

ANEXO I

RESUMEN DEL PROYECTO DE OBJETIVOS POLÍTICOS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES (ECT)/EXPRESIONES DEL FOLCLORE (EF)

En el presente Anexo figura el texto de los borradores propuestos que se han introducido en él, y que se examinan y explican en mayor detalle en el Anexo II. Los borradores se presentan tan sólo como una contribución destinada a facilitar el debate ulterior sobre la estrategia que puede adoptar el Comité para preparar una reseña de los objetivos políticos y principios fundamentales.

I. OBJETIVOS POLÍTICOS

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

[Reconocer el valor]

i) reconocer el valor intrínseco de las culturas tradicionales y el folclore, en particular, su valor social, cultural, espiritual, económico, intelectual, comercial y educativo, y admitir que las culturas tradicionales constituyen marcos diversos de innovación y creatividad permanentes que benefician 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 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 culturales, y contribuir al bienestar y al desarrollo económico, cultural y social duraderos de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales;

[Potenciar a las comunidades]

iv) inspirarse en la protección concedida a las creaciones e innovaciones del intelecto de una manera equilibrada y equitativa para que los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, y demás comunidades culturales, puedan realmente ejercer la autoridad que les corresponde sobre sus propias ECT/EF, en particular mediante los debidos derechos morales y patrimoniales apropiados si así lo desearan;

[Apoyar las prácticas consuetudinarias]

v) respetar y facilitar la transmisión, el intercambio, el desarrollo y el uso ininterrumpido y consuetudinario de las ECT/EF por estas comunidades, tanto en su interior como entre ellas;

[Contribuir a la salvaguardia de las culturas tradicionales]

vi) contribuir a la preservación y la salvaguardia de las ECT/EF y los medios consuetudinarios de desarrollo, preservación y transmisión de las mismas, y promover la conservación, la aplicación y un uso más difundido de las ECT/EF 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;

[Respetar los acuerdos y procesos internacionales pertinentes y cooperar en este ámbito]

vii) reconocer otros instrumentos y procesos internacionales y regionales y actuar en consonancia con ellos;

[Promover la innovación y la creatividad en las comunidades]

viii) fomentar, recompensar y proteger la creatividad y la innovación auténticas y basadas en las tradiciones, particularmente cuando así lo deseen los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y culturales, así como sus miembros;

[Promover el intercambio intelectual y cultural]

ix) promover, cuando proceda, el acceso a las ECT/EF y una mayor difusión de las mismas en condiciones justas y equitativas para los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y culturales, en interés del público en general y como un medio de alcanzar un desarrollo sostenible;

[Contribuir a la diversidad cultural]

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

[Promover el desarrollo de las comunidades y las actividades comerciales legítimas]

xi) fomentar el uso de las ECT/EF para el desarrollo de las comunidades, reconociéndolas como un activo colectivo de las comunidades que se identifican con ellas; y promover la creación y la ampliación de oportunidades comerciales para las ECT/EF auténticas, particularmente las artes y los oficios tradicionales;

[Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual sin validez legal]

xii) restringir la concesión, el registro, el ejercicio y la observancia de derechos de propiedad intelectual sin validez legal adquiridos sobre las ECT/EF y sus derivados por partes no autorizadas;

[Aumentar la seguridad, la transparencia y la confianza mutua]

xiii) aumentar la seguridad, la transparencia y 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, educativos y demás usuarios de las ECT/EF, por otro; y

[Complementar la protección de los conocimientos tradicionales]

xiv) aplicarse en consonancia con la protección de los conocimientos tradicionales, respetando el hecho de que para muchas comunidades, los conocimientos y las expresiones culturales son una parte indisoluble de su identidad cultural global.

II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

A. Principios rectores generales

[Los principios generales que se enuncian a continuación deberán ser respetados a fin de garantizar que los principios específicos citados más adelante sean equitativos, equilibrados, eficaces y coherentes, y promuevan apropiadamente los objetivos de la protección. A cada principio sigue una breve descripción de sus posibles efectos; en el Anexo II se ofrece una descripción más completa de los mismos.]

Principio de receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades

En la protección deben reflejarse las aspiraciones y expectativas de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales; en particular, deben reconocerse y respetarse en lo posible las leyes y protocolos indígenas y consuetudinarios, promoverse el uso complementario de la protección positiva y preventiva, abordarse los aspectos culturales y económicos del desarrollo, tomarse medidas contra los actos insultantes, injuriosos y ofensivos, permitirse la participación plena y efectiva de estas comunidades, y reconocerse el carácter inseparable que tienen los conocimientos tradicionales y las ECT/EF para muchas comunidades. 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.

Principio de equilibrio y proporcionalidad

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, y al mantenimiento de un justo equilibrio de intereses.

Principio de respeto de los instrumentos y procesos regionales e internacionales y de cooperación con los mismos

Las ECT/EF debe ser protegidas de una forma tal que se guarde coherencia con los objetivos de otros instrumentos y procesos regionales e internacionales pertinentes, y sin menoscabar los derechos y obligaciones específicos ya establecidos en instrumentos jurídicos vinculantes. Estos principios no tienen por fin impedir que se elaboren otros instrumentos ni apropiarse la labor realizada en el marco de otros procesos que abordan el papel de las ECT/EF en otras esferas políticas.

Principio de flexibilidad y exhaustividad

En la protección que se conceda debe respetarse la diversidad de las ECT/EF y la amplia gama de necesidades de los beneficiarios de la protección, reconocerse la diversidad de circunstancias y sistemas jurídicos de los distintos países, y otorgarse la flexibilidad necesaria para que las autoridades nacionales puedan determinar el medio apropiado de lograr los objetivos de la protección. 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 ni con la propiedad intelectual, y deben estar cuidadosamente equilibrados con ellas.

Principio de reconocimiento de la naturaleza específica, las características y las formas tradicionales de las expresiones culturales

La protección debe responder al carácter tradicional de las ECT/EF; a su contexto colectivo o comunal y al carácter intergeneracional de su desarrollo, preservación y transmisión; 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 que puedan considerarse como personas jurídicas o una colectividad de actores. 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.

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

La protección debe promover 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 respecto de cuestiones tales como la titularidad de los derechos, la gestión de los derechos y la toma de decisiones comunitarias, la participación equitativa en los beneficios, y las excepciones y limitaciones respecto de los derechos y recursos.

Principio de efectividad y accesibilidad de la protección

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

B. Principios sustantivos específicos

B.1 Materia protegida

a) Las “expresiones culturales tradicionales” o “expresiones del folclore” pueden entenderse en el sentido de que incluyen producciones consistentes en elementos característicos del patrimonio cultural tradicional que desarrolla y perpetúa una comunidad o individuos que reflejan las expectativas artísticas tradicionales de dicha comunidad. Entre esas producciones podrán figurar, por ejemplo, las siguientes formas de expresión o combinaciones de las mismas:

i) las expresiones verbales, tales como los cuentos populares, la poesía y los enigmas populares; los aspectos del lenguaje tales como las palabras, los signos, los nombres, los símbolos y otras indicaciones;

ii) las expresiones musicales, tales como las canciones populares y la música instrumental;

iii) las expresiones corporales tales como las danzas y representaciones escénicas populares y las formas artísticas de rituales; independientemente de que estén o no fijadas en un soporte; y

iv) las expresiones tangibles, tales como:

a) las obras de arte popular, tales como dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, artesanía, labores de punto, textiles, tapices, indumentaria;

b) los instrumentos musicales;

c) las obras arquitectónicas.

b) La elección concreta de los términos que califiquen la materia protegida debe determinarse a nivel nacional y regional.

B.2 Criterios de la protección

Las ECT/EF pueden ser protegidas, cualquiera que sea su modo o forma de expresión, siempre que se trate de:

- i) productos de una actividad intelectual creativa, en particular la creatividad colectiva y acumulativa; y
- ii) características de la identidad cultural distintiva de una comunidad y del patrimonio tradicional desarrollado y mantenido por ésta.

B.3 Beneficiarios

La protección de las ECT/EF debe redundar en beneficio de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales:

- i) en las que se confía la custodia y la protección de las ECT/EF de conformidad con las leyes y prácticas consuetudinarias de esa comunidad; y
- ii) que mantienen y utilizan las ECT/EF como elementos característicos de su patrimonio cultural tradicional.

B.4 Gestión de los derechos

a) Para garantizar la eficacia de la protección de las ECT/EF se debe confiar a una autoridad responsable, que puede ser una oficina u organismo existente, las tareas de concienciación, educación, asesoramiento y orientación, supervisión, solución de controversias y otras funciones.

b) La autorización para explotar las ECT/EF debe obtenerse directamente de la comunidad interesada o de la autoridad que actúe en nombre de esa comunidad y en representación de sus intereses. Cuando dicha autoridad conceda la autorización:

- i) lo hará únicamente después de celebrar consultas apropiadas con los pueblos indígenas o comunidades tradicionales u otras comunidades pertinentes, de conformidad con sus procesos tradicionales de toma de decisiones y de gobierno;
- ii) lo hará respetando el alcance de la protección previsto para las ECT/EF en cuestión, y disponiendo en particular la participación equitativa en los beneficios derivados de su utilización;
- iii) las dudas o controversias suscitadas en cuanto a determinar a qué comunidad debe involucrarse, deben resolverse en la medida de lo posible recurriendo a las leyes y prácticas consuetudinarias;
- iv) todo beneficio monetario o de otro tipo que recaude la autoridad por el uso de las ECT/EF, debe ser directamente entregado por ésta a los pueblos indígenas o comunidades tradicionales u otras comunidades que corresponda;

v) las disposiciones habilitantes de leyes, reglamentos o medidas administrativas deben brindar orientación en cuestiones tales como los procedimientos para solicitar la autorización; las tasas (de haberlas) que la autoridad pueda cobrar por sus servicios; los procedimientos de notificación al público; la solución de controversias; y las condiciones en las que la autoridad puede conceder autorizaciones.

B.5 Alcance de la protección

Se adoptarán las medidas adecuadas para garantizar:

i) que se impida: la reproducción, la adaptación, la comunicación al público y otras formas similares de explotación de las ECT/EF de un valor o significado cultural o espiritual particular (como las ECT/EF sagradas), así como las de sus derivados; cualquier deformación, mutilación u otra modificación o atentado a las mismas; y la adquisición por terceros de derechos de propiedad intelectual sobre las mismas;

ii) que se impida la divulgación no autorizada de ECT/EF secretas y su consiguiente utilización, así como la adquisición por terceros de derechos de propiedad intelectual sobre las mismas;

iii) con respecto de las interpretaciones o ejecuciones de ECT/EF, que están protegidos los derechos morales y patrimoniales según lo estipulado en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996; y

iv) que, cuando se utilicen y exploten otras ECT/EF:

- se reconozca a las comunidades indígenas, tradicionales, u otras comunidades culturales pertinentes como la fuente de toda obra derivada de las ECT/EF o inspirada en ellas;
- pueda impedirse o sancionarse por lo civil o lo penal toda deformación, mutilación u otra modificación de una ECT/EF, u otro atentado a la misma, que sea ofensiva o perjudicial para la reputación de la comunidad, sus valores tradicionales o su identidad o integridad cultural;
- pueda impedirse o sancionarse por lo civil o lo penal toda indicación o aseveración, hecha en el ejercicio del comercio y contraria a los usos honestos, que sea falsa, engañosa o cause confusión en cuanto al origen, la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud para el uso o destino propuestos, la cantidad, la aprobación por la comunidad o el vínculo con esta última, de bienes o servicios que hagan referencia a las ECT/EF, se valgan de ellas o las evoquen; y
- haya una remuneración equitativa o una participación en los beneficios con arreglo a las condiciones definidas por la autoridad competente y por la comunidad pertinente cuando la explotación se realice con ánimo de lucro.

B.6 Excepciones y limitaciones

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 fuera del contexto tradicional o consuetudinario, ya sea con o sin ánimo de lucro;
- iii) contemplar el mismo tipo de limitaciones que las que se permiten en la protección de las obras literarias y artísticas, los diseños, las marcas y demás objetos de propiedad intelectual, según sea el caso. No obstante, dichas limitaciones no deben permitir que la utilización de las ECT/EF sea ofensiva para la comunidad pertinente.

B.7 Duración de la protección

- a) La protección concedida a una ECT/EF durará mientras se mantenga y utilice la ECT/EF y siga siendo característica de la identidad cultural y el patrimonio tradicional del correspondiente pueblo indígena o comunidad tradicional o cultural.
- b) En las medidas de protección de las ECT/EF se pueden especificar las circunstancias en las que se considerará que una expresión ya no es característica de un pueblo o de una comunidad pertinente.

B.8 Formalidades

- a) La protección de las ECT/EF no estará sujeta a ninguna formalidad.
- b) En aras de transparencia y seguridad, en las medidas de protección de las ECT/EF se puede exigir que ciertas categorías de ECT/EF, cuya protección se solicite, sean notificadas a una autoridad competente, como las ECT/EF de un valor o significado cultural o espiritual especial, como las ECT/EF sagradas. Dicha notificación tendría una función declaratoria, no crearía de por sí derechos y podría contribuir a crear formas de protección “positiva” y/o “preventiva”. Tal notificación no implica ni exige la catalogación, el registro o la divulgación al público de la ECT/EF en cuestión.

B.9 Sanciones, recursos y observancia

- a) Para los casos de quebrantamiento de la protección concedida a las ECT/EF, se deberían establecer mecanismos de observancia y solución de controversias, así como sanciones y recursos, accesibles y apropiados.
- b) Existirá una autoridad encargada, entre otras cosas, de asesorar y asistir a las comunidades en cuestiones relacionadas con la observancia de los derechos, y de iniciar procedimientos civiles y penales en su nombre cuando resulte apropiado y cuando éstas lo soliciten.

B.10 Aplicación en el tiempo

Todo uso que aún perdure de una expresión cultural tradicional/expresión del folclore, que haya comenzado antes de la introducción de las nuevas medidas de protección de las ECT/EF, deberá ser puesto en conformidad con esas medidas en un plazo razonable tras su entrada en vigor, y con sujeción a que se conceda un trato equitativo a los derechos e intereses adquiridos por terceros mediante el uso anterior y de buena fe de esa ECT/EF. Se permitirá que continúe el uso anterior, de buena fe y prolongado, pero instando al usuario a que reconozca la fuente de las ECT/EF en cuestión y comparta los beneficios con la comunidad de origen. Los demás usos deberán cesar después de finalizado un período de transición razonable.

B.11 Relación con la protección por propiedad intelectual

La protección especial concedida a las ECT/EF no debe sustituir a cualquier otro tipo de protección aplicable a las ECT/EF y sus derivados en virtud de otras disposiciones de propiedad intelectual, y será más bien complementaria de las mismas.

B.12 Protección regional e internacional

a) Se deben establecer mecanismos jurídicos y administrativos para prever en los sistemas nacionales una protección eficaz de las ECT/EF de titulares de derechos extranjeros. Se deben establecer medidas destinadas a facilitar, en la medida de lo posible, la adquisición, la gestión y la observancia de dicha protección en beneficio de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales y demás comunidades culturales de países extranjeros.

b) Se debe delegar en las organizaciones regionales existentes o recientemente creadas la tarea de dar solución a la reivindicación de una ECT/EF por comunidades situadas en países diferentes, valiéndose para ello de leyes consuetudinarias, recursos de información local, mecanismos alternativos de solución de controversias y cualquier otro arreglo práctico de esa índole que sea necesario.

[Sigue el Anexo II]