaries of the specific TK? For example, is a kind of biological connection such as kinship needed?
 - How can predictability on beneficiaries of the specific TK be ensured for users?

- Article 6
 - Even if the purpose of the protection of TK is to correct the inequities in economic development and to ensure sustainable development of certain communities by providing new financial resources, it has not been yet justified that granting a right to TK is an appropriate method for achieving such purpose.
 - How can benefits, which are shared by users of TK, be distributed to all appropriate beneficiaries in an equitable manner?

- Article 7
 - Is it feasible to identify the right person capable of granting prior informed consent without clear decision-making mechanism or representation of a community? Can a State act legitimately to represent the welfare and benefit of all appropriate beneficiaries considering the same fact without clear decision-making mechanism or representation of a community?

- Articles 6 and 9
 - If the protection of TK gives incentive for future invention that will lead to efficient development by the third party through using protected subject matter , indefinite protection of TK is inappropriate in consideration of the balance between interests of the right holders and the public .

- Articles 11
 - From the viewpoint of predictability for users, clearer definitions of TK and beneficiaries would be needed especially if any protection would be given to TK irrespective of formality.

<End>

WIPO



WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION
GENEVA

E

WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov.

ORIGINAL: English

DATE: January 22, 2010

INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY AND GENETIC RESOURCES, TRADITIONAL KNOWLEDGE AND FOLKLORE

**Sixteenth Session
Geneva, May 3 to 7, 2010**

THE PROTECTION OF TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS/
EXPRESSIONS OF FOLKLORE:

REVISED OBJECTIVES AND PRINCIPLES

Document prepared by the Secretariat

I. INTRODUCTION

Formatted: English U.S.

1. At its fifteenth session, held from December 7 to 11, 2009, the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore ('the Committee') decided that the Secretariat should "prepare and distribute, before the end of January 2010, a revised version of working document WIPO/GRTKF/IC/9/4, reflecting the proposed amendments and comments made on and questions posed in relation to this document at this session of the Committee. Amendments, comments and questions of observers should be recorded for consideration by Member States. The Secretariat would invite Committee participants to provide written comments on that revised version before the end of February 2010. The Committee invited the Secretariat then to prepare and distribute a further revised version of the document, reflecting the written comments made, as a working document for the next session of the Committee."¹

2. This present document is the revised version of working document WIPO/GRTKF/IC/9/4, reflecting the proposed amendments as well as the comments made on

¹ Draft Report of Fifteenth Session (WIPO/GRTKF/IC/15/7 Prov.)

and questions posed in relation to this document at the fifteenth session of the Committee. Amendments, comments and questions of observers are also recorded for consideration by Member States.

3. In line with the decision reached at the fifteenth session, Committee participants are invited to provide written comments on this document before February 28, 2010. The Secretariat will then prepare and distribute a further revised version of this document, reflecting the written comments made, as a working document for the next session of the Committee.

4. The next session of the Committee, the sixteenth session, will take place from May 3 to 7, 2010. This document, as so further revised, will be made available for that session as working document WIPO/GRTKF/IC/16/4.

Preparation and structure of this document

5. Document WIPO/GRTKF/IC/9/4 comprised a cover document prepared by the Secretariat, which provided information on the history, structure and content of the document as at the time it was prepared (January 2006), and an Annex, which contained the “substance” of the document, namely the revised draft objectives and principles.

6. The Annex comprised the objectives and principles themselves as well as a “Commentary”. The Commentary consisted of a substantive commentary on each objective and principle and information identifying and discussing comments received on an earlier version of each objective and principle, as contained in document prepared for the seventh session of the Committee (WIPO/GRTKF/IC/7/3). These comments had already been reflected in document WIPO/GRTKF/IC/9/4.²

7. In the circumstances and in the interest of keeping the present document as concise and current as possible:

- a) the cover document to WIPO/GRTKF/IC/9/4 has not been carried over to the present revised version. As the cover document notes, however, the draft objectives and principles are based upon extensive fact-finding, discussion, analysis and case-studies and draw directly upon comments and proposals made by Committee participants since they were first published in an earlier form in August 2004. The full history of the draft objectives and principles, and in particular the past comments made on them, is available online.³ The draft objectives and principles are also complemented by more recent resources, such as the collations and factual extraction of comments on

² The comments noted in the Commentary to WIPO/GRTKF/IC/9/4 were comments that had been made on document WIPO/GRTKF/IC/7/3, an earlier version of WIPO/GRTKF/IC/9/4, during an inter-sessional commentary process established by the Committee at its seventh session in November 2004. The commentary process ran from November 2004 to February 2005, and the comments made during that period were incorporated in a revised version of WIPO/GRTKF/IC/7/3 which was issued as a working document for the eighth session of the Committee in June 2005 (WIPO/GRTKF/IC/8/4). Document WIPO/GRTKF/IC/8/4 was subsequently reissued, without any amendment to the Annex, as document WIPO/GRTKF/IC/9/4. In other words, the comments noted in document WIPO/GRTKF/IC/9/4 have already been taken into account in the preparation of the document.

³ http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_9/wipo_grtkf_ic_9_4.pdf

the agreed List of Issues⁴ and the draft Gap Analysis.⁵ All this information is available online;⁶

- b) in the Annex, the substantive commentary on each objective and principle has been retained. The information on the comments made on the earlier version of document WIPO/GRTKF/IC/9/4 has not been included and is in effect replaced by comments made and questions posed at the fifteenth session. To avoid confusion between the earlier comments and those made at the fifteenth session, references to earlier comments in footnotes have also been removed. The comments made previously on the “original” document WIPO/GRTKF/IC/9/4 remain available to be consulted online;⁷
- c) in line with the decisions of the Committee taken at its fifteenth session, specific amendments proposed by Member States at this session are reflected in the objectives and principles in the Annex. Proposed insertions and additions are underlined, while words or phrases that a Member State has proposed be deleted are “struck through.” Where more than one proposal has been made, the proposals are separated by a forward slash (/). The Annex also records other comments made and questions posed at the fifteenth session, as well as drafting suggestions, comments and questions of observers which are recorded for consideration by Member States. The comments and questions are, as far as possible, grouped by issue.

8. *The Committee is invited to continue to review and comment on the draft provisions contained in the Annex towards developing a revised and updated version thereof.*

[Annex follows]

⁴ Working documents WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) on the “Collation of Written Comments on the List of Issues” and WIPO/GRTKF/IC/12(b) on the “Factual Extraction”.

⁵ Working document WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev.

⁶ <http://www.wipo.int/tk/en/igc>

⁷ http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/comments-1.html

ANNEX

REVISED PROVISIONS
FOR THE PROTECTION OF
TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS/EXPRESSIONS OF FOLKLORE
POLICY OBJECTIVES AND CORE PRINCIPLES

CONTENTS

I. OBJECTIVES

- (i) Recognize value
- (ii) Promote respect
- (iii) Meet the actual needs of communities
- (iv) Prevent the misappropriation of TCEs/EoF
- (v) Empower communities
- (vi) Support customary practices and community cooperation
- (vii) Contribute to safeguarding traditional cultures
- (viii) Encourage community innovation and creativity
- (ix) Promote intellectual and artistic freedom, research and cultural exchange on equitable terms
- (x) Contribute to cultural diversity
- (xi) Promote community development and legitimate trading activities
- (xii) Preclude unauthorized IP rights
- (xiii) Enhance certainty, transparency and mutual confidence

II. GENERAL GUIDING PRINCIPLES

- (a) Responsiveness to aspirations and expectations of relevant communities
- (b) Balance
- (c) Respect for and consistency with international and regional agreements and instruments
- (d) Flexibility and comprehensiveness
- (e) Recognition of the specific nature and characteristics of cultural expression
- (f) Complementarity with protection of traditional knowledge
- (g) Respect for rights of and obligations towards indigenous peoples and other traditional communities
- (h) Respect for customary use and transmission of TCEs/EoF
- (i) Effectiveness and accessibility of measures for protection

III. SUBSTANTIVE PRINCIPLES

1. Subject Matter of Protection
2. Beneficiaries
3. Acts of Misappropriation (Scope of Protection)
4. Management of Rights
5. Exceptions and Limitations
6. Term of Protection
7. Formalities
8. Sanctions, Remedies and Exercise of Rights
9. Transitional Measures
10. Relationship with Intellectual Property Protection and Other Forms of Protection, Preservation and Promotion
11. International and Regional Protection

I. OBJECTIVES

The protection of traditional cultural expressions, or expressions of folklore,¹ should aim to:

Recognize value

(i) *recognize that indigenous peoples and traditional and other cultural communities consider their cultural heritage to have intrinsic value, including social, cultural, spiritual, economic, scientific, intellectual, commercial and educational values, and acknowledge that traditional cultures and folklore constitute frameworks of innovation and creativity that benefit indigenous peoples and traditional and other cultural communities, as well as all humanity;*

Promote respect

(ii) *promote respect for traditional cultures and folklore, and for the dignity, cultural integrity, and the philosophical, intellectual and spiritual values of the peoples and communities that preserve and maintain expressions of these cultures and folklore;*

Meet the actual needs of communities

(iii) *be guided by the aspirations and expectations expressed directly by indigenous peoples and communities, and by traditional and other cultural communities, respect their rights under national and international law, and contribute to the welfare and sustainable economic, cultural, environmental and social development of such peoples and communities;*

Prevent the misappropriation and misuse of traditional cultural expressions/expressions of folklore

(iv) *provide indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities with the legal and practical means, including effective enforcement measures, to prevent the misappropriation of their cultural expressions and derivatives therefrom, and ways in which they are used beyond the customary and traditional context, and promote the equitable sharing of benefits arising from their use;*

Deleted: control

Empower communities

(v) *be achieved in a manner that is balanced and equitable but yet effectively empowers indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities to exercise in an effective manner their rights and authority over their own traditional cultural expressions/expressions of folklore;*

Support customary practices and community cooperation

¹ In these provisions, the terms “traditional cultural expressions” and “expressions of folklore” are used as interchangeable synonyms, and may be referred to simply as “TCEs/EoF”. The use of these terms is not intended to suggest any consensus among Committee participants on the validity or appropriateness of these or other terms, and does not affect or limit the use of other terms in national or regional laws.

(vi) *respect the continuing customary use, development, exchange and transmission of traditional cultural expressions/expressions of folklore by, within and between communities;*

Contribute to safeguarding traditional cultures

(vii) *contribute to the preservation and safeguarding of the environment in which traditional cultural expressions/expressions of folklore are generated and maintained, for the direct benefit of indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities, and for the benefit of humanity in general;*

Encourage community innovation and creativity

(viii) *reward and protect tradition-based creativity and innovation especially by indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities;*

Promote intellectual and artistic freedom, research and cultural exchange on equitable terms

(ix) *promote intellectual and artistic freedom, research practices and cultural exchange on terms which are equitable to indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities;*

Contribute to cultural diversity

(x) *contribute to the promotion and protection of the diversity of cultural expressions;*

Promote the development of indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities; and legitimate trading activities

(xi) *where so desired by indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities and their members, promote the use of traditional cultural expressions/expressions of folklore for the development of indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities, recognizing them as an asset of the communities that identify with them, such as through the development and expansion of marketing opportunities for tradition-based creations and innovations;*

Deleted: community

Deleted: communities

Deleted: community-based

Preclude unauthorized IP rights

(xii) *preclude the grant, exercise and enforcement of intellectual property rights acquired by unauthorized parties over traditional cultural expressions/expressions of folklore and derivatives thereof;*

Enhance certainty, transparency and mutual confidence

(xiii) *enhance certainty, transparency, mutual respect and understanding in relations between indigenous peoples and communities and traditional and cultural communities, on the one hand, and academic, commercial, governmental, educational and other users of TCEs/EoF, on the other.*

[Commentary on Objectives follows]

COMMENTARY

OBJECTIVES

Background

This section contains suggested policy objectives for the protection of TCEs/EoF, which draw on past submissions and statements to the Committee and relevant legal texts. Such objectives could typically form part of a preamble to a law or other instrument.

As the Committee has noted several times, protection of TCEs/EoF should not be undertaken for its own sake, as an end in itself, but as a tool for achieving the goals and aspirations of relevant peoples and communities and for promoting national, regional and international policy objectives. The way in which a protection system is shaped and defined will depend to a large extent on the objectives it is intended to serve. A key initial step, therefore, of the development of any legal regime or approach for the protection of TCEs/EoF is to determine relevant policy objectives.

II. GENERAL GUIDING PRINCIPLES

- (a) *Principle of responsiveness to aspirations and expectations of relevant communities*
- (b) *Principle of balance*
- (c) *Principle of respect for and consistency with international and regional agreements and instruments*
- (d) *Principle of flexibility and comprehensiveness*
- (e) *Principle of recognition of the specific nature and characteristics of cultural expression*
- (f) *Principle of complementarity with protection of traditional knowledge*
- (g) *Principle of respect for rights of and obligations towards indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities*
- (h) *Principle of respect for customary use and transmission of TCEs/EoF*
- (i) *Principle of effectiveness and accessibility of measures for protection*

Deleted: indigenous peoples and other traditional communities

[Commentary on General Guiding Principles follows]

COMMENTARY

GENERAL GUIDING PRINCIPLES

Background

The substantive provisions set out in the next section are guided by and seek to give legal expression to certain general guiding principles which have underpinned much of the discussion within the Committee since its inception and in international debate and consultations before the Committee's establishment.

(a) Principle of responsiveness to aspirations and expectations of relevant communities

This principle recognizes that protection for TCEs/EoF should reflect the aspirations and expectations of indigenous peoples and traditional and other cultural communities. This means, in particular, that the protection of TCEs/EoF should recognize and apply indigenous and customary laws and protocols as far as possible, promote complementary use of positive and defensive protection measures, address both cultural and economic aspects of development, prevent insulting, derogatory and offensive acts in particular, promote cooperation among communities and not engender competition or conflicts between them, and enable full and effective participation by these communities in the development and implementation of protection systems. Measures for the legal protection of TCEs/EoF should also be recognized as voluntary from the viewpoint of indigenous peoples and other communities who would always be entitled to rely exclusively or in addition upon their own customary and traditional forms of protection against unwanted access and use of their TCEs/EoF. It means that external legal protection against the illicit acts of third parties should not encroach upon or constrain traditional or customary laws, practices and protocols.

(b) Principle of balance

The need for balance has often been emphasized by the diverse stakeholders taking part in discussions concerning the enhanced protection of TCEs/EoF. This principle suggests that protection should reflect the need for an equitable balance between the rights and interests of those that develop, preserve and sustain TCEs/EoF, and of those who use and benefit from them; the need to reconcile diverse policy concerns; and, the need for specific protection measures to be proportionate to the objectives of protection, actual experiences and needs.

(c) Principle of respect for and consistency with international and regional agreements and instruments

TCEs/EoF should be protected in a way that is respectful of and consistent with relevant international and regional instruments, and without prejudice to specific rights and obligations already established under binding legal instruments, including human rights instruments. Protection for TCEs/EoF should not be invoked in order to infringe human rights guaranteed by international law or to limit the scope thereof.

(d) Principle of flexibility and comprehensiveness

This principle concerns a need to recognize that effective and appropriate protection may be achieved by a wide variety of legal mechanisms, and that too narrow or rigid an approach at the level of principle may constrain effective protection, conflict with existing

laws to protect TCEs/EoF, and pre-empt necessary consultation with stakeholders and holders of TCEs in particular. It concerns the need to draw on a wide range of legal mechanisms to achieve the intended objectives of protection. In particular, experience with TCEs/EoF protection has shown that it is unlikely that any single “one-size-fits-all” or “universal” international template will be found to protect TCEs comprehensively in a manner that suits the national priorities, legal and cultural environment, and needs of traditional communities in all countries. An indigenous organization has put it best: “Any attempt to devise uniform guidelines for the recognition and protection of indigenous peoples’ knowledge runs the risk of collapsing this rich jurisprudential diversity into a single ‘model’ that will not fit the values, conceptions or laws of any indigenous society.”

The draft provisions are therefore broad and inclusive, and intended, while establishing that misappropriation and misuse of TCEs/EoF would be unlawful, to give maximum flexibility to national and regional authorities and communities in relation to which precise legal mechanisms may be used to achieve or implement the provisions at the national or regional levels.

Protection may accordingly draw on a comprehensive range of options, combining proprietary, non-proprietary and non-IP measures, and using existing IP rights, *sui generis* extensions or adaptations of IP rights, and specially-created *sui generis* IP measures and systems, including both defensive and positive measures. Private property rights should complement and be carefully balanced with non-proprietary measures.

This is a relatively common approach in the IP field and previous documents gave examples of IP conventions which establish certain general principles and which give scope for wide variation as to implementation within the laws of the signatories. Even where international obligations create minimum substantive standards for national laws, it is accepted that the choice of legal mechanisms is a matter of national discretion. It is also an approach found in instruments concerning indigenous peoples, such as ILO Convention 169.

(e) Principle of recognition of the specific nature and characteristics of cultural expression

Protection should respond to the traditional character of TCEs/EoF, namely their collective, communal and inter-generational character; their relationship to a community’s cultural and social identity and integrity, beliefs, spirituality and values; their often being vehicles for religious and cultural expression; and their constantly evolving character within a community. Special measures for legal protection should also recognize that in practice TCEs/EoF are not always created within firmly bounded identifiable “communities”.

TCEs/EoF are not necessarily always the expression of distinct local identities; nor are they often truly unique, but rather the products of cross-cultural exchange and influence and intra-cultural exchange, within one and the same people whose name or designation may vary on one side or another of a frontier. Culture is carried by and embodied in individuals who move and reside beyond their places of origin while continuing to practice and recreate their community’s traditions and cultural expressions.

(f) Principle of complementarity with protection of traditional knowledge

This principle recognizes the often inseparable quality of the content or substance of traditional knowledge (TK) *stricto sensu* and TCEs/EoF for many communities. These draft

provisions concern specific means of legal protection against misuse of this material by third parties beyond the traditional context, and do not seek to impose definitions or categories on the customary laws, protocols and practices of indigenous peoples and traditional and other communities. The Committee's established approach of considering the legal protection of TCEs/EoF and of TK *stricto sensu* in parallel but separately is, as previously discussed, compatible with and respectful of the traditional context in which TCEs/EoF and TK are often perceived as integral parts of an holistic cultural identity.

(g) Principle of respect for rights of and obligations towards indigenous peoples and other traditional communities

This principle suggests that any protection of TCEs/EoF should respect and take into account certain over-arching rights and obligations, particularly international human rights and systems of indigenous rights, and not prejudice the further elaboration of such rights and obligations.

(h) Principle of respect for customary use and transmission of TCEs/EoF

Protection should not hamper the use, development, exchange, transmission and dissemination of TCEs/EoF by the communities concerned in accordance with their customary laws and practices. No contemporary use of a TCE/EoF within the community which has developed and maintained it should be regarded as distorting if the community identifies itself with that use of the expression and any modification entailed by that use. Customary use, practices and norms should guide the legal protection of TCEs/EoF as far as possible.

(i) Principle of effectiveness and accessibility of measures for protection

Measures for the acquisition, management and exercise of rights and for the implementation of other forms of protection should be effective, appropriate and accessible, taking account of the cultural, social, political and economic context of indigenous peoples and traditional and other cultural communities.

III. SUBSTANTIVE PROVISIONS

ARTICLE 1:

SUBJECT MATTER OF PROTECTION

(a) “Traditional cultural expressions” and/or “expressions of folklore” are any forms, whether tangible, intangible or a combination thereof, in which traditional culture and knowledge are expressed, appear or are manifested, and are passed on from generation to generation, including:

Deleted: tangible or ~~and~~ intangible/

Deleted: such as but not limited to ~~and~~ comprise the following forms of expressions or combinations thereof

(i) phonetic or verbal expressions, such as: stories, epics, legends, poetry, riddles and other narratives; words, signs, names, and symbols, etc.;

(ii) musical or sound expressions, such as songs, rhythms, instrumental music and popular tales;

Deleted: and

(iii) expressions by action, such as dances, plays, ceremonies, rituals, sports and traditional games and other performances, theater, including, among others, puppet performance and folk drama,

whether or not reduced to a material form; and,

(iv) tangible expressions, such as productions of art, in particular, drawings, designs, paintings (including body-painting), wooden carvings, sculptures, mouldings, pottery, terracotta, mosaic, woodwork, metalware, jewelry, baskets, food and drink, needlework, textiles, glassware, carpets, costumes, works of mas, toys, gifts and handicrafts; musical instruments; stonework, metalwork, spinning, and architectural and/or funeral forms;

Deleted: ;

which are:

– (aa) the products of creative intellectual activity, including individual and communal creativity;

– (bb) ~~characteristic~~ indicative of authenticity/being genuine of the cultural and social identity and cultural heritage of indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities; and

Deleted: a community's

– (cc) maintained, used or developed by indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities, or by individuals having the right or responsibility to do so in accordance with the ~~customary law~~ normative systems and or traditional/ancestral practices of those indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities;

Deleted: such community

Formatted: Strikethrough

Deleted: that

Deleted: community.

(b) The specific choice of terms to denote the protected subject matter should be determined at the national, sub-regional and regional levels.

[Commentary on Article 1 follows]

COMMENTARY

ARTICLE 1: SUBJECT MATTER OF PROTECTION

Background

The suggested article describes the subject matter covered by the provisions. Paragraph (a) sets out both a description of the subject matter itself (“traditional cultural expressions” or “expressions of folklore”) as well as the substantive criteria which specify more precisely which of those expressions would be protectable. The Committee’s discussions have clarified the distinction between description of the subject matter in general, and the more precise delimitation of those TCEs/EoF that are eligible for protection under a specific legal measure. As has been pointed out, not every expression of folklore or of traditional cultures and knowledge could conceivably be the subject of protection within an IP framework.

The suggested article draws upon the WIPO-UNESCO Model Provisions for National Laws for the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions, 1982 (the Model Provisions, 1982) and the Pacific Islands Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture, 2002 (the Pacific Model, 2002), as well as existing national copyright laws which provide *sui generis* protection for TCEs/EoF.

Description of subject matter

The words “or combinations thereof” in paragraph (a) are intended to demonstrate that TCEs/EoF can be both tangible and intangible and have both tangible and intangible components (“mixed expressions”), as has been suggested. Paragraph (a) also makes it clear that oral (non-fixed) expressions would also be protectable, responding to the often oral nature of traditional cultural expression. Fixation would therefore not be a requirement for protection. The protection for “architectural forms” could contribute towards the protection of sacred sites (such as sanctuaries, tombs and memorials) to the extent they are the object of misappropriation and misuse as covered by these provisions.

Criteria for protection

In terms of the criteria set out in paragraphs (a) (aa) to (cc), the suggested provision is to the effect that protectable TCEs/EoF should:

(i) be intellectual creations and therefore “intellectual property”, including both individual and communal creativity. Differing versions, variations or adaptations of the same expression could qualify as distinct TCEs/EoF if they are sufficiently creative (much like different versions of a work can qualify as copyright works if they are each sufficiently original);

(ii) have some linkage with a community’s cultural and social identity and cultural heritage. This linkage is embodied by the term “characteristic” which is used to denote that the expressions must be generally recognized as representing a communal identity and heritage. The term “characteristic” is intended to convey notions of “authenticity” or that the protected expressions are “genuine”, “pertain to” or an “attribute of” a particular people or community. Both “community consensus” and “authenticity” are implicit in the requirement that the expressions, or elements of them, must be “characteristic”: expressions which

become generally recognized as characteristic are, as a rule, authentic expressions, recognized as such by the tacit consensus of the community concerned;

(iii) still be maintained, developed or used by the community or its individual members.

The notion “heritage” is used to denote materials, intangible or tangible, that have been passed down from generation to generation, capturing the inter-generational quality of TCEs/EoF; an expression must be “characteristic” of such heritage to be protected. It is generally considered by experts that materials which have been maintained and passed between three, or perhaps two, generations form part of “heritage”. Expressions which may characterize more recently established communities or identities would not be covered.

Contemporary creativity/individual creators

As discussed in previous documents, many expressions of folklore are handed down from generation to generation, orally or by imitation. Over time, individual composers, singers and other creators and performers might call these expressions to mind and re-use, re-arrange and re-contextualize them in a new way. There is, therefore, a dynamic interplay between collective and individual creativity, in which an infinite number of variations of TCEs/EoF may be produced, both communally and individually.

Formatted: English U.S.

The individual, therefore, plays a central role in the development and re-creation of traditional cultural expression. In recognition of this, the description of the subject matter in Article 1 includes expressions made by individuals. In order to determine what is or what is not a TCE or EoF, it is therefore not directly relevant whether the expression was made collectively or by an individual. Even a contemporary creative expression made by an individual (such as, for example, a film or video or a contemporary interpretation of pre-existing dances and other performances) can be protected as a TCE/EoF, provided it is characteristic of a community’s cultural and social identity and heritage, and was made by the individual having the right or responsibility to do so in accordance with the customary law and practices of that community. In so far as the *beneficiaries of protection* are concerned, however, the primary focus of these draft provisions is on communal beneficiaries rather than on individuals. Communities are made up of individuals, and thus communal control and regulation of TCEs/EoF ultimately benefits the individuals who make up the relevant communities (see further Article 2 “Beneficiaries”).

Formatted: English U.S.

Formatted: English U.S.

Choice of terms

Member States and other stakeholders have called for flexibility in regard to terminology, amongst other things. Many international IP standards defer to the national level for determining such matters. Hence, to allow for appropriate national policy and legislative development, consultation and evolution, the suggested sub-paragraph (b) recognizes that detailed decisions on terminology should be left to national and regional implementation.

Amendments proposed, comments made and questions posed at the fifteenth session (December 7 to 11, 2009)

The specific drafting amendments reflected in the draft provision were proposed by Angola, Australia, Bolivia (Plurinational State of), Brazil, Colombia, Egypt, El Salvador, India,

Indonesia, Islamic Republic of Iran, Mexico, the Philippines, Trinidad and Tobago, and Venezuela (Bolivarian Republic of).

Comments made and questions posed

The comments made and questions posed were proposed by Australia, Brazil, Cameroon, China, Colombia, Egypt, France, Italy, the Islamic Republic of Iran, Japan, the Republic of Korea, the Philippines, the Russian Federation, Spain, Sudan, Switzerland, the United States of America and, as observers, by the Ibero-Latin-American Federation of Performers (FILAIE), the Saami Council, the Tulalip Tribes, and Tupaj Amaru.

Terminology

A delegation suggested that, in sub-paragraph (a)(bb), the word “heritage” in English be replaced by a word closer in meaning to the Spanish “*patrimonio*.” The English version did not reflect the idea, present in the Spanish version, that TCEs had a dynamic and interactive nature.

Several delegations suggested adding an article or glossary setting out definitions of key terms. It was believed to be necessary to use unified terminology for the concepts as the establishment of a working definition of TCEs was one of the prerequisites of a substantive discussion.

A delegation noted that the Committee had not determined whether TCEs or expressions of folklore were in fact one and the same, and that the definitions remained open.

Meaning of “community”

Two delegations posed questions related to the concept of members of a “community” and wished to know what the definition of “traditional community” was.

The issue of community in Diaspora was also raised. One delegation stated that TCEs were only alive when carried in people, when expressed through people within a political or geographic region that claimed it, or when owned by people across the world in the Diaspora. It gave the example of a Cambodian dancer located in Seattle, who might be accused of pirating Cambodian TCEs, or, similarly, of an Ethiopian group of musicians in Washington, D.C. The delegation found [in the commentary to this article] that the statement “expressions which may characterize more recently established communities or identities would not be covered” was confusing.

An observer concurred on the issue of communities in Diaspora.

Meaning of “characteristic”

A delegation suggested that instead of using the word “characteristic,” which was deemed too general, some other wording could be used to make it clearer that the TCE should be “authentic and genuine.”

A delegation, in relation to sub-paragraph (a)(bb), posed the question as to who determined what was “characteristic” and at which stage that would be done.

In relation to (a)(bb) and in response to the question posed by one delegation, an observer said that it should be the indigenous people or community themselves who decide what would be characteristic. For example, he said that the traditional Saami dress would be a TCE under Article 1 as a traditional costume of the Saami people; it could only be the Saami who could really determine whether it was a costume that was signifying the cultural identity or not. It would not be possible for anyone else than the Saami to do so. In most instances and as a general rule, it would have to be up to the community or people from which the TCE originates to determine whether it was culturally significant or not; in relation to (cc), it suggested to replace the paragraph with: “affiliated with an indigenous people or community due to its cultural significance to that indigenous people or community.”

Definition of TCEs: Open-ended / exhaustive nature

Two delegations said that the definition should be left open for further additions. A delegation suggested adding at the end of the preamble paragraph “etc.”, so as to suggest that there were also other forms of TCEs.

A delegation was of the view that the definition was generally acceptable, however, given cultural diversity, the examples in the definition should not be considered exclusive.

Relationship with conventional copyright law

A delegation noted that there was a possible overlap with copyright protection for adaptations and variations of TCEs, and asked how that conflict would be resolved. The delegation pointed to the text which read “differing versions, variations or adaptations of the same expression could qualify as distinct TCE/EoF.” It said that not only original TCEs but also variations and adaptations therefrom would also be protected as TCEs. The delegation said that it was its understanding that such adaptations based on original TCEs could also be protected by the conventional copyright regime. There would thus be two rights on the same subject matter and this would lead to a conflict of rights.

A delegation pointed to a conflict with the Berne Convention (Article 2) as far as the definitions were concerned and the relationship between the Berne Convention and the protection intended in the document. It suggested that this issue be looked into by the expert group.

An observer suggested reviewing the reference to “architectural forms”. The potential concern was that neither in the Berne Convention nor in modern IP law were architectural works protected. However, projects, drawings, models, architectural or engineering designs could be protected. The observer stated that architectural works were permanently located in parks, streets, squares or other public places and could be reproduced, distributed and communicated freely through paintings, drawings, photography and audiovisual processes. This could possibly conflict with the Berne Convention.

Relationship with the public domain

Two delegations suggested that the impact on the public domain be examined. One delegation asked what criteria were used to distinguish the TCEs that were protected from those that were not. Among TCEs, some were handed down only to certain individuals within a small community, while others were handed down in a broader nation-wide cultural context, maintained and used by a wider range of public or sometimes even used

commercially. This issue was important since it would have a direct impact on the boundaries of the public domain. Pending the level of protection to be applied to the subject matter, broader definition of TCEs could imply limiting the scope of public domain materials which were currently available.

Drafting suggestions by observers

An observer, in relation to (a), suggested to add, after “or are manifested”, the phrase “in original form” in order to have a criterion to identify and reference a particular community. The representative also suggested to delete “and knowledge” to avoid any confusion with TK, which was dealt with separately. In relation to (a)(aa), the representative suggested to add, after the semicolon, “which was created by former generations” to focus on the true essence of what was being discussed: cultural heritage and legacy.

An observer, commenting on the sentence “maintained, used or developed by such community or by individuals having the right . . .” stated that the language suggested that the instrument would only apply to TCEs that were still in the custody of indigenous peoples. The language “maintained, used or developed” suggested that the TCE was still to be managed by the community or the indigenous peoples and he believed that it should also apply to artifacts that might have been non-consensually taken out of the community. He proposed the alternative language “has an affiliation with an indigenous people or a community due to its cultural significance to that community”.

An observer proposed the following text for Article 1:

“Article 1

Protected material

- (1) Verbal expressions, such as folk tales and legends, folk poetry, stories, epic poems, riddles, other narrations; words, signs, sacred names and symbols;
- (2) Musical expressions, such as songs and indigenous instrumental music, music on percussion instruments and woodwinds;
- (3) Expressions by action, such as dances, plays, ceremonies, ritual expressions and other folkloric performances;
- (4) Tangible expressions, such as art, drawings, paintings, sculptures, pottery, terracotta, mosaic, woodwork and jewelry; basketwork, needlework, textiles, glasswork, pencils, clothing, handicrafts; and
- (5) Musical instruments and architectural works.

The said TK has universal value from a historical, aesthetic and anthropological standpoint and is passed from generation to generation.”

ARTICLE 2:
BENEFICIARIES

Measures for the protection of national traditional cultural expressions/expressions of folklore should be for the benefit of the indigenous peoples and communities, individual groups, families, tribes, nations and traditional and other cultural communities or the countries, to which a traditional cultural expression/expression of folklore is specific.²

Deleted: nation

(i) *in whom the custody, care and safeguarding of the TCEs/EoF are ~~entrusted~~ existing in accordance with their customary law ~~and~~ or practices; and*
(ii) *who maintain, control, use or develop the traditional cultural expressions/expressions of folklore as being ~~characteristic~~ authentic and genuine of their cultural and social identity and cultural heritage.*

[Commentary on Article 2 follows]

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

Deleted:

COMMENTARY

ARTICLE 2: BENEFICIARIES

Background

Many stakeholders have emphasized that TCEs/EoF are generally regarded as collectively originated and held, so that any rights and interests in this material should vest in communities rather than individuals. Some laws for the protection of TCEs/EoF provide rights directly to concerned peoples and communities. On the other hand, many vest rights in a Governmental authority, often providing that proceeds from the granting of rights to use the TCEs/EoF shall be applied towards national heritage, social welfare and culture related programs. The African Group has stated that principles for the protection of TCEs/EoF should 'Recognize the role of the State in the preservation and protection of traditional knowledge and expressions of folklore.'³

The suggested provision is sufficiently flexible to accommodate both approaches at the national level – while the beneficiaries of protection should directly be the concerned peoples and communities, the rights themselves could be vested either in the peoples or communities, or in an agency or office (see also Article 4 “Management of Rights”).

Article 2, and the provisions as a whole, contemplate that more than one community may qualify for protection of their TCEs/EoF in line with the criteria in Article 1. Existing *sui generis* laws provide for this possibility, such as the Special Intellectual Property Regime Governing the Collective Rights of Indigenous Peoples for the Protection and Defence of their Cultural Identity and their Traditional Knowledge of Panama, 2000 and the related Executive Decree of 2001 (“the Panama Law”)⁴, and the Peruvian Law of 2002 Introducing a Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous Peoples Derived from Biological Resources (“the Peru Law, 2002”).⁵ This also touches upon the allocation of rights or distribution of benefits among communities which share the same or similar TCEs/EoF in different countries (so-called “regional folklore”). This is dealt with further in Articles 4, “Management of Rights” and 7, “Formalities”.

The term “cultural communities” is intended to be broad enough to include also the nationals of an entire country, a “nation”, in cases where TCEs/EoF are regarded as “national folklore” and belonging to all of the people of a particular country. This complements and accords with the practice in other policy areas.⁶ Therefore, a national law could, for example, state that all nationals are the beneficiaries of protection.

³ WIPO/GRTKF/IC/6/12.

⁴ Article 5, Decree.

⁵ Article 10.

⁶ See Glossary on Intangible Cultural Heritage, Netherlands National Commission for UNESCO, 2002 (“... a nation can be a cultural community”).

Communities/individuals

As discussed in relation to Article 1, these provisions are intended primarily to benefit communities, including in cases where a TCE/EoF is created or developed by an individual member of a community. The essential characteristics of “traditional” creations are that they contain motifs, a style or other items that are characteristic of and identify a tradition and a community that still bears and practices it. Thus, even where an individual has developed a tradition-based creation within his or her customary context, it is regarded from a community perspective as the product of social and communal creative processes. The creation is, therefore, not “owned” by the individual but “controlled” by the community, according to indigenous and customary legal systems and practices.⁷ This is what marks such a creation as “traditional”.

For these reasons, the benefits of the protection envisaged in these provisions accrue to communities and not individuals – this is what distinguishes this *sui generis* system from conventional IP law which remains available to the individual should he or she wish to take advantage of it (see Article 10). This approach accords with the view articulated by Committee participants that these provisions should aim to provide forms of protection for expressions of culture and knowledge not currently available under conventional and existing IP law.

However, communities are made up of individuals, and thus communal control and regulation of TCEs/EoF ultimately benefits the individuals who make up the relevant community. Thus, in practice, it is individuals who will benefit, in accordance with customary law and practices.

Amendments proposed, comments made and questions posed at the fifteenth session (December 7 to 11, 2009)

The specific drafting amendments reflected in the draft provision were proposed by Australia, Brazil, El Salvador, India, Morocco, and Trinidad and Tobago.

Comments made and questions posed

The comments made and questions posed were proposed by Australia, Brazil, El Salvador, India, Indonesia, Islamic Republic of Iran and Morocco and, as an observer, by the Arts Law Centre of Australia.

Terminology

A delegation reiterated its comments made under Article 1 regarding the English equivalent to the Spanish “*patrimonio*.”

A delegation, concerning paragraph (i), said that the term “entrusted” could have certain legal ramifications in terms of requiring evidence of the custody, care and safeguarding being entrusted to a particular community. It suggested substituting the word “entrusted” with the word “existing.”

⁷ See generally WIPO/GRTKF/IC/6/3.

Scope of beneficiaries

A delegation suggested that other groups should also be referred to in addition to “indigenous peoples and traditional and other cultural communities.”

A delegation said that, concerning paragraph (i), the term “traditional communities” was much too broad and should be defined in a clearer and more precise way. The delegation said that the nation had its own folklore, “national” folklore; however there was no mention of “national” TCEs. It suggested amending paragraph (i) stating that the “national” folklore of the States also needed to be protected.

A delegation proposed that the definition of beneficiaries also include the following elements: (i) other than traditional/indigenous communities as parties who maintained and developed TCE/EoF, governments also needed to play a role in facilitating TCE/EoF protection in case there were other communities who had potential benefits for the utilization of TCE/EoF; (ii) in cases where the owner of TCE/EoF could not be identified, the beneficiary of TCE/EoF protection should be the government, such as the local government, and the TCE/EoF would be used for the sake of community’s interests; (iii) the owner of TCE/EoF eligible to benefit from the protection should be the TCE/EoF owner who had been identified by the local government; (iv) regarding the individual’s contribution to the development of TCE/EoF, it could be rewarded by the existing IP system; (v) a state could play a certain role in facilitating the protection of the community and it could be extended further as a right holder only if it benefited the communities.

A delegation believed that the right holders should be individual groups, families, local communities, tribes and nations. However, the rights of holders were considered in the framework of the rights of society. In this regard, national legislation was important and could not be ignored. The rights of local communities who were real owners and their consent should particularly be observed.

Customary law

A delegation said that there would be difficulties to prove the relevant customary law for indigenous communities, and suggested that “or” should replace “and” in paragraph (i).

An observer suggested that, in relation to paragraph (i), the requirement that communities prove that they had been entrusted with the custody, care and safeguarding of the TCEs/EoF in accordance with their customary law and practices be deleted and that a presumption should apply in favor of the indigenous community claiming to have been entrusted with the custody, care and safeguarding of the TCEs/EoF. It suggested rephrasing the paragraph for it to read: “in whom the custody, care and safeguarding of the TCEs/EoF are entrusted.” It also said that the end of the sentence should be deleted, and that a new clause should be added at the end of the provision, reading: “The Indigenous peoples and traditional and other cultural communities claiming the benefit of the measures for the protection of TCEs/EoF are presumed to have been entrusted with the custody, care and safeguarding of those TCEs/EoF.” Alternatively, and as a minimum, it suggested that the following change should be made: “in whom the custody, care and safeguarding of the TCEs/EoF are entrusted in accordance with their customary law or practices.” It also said that in Australia, indigenous peoples considered it disrespectful to use the term indigenous otherwise than with a capital “I” and that therefore, the word “indigenous” should be with a capital I throughout the text. It

said that this spelling was consistent with the one used in the Declaration on the Rights of Indigenous peoples.

|

ARTICLE 3:

ACTS OF MISAPPROPRIATION AND MISUSE (SCOPE OF PROTECTION)

Traditional cultural expressions/expressions of folklore registered or notified

Deleted: of particular value or significance

(a) In respect of traditional cultural expressions/expressions of folklore which have been registered or notified as referred to in Article 7, there shall be adequate and effective legal and practical measures to ensure that the relevant indigenous people or community, traditional and other cultural communities can prevent the following acts taking place without its free, prior and informed consent:

Deleted: of particular cultural or spiritual value or significance to a community, and

Deleted: relevant

(i) in respect of such traditional cultural expressions/expressions of folklore other than words, signs, names and symbols:

- the reproduction, publication, adaptation, broadcasting, public performance, communication to the public, distribution, rental, making available to the public and fixation (including by still photography) of the traditional cultural expressions/expressions of folklore or derivatives thereof;

- any use of the traditional cultural expressions/expressions of folklore or adaptation thereof which does not acknowledge in an appropriate way the indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities as the source of the traditional cultural expressions/expressions of folklore;

Deleted: the

Formatted: Font: Not Bold

Deleted: community

- any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the traditional cultural expressions/expressions of folklore, done in order to cause harm thereto or to the reputation or image of the community, indigenous peoples and communities or region to which they belong; and

Deleted:

Formatted: Font: Not Italic

Formatted: Font: Not Bold, Not Italic

- the acquisition or exercise of IP rights over the traditional cultural expressions/expressions of folklore or adaptations thereof;

Formatted: Font: Not Italic

(ii) in respect of words, signs, names and symbols which are such traditional cultural expressions/expressions of folklore, any use of the traditional cultural expressions/expressions of folklore or derivatives thereof, or the acquisition or exercise of IP rights over the traditional cultural expressions/expressions of folklore or derivatives thereof, which disparages, offends or falsely suggests a connection with the indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities concerned, or brings them into contempt or disrepute;

Formatted: Font: Not Bold

Deleted: community

Deleted: community

(iii) any fixation, representation, publication, communication or use in any form of the traditional cultural expressions/expressions of folklore which make no mention of the community, indigenous peoples or communities or region to which they belong.

Formatted: Indent: First line: 1 cm

Other traditional cultural expressions/expressions of folklore

(b) In respect of the use and exploitation of other traditional cultural expressions/expressions of folklore not registered or notified as referred to in Article 7, there shall be adequate and effective legal and practical measures to ensure that:

(i) the relevant indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities are identified as the source of any work or other production adapted from the traditional cultural expression/expression of folklore;

Deleted: community is

(ii) any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, a traditional cultural expression/expression of folklore can be prevented and/or is subject to civil or criminal sanctions;

(iii) any false, confusing or misleading indications or allegations which, in relation to goods or services that refer to, draw upon or evoke the traditional cultural expression/expression of folklore of the indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities, suggest any endorsement by or linkage with such indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities, can be prevented and/or is subject to civil or criminal sanctions; and

Deleted: a community

Deleted: that

Deleted: community

(iv) where the use or exploitation is for gainful intent, there should be equitable remuneration or benefit-sharing on terms determined by the designated national authority referred to in Article 4 in consultation with the relevant indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities; and

Deleted: Agency

Deleted: community

Secret traditional cultural expressions/expressions of folklore

(c) There shall be adequate and effective legal and practical measures to ensure that the indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities have the means to prevent the unauthorized disclosure, subsequent use of and acquisition and exercise of IP rights over secret traditional cultural expressions/expressions of folklore.

Deleted: communities

[Commentary on Article 3 follows]

COMMENTARY

ARTICLE 3: ACTS OF MISAPPROPRIATION (SCOPE OF PROTECTION)

Background

This draft article addresses a central element of protection, that is, the misappropriations of TCEs/EoF covered by the provisions and the rights and other measures that would apply in each case.

As Committee participants have stressed should be the case, the article aims to provide forms of protection for expressions of culture and knowledge not currently available under conventional and existing IP law. These provisions are without prejudice to protection for TCEs/EoF already available under current IP law. Conventional IP protection remains available. See further commentary to Articles 2 “Beneficiaries” and 10 “Relationship with Intellectual Property and Other Forms of Protection and Preservation”.

The suggested provision seeks to address the kinds of IP-related uses and appropriations of TCEs/EoF which most often cause concern to indigenous and local communities and other custodians and holders of TCEs/EoF, as identified by them in earlier fact-finding and consultations (see paragraph 53 of document WIPO/GRTKF/IC/7/3). It draws from a wide range of approaches and legal mechanisms embodied in various national and regional laws (see paragraphs 54 to 56 of document WIPO/GRTKF/IC/7/3).

Summary of draft provision

In brief, the draft provision suggests three “layers” of protection, intended to provide supple protection that is tailored to different forms of cultural expression and the various objectives associated with their protection, reflecting a combination of exclusive and equitable remuneration rights and a mix of legal and practical measures:

(a) for TCEs/EoF of particular cultural or spiritual value to a community, a right of “free, prior and informed consent” (PIC), akin to an exclusive right in IP terms, is suggested, in terms of which the kinds of acts usually covered by IP laws, especially copyright, related rights, trademarks and designs, would be subject to the PIC of the relevant community.

(i) This layer of protection would be subject to prior notification or registration in a public register as provided for under Article 7 (see below). Registration or notification is optional only and for decision by relevant communities. There would be no need to register or notify secret TCEs/EoF because secret TCEs/EoF are separately protected under Article 3 (c). This registration option is applicable only in cases where communities wish to obtain strict, prior informed consent protection for TCEs/EoF which are already known and publicly available.

(ii) The right of PIC would grant a community the right either to prevent or authorize, on agreed terms including on benefit-sharing, the use of the TCEs/EoF. As such, PIC is akin to an exclusive IP right which may be, but need not be, licensed. These rights could be used positively or, which is more likely perhaps, defensively (to prevent any use and exploitation of these TCEs/EoF and acquisition of IP rights over them).

(iii) Specific tailored forms of protection are suggested for words, names, symbols and other designations, drawing on trademark law and special measures already

established in this regard in the Andean Community, New Zealand and the United States of America.

(iv) In respect of performances which qualify as TCEs/EoF (TCEs/EoF which are ‘expressions by action’: see Article 1), these may also be registered or notified and so be protected strongly, as suggested. The moral and economic rights proposed include rights modeled on the kinds of rights already provided to other performers, including by in particular the WIPO Performances and Phonograms Treaty, 1996 (WPPT, 1996). This form of protection is without prejudice to the protection available under the WPPT. If such performances were not so registered or notified, they could be protected under (b) or (c) below, depending on the circumstances and the community’s wishes.

(b) For TCEs/EoF not so registered or notified, their use would not be subject to prior authorization but protection would concern *how* the TCEs/EoF were used. These TCEs/EoF could be used, as a source of creative inspiration for example, without the need for prior consent or authorization, in furtherance of creativity and artistic freedom, a key objective as many have stated. However, how the TCEs/EoF are so used would be regulated, drawing mainly upon moral rights and unfair competition principles, with civil and criminal remedies proposed, as well as the payment of an equitable remuneration or equitable benefit-sharing, to be determined by a competent authority. This authority could be the same Agency as referred to in Article 4 ‘Management of Rights’. This approach is akin perhaps to a compulsory license or equitable remuneration approach, found in national *sui generis* laws concerning TCEs/EoF⁸, as well as in conventional copyright law concerning musical works already fixed in sound recordings.⁹

(c) Finally, for secret, confidential or undisclosed TCEs/EoF, the suggested provision seeks to clarify that existing protection for confidential or undisclosed information covers TCE-related subject matter, building also upon case-law to this effect.¹⁰ The Mataatua Declaration, 1993 recognizes, amongst other things, that indigenous peoples have the right to “protect and control dissemination” of [their] knowledge.¹¹

Flexibility as to legal mechanisms for implementation

The provisions are broad and inclusive, and intended to give flexibility to national and regional authorities and communities in relation to which precise legal mechanisms may be selected at the national or regional levels to implement them.

To illustrate this point with a practical example – the suggested principle which states that there ought to be protection against false or misleading indications in trade as to the endorsement by or linkage with a community of tradition-based creations (a typical example is a handicraft sold as ‘authentic’ or ‘Indian’ when it is not) could be implemented in practice at the national level through *one or more* of the following: (i) the registration and use of certification trademarks by concerned communities; (ii) civil and/or criminal remedies available under general trade practices and labeling laws; (iii) enactment of legislation specifically to provide this form of protection for TCEs/EoF; (iv) the registration and use of geographical indications; and/or (v) common law remedies for “passing off” and laws for the suppression of unfair competition.

⁸ Such as the Bangui Accord, OAPI, as revised in 1999.

⁹ Article 13, Berne Convention, 1971.

¹⁰ Foster v. Mountford (1976) 29 FLR 233.

¹¹ Article 2.1.

Derivative works

Some key policy and legal questions pivot on the adaptation right, the right to make derivative works and on the setting of appropriate exceptions and limitations in this regard.

The suggested provision suggests an adaptation right in respect of TCEs/EoF of particular cultural or spiritual value, subject to prior registration or notification. In respect of other TCEs/EoF, there would be no adaptation right as such, nor prevention of the obtaining of IP rights in the derivative work by its creator. Nor would, in either case, mere “inspiration” be prevented, as is also the case in copyright law, in line with the idea/expression dichotomy.¹² However, it is suggested there be regulation of how derivative works may be exploited, following the general approach of the Pacific Model Law, 2002.

¹² Discussed in WIPO/GRTKF/IC/6/3.

ARTICLE 4:

MANAGEMENT OF RIGHTS

(a) Prior authorizations to use traditional cultural expressions/expressions of folklore, when required in these provisions, should be obtained either directly from the indigenous peoples and communities and each of the groups, families, tribes, nations, traditional and other cultural communities or countries, or from a designated national authority acting at the request, and on behalf, of the indigenous people and community or the traditional and other cultural communities. Where authorizations are granted by the authority:

(i) such authorizations should be granted only in appropriate consultation with the relevant indigenous people and community and traditional and other cultural communities, in accordance with their traditional decision-making and governance processes;

(ii) any monetary or non-monetary benefits collected by the designated national authority for the use of the traditional cultural expressions/expressions of folklore should be provided directly by it to the indigenous people and community and the traditional and other cultural communities concerned.

(b) The designated national authority should generally be tasked with awareness-raising, education, advice and guidance functions. The designated national authority should also:

(i) where so requested by an indigenous people and community and traditional and other cultural communities, monitor uses of traditional cultural expressions/expressions of folklore for purposes of ensuring fair and appropriate use as provided for in Article 3 (b); and,

(ii) establish the equitable remuneration referred to in Article 3 (b) in consultation with the relevant indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities.

Formatted: Font: Not Bold

Formatted: Font: Not Bold

Deleted: community concerned where the community so wishes

Deleted: an

Deleted: agency

Formatted: Font: Not Bold

Deleted: community (from now on referred to as "the Agency")

Deleted: Agency

Deleted: Agency

Deleted: Agency

Deleted: Agency

Deleted: y

[Commentary on Article 4 follows]

COMMENTARY

ARTICLE 4: MANAGEMENT OF RIGHTS

Background

This provision deals with how and to whom authorizations to use TCEs/EoF are applied for and related questions. The matters dealt with in this provision should apply regardless of whether communities or State-appointed bodies are the rights holders (see Article 2 “Beneficiaries” above).

The provisions as a whole envisage the exercise of rights by the relevant communities themselves. However, in cases where the relevant communities are not able or do not wish to exercise the rights directly, this draft article suggests a role for an “Agency”, acting at all times at the request of and on behalf of relevant communities. A role for such an “Agency” is entirely optional, and only necessary and appropriate if the relevant communities so wish.

An agency fulfilling these kinds of roles is provided for in the Model Provisions, 1982, the Indigenous Peoples Rights Act of 1997 of the Philippines (the Philippines Law, 1997), the Pacific Model Law, 2002 and in many national laws providing *sui generis* protection for TCEs/EoF. Several Member States have expressed support for an ‘authority’ in such cases.

An agency such as that suggested could be an existing office, authority or society, and also a regional organization or office. The African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO) and *l’Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI)* have, for example, noted the possible role of regional organizations in relation to the protection of TCEs/EoF and TK. Copyright collecting societies could also play a role.

This provision seeks to identify only certain core principles that could apply. Clearly the elaboration of such measures will depend greatly on national and community factors: options for more detailed provisions could be further developed at the national and community levels. Existing laws and models have detailed provisions that could be drawn from.

ARTICLE 5:
EXCEPTIONS AND LIMITATIONS

(a) Measures for the protection of TCEs/EoF should:

(i) not restrict or hinder the normal use, transmission, exchange and development of TCEs/EoF within the traditional and customary context by members of the indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities, as determined by customary laws and practices;

Deleted: relevant

Deleted: y

(ii) extend only to utilizations of TCEs/EoF taking place outside the traditional or customary context, whether or not for commercial gain; and,

(iii) not apply to utilizations of TCEs/EoF in the following cases:

- by way of illustration for teaching and learning;
- non-commercial research or private study;
- criticism or review;
- reporting news or current events;
- use in the course of legal proceedings;
- the making of recordings and other reproductions of TCEs/EoF for purposes of their inclusion in an archive or inventory for non-commercial cultural heritage safeguarding purposes; and
- incidental uses,

provided in each case that such uses are compatible with fair practice, the relevant indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities are acknowledged as the source of the TCEs/EoF where practicable and possible, and such uses would not be offensive to such indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities, as long as the TCEs/EoF are not distorted, mutilated or modified so as to cause harm thereto or to the reputation of the community, indigenous peoples and communities or region to which they belong.

Deleted: community is

Deleted: the relevant community

Deleted: .

(b) Measures for the protection of TCEs/EoF could allow, in accordance with custom and traditional practice, unrestricted use of the TCEs/EoF, or certain of them so specified, by all members of a community, including all nationals of a country.

[Commentary on Article 5 follows]

COMMENTARY

ARTICLE 5: EXCEPTIONS AND LIMITATIONS

Background

Many stakeholders have stressed that any IP-type protection of TCEs should be subject to certain limitations so as not to protect them too rigidly. It has been suggested that overly strict protection may stifle creativity, artistic freedom and cultural exchanges, as well as be impracticable in its implementation, monitoring and enforcement.

In addition, the protection of TCEs/EoF should not prevent communities themselves from using, exchanging and transmitting amongst themselves expressions of their cultural heritage in traditional and customary ways and in developing them by continuous recreation and imitation, as has been emphasized.

This suggested provision puts forward certain exceptions and limitations for consideration:

(a) paragraph (a) implements objectives and general guiding principles associated with non-interference in and support for the continued use and development of TCEs/EoF by communities, while (b) affirms that these provisions would apply only to '*ex situ*' uses of TCEs/EoF, namely uses outside the customary or traditional context, whether for commercial purposes or not;

(b) paragraph (c) sets out exceptions drawn from the Model Provisions, 1982, the Pacific Islands Model Law, 2002 and copyright laws in general. Certain more specific comments include:

(i) Limitations and exceptions for teaching purposes are common in copyright laws. While these are sometimes limited to "face-to-face" teaching (as also in the Pacific Model, 2002), special limitations and exceptions to copyright and related rights for distance learning have also been raised for discussion.¹³ The term "teaching and learning" is used for present purposes.

(ii) National copyright laws in some cases allow public archives, libraries and the like to make, for non-commercial safeguarding purposes only, reproductions of works and expressions of folklore and keep them available for the public¹⁴, and this is envisaged. In this respect, appropriate contracts, IP check-lists and other guidelines and codes of conduct for museums, archives and inventories of cultural heritage are under development by WIPO. Specific limitations for libraries and archives in copyright law in general have also been raised for discussion.¹⁵

(iii) Not all typical copyright exceptions may be appropriate, however, as they might undermine community interests and customary rights – for example, incidental use

¹³ See Proposal by Chile (SCCR/12/3) on the Subject "Exceptions and limitations to copyright and related rights", discussed at the 12th session of the WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR), November 2004.

¹⁴ An example is the United Kingdom's Copyright, Designs and Patents Act, 1988, Schedule 2, par. 14.1.

¹⁵ See Proposal by Chile, above.

exceptions which allow a sculpture or work of artistic craftsmanship permanently displayed in a public place to be reproduced in photographs, drawings and in other ways without permission. Thus, exceptions which would be offensive are excluded.

ARTICLE 6:

TERM OF PROTECTION

Protection of traditional cultural expressions/expressions of folklore should endure for as long as the traditional cultural expressions/expressions of folklore continue to meet the criteria for protection under Article 1 of these provisions, and,

(i) in so far as TCEs/EoF referred to in Article 3(a) are concerned, their protection under that sub-article shall endure for so long as they remain registered or notified as referred to in Article 7; and

(ii) in so far as secret TCEs/EoF are concerned, their protection as such shall endure for so long as they remain secret.

(iii) the protection granted to traditional cultural expressions/expressions of folklore against any distortion, mutilation or other modification or infringement thereof, done with the aim of causing harm thereto or to the reputation or image of the community, indigenous peoples and communities or region to which they belong, shall last indefinitely.

Formatted: Indent: First line: 0 cm

Formatted: Font: Italic

[Commentary on Article 6 follows]

COMMENTARY

ARTICLE 6: TERM OF PROTECTION

Background

Many indigenous peoples and traditional communities desire indefinite protection for at least some aspects of expressions of their traditional cultures. Calls for indefinite protection are closely linked to calls for retroactive protection (see Article 9 “Transitional Measures” below). On the other hand, it is generally seen as integral to the balance within the IP system that the term of protection not be indefinite, so that works ultimately enter the ‘public domain’.

The suggested provision embodies a trademark-like emphasis on current use, so that once the community that the TCE is characteristic of no longer uses the TCE or no longer exists as a distinct entity (analogous to abandonment of a trademark, or a trademark becoming generic), protection for the TCE would lapse. Such an approach draws upon the very essence of the subject matter of protection, it being recalled that at the heart of TCEs/EoF is that they are characteristic of and identify a community (see above). When a TCE ceases to do so, it ceases by definition to be a TCE and it follows that protection should lapse.

In addition to this general principle, specific provision is made for the term of protection of two categories, namely those TCEs/EoF which are registered or notified and those that are secret, undisclosed or confidential.

ARTICLE 7:
FORMALITIES

(a) *As a general principle, the protection of traditional cultural expressions/expressions of folklore should not be subject to any formality. Traditional cultural expressions/expressions of folklore as referred to in Article 1 are protected from the moment of their creation.*

(b) *Measures for the protection of specific traditional cultural expressions/expressions of folklore, as provided for in Article 3(a), should require that such traditional cultural expressions/expressions of folklore be notified to or registered with a designated national authority by the relevant indigenous people and community and traditional and other cultural communities, by the designated national authority or by a third party acting at the request of and on behalf of the community.*

(i) *To the extent that such registration or notification may involve the recording or other fixation of the traditional cultural expressions/expressions of folklore concerned, any intellectual property rights in such recording or fixation should vest in or be assigned to the relevant indigenous peoples and communities or traditional and other cultural communities.*

(ii) *Information on and representations of the traditional cultural expressions/expressions of folklore which have been so registered or notified should be made publicly accessible at least to the extent necessary to provide transparency and certainty to third parties as to which traditional cultural expressions/expressions of folklore are so protected and for whose benefit.*

(iii) *Such registration or notification is declaratory and does not constitute rights. Without prejudice thereto, entry in the register presumes that the facts recorded therein are true, unless proven otherwise. Any entry as such does not affect the rights of third parties.*

(iv) *The designated national authority receiving such registrations or notifications shall resolve any uncertainties and help to resolve disputes arising as to which indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities, including those in more than one country, should be entitled to registration or notification or should be the beneficiaries of protection as referred to in Article 2, using customary laws, normative systems and processes, alternative dispute resolution (ADR) and existing cultural resources, such as cultural heritage inventories, as far as possible.*

Comments by Mexico on the use and addition of the term “customary systems” in the negotiating text.

Internal normative systems of indigenous peoples

Deleted: of particular cultural or spiritual value or significance and for which a level of protection is sought

Deleted: competent office or organization

Deleted: community or

Deleted: Agency

Deleted: referred to in Article 4

Deleted: community

Deleted: office or organization

Deleted: should

Deleted: or disputes

Deleted: communities

Formatted: Underline

In accordance with the Political Constitution of Mexico, indigenous peoples have the right to use their normative systems to resolve their internal disputes within the framework of the specific Political Constitution, as stated in Article 2:

“II. Use their specific normative systems to regulate and resolve their internal disputes, subject to the general principles of this Constitution, while respecting the individual guarantees, human rights and, where relevant, the dignity and integrity of women. The law shall establish the cases and procedures for validation by the appropriate judges or courts”.

The cultural diversity of Mexico is expressed, among other things, in the different ways in which justice is applied within indigenous communities, both in the procedures used and in the authorities empowered to implement them. However, general principles exist, which are present in most of the country’s indigenous communities, which still preserve specific ways of administering justice. These include *inter alia* reconciliation and compensation for harm; fairness; hearing the parties to a dispute and the supreme asset of community harmony. To these principles should be added vocation of service, since the different offices through which justice is applied do not receive any kind of remuneration. It should also be pointed out that access to a post is gained in many different ways, generally through what some indigenous communities refer to as a *system of offices*, always with the consent of the community of which it is a part.

In the first meeting of indigenous judges under the auspices of the CDI in October 2006, those present helped to define the concept of indigenous normative systems, which legal theory recognizes as internal normative systems. Based on that meeting, it can be stated that:

“As regards the administration of indigenous justice, an indigenous normative system is the organizational structure (indigenous institutions and authorities), procedures, principles and guidelines which indigenous communities use as a basis to administer justice and resolve disputes...”¹⁶

“We refer to normative systems in the same way as the Constitution and those normative systems consist of all the rules, practices and customs which we use to refer to all the subjects with which we deal, but they are more than practices and customs, they are also the institutions, i.e. the authorities which exist in the community form part of the practices and customs. For example, in Oaxaca what is known as a *system of offices* is a normative system”.¹⁷

However, normative systems are basically speaking knowledge developed and preserved within specific groups of indigenous peoples and communities, and passed on from generation to generation, generally in oral form. The above shows that indigenous normative systems are part of the same cultural matrix as traditional medicine, art and handicrafts, the myths of creation, the relationship of exchange which exists between the communities and

¹⁶ Report on first meeting of indigenous judges, National Commission for the Development of Indigenous Peoples, Mexico, 2006, p.6.

¹⁷ op. cit. p.32

with nature. To that extent, internal normative systems constitute traditional knowledge of the indigenous peoples of Mexico.

[Commentary on Article 7 follows]

Formatted: Font: Not Italic,
Underline

COMMENTARY

ARTICLE 7: FORMALITIES

Background

It has been suggested that the acquisition and maintenance of protection should be practically feasible, especially from the point of view of traditional communities, and not create excessive administrative burdens for right holders or administrators alike. Equally important, is the need, expressed by several stakeholders such as external researchers and other users of TCEs/EoF, for certainty and transparency in their relations with communities.

A key choice is whether or not to provide for automatic protection or for some kind of registration:

(a) a first option is to require some form of registration, possibly subject to formal or substantive examination. A registration system may merely have declaratory effect, in which case proof of registration would be used to substantiate a claim of ownership, or it may constitute rights. Some form of registration may provide useful precision, transparency and certainty on which TCEs are protected and for whose benefit;

(b) a second option would be to require automatic protection without formalities, so that protection would be available as of the moment a TCE is created, similar to copyright.

The suggested provision combines these two approaches.

First, paragraph (a) suggests as a general principle that TCEs/EoF should be protected without formality, following copyright principles and in an endeavor to make protection as easily available as possible.

Second, some form of registration or notification is, however, proposed for those TCEs/EoF for which, under Article 3 (a), would receive the strongest protection:

(i) registration or notification is optional only and a matter for decision by relevant communities. Registration or notification is not an obligation; protection remains available under Article 3 (b) for unregistered TCEs/EoF. There would be no need to register or notify secret TCEs/EoF because secret TCEs/EoF are separately protected under Article 3 (c). This registration option is applicable only in cases where communities wish to obtain strict, prior informed consent protection for TCEs/EoF which are already known and publicly available;

(ii) the provision draws broadly from existing copyright registration systems, the Database of Native American Insignia in the United States of America, the Panama Law, 2000, the Andean Decision 351, and the Peru Law, 2002 (see generally WIPO/GRTKF/IC/7/3 and earlier documents for information on these laws);

(iii) a regional organization could conceivably administer such a registration or notification system. ARIPO and OAPI have, for example, noted the role of regional organizations in this area. While these provisions may have initial application at the national level, thus implying national registers or other notification systems, eventually some form of regional and international register could form part of possible eventual regional and

international systems of protection. Such an international system of notification/registration could perhaps draw from existing systems such as Article 6*ter* of the Paris Convention or the registration system provided for in Article 5 of the Lisbon Agreement for the International Registration of Appellations of Origin, 1958;

(iv) it is suggested that the office or organization at which such registrations or notifications may be made, and which would seek to resolve disputes, should not be the same as the Agency referred to in Article 4;

(v) it is made clear that it is only a community which claims protection of a particular TCE/EoF that can register or notify the TCE/EoF, or, in cases where the community is not able to do so, the Agency referred to in Article 4, acting at the request and in the interests of the community;

(vi) in resolving disputes between communities, including communities from more than one country, the draft article suggests that the registration office or organization use customary laws and processes and alternative dispute resolution (ADR) as far as possible. These are suggested in order to achieve as far as possible objectives and principles relating to customary law and non-conflict between communities. In so far as taking existing cultural resources into account, the office or organization could refer also to cultural heritage inventories, lists and collections such as those established under the UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, 2003. There may, more broadly, be some opportunities for developing synergies between inventories established or being established for cultural heritage preservation purposes (such as States Parties are obliged to do under the UNESCO Convention referred to) and the kind of registers or notification systems suggested here. Indeed, measures could be developed to ensure that cultural heritage inventories, lists and collections could reinforce, support and facilitate the implementation of *sui generis* provisions for the protection of TCEs/EoF (and TK).¹⁸ WIPO is working with relevant stakeholders in examining these questions further;

(vii) in order for the provision not to be too prescriptive however, further questions of implementation could be left to national and regional laws. Enabling legislation, regulations or administrative measures could provide guidance on issues such as: (a) the manner in which applications for notification or registration should be made; (b) to what extent and for what purposes applications are examined by the registration office; (c) measures to ensure that the registration or notification of TCEs/EoF is accessible and affordable; (d) public access to information concerning which TCEs/EoF have been registered or notified; (e) appeals against the registration or notification of TCEs/EoF; (f) the resolution by the registration office of disputes relating to which community or communities should be entitled to benefit from the protection of a TCE/EoF, including competing claims from communities from more than one country; and (g) the legal effect of notification or registration.

Recording, fixation and documentation of TCEs/EoF

The role of documentation, recording and fixation of TCEs/EoF and its relationship with IP protection has been discussed at length in previous documents and publications.¹⁹ In brief, previous discussions have identified certain IP-related concerns with documentation

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

¹⁹ See WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 and WIPO/GRTKF/IC/7/3, for example.

initiatives. For example, copyright and related rights in the documentation, recordings and fixations would almost always vest not in the communities themselves but in those who undertake the documentation, recording or fixation. Second, documentation and recordal of TCEs/EoF, particularly if made available in digitized form, make the TCEs/EoF more accessible and available and may undermine the efforts of communities to protect them. For these reasons, the proposed article provides that any IP rights in recordings made specifically for registration purposes should vest in the relevant communities. Indeed, fixing in material form TCEs/EoF which would not otherwise be protectable, establishes new IP rights in the fixation and these IP rights could be used indirectly to protect the TCEs/EoF themselves (this strategy has been used for example to protect ancient rock art).²⁰ It is furthermore clear that the recording and documentation of TCEs/EoF is a valuable if not essential component of cultural heritage safeguarding programs. WIPO is undertaking further work on the IP aspects and implications of recording and documentation of TCEs/EoF in cooperation with other stakeholders. The Mataatua Declaration on Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples, 1993 urges indigenous peoples *inter alia* to “develop a code of ethics which external users must observe when recording (visual, audio, written) their traditional and customary knowledge”.²¹

²⁰ See, for example, Janke, ‘Unauthorized Reproduction of Rock Art’ in Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions, WIPO, 2003.

²¹ Article 1.3.

ARTICLE 8:

SANCTIONS, REMEDIES AND EXERCISE OF RIGHTS

(a) Accessible, appropriate and adequate enforcement and dispute-resolution mechanisms, border-measures, sanctions and remedies, including criminal and civil remedies, shall be available in cases of breach of the protection for traditional cultural expressions/expressions of folklore.

Deleted: should

(b) The designated national authority referred to in Article 4 should be tasked with, among other things, advising and assisting indigenous peoples and communities and traditional and other cultural communities with regard to the enforcement of rights and with instituting civil, criminal and administrative proceedings on their behalf when appropriate and requested by them.

Deleted: Agency

Deleted: communities

[Commentary on Article 8 follows]

COMMENTARY

ARTICLE 8: SANCTIONS, REMEDIES AND EXERCISE OF RIGHTS

Background

This provision concerns which civil and criminal sanctions and remedies may be made available for breaches of the rights provided.

Communities and others have pointed out that the remedies available under current law may not be appropriate to deter infringing use of the works of an indigenous copyright holder, or may not provide for damages equivalent to the degree of cultural and non-economic damage caused by the infringing use. References have also been made to the desirability of alternative dispute resolution (ADR) in this area.

Member States have pointed out the necessity of appropriate guidance and practical experiences with sanctions, remedies and enforcement.

ARTICLE 9:

TRANSITIONAL MEASURES

(a) These provisions apply to all traditional cultural expressions/expressions of folklore which, at the moment of the provisions coming into force, fulfill the criteria set out in Article 1.

(b) Continuing acts in respect of traditional cultural expressions/expressions of folklore that had commenced prior to the coming into force of these provisions and which would not be permitted or which would be otherwise regulated by the provisions, should be brought into conformity with the provisions within a reasonable period of time after they enter into force, subject to respect for rights previously acquired by third parties.

[Commentary on Article 9 follows]

COMMENTARY

ARTICLE 9: TRANSITIONAL MEASURES

Background

This provision concerns whether protection should operate retroactively or prospectively, and in particular how to deal with utilizations of TCEs/EoF that are continuing when the provisions enter into force and which had lawfully commenced before then.

As many Committee participants have pointed out, this question touches directly upon the notion of the “public domain”. Previous documents have pointed out that a “clearer understanding of the role, contours and boundaries of the public domain is vital in the development of an appropriate policy framework for the IP protection of TCEs.”²² Committee participants have stated that the public domain was not a concept recognized by indigenous peoples and/or that as expressions of folklore *stricto sensu* had never been protected under IP they could not be said to have entered a “public domain.” In the words of the Tulalip Tribes: “It is for this reason that indigenous peoples have generally called for the protection of knowledge that the Western system has considered to be in the ‘public domain,’ as it is their position that this knowledge has been, is, and will be regulated by customary law. Its existence in the ‘public domain’ has not been caused by their failing to take the steps necessary to protect the knowledge in the Western IP system, but from a failure from governments and citizens to recognize and respect the customary law regulating its use.”²³

Several options are apparent in existing laws:

- (i) retroactivity of the law, which means that all previous, ongoing and new utilizations of TCEs would become subject to authorization under the new law or regulation;
- (ii) non-retroactivity, which means that only those new utilizations would come under the law or regulation that had not been commenced before their entry into force; and
- (iii) an intermediate solution, in terms of which utilizations which become subject to authorization under the law or regulation but were commenced without authorization before the entry into force, should be brought to an end before the expiry of a certain period (if no relevant authorization is obtained by the user in the meantime, as required).

Existing *sui generis* systems and models either do not deal with the question, or provide only for prospective operation. However, the Pacific Regional Model, 2002 follows in general the intermediate solution described above.

This intermediate solution is the approach of the draft provision. It draws particularly from the Pacific Regional Model, 2002 as well as wording found in article 18 of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 1971.

²² See for example WIPO/GRTKF/IC/5/3 and subsequent documents.

²³ Statement at fifth session of the Committee, also available at <http://www.wipo.int/tk/en/igc/ngo/ngopapers.html>

ARTICLE 10:

RELATIONSHIP WITH INTELLECTUAL PROPERTY PROTECTION AND OTHER
FORMS OF PROTECTION, PRESERVATION AND PROMOTION

Protection for traditional cultural expressions/expressions of folklore in accordance with these provisions does not replace and is complementary to protection applicable to traditional cultural expressions/expressions of folklore and derivatives thereof under other intellectual property laws, laws and programs for the safeguarding, preservation and promotion of cultural heritage, and other legal and non-legal measures available for the protection and preservation of traditional cultural expressions/expressions of folklore.

[Commentary on Article 10 follows]

COMMENTARY

ARTICLE 10: RELATIONSHIP WITH INTELLECTUAL PROPERTY PROTECTION
AND OTHER FORMS OF PROTECTION, PRESERVATION AND PROMOTION

Background

Relationship with IP laws

These provisions are intended to provide forms of protection for TCEs/EoF not currently available under conventional and existing IP laws.

It has been previously discussed that any special protection for TCEs/EoF should be concurrent with the acquisition of IP protection that might also be available under IP laws. Earlier discussions had recalled that some, if not many, of the needs and concerns of indigenous peoples and traditional and other cultural communities and their members may be met by solutions existing already within current IP systems, including through appropriate extensions or adaptations of those systems. For example:

- (a) copyright and industrial designs laws can protect contemporary adaptations and interpretations of pre-existing materials, even if made within a traditional context;
- (b) copyright law may protect unpublished works of which the author is unknown;
- (c) the *droit de suite* (the resale right) in copyright allows authors of works of art to benefit economically from successive sales of their works;
- (d) performances of “expressions of folklore” may be protected under the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), 1996;
- (e) traditional signs, symbols and other marks can be registered as trademarks;
- (f) traditional geographical names and appellations of origin can be registered as geographical indications; and
- (g) the distinctiveness and reputation associated with traditional goods and services can be protected against “passing off” under unfair competition laws and/or the use of certification and collective trade marks.

Relationship with non-IP measures

It has also been discussed widely that comprehensive protection may require a range of proprietary and non-proprietary, including non-IP, tools. Non-IP approaches that may be relevant and useful include trade practices and marketing laws; laws of privacy and rights of publicity; law of defamation; contracts and licenses; cultural heritage registers, inventories and databases; customary and indigenous laws and protocols; cultural heritage preservation and promotion laws and programs; and handicrafts promotion and development programs. In particular, as some Committee participants have suggested, opportunities for synergies between the UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, 2003 and these provisions could be further explored.

The suggested provisions are not intended to replace the need for such non-IP measures and programs. IP and non-IP approaches and measures are not mutually-exclusive options, and each may, working together, have a role to play in a comprehensive approach to protection.

The provisions are intended to complement and work together with laws and measures for the preservation and safeguarding of intangible cultural heritage. In some cases, existing cultural heritage measures, institutions and programs could be made use of in support of these principles, thus avoiding a duplication of effort and resources. Which modalities and approaches are adopted will also depend upon the nature of the TCEs to be protected, and the policy objectives that protection aims to advance.

ARTICLE 11:

INTERNATIONAL AND REGIONAL PROTECTION

The rights and benefits arising from the protection of traditional cultural expressions/expressions of folklore under national measures or laws that give effect to these international provisions should be available to all eligible beneficiaries who are nationals or residents of a prescribed country as defined by international obligations or undertakings. Eligible foreign beneficiaries should enjoy the same rights and benefits as enjoyed by beneficiaries who are nationals of the country of protection, as well as the rights and benefits specifically granted by these international provisions.

Deleted: habitual

[Commentary on Article 11 follows]

COMMENTARY

ARTICLE 11: INTERNATIONAL AND REGIONAL PROTECTION

Background

This provision deals with the technical question of how rights and interests of foreign holders of rights in TCEs/EoF would be recognized in national laws. In other words, on what conditions and in what circumstances foreign rights holders would have access to national protection systems, and what level of protection would be available to the benefit of foreign right holders. This question is more widely discussed in companion document WIPO/GRTKF/IC/8/6. For present purposes, and *simply as a starting point for discussion*, a provision based generally upon national treatment as is found in Article 5 of the Berne Convention is included as a basis for further consideration and analysis.

Broadly, but by no means exclusively, the question of how rights and interests of foreign holders of rights in TCEs/EoF would be recognized in national laws has been resolved in IP by reference to the principle of “national treatment”, although this principle can be subject to some important exceptions and limitations. National treatment can be defined in terms of granting the same protection to foreign rightsholders as are granted to domestic nationals, or *at least* the same form of protection. For example:

(a) The Berne Convention (Article 5) provides that “(1) Authors shall enjoy, in respect of works for which they are protected under this Convention, in countries of the Union other than the country of origin, the rights which their respective laws do now or may hereafter grant to their nationals, as well as the rights specially granted by this Convention,” and that “protection in the country of origin is governed by domestic law. However, when the author is not a national of the country of origin of the work for which he is protected under this Convention, he shall enjoy in that country the same rights as national authors”;

(b) The Rome Convention, 1961, in so far as performers are concerned, provides as follows: “For the purposes of this Convention, national treatment shall mean the treatment accorded by the domestic law of the Contracting State in which protection is claimed: (a) to performers who are its nationals, as regards performances taking place, broadcast, or first fixed, on its territory; . . . National treatment shall be subject to the protection specifically guaranteed, and the limitations specifically provided for, in this Convention” (Article 2); and,

(c) The WPPT, 1996 states as follows: “Each Contracting Party shall accord to nationals of other Contracting Parties, as defined in Article 3(2), the treatment it accords to its own nationals with regard to the exclusive rights specifically granted in this Treaty, and to the right to equitable remuneration provided for in Article 15 of this Treaty.”

Instead of national treatment, or supplementing it, other international legal mechanisms have been used to recognize the IP rights of foreign nationals. Under “reciprocity” (or reciprocal recognition), whether a country grants protection to nationals of a foreign country depends on whether that country in turn extends protection to nationals of the first country; the duration or nature of protection may also be determined by the same principle. Under a “mutual recognition” approach, a right recognized in one country would be recognized in a foreign country by virtue of an agreement between the two countries. Another related mechanism for affording access to a national system is “assimilation” to an eligible nationality by virtue of residence. For example, the Berne Convention (Article 3(2)) provides

that authors who are not nationals of one of the countries of the [Berne] Union but who have their habitual residence in one of them shall, for the purposes of the Convention, be assimilated to nationals of that country.

Also of potential application to the recognition of rights of foreign rights holders, is the “most-favoured-nation” principle. The TRIPS Agreement provides (subject to exceptions) that: “[w]ith regard to the protection of intellectual property, any advantage, favour, privilege or immunity granted by a [WTO] Member to the nationals of any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the nationals of all other Members.”

While a national treatment approach would, in the light of precedent and past experience in the IP field, appear to be an appropriate starting point, the very nature of TCEs/EoF and the *sui generis* forms of protection being called for by many Committee participants, suggests that national treatment be supplemented by certain exceptions and limitations or other principles such as mutual recognition, reciprocity and assimilation, especially when this concerns the legal status and customary laws of beneficiaries of protection. For example, Article 2 of the suggested provisions above state that the beneficiaries of protection would be the communities in whom “the custody, care and safeguarding of the TCEs/EoF are entrusted in accordance with the customary laws and practices of the communities.” Under one strict conception of national treatment, a foreign court in the country of protection would have recourse to its own laws, including its own customary laws, to determine whether a foreign community qualifies as a beneficiary. This may not satisfactorily address the situation from the community’s viewpoint which would, reasonably, wish for its own customary laws to be referred to. Under mutual recognition and assimilation principles, a foreign court in the country of protection could accept that a community from the country of origin of the TCE/EoF has legal standing to take action in country A as the beneficiary of protection because it has such legal standing in the country of origin. Thus, while national treatment might be appropriate as a general rule, it may be that mutual recognition, for example, would be the appropriate principle to address certain issues such as legal standing.

The protection of foreign holders of rights in TCEs/EoF is, however, a complex question as Committee participants have pointed out. The Delegation of Egypt, for example, stated at the seventh session: “. . . TCEs/EoF were often part of the shared cultural heritage of countries. Their regional and international protection was therefore a complex issue and it was necessary to be very careful. Countries would have to consult with each other before adopting any legal measures in this regard.”²⁴ Morocco noted the need for “wider consultation involving all interested parties before the establishment of legal protection mechanisms.”²⁵ In view of this complexity, Committee discussions have thus far provided little specific guidance on this technical question and existing TCE *sui generis* national laws either do not protect foreign rightsholders at all or show a mix of approaches.

For present purposes, therefore, a provision based generally upon national treatment as is found in Article 5 of the Berne Convention, is proposed for further consideration and analysis.

Further drafts of these provisions could, depending on the Committee’s wishes, explore more deeply the kinds of technical provisions found in international instruments, such as

²⁴ WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Par. 69.

²⁵ WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. Par. 85.

provisions dealing with points of attachment, assimilation, protection in the country of origin and independent protection. They could also address further the question of “regional folklore” and the practical relationship between the international dimension and the suggested registration/notification of TCEs/EoF (see Articles 3(a) and 7 above). As stated in the commentary to those articles, they currently refer to national registers, but there could eventually be envisaged some form of regional and/or international registers, drawing from, for example, Article 6*ter* of the Paris Convention or the registration system provided for in Article 5 of the Lisbon Agreement for the International Registration of Appellations of Origin, 1958.

[End of Annex and of document]

OMPI



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

S

WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov. Formatted: English U.S.

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 22 de enero de 2010

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

Decimosexta sesión
Ginebra, 3 a 7 de mayo de 2010

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

OBJETIVOS Y PRINCIPIOS REVISADOS

Documento preparado por la Secretaría

I. INTRODUCCIÓN

1. En su decimoquinta sesión, celebrada del 7 al 11 de diciembre de 2009, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (“el Comité”) decidió que la Secretaría “[preparara y distribuyera] a más tardar, a finales de enero de 2010, una versión revisada del documento de trabajo WIPO/GRTKF/IC/9/4, en la que se [reflejaran] las modificaciones propuestas, los comentarios efectuados y las cuestiones planteadas en relación con ese documento en la sesión en curso del Comité. [Debería] dejarse constancia de las modificaciones, las cuestiones y los comentarios planteados por los observadores para que [fueran] examinados por los Estados miembros. La Secretaría invitará a los participantes en las sesiones del Comité a presentar, a más tardar, a finales de febrero de 2010, comentarios por escrito acerca de dicha versión revisada. El Comité procedió a invitar a la Secretaría a preparar y distribuir una nueva versión revisada del documento en la que se [reflejaran] los comentarios por escrito que se [hubieran] realizado, en tanto que documento de trabajo para la siguiente sesión del Comité.”¹

¹ Proyecto de informe de la decimoquinta sesión (WIPO/GRTKF/IC/15/7 Prov.).

2. El presente documento constituye la versión revisada del documento de trabajo WIPO/GRTKF/IC/9/4 en la que se reflejan las modificaciones propuestas, así como los comentarios formulados y las cuestiones planteadas en relación con ese documento en la decimoquinta sesión del Comité. Se deja constancia de las modificaciones, las cuestiones y los comentarios planteados por los observadores para que sean examinados por los Estados miembros.
3. En concordancia con la decisión alcanzada en la decimoquinta sesión, se invita a los participantes en el Comité a formular comentarios por escrito sobre este documento antes del 28 de febrero de 2010. La Secretaría preparará y distribuirá una nueva versión revisada de este documento en la que se reflejen los comentarios por escrito que se hayan realizado, en tanto que documento de trabajo para la siguiente sesión del Comité.
4. La siguiente sesión del Comité, la decimosexta sesión, tendrá lugar del 3 al 7 de mayo de 2010. El presente documento, en la manera que ha de revisarse, se pondrá a disposición de los participantes en esa sesión en calidad de documento de trabajo WIPO/GRTKF/IC/16/4.

Preparación y estructura del presente documento

5. El documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 contenía un documento principal preparado por la Secretaría, en el que se proporcionaba información sobre la historia, la estructura y el contenido del documento en el momento de su preparación (enero de 2006) y un Anexo, que contenía el “contenido de fondo” del documento, es decir, el proyecto revisado de objetivos y principios.
6. En el Anexo figuraban los objetivos y principios como tales así como “observaciones”. Las observaciones consistían en amplios comentarios sobre cada uno de los objetivos y principios y en informaciones en las que se señalaban y examinaban los comentarios recibidos acerca de una versión anterior de cada uno de los objetivos y principios, según constaba en el documento preparado para la séptima sesión del Comité (WIPO/GRTKF/IC/7/3). Esos comentarios ya habían quedado reflejados en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4.²
7. Teniendo en cuenta las circunstancias y el interés por que el presente documento sea lo más conciso y actualizado posible:

² Los comentarios señalados en el apartado de Observaciones del documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 eran comentarios formulados sobre el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, una versión anterior del documento WIPO/GRTKF/IC/9/4, durante el proceso de formulación de comentarios entre sesiones establecido por el Comité en su séptima sesión en noviembre de 2004. El proceso de formulación de comentarios se extendió de noviembre de 2004 a febrero de 2005, y los comentarios formulados durante ese período se incorporaron a la versión revisada del documento WIPO/GRTKF/IC/7/3, que se publicó como documento de trabajo para la octava sesión del Comité en junio de 2005 (WIPO/GRTKF/IC/8/4). Posteriormente se ha vuelto a publicar el documento WIPO/GRTKF/IC/8/4, sin modificaciones en el Anexo, como documento WIPO/GRTKF/IC/9/4. Dicho de otro modo, los comentarios señalados en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/4 ya se habían tenido en cuenta al preparar el documento.

- a) no se ha incorporado a la presente versión revisada el documento principal publicado con la signatura WIPO/GRTKF/IC/9/4. Sin embargo, como se señala en el documento principal, el proyecto de objetivos y de principios se basa en investigaciones, debates, análisis y estudios de casos exhaustivos y se inspira directamente en los comentarios y propuestas formulados por los participantes en el Comité desde que se publicaran por primera vez en una primera versión en agosto de 2004. El historial completo del proyecto de objetivos y principios, y especialmente los comentarios formulados en el pasado a ese respecto, está disponible en línea.³ El proyecto de objetivos y principios también se complementa con recursos más recientes, como las compilaciones y reseñas objetivas de comentarios acerca de la lista de cuestiones acordadas⁴ y el proyecto de análisis de las carencias.⁵ Toda esta información está disponible en línea.⁶
- b) En el Anexo se han conservado los comentarios de fondo sobre cada uno de los objetivos y principios. No se han incluido las informaciones que atañen a los comentarios formulados en la versión anterior del documento WIPO/GRTKF/IC/9/4, que de hecho han sido sustituidas por los comentarios formulados y las cuestiones planteadas en la decimoquinta sesión. A fin de evitar confusiones entre los comentarios anteriores y los formulados en la decimoquinta sesión, se han suprimido asimismo las referencias a comentarios anteriores en las notas a pie de página. Los comentarios formulados previamente en el documento “original” WIPO/GRTKF/IC/9/4 pueden seguir consultándose en línea;⁷
- c) En concordancia con las decisiones adoptadas por el Comité en su decimoquinta sesión, las modificaciones concretas propuestas por los Estados miembros en esa sesión quedan reflejadas en los objetivos y principios del Anexo. Se subrayan las inserciones y adiciones propuestas, mientras que se han tachado las palabras o frases que los Estados miembros han propuesto suprimir. Cuando se ha formulado más de una propuesta, se utiliza la barra espaciadora (/) para separarlas. Asimismo, en el Anexo se exponen otros comentarios y cuestiones planteados en la decimoquinta sesión, así como las propuestas de redacción, comentarios y preguntas de los observadores, a fin de que los examinen los Estados miembros. En la medida de lo posible, se han agrupado por temas los comentarios y cuestiones.

³ http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_9/wipo_grtkf_ic_9_4.pdf

⁴ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) sobre la “Compilación de los comentarios presentados por escrito sobre la lista de cuestiones” y el WIPO/GRTKF/IC/12(b) sobre la “Reseña objetiva”.

⁵ Documento de trabajo WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev.

⁶ <http://www.wipo.int/tk/es/igc>

⁷ http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/comments-1.html

8. *Se invita al Comité a que continúe examinado y formulando comentarios sobre el proyecto de disposiciones que figura en el Anexo a fin de elaborar una versión revisada y actualizada del mismo.*

[Sigue el Anexo]

ANEXO

DISPOSICIONES REVISADAS
PARA LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES
TRADICIONALES/EXPRESIONES DEL FOLCLORE

OBJETIVOS POLÍTICOS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

ÍNDICE

I. OBJETIVOS POLÍTICOS Y OBSERVACIONES

- i) Reconocer el valor
- ii) Promover el respeto
- iii) Responder a las verdaderas necesidades de las comunidades
- iv) Impedir la apropiación indebida de las ECT/EF
- v) Potenciar a las comunidades
- vi) Apoyar las prácticas consuetudinarias y la cooperación en las comunidades
- vii) Contribuir a la salvaguardia de las culturas tradicionales
- viii) Promover la innovación y la creatividad en las comunidades
- ix) Promover la libertad intelectual y artística, la investigación y el intercambio cultural en condiciones equitativas
- x) Contribuir a la diversidad cultural
- xi) Promover el desarrollo de las comunidades y las actividades comerciales legítimas
- xii) Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual no autorizados
- xiii) Aumentar la seguridad, la transparencia y la confianza mutua

II. PRINCIPIOS RECTORES Y OBSERVACIONES

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

III. DISPOSICIONES SUSTANTIVAS Y OBSERVACIONES

1. Materia protegida
2. Beneficiarios
3. Actos de apropiación indebida (alcance de la protección)
4. Gestión de los derechos
5. Excepciones y limitaciones
6. Duración de la protección
7. Formalidades
8. Sanciones, recursos y ejercicio de derechos
9. Disposiciones transitorias
10. Relación con la protección por propiedad intelectual y otras formas de protección, preservación y promoción
11. Protección regional e internacional

I. OBJETIVOS

La protección de las expresiones culturales tradicionales, o expresiones del folclore¹, debe tender a:

Reconocer el valor

i) *reconocer que los pueblos y 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 verdaderas necesidades de las comunidades

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

Impedir la apropiación y uso indebido de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore

Deleted: *indebida*

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

Deleted: *controlar*

Potenciar a las comunidades

Deleted: *Page Break*

v) *lograr este objetivo de una manera equilibrada y equitativa, de modo que los pueblos y comunidades indígenas, comunidades tradicionales y demás comunidades culturales ejerzan de manera efectiva sus derechos y autoridad sobre sus propias expresiones*

Deleted: *pero*

Deleted: *y las*

Deleted: *puedan realmente ejercer*

¹ En estas disposiciones, los términos “expresiones culturales tradicionales” y “expresiones del folclore” se emplean como sinónimos intercambiables y se puede hacer referencia a ellos simplemente como “ECT/EF”. El uso de estos términos no tiene por objeto sugerir un consenso entre los participantes en el Comité en cuanto a la validez de estos u otros términos, y no afecta o limita el uso de otros términos en legislaciones regionales o nacionales.

culturales tradicionales/expresiones del folclore;

Apoyar las prácticas consuetudinarias y la cooperación comunitaria

Deleted: en las comunidades

vi) *respetar la transmisión, el intercambio, el desarrollo y el uso ininterrumpido y consuetudinario de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore por las comunidades, tanto en su interior como entre ellas;*

Contribuir a la salvaguardia de las culturas tradicionales

vii) *contribuir a la preservación y la salvaguardia del entorno en el que se generan y se mantienen las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, lo que redunde directamente en beneficio de los pueblos y 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

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

Promover la libertad intelectual y artística, la investigación y el intercambio cultural en condiciones equitativas

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

Deleted: las

Deleted: comunidades

xi) *cuando así lo deseen las pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales; y sus miembros, fomentar el uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore para el desarrollo de las pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales; reconociéndolas como un activo de las mismas 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;*

Deleted: comunidades

Deleted: comunidades

Deleted: comunidades

Deleted: Page Break

Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual no autorizados

xii) *impedir la concesión, el ejercicio y la observancia de derechos de propiedad intelectual adquiridos sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore y las obras derivadas de las mismas por partes no autorizadas;*

Aumentar la seguridad, la transparencia y la confianza mutua

xiii) *aumentar la seguridad, la transparencia, la comprensión y el respeto en las relaciones entre los pueblos y 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 ECT/EF, por otro.*

[Siguen las observaciones sobre los objetivos]

OBSERVACIONES

OBJETIVOS

Antecedentes

En esta sección figuran los objetivos políticos propuestos para la protección de las ECT/EF, que se basan en ponencias y declaraciones realizadas en el Comité y en textos jurídicos pertinentes. Estos objetivos pueden formar parte del típico preámbulo de una ley o de otro instrumento.

Como ya ha señalado el Comité en varias ocasiones, la protección de las ECT/EF no debe llevarse a cabo como un fin en sí mismo, sino que debe servir de instrumento que permita alcanzar los objetivos y las aspiraciones de los pueblos y de las comunidades pertinentes, y fomentar los objetivos políticos a escala regional, nacional e internacional. Un sistema de protección se conformará y se definirá en gran medida en función de los objetivos que persiga. Por lo tanto, una etapa inicial fundamental en el establecimiento de un enfoque o régimen jurídico para la protección de las ECT/EF será determinar los objetivos políticos pertinentes.

II. PRINCIPIOS RECTORES Y OBSERVACIONES

- a) *Principio de receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades*
- b) *Principio de equilibrio*
- c) *Principio de respeto de los acuerdos e instrumentos regionales e internacionales y de concordancia con los mismos*
- d) *Principio de flexibilidad y exhaustividad*
- e) *Principio de reconocimiento de la naturaleza específica y las características de las expresiones culturales*
- f) *Principio de complementariedad con la protección de los conocimientos tradicionales*
- g) *Principio de respeto de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales; y de obligaciones para con los mismos*
- h) *Principio de respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de las ECT/EF*
- i) *Principio de efectividad y accesibilidad de las medidas de protección*

Deleted: pueblos indígenas y otras comunidades tradicionales

[Siguen las observaciones sobre los principios rectores generales]

OBSERVACIONES

PRINCIPIOS RECTORES GENERALES

Antecedentes

Las disposiciones sustantivas que figuran en la sección siguiente se rigen por ciertos principios rectores generales. Además, en esas disposiciones se trata de dar expresión jurídica a algunos de estos principios que han respaldado gran parte de la discusión del Comité desde sus comienzos y de las consultas y los debates internacionales celebrados antes de la creación del Comité.

a) Principio de receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades

En este principio se reconoce que en la protección de las ECT/EF deben reflejarse las aspiraciones y expectativas de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales. Esto significa, en particular, que en la protección de las ECT/EF deben reconocerse y respetarse en lo posible las leyes y protocolos indígenas y consuetudinarios, promoverse el uso complementario de medidas de protección positiva y preventiva, abordarse los aspectos tanto culturales como económicos del desarrollo, prevenirse los actos insultantes, injuriosos y ofensivos en particular, promoverse la cooperación entre las comunidades para evitar la competencia o los conflictos entre ellas y permitirse la participación plena y efectiva de estas comunidades en la elaboración y la aplicación de sistemas de protección. Debe considerarse que las medidas de protección jurídica de las ECT/EF son facultativas para los pueblos indígenas y demás comunidades, que siempre tendrán derecho a basarse de manera parcial o exclusiva en sus propias formas consuetudinarias y tradicionales de protección contra el acceso no autorizado a sus ECT/EF o su uso indebido. Esto significa que en la protección jurídica externa contra los actos ilícitos de terceros no deben cercenarse o restringirse las leyes, prácticas y protocolos tradicionales o consuetudinarios.

b) Principio de equilibrio

Con frecuencia, las distintas partes interesadas que participan en los debates sobre el fomento de la protección de las ECT/EF han hecho hincapié en la necesidad de lograr un equilibrio. En este principio se propone que en la protección debe reflejarse la necesidad de lograr un justo equilibrio entre los derechos y los intereses de quienes desarrollan, preservan y perpetúan las ECT/EF, por un lado, y de quienes las utilizan y disfrutan, por otro; la necesidad de reconciliar preocupaciones políticas diversas; y la necesidad de que las medidas concretas de protección sean proporcionales a los objetivos de la protección, las experiencias y necesidades reales.

c) Principio de respeto de los acuerdos e instrumentos regionales e internacionales y de concordancia con los mismos

Las ECT/EF deben ser protegidas de una forma tal que se respeten los instrumentos regionales e internacionales pertinentes y que se guarde coherencia con los mismos, y sin menoscabar los derechos y obligaciones específicos ya establecidos en instrumentos jurídicos vinculantes, en especial los relativos a los derechos humanos. No debe invocarse la protección de las ECT/EF para violar los derechos humanos garantizados por el Derecho internacional o limitar su alcance.

d) *Principio de flexibilidad y exhaustividad*

Este principio guarda relación con la necesidad de reconocer que se puede lograr una protección eficaz y adecuada valiéndose de una amplia gama de mecanismos jurídicos, y de que un enfoque de criterios demasiado limitados o rígidos podría cercenar la eficacia de la protección, entrar en conflicto con la legislación que pueda estar en vigor para proteger las ECT/EF y dificultar las consultas necesarias con las partes interesadas y los titulares de ECT en particular. Asimismo, el principio guarda relación con la necesidad de basarse en un amplio espectro de mecanismos jurídicos para lograr el objetivo deseado, que es la protección. En concreto, la experiencia real en cuanto a la protección de las ECT/EF ha demostrado que es poco probable que pueda encontrarse un único modelo internacional “talle único” o “universal” para proteger adecuadamente las ECT y que se acomode a las prioridades nacionales, al entorno jurídico y cultural, y a las necesidades de las comunidades tradicionales de todos los países. Una organización indígena lo ha expuesto de manera muy clara: “Cualquier intento por elaborar directrices uniformes para el reconocimiento y la protección de los conocimientos de los pueblos indígenas corre el riesgo de reducir esta rica diversidad de la jurisprudencia a un “modelo único” que no se adecue a los valores, concepciones o leyes de las sociedades indígenas”.

El proyecto de disposiciones es, por lo tanto, amplio e inclusivo y, al mismo tiempo que en él se establece que la apropiación y el uso indebidos de las ECT/EF constituyen actos ilícitos, tiene por fin otorgar la flexibilidad necesaria a las autoridades regionales y nacionales y a las comunidades para que elijan unos mecanismos jurídicos concretos para lograr o aplicar las disposiciones a escala regional o nacional.

Por consiguiente, a los fines de la protección podrán contemplarse derechos de propiedad y medidas de otro tipo o medidas no relacionadas con la propiedad intelectual, y podrá recurrirse a los derechos de propiedad intelectual vigentes, las ampliaciones o adaptaciones *sui generis* de derechos de propiedad intelectual, y las medidas y sistemas *sui generis* creados con fines específicos, incluidas las medidas preventivas y positivas. Los derechos de propiedad privada deben ser complementarios a las medidas que no guardan relación con los derechos exclusivos, y deben estar cuidadosamente equilibrados con ellas.

Se trata de un enfoque relativamente común en el ámbito de la propiedad intelectual y en documentos anteriores se dieron ejemplos de convenios sobre propiedad intelectual que establecen principios generales y dan cabida a variaciones amplias en cuanto a la aplicación en la legislación de los signatarios. Aun en los casos en que en los instrumentos internacionales se crean principios sustantivos mínimos para las legislaciones nacionales, se acepta que la elección de los mecanismos jurídicos quede a discreción de los países. Además, se trata de un enfoque que aparece plasmado en instrumentos relativos a los pueblos indígenas, tales como el Convenio 169 de la OIT.

e) *Principio de reconocimiento de la naturaleza específica y las características de las expresiones culturales*

La protección debe responder al carácter tradicional de las ECT/EF, a saber, a su carácter colectivo, comunal e intergeneracional; a su relación con la identidad e integridad cultural y social, las creencias, la espiritualidad y los valores de la comunidad; a su calidad de vehículos de expresión religiosa y cultural; y a su carácter en constante evolución dentro de

las comunidades. En las medidas especiales de protección jurídica también se debe reconocer que, en la práctica, las ECT/EF no siempre se han creado dentro de “comunidades” identificables con un hábitat definido.

Las ECT/EF no siempre son la expresión de identidades locales singulares; tampoco suelen ser enteramente originales, sino más bien producto de un intercambio e influencia entre distintas culturas o de un intercambio intracultural, es decir, dentro de un mismo y único pueblo cuyo nombre o denominación puede variar de un lado a otro de una frontera. La cultura es transportada y expresada por individuos que, aunque abandonan sus lugares de origen, siguen practicando y recreando las tradiciones y expresiones culturales de sus respectivas comunidades.

f) Principio de complementariedad con la protección de los conocimientos tradicionales

En este principio se reconoce la cualidad con frecuencia inseparable del contenido o la sustancia de los conocimientos tradicionales (CC.TT.) propiamente dichos y de las ECT/EF para muchas comunidades. Este proyecto de disposiciones guarda relación con los medios específicos de protección jurídica contra la utilización ilícita de este material por terceros que están al margen del contexto tradicional, sin imponer definiciones ni categorías a las normas, protocolos y prácticas consuetudinarios de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales u otras comunidades. El enfoque adoptado por el Comité de examinar en paralelo la protección jurídica de las ECT/EF y de los CC.TT. propiamente dichos, pero en forma independiente, es, como se señaló anteriormente, compatible con el contexto tradicional, al que respeta, en el que las ECT/EF y los CC.TT. suelen percibirse como parte integrante de una identidad cultural total.

g) Principio de respeto de los derechos de los pueblos indígenas y otras comunidades tradicionales y de obligaciones para con los mismos

En este principio se sugiere que en toda protección de las ECT/EF deben respetarse y tenerse en cuenta algunos derechos y obligaciones primordiales, en particular los derechos humanos internacionales y los sistemas de derechos indígenas, sin menoscabar la posterior elaboración de dichos derechos y obligaciones.

h) Principio de respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de las ECT/EF

En la protección no deben obstaculizarse el uso, el desarrollo, el intercambio, la transmisión y la difusión de las ECT/EF por las comunidades interesadas de conformidad con sus leyes y prácticas consuetudinarias. No se considerará que el uso contemporáneo de una ECT/EF en la comunidad que la haya desarrollado y mantenido desnaturaliza la expresión, si la comunidad se identifica con ese uso y con cualquier modificación resultante del mismo. El uso, las prácticas y las normas de índole consuetudinaria deberán orientar la protección jurídica de las ECT/EF en la medida de lo posible.

i) Principio de efectividad y accesibilidad de las medidas de protección

Las medidas destinadas a la adquisición, la gestión y el ejercicio de los derechos así como a la aplicación de otras formas de protección deben ser efectivas, apropiadas y accesibles, habida cuenta del contexto cultural, social, político y económico de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales.

III. DISPOSICIONES SUSTANTIVAS

ARTÍCULO 1:

MATERIA PROTEGIDA

a) Las “expresiones culturales tradicionales” y/o “expresiones del folclore” son todas las formas tangibles, intangibles o una combinación de ambas, en que se expresan, aparecen o se manifiestan los conocimientos y la cultura tradicionales que se transmiten de generación en generación, entre otras;

i) 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 etc.;

ii) las expresiones musicales o sonoras, tales como las canciones, ritmos, la música instrumental y los cuentos populares;

iii) las expresiones corporales, tales como las danzas, las representaciones escénicas, las ceremonias, los rituales, los deportes y los juegos tradicionales y otras interpretaciones o ejecuciones, el teatro, incluidas, entre otras, las funciones de marionetas y los dramas basados en tradiciones populares,

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

iv) las expresiones tangibles, tales como las obras de arte y, en particular, dibujos, pinturas (incluidas las pinturas corporales), tallas en madera, esculturas, modelados, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, alimentos y bebidas, labores de punto, textiles, cristalería, tapices, indumentaria, disfraces, juguetes, ofrenda, artesanía; instrumentos musicales; lapidaria, metalistería, hilados y obras arquitectónicas y/o funerarias;

que son:

– aa) producto de la actividad intelectual creativa, en particular la creatividad del individuo y la de la comunidad;

– bb) ~~características~~ indicativas de la autenticidad/elementos genuinos de la identidad cultural y social de pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales; así como de su patrimonio cultural; y

– cc) mantenidas, utilizadas o desarrolladas por los pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales; o por individuos que tienen el derecho o la responsabilidad de hacerlo de conformidad con ~~las leyes los sistemas normativos~~ y o las prácticas tradicionales/ancestrales consuetudinarias de dichos pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales;

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

Deleted: tangibles o intangibles/

Deleted: las dos

Deleted: ,

Deleted: tales como

Deleted: ,

Deleted: , por ejemplo, y comprenden las siguientes formas de expresión o combinaciones de las mismas

Deleted:

Deleted: y

Deleted:

Deleted: s;

Deleted:

Deleted:

Deleted:

Deleted: una

Deleted: comunidad

Deleted: esa comunidad

Deleted:

Deleted: dicha comunidad

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 1]

OBSERVACIONES

ARTÍCULO 1: MATERIA PROTEGIDA

Antecedentes

En el artículo propuesto se describe la materia protegida por las disposiciones. En el párrafo *a*) figuran tanto la descripción de la materia en sí misma (las “expresiones culturales tradicionales” o “expresiones del folclore”) como los criterios sustantivos en que se especifican con más precisión las expresiones susceptibles de protección. En los debates del Comité se ha aclarado la distinción entre la descripción de la materia en general y la delimitación más concreta de las ECT/EF que reúnen los requisitos necesarios para ser objeto de protección conforme a una medida jurídica específica. Como se ha señalado, no todas las expresiones del folclore o de las culturas y los conocimientos tradicionales podrían ser perfectamente objeto de protección en el marco de la propiedad intelectual.

El artículo propuesto se basa en las Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y Otras Acciones Lesivas, de 1982 (“las Disposiciones Tipo”) y en el Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura, de 2002 (“el Marco Regional para el Pacífico”), así como en las legislaciones nacionales de derecho de autor vigentes que brindan una protección *sui generis* a las ECT/EF.

Descripción de la materia

Las palabras “o combinaciones de las mismas” del párrafo *a*) tienen por objeto demostrar que las ECT/EF pueden ser tangibles e intangibles y pueden tener elementos tangibles e intangibles (“expresiones mixtas”), tal como se ha sugerido. En el párrafo *a*) también queda claro que las expresiones orales (no fijadas) también son susceptibles de protección, respondiendo a la naturaleza con frecuencia oral de las expresiones culturales tradicionales. La fijación no es, por lo tanto, un requisito para la protección. La protección de las “obras arquitectónicas” puede contribuir a la protección de lugares sagrados (tales como santuarios, tumbas y monumentos) hasta el punto de que son objeto de apropiación y uso indebidos tal como contemplan estas disposiciones.

Criterios de la protección

Según los criterios expuestos en los párrafos *aa*) a *cc*) (del párrafo *a*)), la disposición propuesta recoge que las ECT/EF susceptibles de protección deben:

i) ser creaciones del intelecto y, por consiguiente, “propiedad intelectual”, en particular la creatividad del individuo y de la comunidad. Las diversas versiones, variaciones o adaptaciones de la misma expresión pueden calificarse de ECT/EF distintas si son lo suficientemente creativas (como en el caso de las diferentes versiones de una obra, que pueden calificarse de obras protegidas por derecho de autor si cada una de ellas es lo suficientemente original);

ii) tener alguna relación con la identidad cultural y social de una comunidad, así como con su patrimonio cultural. Esta relación viene representada por el término “características”, que se utiliza para indicar que las expresiones deben ser generalmente reconocidas como representativas de la identidad y el patrimonio de una comunidad. El término “características” tiene por objeto expresar las nociones de “autenticidad” o que las expresiones protegidas son “genuinas”, “pertenecientes a” o un “atributo de” un pueblo o una comunidad particular. El “consenso de la comunidad” y la “autenticidad” están implícitos en el requisito de que las expresiones, o los elementos que las integran, deben ser “característicos”: las expresiones que pasan a reconocerse como características son, por lo general, expresiones auténticas, reconocidas como tales por consenso tácito de la comunidad interesada;

iii) siguen siendo mantenidas, desarrolladas o utilizadas por la comunidad o sus miembros.

La noción “patrimonio” se utiliza para indicar materiales tangibles o intangibles que se han transmitido de generación en generación, captando la cualidad intergeneracional de las ECT/EF; una expresión debe ser “característica” de este patrimonio para ser protegida. Los expertos suelen considerar que los materiales que se han mantenido y transmitido entre tres o dos generaciones forman parte del “patrimonio”. En cambio, no están protegidas las expresiones que pueden caracterizar a comunidades o identidades más recientemente establecidas.

Creatividad y creadores contemporáneos

Como ya se debatió en documentos anteriores, muchas expresiones del folclore se transmiten de generación en generación, oralmente o por imitación. Con el tiempo, los compositores, cantantes y demás creadores y artistas intérpretes o ejecutantes recurren a estas expresiones para utilizarlas, modificarlas y contextualizarlas. Existe, pues, una interacción dinámica entre la creatividad individual y colectiva, en la que puede producirse un sinnúmero de variaciones de las ECT/EF, ya sea individual o colectivamente.

Por consiguiente, el individuo desempeña una función primordial en el desarrollo y la recreación de las expresiones culturales tradicionales. A fin de reconocer este hecho, en la descripción de la materia protegida, que figura en el Artículo 1, se incluyen las expresiones creadas por individuos. En consecuencia, para determinar lo que es o lo que no es una ECT o una EF, no es realmente relevante si la expresión fue creada individual o colectivamente. Incluso una expresión creativa contemporánea realizada por un individuo (como, por ejemplo, una película, un vídeo o una interpretación contemporánea de danzas preexistentes y demás interpretaciones o ejecuciones) puede ser protegida como una ECT/EF, siempre que sea característica de la identidad cultural y social de una comunidad, así como de su patrimonio, y que fuera creada por el individuo que tiene el derecho o la responsabilidad de hacerlo de conformidad con las leyes y las prácticas consuetudinarias de esa comunidad. No obstante, por lo que se refiere a los *beneficiarios de la protección*, este proyecto de disposiciones se centra más en los beneficiarios colectivos que en los individuos. Las comunidades están compuestas por individuos, de modo que la reglamentación y el control colectivos de las ECT/EF benefician en última instancia a los individuos que integran las comunidades pertinentes (véase más abajo el Artículo 2, titulado “Beneficiarios”).

Elección de los términos

Los Estados miembros y otras partes interesadas han pedido, entre otras cosas, flexibilidad en cuanto a la terminología. Muchas normas internacionales de propiedad intelectual se remiten al ámbito nacional al determinar estas cuestiones. Por consiguiente, para tener en cuenta el debido proceso de consulta y desarrollo político y legislativo a escala nacional, en el párrafo *b*) propuesto se reconoce que las decisiones específicas sobre terminología deben corresponder al ámbito de aplicación regional y nacional.

Modificaciones propuestas, comentarios formulados y cuestiones planteadas en la decimoquinta sesión (7 a 11 de diciembre de 2009)

Las modificaciones concretas en la redacción reflejadas en el proyecto de disposiciones fueron propuestas por Angola, Australia, Bolivia (Estado Plurinacional de), Brasil, Colombia, Egipto, El Salvador, India, Indonesia, Irán (República Islámica del), México, Filipinas, Trinidad y Tabago y Venezuela (República Bolivariana de).

Comentarios formulados y cuestiones planteadas

Los comentarios formulados y las cuestiones planteadas corrieron a cargo de Australia, Brasil, Camerún, China, Colombia, Egipto, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Filipinas, Francia, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, República de Corea, Sudán, Suiza y, en calidad de observadores, la Federación Iberoamericana de Artistas Intérpretes o Ejecutantes, el Consejo Saami, las Tribus Tulalip y Túpaj Amaru.

Terminología

Una delegación propuso que, en el apartado a)bb), se sustituyera la palabra “*heritage*” por una palabra más cercana al significado de la palabra española “patrimonio”. En la versión inglesa no se reflejaba la idea, presente la versión en español, de que las ECT poseían una naturaleza dinámica e interactiva.

Varias delegaciones propusieron añadir un artículo o glosario en el que se expusieran las definiciones de los términos fundamentales. Se creyó necesario utilizar una terminología unificada para los conceptos ya que el establecimiento de una definición válida de las ECT era uno de los requisitos previos para un debate a fondo.

Una delegación señaló que el Comité no había determinado si las ECT o las expresiones del folclore eran de hecho lo mismo, y que las definiciones seguían siendo objeto de examen.

Significado de “comunidad”

Dos delegaciones plantearon cuestiones acerca del concepto de miembros de la “comunidad” a fin de saber cuál era la definición de “comunidad tradicional”.

También se planteó la cuestión de la comunidad en la diáspora. Una delegación declaró que las ECT únicamente estaban vivas cuando se manifestaban en las personas, se expresaban por medio de las personas dentro de determinada región política o geográfica que las reivindicaba o cuando las hacían suyas las personas diseminadas por el mundo pertenecientes a la diáspora. La delegación ofreció el ejemplo de un bailarín camboyano ubicado en Seattle que podía ser acusado de piratear las ECT de Camboya o, de manera parecida, el de un grupo de músicos

etíopes en Washington D.C. La delegación consideró [en la observación sobre este artículo] que la expresión “en cambio, no están protegidas las expresiones que pueden caracterizar a comunidades o identidades establecidas más recientemente” resultaba confusa.

Un observador estuvo de acuerdo con la cuestión de las comunidades en la diáspora.

Significado de “características”

Una delegación propuso que en lugar de utilizar la palabra “características”, que se consideraba demasiado general, cabía utilizar otro tipo de redacción para dejar claro que las ECT debían ser “auténticas y genuinas”.

Una delegación, en relación con el apartado a)bb), planteó la cuestión de quién determinaba qué resultaba “característico” y en qué etapa se llevaría a cabo la determinación.

En relación con el apartado a)bb) y en respuesta a la pregunta planteada por una delegación, un observador dijo que debían ser las comunidades indígenas mismas quienes decidieran qué sería característico. Por ejemplo, el observador declaró que el tradicional traje Saami constituiría una ECT en virtud del artículo 1 en calidad de vestido tradicional del pueblo Saami; únicamente podía ser este último quien determinara realmente si se trataba de un vestido que caracterizaba la identidad cultural. A excepción de los Saami, nadie podía determinarlo. En la mayoría de los casos y por regla general, correspondería a la comunidad o al pueblo del que procedía la ECT determinar si poseía importancia cultural; en cuanto al apartado cc), propuso sustituir el párrafo por: “vinculado a determinada comunidad o pueblo indígena debido a su importancia cultural para ese pueblo o comunidad.”

Definición de ECT: Naturaleza abierta/exhaustiva

Dos delegaciones dijeron que debía ofrecerse la posibilidad de introducir nuevos elementos en la definición. Una delegación propuso añadir al final del preámbulo los términos: “etc.”, para dar a entender que existían asimismo otras formas de ECT.

Una delegación opinó que la definición resultaba generalmente aceptable, sin embargo, dada la diversidad cultural, los ejemplos que figuraban en la definición no debían considerarse exclusivos.

Relación con la legislación convencional en materia de derecho de autor

Una delegación señaló que era posible que se superpusieran determinados elementos con la protección del derecho de autor para las adaptaciones y variaciones de las ECT y preguntó cómo se resolvería ese conflicto. La Delegación señaló el apartado del texto que rezaba: “las diversas versiones, variaciones o adaptaciones de la misma expresión pueden calificarse de ECT/EF distintas”. La delegación dijo que no sólo se protegerían en calidad de ECT las ECT originales, sino también sus variaciones y adaptaciones. La delegación dijo que entendía que esas adaptaciones basadas en ECT originales podrían protegerse asimismo por medio del régimen convencional de derecho de autor. Por lo tanto, existirían dos tipos de derechos sobre la misma materia, lo que daría lugar a un conflicto de derechos.

Una delegación señaló el conflicto existente con el Convenio de Berna (artículo 2) en lo concerniente a las definiciones y la relación entre el Convenio de Berna y la protección que se pretendía ofrecer en el documento. La delegación propuso que se examinara esta cuestión en el grupo de expertos.

Un observador propuso revisar la referencia a las “obras arquitectónicas”. El problema que parecía existir era que ni en el Convenio de Berna ni en la moderna legislación de P.I. se protegían las obras arquitectónicas. Sin embargo, era posible proteger los proyectos, dibujos, modelos y diseños arquitectónicos o de ingeniería. El observador declaró que las obras arquitectónicas estaban ubicadas permanentemente en parques, calles, plazas u otros lugares públicos y podían reproducirse, distribuirse y comunicarse libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y medios audiovisuales. Esto podría estar en conflicto con las disposiciones del Convenio de Berna.

Relación con el dominio público

Dos delegaciones propusieron que se examinara la repercusión de las disposiciones en el dominio público. Una delegación preguntó qué criterios se utilizaban para distinguir las ECT que estaban protegidas de las que no lo estaban. Existían ECT que se transmitían sólo a determinadas personas en una pequeña comunidad, mientras que otras se transmitían a escala nacional en un contexto cultural más amplio, las mantenía y utilizaba un público más amplio y a veces se usaban incluso con fines comerciales. Se trataba de una cuestión importante ya que repercutiría directamente en los límites del dominio público. En función del nivel de protección que había de aplicarse a la materia objeto de protección, una definición más amplia de ECT podría tener como consecuencia limitar el alcance del material perteneciente al dominio público que estaba disponible actualmente.

Propuestas de redacción de los observadores

Un observador, en relación con el apartado a), propuso añadir después de “o se manifiestan” la frase “en forma original” a fin de tener un criterio para identificar y hacer referencia a una comunidad en particular. El representante propuso asimismo suprimir los términos “los conocimientos” a fin de evitar confusiones con los CC.TT., que se trataban por separado. En cuanto al apartado a)aa), el representante propuso añadir, tras el punto y coma, la frase “que haya sido creada por anteriores generaciones” para centrarse en la verdadera esencia del tema objeto de examen: el patrimonio y el legado cultural.

Un observador, al formular un comentario sobre la frase “mantenidas, utilizadas o desarrolladas por esa comunidad o por individuos que tienen el derecho...” declaró que con ese lenguaje se daba a entender que el instrumento se aplicaría únicamente a las ECT que seguían estando custodiadas por los pueblos indígenas. Los términos “mantenidas, utilizadas o desarrolladas” daban a entender que las ECT seguían siendo administradas por la comunidad o los pueblos indígenas y opinó que la disposición también debía aplicarse a los objetos que hubieran podido extraerse de la comunidad de manera no consensual. El observador propuso como alternativa los términos “posea un vínculo con la comunidad o el pueblo indígena debido a su importancia cultural para esa comunidad”.

Un observador propuso el siguiente texto para el artículo 1:

“Artículo 1

Material protegido

1. Las expresiones verbales, tales como los cuentos y leyendas populares, la poesía popular, los relatos, los poemas épicos, las adivinanzas y otras narraciones; las palabras, los signos, los nombres y los símbolos sagrados;
2. Las expresiones musicales, tales como las canciones y la música instrumental indígena, la música producida por instrumentos de percusión y de viento;

3. Las expresiones corporales, tales como las danzas, las representaciones escénicas, las ceremonias, las expresiones rituales y otras interpretaciones o ejecuciones folclóricas;
4. Las expresiones tangibles, tales como las obras de arte, dibujos, pinturas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, y joyería; cestería, labores de punto, textiles, cristalería, lápices, indumentaria, artesanía; y
5. Instrumentos musicales y obras arquitectónicas.

Los CC.TT. mencionados poseen un valor universal debido a su perspectiva histórica, estética y antropológica que se transmite de generación en generación.”

ARTÍCULO 2:

BENEFICIARIOS

La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore nacionales debe redundar en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas y cada uno de los grupos, familias, tribus, naciones, comunidades tradicionales y demás comunidades culturales ~~o de los países²~~ de la que es propia la expresión cultural tradicional/expresión del folclore:

i) ~~en las que se confía~~ existen la custodia, el cuidado y la salvaguardia de las ECT/EF de conformidad con sus leyes ~~o prácticas consuetudinarias;~~ y

ii) que mantienen, controlan, utilizan o desarrollan las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore como elementos ~~característicos~~ auténticos y genuinos de su identidad cultural y social y su patrimonio cultural.

Deleted:

Deleted: *o de la nación*

Deleted:

Deleted: ¶

Deleted:

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 2]

³ Documento WIPO/GRTKF/IC/6/12.

Deleted: ² . El término amplio e inclusivo de “los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales”, o simplemente “las comunidades”, se emplea en esta etapa en este proyecto de disposiciones. El uso de estos términos no tiene por objeto sugerir un consenso entre los participantes en el Comité en cuanto a la validez de estos u otros términos, y no afecta o limita el uso de otros términos en legislaciones regionales o nacionales.¶

OBSERVACIONES

ARTÍCULO 2: BENEFICIARIOS

Antecedentes

Muchas partes interesadas han destacado que por lo general se considera que las ECT/EF se originan en la colectividad y ésta es su titular, por lo que los derechos e intereses sobre las ECT/EF deben corresponder a las comunidades y no a los individuos. Algunas leyes de protección de las ECT/EF otorgan derechos directamente a los pueblos y comunidades interesados. Por otra parte, muchos confieren derechos a una autoridad gubernamental, a menudo a condición de que los ingresos procedentes de la concesión de derechos para utilizar las ECT/EF se dediquen al patrimonio nacional, al bienestar social y a programas relacionados con la cultura. El Grupo Africano ha afirmado que en los principios de la protección de las ECT/EF debe “reconocerse la función que desempeña el Estado en la preservación y la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones del folclore”³.

La disposición propuesta es lo suficientemente flexible como para dar cabida a ambos enfoques en el ámbito nacional. Es decir, si bien los beneficiarios directos de la protección deben ser los pueblos y comunidades interesados, los derechos mismos pueden ser conferidos tanto a los pueblos o comunidades como a un organismo u oficina (véase también el Artículo 4, titulado “Gestión de los derechos”).

En el Artículo 2, así como en las disposiciones en su conjunto, se prevé que más de una comunidad puede tener derecho a la protección de sus ECT/EF de conformidad con los criterios previstos en el Artículo 1. Se contempla esta posibilidad en legislaciones *sui generis* vigentes, tales como el Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas para la Protección y Defensa de su Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales de 2000, de Panamá, y su correspondiente Decreto Ejecutivo de 2001 (“la Ley de Panamá”)⁴, y la Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos (“la Ley del Perú de 2002”)⁵. Esta ley también tiene que ver con la titularidad de los derechos o la distribución de los beneficios entre comunidades que comparten ECT/EF similares o iguales en países diferentes (el denominado “folclore original”). Se aborda esta cuestión en detalle en los Artículos 4 (“Gestión de los derechos”) y 7 (“Formalidades”).

El término “comunidades culturales” tiene por objeto ser lo suficientemente amplio como para incluir también a los nacionales de un país entero, o de una “nación”, en los casos en los que las ECT/EF se consideran como parte del “folclore nacional” y como pertenecientes a todas las personas de un país concreto. Esto complementa la práctica y concuerda con ella en otras esferas políticas⁶. Por consiguiente, en una legislación nacional se podría afirmar, por ejemplo, que todos los nacionales son beneficiarios de la protección.

⁴ Artículo 5, Decreto.

⁵ Artículo 10.

⁶ Véase el *Glossary on Intangible Cultural Heritage* (“Glosario sobre patrimonio cultural inmaterial”), Comisión de los Países Bajos para la UNESCO, 2002 (“... una nación puede ser una comunidad cultural”).

Comunidades e individuos

Como se debatió en relación con el Artículo 1, estas disposiciones están fundamentalmente destinadas a beneficiar a las comunidades, incluidos los casos en los que una ECT/EF es creada o desarrollada por uno de los miembros o individuos de una comunidad. Las creaciones “tradicionales” se caracterizan esencialmente por los motivos, el estilo u otros detalles característicos e identificativos de una tradición y una comunidad que los sigue manteniendo vivos. Así pues, aun cuando un individuo ha desarrollado una creación basada en las tradiciones dentro su contexto consuetudinario, ésta es considerada desde la perspectiva de la comunidad como producto de procesos creativos sociales y colectivos. Por consiguiente, el individuo no “posee” la creación, sino que es la comunidad la que la “controla” de conformidad con las prácticas y los ordenamientos jurídicos indígenas y consuetudinarios⁷. Esto es lo que caracteriza a una creación de “tradicional”.

Por estas razones, los beneficios de la protección previstos en estas disposiciones se otorgan a las comunidades y no a los individuos. Esto es lo que distingue este sistema *sui generis* del derecho de propiedad intelectual convencional, que sigue a disposición del individuo que desee beneficiarse de él (véase el Artículo 10). Este enfoque concuerda con la opinión expresada por algunos participantes en el Comité de que estas disposiciones deberían estar destinadas a proporcionar a las expresiones culturales y a los conocimientos formas de protección que no figuran actualmente en el marco del derecho de propiedad intelectual convencional en vigor.

Sin embargo, las comunidades están compuestas por individuos, de modo que la reglamentación y el control colectivos de las ECT/EF benefician en última instancia a los individuos que integran la comunidad pertinente. Así pues, en la práctica son los individuos los que se benefician de conformidad con las leyes y las prácticas consuetudinarias.

Modificaciones propuestas, comentarios formulados y cuestiones planteadas en la decimoquinta sesión (7 a 11 de diciembre de 2009)

Las modificaciones concretas en la redacción reflejadas en el proyecto de disposiciones fueron propuestas por Australia, Brasil, El Salvador, India, Marruecos y Trinidad y Tabago.

Comentarios formulados y cuestiones planteadas

Los comentarios formulados y las cuestiones planteadas corrieron a cargo de Australia, Brasil, El Salvador, India, Indonesia, Irán (República Islámica del) y Marruecos y, en calidad de observador, el *Arts Law Centre* de Australia.

Terminología

Una delegación reiteró los comentarios formulados respecto del artículo 1 en relación con el equivalente inglés del término español “patrimonio”.

⁷ Para información general, véase el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3.

Una delegación, en relación con el párrafo i), declaró que el término “se confía” podía tener determinadas ramificaciones jurídicas en cuanto a la exigencia de pruebas de que la custodia, el cuidado y la salvaguardia se confiaba a determinada comunidad. La delegación propuso sustituir los términos “se confía” por el término “existen”.

Espectro de beneficiarios

Una delegación propuso que se mencionaran asimismo otros grupos además de “los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales”.

Una delegación dijo que, en cuanto al párrafo i), el término “comunidades tradicionales” era demasiado amplio y debería definirse de manera más clara y precisa. La delegación dijo que la nación poseía su propio folclore “nacional”. Sin embargo, no se mencionaban las ECT “nacionales”. La delegación propuso modificar el párrafo i) para declarar que también tenía que protegerse el folclore “nacional” de los Estados.

Una delegación propuso que en la definición de beneficiarios se incluyeran los elementos siguientes: i) además de contar con las comunidades tradicionales/indígenas en calidad de partes que mantenían y desarrollaban las ECT/EF, los gobiernos también tenían que desempeñar una función a la hora de facilitar la protección de las ECT/EF en caso de que existieran otras comunidades que pudieran beneficiarse de su utilización; ii) en los casos en que no se pudiera identificar al titular de las ECT/EF, el beneficiario de la protección debería ser el gobierno, por ejemplo, el gobierno local, y las ECT/EF se utilizarían para fomentar los intereses de la comunidad; iii) el titular de las ECT/EF que reuniera los requisitos necesarios para beneficiarse de la protección debería ser el titular de las ECT/EF señalado por el gobierno local; iv) en cuanto a la contribución de los particulares al desarrollo de las ECT/EF, podría recompensarse por medio del sistema vigente de P.I.; v) el Estado podría desempeñar determinada función a la hora de facilitar la protección de la comunidad, función que podría ampliarse aún más en tanto que titular de los derechos únicamente si con ello se beneficiaran las comunidades.

Una delegación opinó que los titulares de derechos deberían ser cada uno de los grupos, familias, comunidades locales, tribus y naciones. Sin embargo, los titulares de derechos se consideraban en el marco de los derechos de la sociedad. A ese respecto, la legislación nacional era importante y no podía dejarse de lado. Deberían observarse en especial los derechos de las comunidades locales que eran los verdaderos propietarios, por lo que debería obtenerse su consentimiento.

Derecho consuetudinario

Una delegación dijo que sería difícil probar el derecho consuetudinario pertinente aplicable a las comunidades indígenas y propuso sustituir el término “y” por “o” en el párrafo i).

Un observador propuso que, en relación con el párrafo i), se suprimiera el requisito de que las comunidades probaran que se les había confiado la custodia, el cuidado y la salvaguardia de las ECT/EF de conformidad con sus leyes y prácticas consuetudinarias y que se aplicara la presunción de veracidad en favor de las comunidades indígenas que efectuaran tales afirmaciones en relación con las ECT/EF. El observador propuso volver a redactar el párrafo de manera que rezara como sigue: “en las que se confía la custodia, el cuidado y la salvaguardia de las ECT/EF”. Asimismo, dijo que debería suprimirse el final de la frase y que debería añadirse una nueva frase al final de la disposición, que rezara como sigue: “se da por

sentado que se ha confiado la custodia, el cuidado y la salvaguardia de las ECT/EF a los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales que reivindiquen la protección de esas ECT/EF”. Por otra parte, como mínimo, propuso que se efectúe el cambio siguiente: “en las que se confía la custodia, el cuidado y la salvaguardia de las ECT/EF de conformidad con sus leyes y prácticas consuetudinarias”. Asimismo, dijo que en Australia, los pueblos indígenas consideraban una falta de respeto el uso del término indígena a no ser que se utilizara con “I” mayúscula y que, por lo tanto, la palabra “indígena” debía figurar con “I” mayúscula en todo el texto. El observador dijo que esta grafía se hallaba en concordancia con la utilizada en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

← --- **Formatted:** Left

ARTÍCULO 3:

ACTOS DE APROPIACIÓN ~~Y USO INDEBIDOS~~ (ALCANCE DE LA PROTECCIÓN)

~~Deleted:~~ INDEBIDA

Expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore registradas o notificadas

~~Deleted:~~ de valor o importancia singulares

a) En relación con las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore que se han registrado o notificado, tal como se menciona en el Artículo 7, se adoptarán las medidas jurídicas y prácticas adecuadas y eficaces para garantizar que el pueblo o comunidad indígena, las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales pertinentes pueda impedir que tengan lugar, sin su consentimiento fundamentado previo, los siguientes actos:

~~Deleted:~~ de valor cultural o espiritual o importancia singulares para una comunidad, y

~~Deleted:~~ la comunidad pertinente

~~Deleted:~~ y libre

~~Deleted:~~

i) en relación con las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore distintas de las palabras, los signos, los nombres y los símbolos:

- la reproducción, publicación, adaptación, radiodifusión, interpretación o ejecución pública, comunicación al público, distribución, alquiler, puesta a disposición del público y fijación (incluida la fotografía estática) de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o las obras derivadas de las mismas;
- todo uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o adaptación de las mismas que no reconoce debidamente a los pueblos y comunidades indígenas y 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/expresiones del folclore, o atentado a las mismas hecha con objeto de causar demérito a las mismas o en perjuicio a la reputación o imagen de la comunidad, pueblos y comunidades indígenas o región a la cual pertenecen; y
- la adquisición o ejercicio de derechos de propiedad intelectual sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o adaptaciones de las mismas;

~~Deleted:~~ la comunidad

ii) en relación con las palabras, los signos, los nombres y los símbolos que son expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, todo uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o las obras derivadas de las mismas, o la adquisición o ejercicio de derechos de propiedad intelectual sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o las obras derivadas de las mismas, que desacredite u ofenda a los pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales en cuestión o sugiera una falsa conexión con ésta, o los desprestigie;

~~Deleted:~~ la comunidad

~~Deleted:~~ a la comunidad

iii toda fijación, representación, publicación, comunicación o utilización en cualquier forma de las expresiones culaturales tradicionales/expresiones de folclore en donde no se mencionala comunidad, pueblos o comunidades indígenas o región a la cual pertenecen.

~~Formatted:~~ Indent: First line: 2 cm

Otras expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore

b) En relación con el uso y la explotación de otras expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore no registradas o notificadas, tal como se menciona en el Artículo 7, se adoptarán medidas jurídicas y prácticas adecuadas y eficaces para garantizar que:

i) se reconozca a los pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales pertinentes, como la fuente de toda obra u otra producción adaptada de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore;

Deleted: la comunidad

Deleted: pertinente

ii) pueda impedirse o sancionarse por lo civil o lo penal toda deformación, mutilación u otra modificación de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, u otro atentado a las mismas;

iii) pueda impedirse o sancionarse por lo civil o lo penal toda indicación o aseveración falsa, engañosa o confusa que, en relación con los bienes o servicios que hagan referencia a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de los pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales; se valgan de ellas o las evoquen, sugiera la aprobación por tales pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales; o el vínculo con ellas; y

Deleted: una comunidad

Deleted: esa comunidad

Deleted: ella

iv) haya una remuneración equitativa o una participación en los beneficios con arreglo a las condiciones definidas por la autoridad nacional designada mencionada en el Artículo 4 en consulta con los pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales; pertinentes cuando el uso o la explotación se realice con ánimo de lucro; y

Deleted: el organismo

Deleted: mencionado

Deleted: la comunidad pertinente

Expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore secretas

c) Se adoptarán medidas jurídicas y prácticas adecuadas y eficaces para garantizar que los pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales; dispongan de los medios necesarios para impedir la divulgación no autorizada de expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore secretas, su consiguiente utilización y la adquisición y ejercicio de derechos de propiedad intelectual sobre las mismas.

Deleted: las comunidades

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 3]

OBSERVACIONES

ARTÍCULO 3: ACTOS DE APROPIACIÓN INDEBIDA (ALCANCE DE LA PROTECCIÓN)

Antecedentes

En este proyecto de artículo se aborda un elemento central de la protección, a saber, la apropiación indebida de las ECT/EF, contemplada en las disposiciones, y los derechos y otras medidas aplicables en cada caso.

Tal como han subrayado algunos participantes en el Comité, el artículo tiene por objeto proporcionar a las expresiones culturales y a los conocimientos formas de protección que no figuran actualmente en el marco del derecho de propiedad intelectual convencional en vigor. Estas disposiciones no menoscaban la protección ya concedida a las ECT/EF en virtud del derecho de propiedad intelectual actual. Sigue vigente la protección por propiedad intelectual convencional. Véanse las observaciones sobre el Artículo 2 (“Beneficiarios”) y sobre el Artículo 10 (“Relación con la propiedad intelectual y otras formas de protección y preservación”).

En la disposición propuesta se trata de abordar los tipos de usos y apropiaciones de las ECT/EF relacionados con la propiedad intelectual que con más frecuencia causan preocupación a las comunidades indígenas y locales y demás custodios y titulares de las ECT/EF, y que fueron identificados por éstos en consultas y misiones exploratorias anteriores (véase el párrafo 53 del documento WIPO/GRTKF/IC/7/3). Dicha disposición se basa en una toda una serie de enfoques y mecanismos jurídicos incluidos en distintas legislaciones regionales y nacionales (véanse los párrafos 54 a 56 del documento WIPO/GRTKF/IC/7/3).

Resumen del proyecto de disposición

En suma, en el proyecto de disposición se proponen tres “niveles” de protección, destinados a proporcionar una protección flexible que se adapta a las distintas formas de expresión cultural y a los diversos objetivos relacionados con su protección, reflejando así una combinación de derechos de remuneración exclusivos y equitativos y una mezcla de medidas jurídicas y prácticas:

a) en lo que respecta a las ECT/EF de valor cultural o espiritual singular para una comunidad, se propone el derecho al “consentimiento fundamentado previo y libre” (CFP), similar a un derecho exclusivo de propiedad intelectual, de modo que los tipos de actos normalmente contemplados por las legislaciones de propiedad intelectual, en particular el derecho de autor, los derechos conexos, las marcas, los dibujos y modelos, están sujetos al CFP de la comunidad pertinente.

i) Este nivel de protección está sujeto a la notificación o registro previo en un registro público, tal como se prevé en el Artículo 7 (véase más abajo). El registro o notificación es optativo únicamente y por decisión de las comunidades pertinentes. No es necesario registrar o notificar las ECT/EF secretas, ya que éstas están protegidas por separado de conformidad con el Artículo 3 c). La opción de registro se aplica únicamente a los casos en los que las comunidades deseen obtener protección, con consentimiento fundamentado previo y estricto, para las ECT/EF que ya son conocidas y están a disposición del público.

ii) El derecho al CFP otorga a una comunidad el derecho a impedir o autorizar, según las condiciones acordadas, en particular respecto de la participación en los beneficios, el uso de las ECT/EF. Como tal, el CFP es similar a un derecho exclusivo de propiedad intelectual que puede concederse bajo licencia aunque no resulte necesario. Estos derechos pueden utilizarse de manera positiva o, lo que es quizás más probable, de forma preventiva (para impedir todo uso y explotación de estas ECT/EF y adquisición de derechos de propiedad intelectual sobre las mismas).

iii) Se proponen formas de protección específicamente adaptadas a las palabras, los nombres, los símbolos y otras denominaciones. Estas formas de protección se basan en el Derecho de marcas y en medidas especiales ya establecidas a este respecto en la Comunidad Andina, Nueva Zelandia y los Estados Unidos de América.

iv) En relación con las interpretaciones o ejecuciones que se consideran ECT/EF (ECT/EF que son “expresiones corporales”: véase el Artículo 1), éstas también pueden registrarse o notificarse y, por consiguiente, obtener una protección firme, tal como se sugiere. Entre los derechos morales y patrimoniales propuestos figuran derechos inspirados en los tipos de derechos que ya se otorgan a otros artistas intérpretes o ejecutantes, en particular mediante el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT, 1996). Esta forma de protección no menoscaba la protección concedida en virtud del WPPT. Si estas interpretaciones o ejecuciones no estuvieran registradas o notificadas, podrían obtener protección de conformidad con los párrafos b) o c) que aparecen a continuación, según las circunstancias y los deseos de la comunidad.

b) Por lo que se refiere a las ECT/EF que no están registradas o notificadas, su utilización no está sujeta a la autorización previa, sino que la protección depende de *cómo* se utilizaban las ECT/EF. Estas ECT/EF pueden utilizarse, por ejemplo, como fuente de inspiración creativa sin necesidad de consentimiento previo o autorización, en apoyo a la creatividad y a la libertad artística, objetivo fundamental que muchos han afirmado. Sin embargo, se reglamenta la forma en que se utilizan las ECT/EF, basándose principalmente en derechos morales y en principios de competencia desleal, junto con la proposición de recursos del ámbito civil y penal, así como el pago de una remuneración equitativa o una participación equitativa en los beneficios, que han de ser definidos por la autoridad competente. Esta autoridad puede ser el mismo organismo mencionado en el Artículo 4, titulado “Gestión de los derechos”. Este enfoque es, quizás, similar al enfoque de la licencia obligatoria o la remuneración equitativa, plasmado en las legislaciones *sui generis* nacionales relativas a las ECT/EF⁸, así como en la legislación convencional sobre derecho de autor relativo a las obras musicales que ya están fijadas en grabaciones sonoras⁹.

c) Por último, en lo que respecta a las ECT/EF secretas, confidenciales o no divulgadas, en la disposición propuesta se trata de aclarar que la protección existente de la información confidencial o no divulgada abarca la materia relativa a las ECT, basándose también en la jurisprudencia a tales efectos¹⁰. En la Declaración de Mataatua, de 1993, se reconoce, entre otras cosas, que los “pueblos indígenas tienen derecho a proteger y controlar la difusión” de [sus] conocimientos¹¹.

⁸ Como el Acuerdo de Bangui, OAPI, tal como se revisó en 1999.

⁹ Artículo 13, Convenio de Berna (1971).

¹⁰ Foster contra Mountford (1976) 29 FLR 233.

¹¹ Artículo 2.1.

Flexibilidad en cuanto a los mecanismos jurídicos de aplicación

Las disposiciones son amplias e inclusivas, y tienen por objeto otorgar la flexibilidad necesaria a las autoridades regionales y nacionales y a las comunidades para que elijan unos mecanismos jurídicos concretos en el ámbito de aplicación regional o nacional.

Este punto puede ilustrarse con un ejemplo práctico. El principio propuesto en el que se establece que debe existir protección contra toda indicación falsa o engañosa que, en relación con el comercio de creaciones basadas en las tradiciones, sugiera la aprobación por una comunidad o el vínculo con ella (un ejemplo típico de ello es una artesanía vendida como “auténtica” o “indígena” sin serlo) puede aplicarse en la práctica en el ámbito nacional mediante *una o más* de las siguientes formas: i) el registro y la utilización de marcas de certificación por las comunidades de que se trate; ii) los recursos del ámbito civil o penal disponibles en el marco general de las prácticas comerciales y la legislación sobre etiquetado; iii) la sanción de legislación destinada específicamente a conferir esta forma de protección a las ECT/EF; iv) el registro y utilización de indicaciones geográficas; y/o v) las medidas de reparación previstas en el derecho común anglosajón para la “atribución engañosa” y las leyes para la eliminación de la competencia desleal.

Obras derivadas

Algunas cuestiones políticas y jurídicas fundamentales giran en torno al derecho de adaptación, el derecho a realizar obras derivadas y el establecimiento de excepciones y limitaciones apropiadas a este respecto.

En la disposición propuesta se sugiere el derecho de adaptación sobre las ECT/EF de valor cultural o espiritual singular, sujetas al registro o notificación previos. En relación con otras ECT/EF, no hay derecho de adaptación como tal ni prevención de la obtención de derechos de propiedad intelectual sobre la obra derivada de una ECT/EF por su creador. En ningún caso se impide la mera “inspiración”, como ocurre también en la legislación sobre el derecho de autor, en línea con la dicotomía idea/expresión¹². Sin embargo, se propone la reglamentación de la explotación de las obras derivadas de las ECT/EF, según el enfoque general previsto en la Ley Tipo del Pacífico, de 2002.

¹² Debatida en el documento WIPO/GRTKF/IC/6/3.

ARTÍCULO 4:

GESTIÓN DE LOS DERECHOS

a) Las autorizaciones previas para utilizar expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, cuando se soliciten con arreglo a estas disposiciones, deben obtenerse directamente de los pueblos y comunidades indígenas y cada uno de los grupos, familias, tribus, naciones, comunidades tradicionales y demás comunidades culturales o de los países, o de una autoridad nacional designada que actúe a petición del pueblo y comunidad indígena o de la comunidad tradicional y demás comunidades culturales; y en nombre de ellas. Cuando, dicha autoridad, conceda la autorización:

i) lo hará únicamente en consulta apropiada con el pueblo y comunidad indígena y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales pertinentes, de conformidad con sus procesos tradicionales de toma de decisiones y de gobierno;

ii) todo beneficio monetario o de otro tipo que recaude la autoridad nacional designada por el uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore debe ser directamente entregado por éste al pueblo y comunidad indígena y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales aplicables.

b) Por lo general, se debe encomendar a la autoridad nacional designada las tareas de concientización, educación, asesoramiento y orientación. Asimismo, la autoridad nacional designada debe:

i) cuando así lo solicite un pueblo y comunidad indígena y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, controlar el uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore con el fin de garantizar un uso leal y apropiado, tal como se prevé en el Artículo 3 b); y

ii) establecer la remuneración equitativa mencionada en el Artículo 3 b), en consulta con los pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales pertinentes.

Deleted: la comunidad

Deleted: interesada cuando la comunidad así lo desee

Deleted: un

Deleted: organismo

Deleted: de la comunidad

Deleted: (denominado en adelante "el Organismo").

Deleted: dicho Organismo

Deleted: se

Deleted: la comunidad

Deleted: pertinente

Deleted: el Organismo

Deleted: a la comunidad

Deleted: interesada

Deleted: al Organismo

Deleted: concientización

Deleted: el Organismo

Deleted: una comunidad,

Deleted: la comunidad

Deleted: pertinente

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 4]

OBSERVACIONES

ARTÍCULO 4: GESTIÓN DE LOS DERECHOS

Antecedentes

En esta disposición se aborda cómo y a quién se solicitan las autorizaciones para utilizar ECT/EF y otras cuestiones conexas. Lo dispuesto en este proyecto de artículo debe ser aplicable sin tener en cuenta si las comunidades o los organismos nombrados por el Estado son los titulares de derechos (véase el Artículo 2, titulado “Beneficiarios”, más arriba).

En las disposiciones en su conjunto se prevé el ejercicio de derechos por las comunidades pertinentes. Sin embargo, en los casos en los que las comunidades pertinentes no puedan o no deseen ejercer los derechos directamente, en este proyecto de artículo se propone la función que ha desempeñar el “Organismo”, que debe actuar siempre a petición de las comunidades pertinentes y en nombre de las mismas. La función de dicho “Organismo” es completamente optativa, y sólo es necesaria y apropiada si así lo desean las comunidades pertinentes.

Se prevé un organismo que desempeña estos tipos de funciones en las Disposiciones Tipo, de 1982, la Ley sobre los derechos de los pueblos indígenas de 1997, de Filipinas (“Ley de Filipinas”), el Marco Regional para el Pacífico, de 2002, así como en muchas legislaciones nacionales en las que se brinda una protección *sui generis* a las ECT/EF. Varios Estados miembros han expresado su apoyo a una “autoridad” en tales casos.

El organismo que se propone puede ser una oficina, autoridad o sociedad existentes, o también una organización u oficina regionales. Por ejemplo, la Organización Regional Africana de la Propiedad Industrial (ARIPO) y la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI) han señalado la función que podrían desempeñar las organizaciones regionales en relación con la protección de las ECT/EF y de los CC.TT. También pueden desempeñar una función las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor.

En esta disposición se trata de definir sólo algunos principios fundamentales que pueden ser aplicables. Es evidente que la elaboración de tales medidas dependerá en gran medida de factores nacionales y comunitarios: podrían perfeccionarse las opciones disponibles estableciendo disposiciones más detalladas a nivel nacional y comunitario. En legislaciones y modelos vigentes existen disposiciones detalladas que pueden servir de referencia.

ARTÍCULO 5:

EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

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

i) evitar que a los miembros de los pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales de que se trate se les impongan restricciones o impedimentos para usar, transmitir, intercambiar y desarrollar las ECT/EF dentro del contexto tradicional y consuetudinario, y con arreglo a las leyes y prácticas consuetudinarias;

Formatted: Font: 12 pt, Complex Script Font: 12 pt

Deleted: la comunidad

ii) abarcar únicamente la utilización de las ECT/EF que tengan lugar fuera del contexto tradicional o consuetudinario, ya sea con o sin ánimo de lucro; y

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

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

en cada caso, siempre que la utilización de las ECT/EF sea compatible con las prácticas leales, se reconoccan, a los pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales pertinentes como fuente de las ECT/EF cuando sea viable y posible, y tal utilización no sea ofensiva para tales pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, siempre y cuando las ECT/EF/no se deformen, mutilen o modifiquen para causar demérito a las mismas o perjuicio a la reputación de la comunidad, pueblos y comunidades indígenas o región a la cual pertenecen.

Deleted: ce

Deleted: la comunidad pertinente

Deleted: es

Deleted: esa **comunidad**

Formatted: Highlight

b) En las medidas de protección de las ECT/EF puede permitirse, de conformidad con las prácticas consuetudinarias y tradicionales, el uso ilimitado de las ECT/EF o de algunas de ellas en concreto por todos los miembros de una comunidad, incluidos todos los nacionales de un país.

Formatted: Highlight

Deleted: (pendiente para lineamientos de la DELEGAMEX. Se requiere realizar una serie de

Deleted: Realizar

Deleted: preguntas sobre este párrafo, particularmente en sus efectos y ámbito). No se llevará a cabo por el momento el envío a la Secretaría de las preguntas específicas toda vez que no se ha llegado a un consenso nacional sobre las implicaciones de éste párrafo. Se requiere que INDAUTOR, CONACULTA e INAH participen en las reuniones de forma que se pueda generar comentarios o modificaciones particulares. ¶

¶ Se acordó en la reunión Intersecretarial que algunas preguntas que se consideren pertinentes podrían ser realizadas durante la sesión del comité, ya sea de forma reactiva o propositiva. ¶

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 5]

OBSERVACIONES

ARTÍCULO 5: EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

Antecedentes

Muchas partes interesadas han puesto de relieve que toda protección de propiedad intelectual de las ECT debe estar sujeta a determinadas limitaciones para no protegerlas de forma demasiado rígida. Se ha sugerido que una protección demasiado estricta puede frenar la creatividad, la libertad artística y los intercambios culturales, al igual que puede ser inviable en su aplicación, control y observancia.

Además, en la protección de las ECT/EF no debe impedirse que las comunidades utilicen, intercambien y transmitan entre ellas expresiones de su patrimonio cultural de forma tradicional y consuetudinaria, desarrollándolas mediante recreación e imitación continuas, tal como se ha subrayado.

En la disposición propuesta se presentan algunas excepciones y limitaciones que han de ser estudiadas:

a) en el párrafo *a*) se aplican objetivos y principios rectores generales relativos a la no interferencia con el uso y desarrollo constantes de las ECT/EF por las comunidades y al apoyo de su uso y desarrollo, mientras que en el párrafo *b*) se afirma que estas disposiciones se aplican únicamente a usos *ex situ* de las ECT/EF, a saber, usos fuera del contexto consuetudinario o tradicional, ya sea con fines comerciales o no;

b) en el párrafo *c*) figuran excepciones basadas en las Disposiciones Tipo, de 1982, el Marco Regional para el Pacífico, de 2002, y las legislaciones sobre derecho de autor en general. Entre los comentarios más concretos, figuran los siguientes:

i) Las limitaciones y excepciones por fines educativos son comunes en las legislaciones sobre derecho de autor. Si bien éstas se limitan a veces a la enseñanza directa (como ocurre en el Marco Regional para el Pacífico, de 2002), también se han planteado para debatir limitaciones y excepciones especiales al derecho de autor y los derechos conexos para la enseñanza a distancia¹³. Se utiliza el término “enseñanza y aprendizaje” para los presentes fines.

ii) En algunas legislaciones nacionales sobre derecho de autor se permiten y se prevén, sólo con fines no comerciales de salvaguardia, archivos públicos y bibliotecas para hacer reproducciones de obras y expresiones del folclore y mantenerlas a disposición del público¹⁴. A este respecto, la OMPI está elaborando contratos apropiados, listas recapitulativas de propiedad intelectual y otras directrices y códigos de conducta para museos, archivos e inventarios de patrimonio cultural. Asimismo, se han planteado para debatir limitaciones concretas para bibliotecas y archivos en la legislación sobre derecho de autor en

¹³ Véase la Propuesta de Chile (SCCR/12/3) sobre el tema *Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos*, debatida en la duodécima sesión del Comité Permanente de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR), noviembre de 2004.

¹⁴ Un ejemplo es la Ley del Reino Unido de Derecho de Autor, Diseños Industriales y Patentes, de 1988, Anexo 2, párr. 14.1.

general¹⁵.

iii) Sin embargo, puede que no todas las excepciones típicas del derecho de autor sean apropiadas, ya que podrían menoscabar los intereses de la comunidad y los derechos consuetudinarios; por ejemplo, las excepciones a la utilización incidental, en las que se permite que una escultura u obra de artesanía artística expuesta con carácter permanente en un lugar público pueda ser reproducida en fotografías, dibujos y por otros medios sin autorización previa. Así pues, quedan excluidas las excepciones que resulten ofensivas.

¹⁵ Véase la Propuesta de Chile, más arriba.

ARTÍCULO 6:

DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN

La protección concedida a expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore durará mientras las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore satisfagan los criterios de la protección en virtud del Artículo 1 de estas disposiciones, y

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

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

iii) la protección concedida a las expresiones culturales tradicionales/expresiones de folclore contra toda deformación, mutilación u otra modificación o atentado a las mismas hecha con objeto de causar demérito a las mismas o en perjuicio a la reputación o imagen de la comunidad, pueblos y comunidades indígenas o región a la cual pertenecen durará indefinidamente.

Formatted: Indent: First line: 1 cm

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 6]

OBSERVACIONES

ARTÍCULO 6: DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN

Antecedentes

Muchos pueblos indígenas y comunidades tradicionales desean una protección indefinida para al menos algunos aspectos de las expresiones de sus culturas tradicionales. Las peticiones por una protección indefinida están estrechamente relacionadas con las peticiones por una protección retroactiva (véase más abajo el Artículo 9, titulado “Disposiciones transitorias”). Por otra parte, se suele considerar como esencial para el equilibrio en el sistema de propiedad intelectual que la duración de la protección no sea indefinida, de modo que las obras pasen a pertenecer en última instancia al “dominio público”.

En la disposición propuesta se pone un énfasis similar al de las marcas registradas en la utilización actual de las ECT, por lo que cuando la comunidad con una ECT característica deja de utilizar dicha ECT o deja de ser una entidad distinta (similar al abandono de una marca o a una marca que pasa a ser genérica), se acaba la protección de las ECT. Este enfoque se basa en la esencia misma de la materia protegida; cabe recordar que la esencia de las ECT/EF es que son características e identificativas de una comunidad (véase más arriba). Cuando la ECT deja de ser estas dos cosas, deja de ser por definición una ECT y, por consiguiente, se acaba la protección.

Además de este principio general, se elabora una disposición concreta para la duración de la protección en dos categorías, a saber, las ECT/EF que están registradas o notificadas y las ECT/EF que son secretas, no divulgadas o confidenciales.

ARTÍCULO 7:
FORMALIDADES

a) Como principio general, la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore no estará sujeta a ninguna formalidad. Las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore mencionadas en el Artículo 1 están protegidas desde el momento de su creación.

b) En las medidas de protección de determinadas expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore previstas en el Artículo 3 a), se debe exigir que dichas expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore sean notificadas o registradas ante una autoridad nacional designada por el pueblo y comunidad indígena y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales pertinentes, por la autoridad nacional designada, o por un tercero que actúa a petición de la comunidad y en nombre de ella.

i) En la medida en que dicho registro o notificación implique el registro u otra fijación de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de que se trate, todo derecho de propiedad intelectual sobre dicho registro o fijación debe conferirse o concederse al pueblo y comunidades indígenas o las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales pertinentes.

ii) La información sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore y las representaciones de las mismas que se hayan registrado o notificado deben hacerse accesibles al público al menos en la medida necesaria para brindar transparencia y seguridad a terceros en cuanto a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore que están protegidas y en beneficio de quién.

iii) Dicho registro o notificación es declaratorio y no crea derechos. Sin perjuicio de ello, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos que en ella consten, a no ser que se demuestre lo contrario. Ninguna inscripción como tal afecta a los derechos de terceros.

iv) La autoridad nacional designada que reciba dichos registros o notificaciones deberá resolver toda duda y colaborar para la solución de conflictos que se planteen en relación con los pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales, incluidas aquellas en más de un país, que deben tener derecho al registro o notificación o deben ser las beneficiarias de la protección, tal como se menciona en el Artículo 2, valiéndose para ello, en la medida de lo posible, de leyes, sistemas normativos y procesos consuetudinarios, mecanismos alternativos de solución de controversias y recursos culturales existentes, tales como los inventarios de patrimonio cultural.

- Deleted: de valor cultural o espiritual o importancia singulares
- Deleted: y para las que se solicita un nivel de protección, tal como se
- Deleted: prevé
- Deleted: con
- Deleted: oficina u organización
- Deleted: competentes
- Deleted: la comunidad
- Deleted: pertinente
- Deleted: o
- Deleted: el
- Deleted: Organismo
- Deleted: mencionada
- Deleted: mencionado
- Deleted: en el Artículo 4
- Deleted: a la comunidad pertinente
- Formatted: Highlight

- Deleted: oficina u organización
- Deleted: debe
- Deleted: o
- Deleted: conflictos
- Deleted: planteen
- Deleted: las comunidades
- Deleted:

Comentarios **México**, respecto del uso y adición del término "sistemas consuetudinarios" en el texto de negociación.

- Deleted: CDI

Sistemas normativos internos de los pueblos indígenas

Conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) los pueblos indígenas tienen derecho a aplicar sus sistemas normativos en la solución de sus conflictos internos, en el marco de la propia CPEUM, tal como lo establece en su artículo 2º:

“II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes”

La diversidad cultural de México se expresa, entre otras cosas, en las distintas formas de aplicar la justicia al interior de las comunidades indígenas, tanto en los procedimientos empleados como en las autoridades competentes para llevarlos a cabo. Sin embargo, existen principios generales que están presentes en la mayoría de las comunidades indígenas del país que conservan todavía formas propias de impartición de justicia. Dentro de ellos podemos señalar: la conciliación y reparación del daño; la equidad; la audiencia a las partes en conflicto y el bien supremo de la armonía comunitaria. A estos principios es necesario agregar la vocación de servicio, ya que los diversos cargos a través de los cuales se aplica la justicia no perciben remuneración alguna. Por otra parte, conviene señalar que se accede al puesto de muy diversas maneras, generalmente a través de lo que en algunas comunidades indígenas se conoce como *sistema de cargos*, siempre con el aval de la comunidad de la que se forma parte.

En el primer encuentro de jueces indígenas auspiciado por la CDI en octubre de 2006, los asistentes aportaron elementos para la definición de los sistemas normativos indígenas, que la teoría jurídica reconoce como sistemas normativos internos. Con base en dicho encuentro podemos establecer que:

“En cuanto a la impartición de justicia indígena, se entiende por sistema normativo indígena la estructura organizativa (instituciones y autoridades indígenas), los procedimientos, principios y lineamientos en los que se basan las comunidades indígenas para la impartición de justicia y la solución de conflictos...”¹⁶

“Hablamos de sistemas normativos porque así lo dice la Constitución, y estos sistemas normativos son todas las normas, todos los usos y costumbres que nosotros utilizamos para referirnos a todos los asuntos que tratamos, pero no nada más son los usos y costumbres, son también las instituciones, es decir, que las autoridades que hay en la comunidad forman parte de los usos y costumbres. Lo que en Oaxaca, por ejemplo, se llama sistema de cargos, es un sistema normativo”¹⁷

Pero los sistemas normativos internos son fundamentalmente conocimientos elaborados y preservados al interior de los propios pueblos y comunidades indígenas y transmitidos de generación en generación, generalmente de forma oral. Por lo anterior, los sistemas normativos indígenas son parte de la misma matriz cultural que la medicina tradicional, el arte y las artesanías, los mitos de creación, la relación de intercambio que se da entre las comunidades y con la naturaleza. En esa medida, los sistemas normativos internos son conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas de México.

Formatted: Spanish Mexico

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 7]

¹⁶ *Memoria del primer encuentro de jueces indígenas*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2006, p 6.

¹⁷ *op. cit.* p 32

OBSERVACIONES

ARTÍCULO 7: FORMALIDADES

Antecedentes

Se ha sugerido que la adquisición y el mantenimiento de la protección deberían ser viables en la práctica, especialmente desde el punto de vista de las comunidades tradicionales, y no generar cargas administrativas excesivas ni para los titulares de derechos ni para los administradores. Igualmente importante es la necesidad expresada por varias partes interesadas, tales como investigadores externos y otros usuarios de ECT/EF, de seguridad y transparencia en sus relaciones con las comunidades.

Una posibilidad clave es si se debe prever o no protección automática o algún tipo de registro específico:

a) una primera posibilidad consistiría en exigir alguna forma de registro, posiblemente sujeto a un examen formal o sustantivo. Un sistema de registro podría tener una función meramente declaratoria, en cuyo caso se utilizaría la prueba de registro para confirmar una reivindicación de titularidad, o generaría derechos. Alguna forma de registro ofrecería precisión, transparencia y seguridad respecto de las ECT que están protegidas y en beneficio de quién;

b) una segunda posibilidad sería exigir la protección automática sin necesidad de cumplir formalidades, para que la protección esté disponible a partir del momento en que se cree la ECT, de forma parecida al derecho de autor.

En la disposición propuesta se combinan ambos enfoques.

En primer lugar, en el párrafo a) se propone como principio general que deben protegerse las ECT/EF sin necesidad de cumplir formalidades, siguiendo los principios del derecho de autor y en un intento por facilitar todo lo posible el acceso a la protección.

En segundo lugar, se propone, en cambio, alguna forma de registro o notificación para las ECT/EF que, en virtud del Artículo 3 a), reciben la protección más sólida:

i) el registro o notificación es únicamente optativo, además de una cuestión que han de resolver las comunidades pertinentes. El registro o notificación no es, pues, obligatorio; la protección permanece disponible en virtud del Artículo 3 b) para las ECT/EF no registradas. No hay necesidad de registrar o notificar las ECT/EF secretas, ya que las ECT/EF secretas están protegidas por separado en virtud del Artículo 3 c). Esta opción de registro se aplica únicamente a los casos en los que las comunidades deseen obtener, con consentimiento fundamentado previo y estricto, protección para las ECT/EF que ya se conocen y que están a disposición del público;

ii) la disposición se basa en gran medida en los sistemas de registro del derecho de autor existentes, la Base de datos de emblemas de tribus nativas americanas de los Estados Unidos de América, la Ley de Panamá, de 2000, la Decisión 351 de la Comunidad Andina y la Ley del Perú, de 2002 (véase en general el documento WIPO/GRTKF/IC/7/3 y documentos anteriores para más información sobre estas leyes);

iii) una organización regional podría perfectamente administrar dicho sistema de registro o notificación. La ARIPO y la OAPI han puesto de relieve, por ejemplo, la función que desempeñan las organizaciones regionales en esta esfera. Si bien estas disposiciones podrían tener una aplicación inicial en el ámbito nacional, implicando así el uso de registros u otros sistemas de notificación nacionales, finalmente alguna forma de registro regional e internacional podría formar parte de posibles sistemas de protección regionales e internacionales. Dicho sistema internacional de notificación/registro podría basarse quizás en sistemas existentes, tales como el Artículo 6ter del Convenio de París o el sistema de registro previsto en el Artículo 5 del Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional, de 1958;

iv) se sugiere que la oficina u organización en la que se realicen dichos registros o notificaciones, y en la que se trate de resolver conflictos, no sea la misma que el Organismo mencionado en el Artículo 4;

v) queda claro que sólo es la comunidad que reivindica la protección de una ECT/EF particular la que puede registrar o notificar la ECT/EF, o en los casos en los que la comunidad no pueda hacerlo, lo hará el Organismo mencionado en el Artículo 4 que actúa a petición de la comunidad y por sus intereses;

vi) en lo que respecta a la solución de controversias entre comunidades, incluidas las comunidades de más de un país, en el proyecto de artículo se sugiere que la oficina u organización de registro se valga, en la medida de lo posible, de leyes y procesos consuetudinarios y mecanismos alternativos de solución de controversias. Todo esto se propone para lograr, en la medida de lo posible, los objetivos y principios relativos al derecho consuetudinario y a la prevención de conflictos entre comunidades. En cuanto al hecho de tener en cuenta los recursos culturales existentes, la oficina u organización también podría remitirse a inventarios, listas y recopilaciones de patrimonio cultural, como los creados en el marco de la Convención Internacional de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, de 2003. En líneas más generales, podría haber algunas posibilidades de desarrollar sinergias entre inventarios ya creados o que se están creando con el fin de preservar el patrimonio cultural (como están obligados a hacer los Estados contratantes de la citada Convención de la UNESCO) y el tipo de registros o sistemas de notificación que se proponen aquí. Es más, podrían elaborarse medidas para garantizar que los inventarios, listas y recopilaciones de patrimonio cultural consoliden, respalden y faciliten la aplicación de disposiciones *sui generis* para la protección de las ECT/EF (y de los CC.TT.)¹⁸. La OMPI está trabajando con partes interesadas pertinentes en el estudio minucioso de estas cuestiones;

vii) sin embargo, para que la disposición no sea demasiado normativa, otras cuestiones relativas a la aplicación podrían delegarse a las legislaciones regionales y nacionales. Las disposiciones habilitantes de leyes, reglamentos o medidas administrativas pueden brindar orientación en cuestiones tales como: a) la forma en que deben realizarse las solicitudes de notificación o registro; b) la medida en la que la oficina de registro examina las solicitudes y los fines con los que las examina; c) las medidas para garantizar que el registro o notificación de las ECT/EF sea accesible y asequible; d) el acceso público a la información relativa a las ECT/EF que se han registrado o notificado; e) los recursos contra el registro o notificación de las ECT/EF; f) la solución por la oficina de registro de controversias relativas

¹⁸ Véase la Reunión de Expertos de la UNESCO sobre cómo hacer inventario del patrimonio cultural inmaterial, 17 y 18 de marzo de 2005.

a la comunidad o comunidades que deben tener derecho a beneficiarse de la protección concedida a una ECT/EF, incluidas las reivindicaciones de comunidades de más de un país; y g) el efecto jurídico de la notificación o registro.

Registro, fijación y catalogación de las ECT/EF

En documentos y publicaciones anteriores, se ha hablado largo y tendido de la función de la catalogación, registro y fijación de las ECT/EF y su relación con la protección por propiedad intelectual.¹⁹ En resumen, en debates anteriores se han identificado algunas preocupaciones de propiedad intelectual en relación con las iniciativas de catalogación. Por ejemplo, el derecho de autor y los derechos conexos sobre la catalogación, registros y fijaciones casi nunca se otorgarían a las comunidades mismas, sino a aquellos que realicen la catalogación, registro o fijación. En segundo lugar, la catalogación y registro de las ECT/EF, particularmente si se ponen a disposición en formato digital, facilita su acceso y su disponibilidad, lo cual podría menoscabar los esfuerzos de las comunidades por protegerlas. Por estas razones, en el artículo propuesto se estipula que todo derecho de propiedad intelectual sobre los registros realizados específicamente con fines de registro debe otorgarse a las comunidades pertinentes. De hecho, la fijación en soporte material de ECT/EF que de otro modo no serían susceptibles de protección genera nuevos derechos de propiedad intelectual sobre la fijación y estos derechos de propiedad intelectual pueden utilizarse indirectamente para proteger las ECT/EF en sí mismas (se ha aplicado esta estrategia para proteger, por ejemplo, el arte rupestre antiguo).²⁰ Además, está claro que el registro y catalogación de las ECT/EF constituye un elemento valioso, si no fundamental, de los programas relativos a la salvaguardia del patrimonio cultural. La OMPI sigue desarrollando la labor relacionada con los aspectos e implicaciones de propiedad intelectual del registro y catalogación de las ECT/EF en colaboración con otras partes interesadas. En la Declaración de Mataatua sobre derechos culturales y de propiedad intelectual de los pueblos indígenas, de 1993, se insta a los pueblos indígenas, entre otras cosas, a “elaborar un código ético que habrán de cumplir los usuarios externos cuando registren (en soporte visual, sonoro o escrito) sus conocimientos tradicionales y consuetudinarios”.²¹

¹⁹ Véanse, por ejemplo, los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 y WIPO/GRTKF/IC/7/3.

²⁰ Véase, por ejemplo, Janke, ‘Unauthorized Reproduction of Rock Art’ en Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions, OMPI, 2003.

²¹ Artículo 1.3.

ARTÍCULO 8:

SANCIONES, RECURSOS Y EJERCICIO DE DERECHOS

a) Para los casos de quebrantamiento de la protección concedida a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, se deberán establecer mecanismos de observancia y solución de controversias, así como medidas en frontera, sanciones y recursos, incluidos los recursos del ámbito penal y civil, accesibles, apropiados y adecuados.

Deleted: deberían

b) La autoridad nacional designada mencionada en el Artículo 4 estará encargada, entre otras cosas, de asesorar y asistir a los pueblos y comunidades indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales en cuestiones relacionadas con la observancia de los derechos, y de iniciar procedimientos civiles, penales y administrativos en su nombre cuando resulte apropiado y cuando éstas lo soliciten.

Deleted: c

Deleted: El Organismo mencionado

Deleted: encargado

Deleted: las comunidades

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 8]

OBSERVACIONES

ARTÍCULO 8: SANCIONES, RECURSOS Y EJERCICIO DE DERECHOS

Antecedentes

Esta disposición guarda relación con las sanciones y recursos civiles y penales que se pondrían a disposición en caso de vulneración de los derechos.

En las comunidades y en otras instancias se ha señalado que los recursos previstos en la legislación vigente no siempre son apropiados para disuadir el uso ilegal de las obras protegidas por derecho de autor de los artistas indígenas, y no siempre prevén una compensación por daños y perjuicios equivalente al daño cultural y no económico ocasionado por la infracción. También se ha hecho referencia a la conveniencia de establecer mecanismos alternativos de solución de controversias en este ámbito.

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

ARTÍCULO 9:

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

a) Estas disposiciones se aplican a todas las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore que, en el momento de la entrada en vigor de las disposiciones, satisfagan los criterios previstos en el Artículo 1.

b) Todo acto que aún perdure de una expresión cultural tradicional/expresión del folclore, que haya comenzado antes de la entrada en vigor de estas disposiciones y que no estaría permitido o, si no, estaría reglamentado por las disposiciones, deberá ser puesto en conformidad con las disposiciones en un plazo razonable tras su entrada en vigor, y con sujeción a que se respeten los derechos adquiridos anteriormente por terceros.

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 9]

OBSERVACIONES

ARTÍCULO 9: DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Antecedentes

Esta disposición guarda relación con el hecho de si la protección debe funcionar de forma retroactiva o prospectiva, y en particular con la manera en la que deben abordarse los usos de las ECT/EF que aún perduren en el momento de la entrada en vigor de las disposiciones y que hayan comenzado legalmente antes de esa ocasión.

Como han subrayado muchos participantes en el Comité, esta cuestión tiene que ver directamente con la noción del “dominio público”. En documentos anteriores se ha señalado que “a fin de crear un marco de políticas apropiado para la protección de las ECT por P.I., es fundamental que exista un conocimiento más claro del papel, el perfil y las limitaciones del dominio público”²². Los participantes en el Comité han declarado que el dominio público no era un concepto reconocido por los pueblos indígenas y/o que, como nunca se habían protegido las expresiones del folclore propiamente dichas en el marco de la propiedad intelectual, no se podía decir que éstas hubieran pasado a pertenecer al “dominio público”. En palabras de las tribus Tulalip: “Esto explica que, por lo general, los pueblos indígenas hayan solicitado que se protejan los conocimientos que el sistema occidental considera que se hallan en el *dominio público*, ya que los pueblos indígenas consideran que estos conocimientos han sido, son y continuarán siendo reglamentados por el derecho consuetudinario. Las ECT no se encuentran en el *dominio público* debido a que los pueblos indígenas hayan omitido tomar las medidas necesarias para proteger los conocimientos en el sistema de propiedad intelectual occidental, sino a causa del fracaso de los gobiernos y los ciudadanos en reconocer y respetar el derecho consuetudinario que reglamenta su utilización”²³.

Varias opciones son evidentes en las legislaciones vigentes:

- i) la retroactividad de la ley, que significa que todas las utilizaciones anteriores, actuales y nuevas de las ECT estarán sujetas a la autorización prevista en la nueva norma o reglamento;
- ii) la no retroactividad, que significa que únicamente se aplicará la norma o el reglamento a las nuevas utilizaciones que no hayan comenzado antes de su entrada en vigor; y
- iii) una solución intermedia, en virtud de la cual las utilizaciones que estén sujetas a autorización conforme a la nueva norma o reglamento, pero hayan comenzado sin autorización antes de su entrada en vigor, deberán finalizar dentro de cierto plazo (si mientras tanto el interesado no obtiene la autorización correspondiente, tal como se exige).

En los sistemas y modelos *sui generis* vigentes ni se aborda la cuestión ni se prevé únicamente la función prospectiva. Sin embargo, en el Marco Regional para el Pacífico, de 2002, se opta en general por la solución intermedia descrita anteriormente.

²² Véanse, por ejemplo, el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3 y los documentos posteriores.

²³ Declaración en la quinta sesión del Comité, también disponible en <http://www.wipo.int/tk/en/igc/ngo/ngopapers.html>

Esta solución intermedia es el enfoque del proyecto de disposición. Se basa, en particular, en el Marco Regional para el Pacífico, de 2002, así como en el texto extraído del Artículo 18 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1971.

ARTÍCULO 10:

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

La protección concedida a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de conformidad con estas disposiciones no sustituirá (más bien complementará) a la protección aplicable a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore y a las obras derivadas de las mismas en virtud de otras disposiciones de propiedad intelectual, leyes y programas sobre salvaguardia, preservación y promoción del patrimonio cultural, y otras medidas jurídicas y no jurídicas disponibles para la protección y preservación de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore.

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 10]

OBSERVACIONES

ARTÍCULO 10: RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN POR PROPIEDAD INTELECTUAL Y OTRAS FORMAS DE PROTECCIÓN, PRESERVACIÓN Y PROMOCIÓN

Antecedentes

Relación con la legislación en materia de propiedad intelectual

Estas disposiciones tienen por objeto brindar a las ECT/EF formas de protección que no existen actualmente en el marco de la legislación vigente y convencional en materia de propiedad intelectual.

Se ha debatido anteriormente que toda protección especial concedida a las ECT/EF debería coincidir con la adquisición de protección por propiedad intelectual que también podría estar disponible en el marco de la legislación en materia de propiedad intelectual. En debates anteriores se había recordado que algunas de las necesidades y preocupaciones de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y otras comunidades culturales y sus miembros, si no todas, pueden ser atendidas mediante soluciones que ya existen en los sistemas vigentes de propiedad intelectual, en algunos casos, mediante la extensión o adaptación de esos sistemas. Por ejemplo:

- a) mediante la legislación sobre derecho de autor y diseños industriales pueden protegerse las adaptaciones y las interpretaciones o ejecuciones contemporáneas de material preexistente, aunque estén realizadas en un contexto tradicional;
- b) mediante el derecho de autor pueden protegerse las obras no publicadas de autor desconocido;
- c) el *droit de suite* (derecho de reventa) del derecho de autor permite a los autores de las obras de arte beneficiarse económicamente de las ventas sucesivas de sus obras;
- d) las interpretaciones o ejecuciones de “expresiones del folclore” pueden protegerse en virtud del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), de 1996;
- e) los signos, símbolos y otras marcas tradicionales pueden registrarse como marcas;
- f) los nombres geográficos y las denominaciones de origen tradicionales pueden ser registrados como indicaciones geográficas; y
- g) el carácter distintivo y la buena reputación asociada a algunos productos o servicios tradicionales pueden protegerse de la atribución engañosa mediante la legislación sobre competencia desleal y/o la utilización de marcas de certificación y marcas colectivas.

Relación con las medidas no relacionadas con la propiedad intelectual

También se ha debatido ampliamente que para lograr una protección amplia podrá ser necesario aplicar una serie de elementos del ámbito de la propiedad privada y ajenos a ella; ello incluye algunos que no guarden relación con la propiedad intelectual. Entre los enfoques ajenos a la propiedad intelectual que pueden resultar pertinentes y útiles, figuran las prácticas comerciales y las normas sobre comercialización; las leyes sobre el derecho a la intimidad y

el derecho a la imagen; las disposiciones sobre difamación; los contratos y licencias; los registros, inventarios y bases de datos del patrimonio cultural; las normas y protocolos consuetudinarios e indígenas; las leyes y programas sobre preservación y promoción del patrimonio cultural; y los programas de promoción y desarrollo de la artesanía. En particular, tal como han sugerido algunos participantes en el Comité, se podrían seguir estudiando las posibilidades de establecer sinergias entre la Convención Internacional de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, de 2003, y estas disposiciones.

Las disposiciones propuestas no están destinadas a sustituir la necesidad de tales medidas y programas no relacionados con la propiedad intelectual. Las medidas y enfoques relacionados con la propiedad intelectual y los ajenos a ésta no se excluyen mutuamente, sino que cada medida o enfoque, junto con los demás, desempeña una función en un enfoque amplio de la protección.

Las disposiciones tienen por objeto ser complementarias de las leyes y medidas para la preservación y salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial. En algunos casos, podrían emplearse las medidas, instituciones y programas de patrimonio cultural existentes en apoyo de estos principios, evitando así redoblar esfuerzos y recursos de forma innecesaria. Las modalidades y enfoques que se adopten dependerán también de la naturaleza de las ECT que se quieran proteger, y de los objetivos políticos que se procuren fomentar con la protección.

ARTÍCULO 11:

PROTECCIÓN REGIONAL E INTERNACIONAL

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

Deleted: habituales

Deleted:

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 11]

OBSERVACIONES

ARTÍCULO 11: PROTECCIÓN REGIONAL E INTERNACIONAL

Antecedentes

Esta disposición guarda relación con la cuestión técnica de cómo los derechos e intereses de los titulares extranjeros de derechos sobre ECT/EF estarían reconocidos en las legislaciones nacionales. En otras palabras, la cuestión sería en qué condiciones y circunstancias los titulares extranjeros de derechos tendrían acceso a los sistemas nacionales de protección, y qué nivel de protección estaría disponible en beneficio de los titulares extranjeros de derechos. Esta cuestión se debate más ampliamente en el documento correlativo WIPO/GRTKF/IC/8/6. A los efectos del análisis actual, y *simplemente como punto de partida para el debate*, se incluye como base para el estudio y análisis una disposición basada, por lo general, en el trato nacional, tal como se contempla en el Artículo 5 del Convenio de Berna.

En líneas generales, pero en ningún caso de forma exclusiva, la cuestión de cómo los derechos e intereses de los titulares extranjeros de derechos sobre ECT/EF estarían reconocidos en las legislaciones nacionales ha sido resuelta en propiedad intelectual mediante la referencia al principio de “trato nacional”, si bien este principio puede estar sujeto a algunas excepciones y limitaciones importantes. El trato nacional puede definirse como la concesión de la misma protección a los titulares extranjeros de derechos que a los titulares autóctonos, o *al menos* la misma forma de protección. Por ejemplo:

a) En el Convenio de Berna (Artículo 5) se dispone que “1) los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio”, y que “la protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional. Sin embargo, aun cuando el autor no sea nacional del país de origen de la obra protegida por el presente Convenio, tendrá en ese país los mismos derechos que los autores nacionales”;

b) En la Convención de Roma, de 1961, por lo que se refiere a los artistas intérpretes o ejecutantes, se dispone lo siguiente: “A los efectos de la presente Convención se entenderá por « mismo trato que a los nacionales » el que conceda el Estado Contratante en que se pida la protección, en virtud de su derecho interno: a) a los artistas intérpretes o ejecutantes que sean nacionales de dicho Estado, con respecto a las interpretaciones o ejecuciones realizadas, fijadas por primera vez o radiodifundidas en su territorio;... El « mismo trato que a los nacionales » estará sujeto a la protección expresamente concedida y a las limitaciones concretamente previstas en la presente Convención” (Artículo 2); y

c) En el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), de 1996, se estipula lo siguiente: “Cada Parte Contratante concederá a los nacionales de otras Partes Contratantes, tal como se definió en el Artículo 3.2), el trato que concede a sus propios nacionales respecto de los derechos exclusivos concedidos específicamente en el presente Tratado, y del derecho a una remuneración equitativa previsto en el Artículo 15 del presente Tratado”.

En lugar del trato nacional o en lugar de complementarlo, se han utilizado otros mecanismos jurídicos internacionales para reconocer los derechos de propiedad intelectual de los nacionales de cualquier país. En virtud del principio de “reciprocidad” (o reconocimiento recíproco), un país concederá protección a los nacionales de otro país si este segundo país concede a su vez protección a los nacionales del primero; tanto la duración como las características de la protección quedan también determinadas por el mismo principio. De acuerdo con un enfoque de “reconocimiento mutuo”, un derecho reconocido en un país será reconocido en otro país en virtud de un acuerdo alcanzado entre ambos países. Otro mecanismo conexo para facilitar el acceso a un sistema nacional es la “asimilación” a una nacionalidad que cumpla las condiciones pertinentes en virtud de la residencia. Por ejemplo, en el Convenio de Berna (Artículo 3.2)) se dispone que los autores no nacionales de alguno de los países de la Unión [de Berna], pero que tengan su residencia habitual en alguno de ellos están asimilados a los nacionales de dicho país en lo que se refiere a la aplicación del Convenio.

Asimismo, puede aplicarse al reconocimiento de los derechos de titulares extranjeros el principio de la “nación más favorecida”. En el Acuerdo sobre los ADPIC se dispone (salvo excepciones) que: “Con respecto a la protección de la propiedad intelectual, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un Miembro [de la OMC] a los nacionales de cualquier otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás Miembros”.

Si bien el enfoque de trato nacional, a la luz de la experiencia precedente y anterior en el ámbito de la propiedad intelectual, parecería ser un punto de partida apropiado, de la naturaleza misma de las ECT/EF, y de las formas de protección *sui generis* que exigen muchos participantes en el Comité, se deduce que el trato nacional debe ser complementado por determinadas excepciones y limitaciones u otros principios, tales como el reconocimiento mutuo, la reciprocidad y la asimilación, especialmente cuando esto guarda relación con la condición jurídica y las leyes consuetudinarias de los beneficiarios de la protección. Por ejemplo, en el Artículo 2 de las disposiciones propuestas más arriba se estipula que los beneficiarios de la protección son las comunidades en las que “se confía la custodia, el cuidado y la salvaguardia de las ECT/EF de conformidad con las leyes y prácticas consuetudinarias de esas comunidades”. Desde el concepto de trato nacional en sentido estricto, un tribunal extranjero en el país de la protección recurriría a las propias leyes del país en cuestión, incluidas sus propias leyes consuetudinarias, para determinar si una comunidad extranjera se considera como beneficiaria. Puede que esto no aborde satisfactoriamente la situación desde el punto de vista de la comunidad que, con toda razón, pediría que se aplicaran sus propias leyes consuetudinarias. En virtud de los principios de reconocimiento mutuo y asimilación, un tribunal extranjero en el país de la protección podría aceptar que una comunidad del país de origen de las ECT/EF tiene capacidad jurídica para emprender acciones en el país A como beneficiaria de la protección porque tiene dicha capacidad jurídica en el país de origen. Así pues, si bien el trato nacional puede resultar apropiado como regla general, es posible que el reconocimiento mutuo, por ejemplo, sea el principio adecuado para abordar cuestiones como la capacidad jurídica.

Sin embargo, la protección de los titulares extranjeros de derechos sobre las ECT/EF es una cuestión compleja, tal como han señalado los participantes en el Comité. La Delegación de Egipto, por ejemplo, declaró en la séptima sesión lo siguiente: “... las ECT/EF solían formar parte del patrimonio cultural compartido de los países. Su protección regional e internacional era, pues, una cuestión compleja y, por ello, era necesario ser muy prudentes. Los países tendrán que celebrar consultas entre sí antes de adoptar cualquier medida jurídica a

este respecto”²⁴. Marruecos, por su parte, subrayó la necesidad de “celebrar consultas más amplias que impliquen a todas las partes interesadas antes de crear mecanismos jurídicos de protección”²⁵. Dada esta complejidad, en los debates del Comité se ha facilitado, pues, algo de orientación concreta sobre esta cuestión técnica, ya que en las legislaciones nacionales *sui generis* vigentes en materia de ECT o bien no se protege en absoluto a los titulares extranjeros de derechos, o bien figura una combinación de enfoques.

Por consiguiente, a los efectos del análisis actual, se propone como base para el estudio y análisis una disposición basada, por lo general, en el trato nacional, tal como se contempla en el Artículo 5 del Convenio de Berna.

En nuevos proyectos de estas disposiciones se podría, según los deseos del Comité, estudiar más a fondo los tipos de disposiciones técnicas contemplados en instrumentos internacionales, tales como las disposiciones relativas a los criterios de vinculación, la asimilación, la protección en el país de origen y la protección independiente. En esos nuevos proyectos también se podría seguir abordando la cuestión del “folclore regional” y la relación práctica entre la dimensión internacional y el registro/notificación propuesto de las ECT/EF (véanse los Artículos 3 a) y 7 más arriba). Como se ha declarado en las observaciones sobre esos artículos, éstos hacen referencia a los registros nacionales, pero con el tiempo podría preverse alguna forma de registros regionales y/o internacionales, basándose, por ejemplo, en el Artículo 6ter del Convenio de París o en el sistema de registro previsto en el Artículo 5 del Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional, de 1958.

[Fin del Anexo y del documento]

²⁴ Documento WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., párr. 69.

²⁵ Documento WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., párr. 85.

Written comment from Norway regarding article 1, TCE

Norway would like to submit a brief comment regarding article 1 and the subject matter of protection: Norway would like to join those delegations that have commented on the relationship of these new rights with conventional copyright law. The present article and document needs to address this boundary more clearly: in order to avoid confusion and unintended overlap with copyright and related rights under existing legal instruments.

This delegation has consistently voiced the need for a clearer concept of what actual acts will constitute misappropriation and misuse. We therefore support those delegations that have commented on this article and the public domain. In our opinion; the instrument that we are creating needs to be effective, and to obtain this it is necessary with a clear demarcation between the object of a sui generis protection and the public domain.

An extensive and rich public domain is a guarantee for the appearance of new voices, cultural innovation and cultural diversity. We need to ensure this also in a new instrument, regardless of its legal status.

Comments of the Republic of Korea on
Document GRTKF/IC/16/4 Prov.

The Republic of Korea would like to present its comments on Section III. Substantive Provisions of the document WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov. as follows:

- Regarding Article 1(Subject Matter of Protection)
 - It is necessary to clearly state the concept of the term, “traditional” in paragraph(a)
 - The main purpose of protecting traditional cultural expressions(TCEs) is to provide protection for those TCEs that have ample value to be protected but does not fall under the scope of protection of the conventional copyright protection regime. However, ‘cultural expressions’ from paragraph(a) is generally considered to be the subject of protection under the existing copyright regime. Therefore, the core concept that is applicable in deciding of the subject matter of protection of TCEs should be the term “traditional”
 - Having said that, subparagraph(iv)(bb) under paragraph(a), which seems to specify the meaning of “traditional”, mentions “cultural and social identity” and “cultural heritage” that is a factor that can be granted with subjective criteria of certain communities and that is a too broad concept, respectively. In this regard, the term “traditional” is not clearly defined here.

- Regarding Article 2(Beneficiaries)
 - The provisions under this Article does not fully address the issue of the legitimate beneficiaries of TCEs protection.
 - If several different communities that are sharing the same or similar TCEs,

those TCEs are highly likely to have similar features.

- In this case, it would be difficult for potential users to find the legitimate beneficiaries or right holders of the TCEs they wish to use¹.

□ Regarding Article 7(Formalities)

- Requiring no formalities in protecting TCEs is inappropriate when considering the characteristics of TCEs.
 - It is difficult to specify the time of original creation of a TCE.
 - It is also difficult to specify the time when the TCE is recognized or authorized as a TCE.
 - There will be a gap between the point of time when TCE was originally created and when the TCE was authorized as a TCE. This gap will entail the issue of retroactive protection of the TCE.
- In This regard, protecting a TCE from the time of its original creation by requiring no formalities in protection is highly likely to cause confusion to both right holders and users of TCEs.

¹ Article 7(b) provides that, in case of TCEs requiring registration or report process, the relevant TCE registration office shall be the entity to resolve disputes over the legitimate beneficiaries. However, appointing TCE registration offices as the dispute resolution bodies without giving clear scope of beneficiaries may impose too much burden on those offices. Also, this document does not address the situation when a dispute arises regarding a TCE not requiring registration or report process.

SWITZERLAND

Please find below the comments of Switzerland on the draft documents WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov., WIPO/GRTKF/IC/16/5 Prov., and WIPO/GRTKF/IC/16/6 Prov. We apologize for the delay in submitting these comments and any inconveniences this may have caused.

* Comments on WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov. (TCEs):

* General comments:

* As repeatedly stated, Switzerland holds the view that all three substantive issues - GR, TK and TCEs - should be treated on an equal footing. Accordingly, all three issues should be dealt with at each session of the IGC and be allotted comparable attention and time.

* We recall our statements at previous IGC sessions on document IC/9/4, in particular the statements made at IGC-15.

* The renewed mandate refers to document IC/9/4 in its entirety. As we have stated previously, we consider agreement on basic issues such as in particular policy objectives and terminology a prerequisite for successful and meaningful work on substantive provisions. We therefore expect that the IGC will, in addition to Part 3, also discuss Parts 1 and 2 of the Annex to document IC/9/4 in the further course of its negotiations on an international legal instrument or instruments.

* The renewed mandate states that "[t]he Committee will [...] continue its work and undertake text-based negotiations with the objective of reaching agreement on a text of an international legal instrument (or instruments) which will ensure the effective protection of GRs, TK and TCEs." Switzerland wishes to clarify that the absence of square brackets in the revised document WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov. does not mean that there is consensus in the IGC on any parts of the text, including text not in brackets. Accordingly, the document remains open for discussion in its entirety.

* With regard to the subheading "Definition of TCEs" (see Annex, p. 14), we suggest to add the following text: "A delegation noted that it considered the establishment of a working definition of "TCEs" to be one of the prerequisites of a substantial discussion. The definition of "TCEs" as contained in Article 1 constituted a good working definition. The IGC could and should revisit this definition during the course of its negotiations to amend or modify the definition if necessary. The delegation highlighted that the definition of "TCEs" should encompass all TCEs, that was, TCEs from developing countries and developed countries."

* In the context of terminology, we moreover wish to highlight that the IGC should take into account existing relevant international terminology, including the definition of "intangible cultural heritage" of the UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage.

* With regard to the subheading "Meaning of community" (see Annex, p. 13), we suggest to add the following text: "A delegation suggested that the term "community" should be understood in the same broad and inclusive sense as the term "communities" as described in footnote 23 of the Annex of document IC/9/4."

* On p. 13, we suggest to include a new subheading "Structure of Article 1" and to add the following text: "One delegation sought to have clarification from the Secretariat

on the structure of Article 1. The delegation asked whether its understanding was correct that all conditions stated in small letters (aa) to (cc) apply to all forms of TCEs described in roman numbers (i) to (iv). If this understanding was correct, the delegation suggested to structure the text accordingly in order to avoid ambiguities. The Secretariat later confirmed the understanding as correct."

* Comments on WIPO/GRTKF/IC/16/5 Prov. (TK):

General comments:

* As repeatedly stated, Switzerland holds the view that all three substantive issues - GR, TK and TCEs - should be treated on an equal footing. Accordingly, all three issues should be dealt with at each session of the IGC and be allotted comparable attention and time.

* We recall our statements at previous IGC sessions on document IC/9/5, in particular the statements made at IGC-15.

* The renewed mandate refers to document IC/9/5 in its entirety. As we have stated previously, we consider agreement on basic issues such as policy objectives and terminology a prerequisite for successful and meaningful work on substantive provisions. We therefore expect that the IGC will, in addition to Part 3, also discuss Parts 1 and 2 of the Annex to document IC/9/5 in the further course of its negotiations on an international legal instrument or instruments.

* The renewed mandate states that "[t]he Committee will [...] continue its work and undertake text-based negotiations with the objective of reaching agreement on a text of an international legal instrument (or instruments) which will ensure the effective protection of GRs, TK and TCEs." Switzerland wishes to clarify that the absence of square brackets in the revised document WIPO/GRTKF/IC/16/5 Prov. does not mean that there is consensus in the IGC on any parts of the text, including text not in brackets. Accordingly, the document remains open for discussion in its entirety.

* Comments on WIPO/GRTKF/IC/16/6 Prov. (Genetic Resources):

* General comments:

* As repeatedly stated, Switzerland holds the view that all three substantive issues - GR, TK and TCEs - should be treated on an equal footing. Accordingly, all three issues should be dealt with at each session of the IGC and be allotted comparable attention and time.

* We recall our statements at previous IGC sessions on document IC/11/8(a), in particular the statements made at IGC-15.

* In the context of the "General Commentary on Cluster B" (see Annex 1, pp. 10-13), we recall the proposals on the disclosure of the source of genetic resources and traditional knowledge presented by Switzerland and the several communications it submitted in this regard to WIPO. Apart from footnote 12, however, these proposals and communications are not reflected in this part of the revised document. To more fully reflect these proposals and also to better balance the information given concerning the various proposals and positions expressed in WIPO, we suggest to add the following text:

"In 2003, Switzerland submitted proposals for an amendment of the PCT-Regulations, which would explicitly enable the national legislator to require patent applicants to disclose the source of genetic resources and/or traditional knowledge. The concept of "source" should be understood in its broadest sense possible. This is because according to the relevant international instruments, in particular the CBD, a multitude of entities may be involved in access and benefit sharing. In order for the disclosure requirement to apply, the invention is to be directly based on the genetic resource or traditional knowledge. If patent applicants have no information at hand about the source, they would have to declare that the source is unknown to them or the inventor. In case an international patent application does not contain the required declaration, national law may foresee that in the national phase the application is not processed any further until the required declaration is furnished. If it is discovered after the granting of a patent that the applicant failed to declare the source or submitted false information, this may not be ground for revocation or invalidation of the granted patent; however, other sanctions provided for in national law, including criminal sanctions such as fines, may be imposed. Moreover, Switzerland invited WIPO, in close collaboration with the CBD, to establish an online-list of government agencies competent to receive information about the declaration of source. The office receiving a patent application containing such a declaration would inform the listed government agency about the respective declaration."

Assuming that paragraphs 11 to 15 follow a timeline of events, we suggest to add this text as new para. 13bis, since the first communication by Switzerland to the IGC was submitted in 2004.

* In paragraph 12 (8th line) we suggest to amend the text as follows: "A Two formal proposals has have already been tabled in the Committee WIPO, one for a mandatory disclosure requirement, the other one explicitly enabling the Contracting Parties of the PCT to introduce such a requirement."

* On page 14 of the Annex, in Chapter "National experiences on disclosure," we suggest to amend the second paragraph concerning Switzerland as follows: "Switzerland has introduced such a mandatory disclosure requirement concerning genetic resources and traditional knowledge at the national level." Additionally, we suggest including a new footnote at the end of this paragraph referring to the communication Switzerland submitted in February 2010 on its provisions on the disclosure requirement at the national level.



Republic of Zambia
PATENTS AND COMPANIES REGISTRATION OFFICE
(PACRO)

**Inter-Governmental Committee on Traditional Knowledge,
Traditional Cultural Expressions and Genetic Resources**

Geneva, May 3rd to 7th, 2010

**Brief on Zambia's Position on Draft Instruments to Protect
Traditional Knowledge, Traditional Cultural Expressions and
Genetic Resources**

May 2010

1.0.0. Introduction and Background

The 16th Inter-Governmental Committee on Traditional Knowledge, Traditional Cultural Expressions and Genetic Resources (**‘the Committee’ or ‘the IGC’**) takes place in Geneva, Switzerland, from 3rd to 7th May, 2010. The Session builds on previous work, particularly on progress made in the last Session (the 15th Session). Since its inception in 2000, the IGC has been searching for means of protecting traditional knowledge (TK), traditional cultural expressions (TCEs) and Genetic Resources (GR) but without success¹.

African and other developing countries have advocated for a legally binding instrument while European, the US and other developed countries including Japan and South Korea, have argued for non-legally binding instruments such as a political declaration. They have also called for further elaboration of the subject matter of protection, among others. Several studies have since been undertaken by the WIPO Secretariat to, *inter alia*, gather relevant facts including gaps existing in the international regime for the protection of TK, TCEs and GR. The suitability of protecting these resources through the conventional IP system has also been examined.

At the 14th Session, the Committee reached a deadlock following rejection by the West of an African proposal for text based negotiations and for inter-sessional meetings of experts to review findings of studies and develop therefrom an instrument(s) for consideration by the Committee. The 2009 WIPO General Assembly intervened and extended the Committee’s mandate. It mandated the Committee to commence text based negotiations leading to an international legal instrument or instruments for the protection of TK, TCEs and GR. The Committee subsequently met (**‘the 15th Session’**) from 7th to 11th December 2009 during which it considered documents WIPO/GRTKF/IC/9/4 (on

¹ According to the WIPO –UNEP Study on the ‘Role of Intellectual Property in the Sharing of Benefits arising from the use of Biological Resources and Associated Traditional Knowledge’, at page 18, the WIPO General Assembly constituted the IGC in the following terms: ‘The Inter-Governmental Committee would constitute a forum in which discussions could proceed among member states on the three primary themes which they identified during the consultations: intellectual property issues that arise in the context of: (i) access to genetic resources and benefit sharing; (ii) protection of traditional knowledge, whether or not associated with those resources ; and (iii) the protection of expression of folklore’.

traditional cultural expressions), WIPO/GRTKF/IC/9/5 (on traditional knowledge) and WIPO/GRTKF/IC/11/8(a) (on genetic resources). The Session directed the Secretariat to circulate revised copies of these documents by the end of January 2010 and invited Member States to submit comments by the end of February, 2010. These documents were circulated on 15th January 2010.

Comments from Member States were incorporated in the revised documents WIPO GRTKF/IC/16/4 (TCEs), WIPO/GRTKF/IC/16/5 (TK) and WIPO/GRTKF/IC/16/6 (GR). These documents have since been posted on the WIPO website and will constitute the basis for text based negotiations at the 16th Session.

2.0.0. Guiding Principles for Zambia's Engagement in the Negotiations

Zambia's engagement in the negotiations will principally be informed by its draft law on TK, TCEs and GR, the National IP Policy and other relevant documents. To this end, the country will endeavor that:

- 2.1 Documents WIPO GRTKF/IC/16/4 (TCEs), WIPO/GRTKF/IC/16/5 (TK) and WIPO/GRTKF/IC/16/6 (GR) remain the basis for the negotiations but while being open to any additional documents that add value as long as confusion and delay are not introduced in the process;
- 2.2 The instruments arising from the negotiations set minimum standards and obligate Member States to adopt such standards. Essentially, they should be 'binding'. The exact means through which protection is to be provided may nonetheless be determined at the national level as is the case under the TRIPs Agreement.
- 2.3 Minimum standards should include disclosure of the source and country of origin of the biological or genetic resource used in the inventions as well as the related traditional knowledge; evidence of prior informed consent by holders or competent authorities; and evidence of fair and equitable sharing.

- 2.4 Further, the instrument (s) should be forward looking and crafted in a manner that is clear, concise, unambiguous, self interpreting and to the extent possible, ‘self contained’. It should equally reflect the cultural and legal diversity of the Member States.
- 2.5 The three (3) substantive matters should be afforded equal priority. However, given that more progress has been made on TK and TCEs in comparison with GRs, the former could be given preference.
- 2.6 Over all, the process itself must be transparent and treat all Member States equally.

3.0.0. Zambia’s Positions on the Draft Texts for Negotiations

3.1 Document WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov on Traditional Cultural Expressions

3.1.1 Objectives of protection

The objectives fairly reflect what the essence of protection should be. With regard to the value of traditional cultural expressions, however, over and above those listed, TCEs also have value in relation to matters of morality or ‘morals’ as well as ‘public order’ or maintenance of communal harmony. Further, regarding prevention of misappropriation, ‘positive rights’ – i.e. rights not only to prevent misappropriation but also to utilise these resources may need to be more pronounced.

3.1.2 Guiding Principles

Whereas Zambia, in principle, shares the view that protection of TCEs should be respectful and consistent with international and regional instruments and without prejudice to specific rights and obligations already established under binding legal instruments, there may be need for clarity regarding what happens where it is in fact a particular international instrument (s) that fetters effective protection. A case in point is the TRIPs Agreement which some allege to be at variance with the

CBD in so far as it does not require disclosure of source of GR and related TK and thus allegedly failing to protect genetic resources.

With regard to the principle of ‘flexibility and comprehensiveness’ in so far as it makes way for a possibility of a multiplicity of legal mechanisms, multiplicity of instruments by its very nature raises questions about which instrument (s) takes priority. How is such a potential rivalry to be resolved?

3.1.3. Article 1 - Subject Matter of Protection

This provision is generally consistent with our draft law - the only departure being largely in terminology. Our draft law employs the terminology ‘..movement such as dances...’ whereas the WIPO document reads ‘expressions of action such as dances...’

Similarly, in relation to sub-article “(aa)”, our draft law adds ‘...creative and cumulative intellectual activity..’ With regard to (b), whereas the logical and probably feasible option may be to leave it to Members States to choose the terminology to denote the protected subject matter, safeguards may be needed to ensure terminology employed does not water-down the protected subject matter. Some minimum standards may therefore be necessary. Further, the role of the country from which the resources are, if any, in deciding the terminology to be employed, needs further articulation.

3.1.4. Article 2 - Beneficiaries

Individuals could also be beneficiaries in their own right.

3.1.5 Article 3 – Acts of Misappropriation (Scope of Protection)

Under sub-article (a)(i), bullet point 3, to accommodate any unforeseeable acts of misappropriations, we would suggest adding thus ‘...*or any action that may be prejudicial to the expressions, that would offend against or would damage the reputation, customary values or cultural identity or integrity of the community*’.

Further, as this Article is followed by one on ‘Management of Rights’, we expected it to spell out the rights whose management would be prescribed in the Article following. On the contrary, this Article does not prescribe the rights except perhaps to the extent that it spells out what acts holders can prevent. With the foregoing in mind, we would suggest broadening the scope of rights to include positive rights. Whereas this is probably implied in bullet point 2 under (a)(i), these rights may include the right of holders to be recognized as the source of expressions utilized in the creation of any work or inspired by them. One negative right which would nonetheless seem to have been omitted is the right to prevent unauthorized disclosure and subsequent use of secret expressions of folklore.

3.1.6 Article 4 – Management of Rights

As above observed, this Article ought to be preceded by one spelling out the rights. Otherwise, there is nothing controversial in the rights save perhaps to emphasize that protection will not be subject to formalities e.g. conditional upon registration. This, though, would seem to have been fairly covered in Article 7.

3.1.7 Article 5 – Exceptions and Limitations

Sub-article (a)(iii), bullet point 6, could be qualified to read ‘non-public’ archive. Further, as the proviso thereunder seems to provide for a three-step-test, it may be better to include the elements of the said test. Over and above this, the overriding principle should be that none of the exceptions should be prejudicial to nor adversely affect the interests of the community concerned.

3.1.8 Article 6 – Term of Protection

This is fairly in line with our draft law.

3.1.9 Article 7 – Formalities

This Article also fairly reflects our draft law save in so far as it presupposes that TCEs will always be held by a community. Point (b) (i), for instance, does not envisage an assignment to an entity other than a community.

3.1.10 Article 8 – Sanctions, Remedies and Exercise of Rights

The sanctions are quite adequate. There may be need, however, to frame the Article in a manner that demonstrates that these are minimum standards and obligatory. With regard to the role of the Agency under sub-article (b), such an Agency may also be mandated to resolve disputes among communities. In so doing, it could apply customary laws, local information sources and extra judicial means in settling disputes.

3.1.11 Article 9 – Transitional Measures

No comment.

3.1.12 Article 10 – Relationship with Intellectual Property Protection and Other forms of Protection, Preservation and Promotion

There is nothing controversial in the Article.

3.2 Document WIPO/GRTKF/IC/16/5 Prov. on Traditional Knowledge

3.2.1. Objectives

As for TCEs, the value of traditional Knowledge (TK) should include its value in relation to ‘moral’ and ‘public order’. Further, there may be need for clarity on what constitutes ‘knowledge systems’ under ‘Promote Respect’. Similarly, the ‘interests’ under ‘Promote conservation and preservation of traditional knowledge’ should include ‘commercial interests’.

3.2.2. General Guiding Principles

Principles of disclosure and prior informed consent could equally stand out on their own.

3.2.3. Article 1 – Protection against Misappropriation and Misuse

As for TCEs, the Article seems to merely provide for negative rights - positive rights could thus be included. Further, unless sub-article 3 is intended to be the definition of what amounts to misappropriation, there may be need for a definition. Also, what amounts to ‘misuse’ may require elaboration. Given the foregoing, the definition of TK could have come under this Article instead of Article 3. Nonetheless, the definition of TK as provided under Article 3 is a replica of the definition provided in our draft law.

3.2.4. Article 2 – Legal Form of Protection

While States may choose the appropriate means of protection, statutory law is preferable to ‘common law’, for instance

3.2.5. Article 3 – General Scope of Subject Matter

This Article could have probably come before the one on misappropriation. In our considered view, the subject matter should be clear before considering how it should be protected.

3.2.6. Article 4 – Eligibility for Protection

This Article equally fairly reflects our draft law. Perhaps the only amendment could be made to sub-article (iii) to read ‘...integral to the cultural identity of a local or traditional community that is recognized as...’.

3.2.7. Article 5 – Beneficiaries of Protection

There is no provision for individuals as beneficiaries. Under our draft law, *‘individual within the communities who are recognized under customary laws, practices and protocols to hold the knowledge for the community, or who are designated as trustees of such knowledge by appropriate traditional processes, customs or institutions’* are recognized as beneficiaries.

3.2.8. Article 6 – Fair and Equitable Sharing and recognition of Knowledge Holders

No comment.

3.2.9 Article 7 – Prior Informed Consent

This Article is equally acceptable save perhaps that there appears to be no provision for disclosure of origin of genetic resource and/or related traditional knowledge used in inventions.

3.2.10 Article 8 – Exceptions and imitations

This Article is also acceptable. The only departure from the draft Zambian law is that whereas as it uses ‘adverse effect’ – i.e. that application and implementation of protection of traditional knowledge should not have ‘adverse effect’, our draft law uses the phraseology ‘should not be prejudicial to continued availability...’ Needless though to say this has much to do with semantics as opposed to substance.

3.2.11. Article 9 – Duration of Protection

Nothing to add. The Article is fairly acceptable.

3.2.12. Article 10 – Transitional Measures

No comment.

3.2.13. Article 11 – Formalities

No comment.

3.2.14. Article 12 – Consistency with the General Legal Framework

No comment.

3.2.15. Article 13 – Administration and Enforcement of Protection

No comment.

3.2.17. Article 14 – International and Regional Protection

The provision is acceptable.

3.2 Document WIPO/GRTKF/IC/16/6 Prov. on Genetic Resources**3.3.1. Annex I, page 3 – Options for defensive protection of genetic resources**

Establishing a database would invariably entail disclosure of genetic resource thus risks exacerbating the problem.

3.3.2 Annex I, page 8 – Options on disclosure requirements

Zambia supports a mandatory requirement for disclosure of origin of genetic resources and related traditional knowledge in inventions and therefore supports the need to develop guidelines for such disclosure. This would ensure the realization of the aims of the Convention on Bio-Diversity (CBD).

3.3.3 Annex I, page 18 – Options on IP issues in Mutually Agreed Terms for Fair and Equitable Benefit Sharing

Zambia supports the establishment of guidelines and/or templates on mutually agreed terms for use in contracts regarding access to genetic resources.

4.0.0. Conclusion and Recommendations

In conclusion, the draft instruments on traditional knowledge and traditional cultural expressions are generally consistent with our draft Zambian law. Subject to the observations and amendments proposed, Zambia may therefore support them.

COMMENTS BY THE IBERO-LATIN AMERICAN FEDERATION OF PERFORMERS (FILAIIE) ON DOCUMENT WIPO /GRTKF/IC/16/4 Prov.

In response to your communication C.7795 of February 2, 2010, and in relation to document WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov., FILAIIE wishes to submit to you the following comments on the preliminary draft of that document.

- We reproduce the comments which we already made at the appropriate time and which have been brought together in Article 1 of the above document, Subject matter of protection, and which appears on page 16 of the Annex.
- As regards Article 5, Exceptions and limitations, subparagraph (a)(iii), among the suppositions or cases cited, there appears the use of “incidental”, a term which may give rise to different interpretations, for which reason we believe that it should be deleted or, if it is to be retained, the three-step doctrine should be applied to it.
- As regards Article 6, Term of protection, and in relation to the terms of subparagraph (ii) of that Article, “*in so far as secret TCEs/EoF are concerned, their protection as such shall endure for so long as they remain secret*”, this wording may give rise to ambiguity and it would be appropriate to add that when they cease to be secret, the same legal rules shall be applied to them as to all other TCEs/EoF.
- In relation to Article 7(b), Formalities, which envisages notification or registration with a competent office or organization, and in relation to those communities which possess the characteristics of nomads and can therefore be considered cross-border, we believe that the agency already mentioned in Article 4 should be located or based in the country in which the nomad community spends the most days per year.

Madrid, February 22, 2010



Federación Iberoamericana de Artistas
Intérpretes o Ejecutantes

OBSERVACIONES DE FILAIE AL DOCUMENTO WIPO /GRTKF/IC/16/4 Prov.

FILAIE, en contestación a su comunicación C.7795, de fecha 2 de febrero de 2010 y en relación con el documento WIPO /GRTKF/IC/16/4 Prov. quiere hacerles llegar las siguientes observaciones al proyecto preliminar del indicado documento.

- Damos por reproducidas las observaciones que ya hicimos en su día y que han sido recogidas en el citado documento en el artículo 1, Materia protegida, y que figura en la página 16 del anexo.
- Respecto al artículo 5, Excepciones y limitaciones, apartado a) iii) y entre los supuestos o casos que se citan, aparece la utilización de incidental, término este que puede dar lugar a diferentes interpretaciones, por lo que pensamos que debería eliminarse o en el caso que se siga manteniendo debería aplicársele la doctrina de los tres pasos.
- Respecto al artículo 6, Duración de la protección, y en relación con lo expresado en el ii) del citado artículo “en lo que respecta a las ECT/EF secretas, su protección como tal durará mientras permanezcan secretas “. Esta redacción puede dar lugar a equívocos y sería conveniente añadir que cuando dejen de ser secretas se les aplicará el mismo régimen jurídico que al resto de las ECT/EF.
- En relación con el artículo 7 apartado b), Formalidades, en el que se contempla la notificación o registro en una oficina u organización competente, y en relación con aquellas comunidades que posean las características de nómadas y por lo tanto transfronterizas, pensamos que el organismo que ya se menciona en el artículo 4, deberá estar ubicado o radicado en aquel país en donde la comunidad nómada ocupe un mayor número de días al año.

Madrid, 22 de febrero de 2010



Date : 04/05/10
From : ICOM
To: WIPO

Subject : ICOM amendments on the WIPO/GRTKF/IC/16/4 document during the 16th session of ICIP committee

Mr chairman and honourable members of this committee,

I wish to thank the committee for giving ICOM the floor on this 16th session. As you may know, ICOM is since 1946, the only international organization which represents museums and museum professionals and which commits to “the conservation, continuation and communication to society of the world's natural and cultural heritage, present and future, tangible and intangible”.

As such, ICOM objectives meet the goals and concerns of this committee on the protection of traditional cultural expressions, knowledge, and expressions of folklore. This committee might see fit to recognize the role of museums and other heritage institutions as repositories and actors of the preservation of TCEs/EoF and thus make sure the protection of TCEs/EoF aimed by this committee will allow museums and related heritage and cultural institutions play their role.

In this perspective, ICOM wishes to offer the committee the following modifications to the limitations stated in the article 5, point (a) (iii)

(i) *not apply to utilizations of TCEs/EoF in the following cases:*

- *by way of illustration for teaching and learning;*
- *non-commercial research or private study;*
- *criticism or review;*
- *reporting news or current events;*
- *use in the course of legal proceedings;*
- *the making of recordings and other reproductions of TCEs/EoF for purposes of their inclusion in an archive or inventory for non-commercial cultural heritage safeguarding purposes;*
- *the preservation of cultural items resulting, directly or indirectly, from TCEs/EoF in museums or other non-profit related cultural institutions. Such preservation should be aimed at conservation, continuation, communication to society, display to the public for educational, research and delight purposes of the world's natural and cultural heritage, present and future, tangible and intangible. The above-mentioned preservation and its goals should always be subject to the rules of fair use.*

- *and incidental uses,*

Further, ICOM may seek to add express reference to the museum, gallery and archive “community” within several of the Policy Objectives and as a stakeholder within the General Guiding Principles.

I thank you for your attention.