

OMPI



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

S

WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov.

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 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 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 indebida de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore

iv) *proporcionar a los pueblos indígenas y a las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales los medios jurídicos y prácticos, incluidas las medidas eficaces de observancia, para impedir la apropiación indebida de sus expresiones culturales y sus derivados, controlar la forma en que se utilizan fuera del contexto consuetudinario y tradicional y promover la participación equitativa en los beneficios derivados de su utilización;*

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.

Potenciar a las comunidades

v) *lograr este objetivo de una manera equilibrada y equitativa, pero de modo que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales puedan realmente ejercer derechos y autoridad sobre sus propias expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore;*

Apoyar las prácticas consuetudinarias y la cooperación 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 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 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 indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales;*

Contribuir a la diversidad cultural

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

Promover el desarrollo de las comunidades y las actividades comerciales legítimas

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

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 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 indígenas y otras comunidades tradicionales 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*

[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 o intangibles/tangibles, intangibles o una combinación de las dos en que se expresan, aparecen o se manifiestan los conocimientos y la cultura tradicionales, tales como, por ejemplo, y comprenden las siguientes formas de expresión o combinaciones de las mismas:*

i) *las expresiones 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, tales como las canciones y la música instrumental;*

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, esculturas, modelados, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, cristalería, tapices, indumentaria, disfraces; artesanía; instrumentos musicales; y obras arquitectónicas;*

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 una comunidad, así como de su patrimonio cultural; y*

– *cc) mantenidas, utilizadas o desarrolladas por esa comunidad 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 dicha comunidad.*

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

[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 Ibero-latinoamericana 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, debía 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 indígenas y cada uno de los grupos, familias, tribus, naciones, comunidades tradicionales y demás comunidades culturales o de la nación²:

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

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 2]

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.

³ Documento WIPO/GRTKF/IC/6/12.

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.

ARTÍCULO 3:

ACTOS DE APROPIACIÓN INDEBIDA (ALCANCE DE LA PROTECCIÓN)

Expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de valor o importancia singulares

a) *En relación con las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore de valor cultural o espiritual o importancia singulares para una comunidad, y 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 la comunidad pertinente pueda impedir que tengan lugar, sin su consentimiento fundamentado previo y libre, los siguientes actos:*

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 la comunidad 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;*
y
- *la adquisición o ejercicio de derechos de propiedad intelectual sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore o adaptaciones de las mismas;*

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 la comunidad en cuestión o sugiera una falsa conexión con ésta, o desprestigie a la comunidad;*

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 la comunidad pertinente como la fuente de toda obra u otra producción adaptada de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore;*
- 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 una comunidad, se valgan de ellas o las evoquen, sugiera la aprobación por esa comunidad o el vínculo con ella; y*
- iv) *haya una remuneración equitativa o una participación en los beneficios con arreglo a las condiciones definidas por el organismo mencionado en el Artículo 4 en consulta con la comunidad pertinente cuando el uso o la explotación se realice con ánimo de lucro; y*

Expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore secretas

- c) *Se adoptarán medidas jurídicas y prácticas adecuadas y eficaces para garantizar que las comunidades 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.*

[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 la comunidad interesada cuando la comunidad así lo desee, o de un organismo que actúe a petición de la comunidad y en nombre de ella (denominado en adelante “el Organismo”). Cuando dicho Organismo conceda la autorización:

i) lo hará únicamente en consulta apropiada con la comunidad pertinente, de conformidad con sus procesos tradicionales de toma de decisiones y de gobierno;

ii) todo beneficio monetario o de otro tipo que recaude el Organismo por el uso de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore debe ser directamente entregado por éste a la comunidad interesada.

b) Por lo general, se debe encomendar al Organismo las tareas de concienciación, educación, asesoramiento y orientación. Asimismo, el Organismo debe:

i) cuando así lo solicite una comunidad, 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 la comunidad 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 la comunidad 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;*

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 reconoce a la comunidad pertinente como fuente de las ECT/EF cuando sea viable y posible, y tal utilización no es ofensiva para esa comunidad.

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.*

[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.

[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 de valor cultural o espiritual o importancia singulares y para las que se solicita un nivel de protección, tal como se prevé en el Artículo 3 a), se debe exigir que dichas expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore sean notificadas o registradas con una oficina u organización competentes por la comunidad pertinente o por el Organismo mencionado en el Artículo 4 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 a la comunidad pertinente.*

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 oficina u organización que reciba dichos registros o notificaciones debe resolver toda duda o conflicto que se plantee en relación con las comunidades, 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 y procesos consuetudinarios, mecanismos alternativos de solución de controversias y recursos culturales existentes, tales como los inventarios de patrimonio cultural.*

[Siguen las observaciones sobre el Artículo 7]

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.)¹⁶. 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

¹⁶ 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.¹⁷ 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).¹⁸ 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”.¹⁹

¹⁷ Véanse, por ejemplo, los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 y WIPO/GRTKF/IC/7/3.

¹⁸ Véase, por ejemplo, Janke, ‘Unauthorized Reproduction of Rock Art’ en Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions, OMPI, 2003.

¹⁹ 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 deberían 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.

b) El Organismo mencionado en el Artículo 4 estará encargado, entre otras cosas, de asesorar y asistir a las comunidades 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.

[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”²⁰. 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”²¹.

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.

²⁰ Véanse, por ejemplo, el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3 y los documentos posteriores.

²¹ 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 habituales 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.

[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”²². 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”²³. 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 6^{ter} 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]

²² Documento WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., párr. 69.

²³ Documento WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., párr. 85.